



Centro di  
Documentazione europea - UniCT



Università di Catania

# I quaderni europei

Serie speciale - Diversità culturale



## LA DIVERSITA' CULTURALE NEL PROCESSO D'INTEGRAZIONE EUROPEA

Febbraio 2010  
n. 3

*La diversità culturale nel processo di integrazione europea*

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper* 2009 - Serie Speciale/ n. 3  
Febbraio 2010

URL: [http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/serie\\_speciale/diversita\\_culturale.asp](http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/serie_speciale/diversita_culturale.asp)

© 2010 Baldassare Pastore – Giuditta Brunelli

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper*/ISSN 1973-7696

*Baldassare Pastore*, Professore ordinario di Filosofia del diritto nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara..

*Giuditta Brunelli*, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Ferrara.

La collana *online* "I quaderni europei" raccoglie per sezioni (scienze giuridiche, scienza della politica e relazioni internazionali, economia, scienze linguistico-letterarie) contributi scientifici di iniziative sulle tematiche dell'integrazione europea dalle più diverse prospettive, avviate da studiosi dell'Ateneo catanese o da studiosi di altre Università italiane e straniere ospiti nello stesso Ateneo. Alla originaria collana è stata aggiunta una sezione dedicata alle iniziative culturali intraprese dalla rete italiana dei CDE, in collaborazione con la Rappresentanza in Italia della CE nell'ambito del progetto "La diversità culturale nel processo d'integrazione europea". La presente pubblicazione rappresenta il n. 3 della serie speciale.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su:  
<http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei>

Edito dal Centro di documentazione europea dell'Università di Catania  
Via San Lorenzo, 4 - 95131 – CATANIA

tel. ++39.095.730.7954

fax ++39.095.730.7956

[www.lex.unict.it/cde](http://www.lex.unict.it/cde)

*La diversità culturale nel processo di integrazione europea*

**Atti del Convegno organizzato dal Centro di Documentazione e Studi sulle Comunità Europee dell'Università di Ferrara, tenutosi il 16 novembre 2009 presso l'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo ferrarese.**

Convegno realizzato nell'ambito del Progetto della Rete italiana dei CDE e della Rappresentanza in Italia della Commissione europea su "La diversità culturale nel processo di integrazione europea".

**Relazioni:**

- I. **Identità culturali e convivenza nell'Unione europea** di Baldassare Pastore
- II. **La disciplina dell'uso del *burqa* e delle mutilazioni genitali femminili** di Giuditta Brunelli

## I. Identità culturali e convivenza nell'Unione europea

Baldassare Pastore

### Abstract

I conflitti identitari che emergono in Europa soprattutto a seguito dei fenomeni migratori pongono in primo piano il tema del riconoscimento delle specificità culturali. La questione riguarda le condizioni necessarie allo stabilimento di un ordine giuridico e politico entro il quale articolare l'interazione sociale nel rispetto del principio di eguaglianza.

L'Unione europea assume l'inclusione sensibile alle differenze come parametro normativo, in coerenza con gli ideali del costituzionalismo che trovano espressione nel riferimento alle «tradizioni costituzionali comuni». L'inclusione rinvia alla nozione di cittadinanza e implica la costruzione di una sfera pubblica europea, intesa come risultato di una molteplicità di confronti interculturali centrati sulla traduzione tra i discorsi e sullo scambio dialogico di ragioni, allo scopo di risolvere i problemi derivanti dalla convivenza plurale.

### Keywords

Multiculturalismo – costituzionalismo – eguaglianza – integrazione comunitaria – tradizioni costituzionali – cittadinanza – sfera pubblica

# I. IDENTITÀ CULTURALI E CONVIVENZA NELL'UNIONE EUROPEA

di Baldassare Pastore

*Sommario:* 1. Differenze e conflitti di identità.- 2. Le tradizioni costituzionali comuni.- 3. Inclusione nella sfera pubblica: il ruolo del diritto.- 4. Confronti interculturali.

## 1. Differenze e conflitti di identità

Il multiculturalismo – di questo parliamo quando parliamo della presenza, entro lo stesso spazio politico, di gruppi, diversi per lingua, etnia, religione, stili di vita, costumi, tradizioni, che intendono mantenere la loro distinta identità – è il destino dell'Europa (un destino che ha solide basi nel presente). Si tratta di una sfida che coinvolge le nostre esistenze.

Il dibattito sul multiculturalismo, in Europa, nasce e si sviluppa soprattutto a seguito delle ondate migratorie, che si configurano come fenomeni irreversibili, generati dalle dinamiche della globalizzazione e che coinvolgono persone portatrici di culture estranee rispetto a quelle dei Paesi d'approdo.

I fenomeni immigratori mettono in moto conflitti identitari che investono l'organizzazione giuridico-politica e pongono in primo piano la questione connessa alla possibilità di conciliare il rispetto delle specificità con l'unità degli ordinamenti politici e giuridici delle democrazie liberali, nell'ottica della garanzia di un certo grado di coesione sociale e di tolleranza, nonché del rispetto del principio di eguaglianza.

Si tratta, in sostanza, di fare i conti con l'alterità nel contesto di uno spazio pubblico popolato da individui e comunità che rivendicano le loro differenze, tendenti sempre più a disporsi lungo vettori e linee di faglia «culturali»<sup>1</sup>. Emerge, qui, in un tempo in cui il richiamo all'identità si fa sempre più intenso e si caratterizza per un senso di necessità e risolutività, assumendo una valenza centrale nella vita dei singoli e delle collettività<sup>2</sup>, il tema della componibilità di tali differenze e dell'esigenza del loro reciproco rispetto, nell'ottica di una *universalità concreta* degli esseri umani che onori sia quanto li accomuna sia quanto li fa differire<sup>3</sup>.

La questione riguarda le condizioni di possibilità di un ordine sociale «polifonico», all'interno del quale si articola l'interazione, nel senso dell'inclusione e dell'eguale partecipazione.

Nell'ambito dell'Unione europea il rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica rappresenta un parametro normativo basilare. Si vedano, in proposito, il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (ove si dice che l'Unione contribuisce al mantenimento dei valori comuni «nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei»), ma soprattutto l'art. 22, che specifica e completa il principio di eguaglianza formulato nell'art. 20 e si connette all'art. 21<sup>4</sup>, riguardante il divieto di discriminazione<sup>5</sup>, consentendo, tra l'altro, di attribuire al

<sup>1</sup> Cfr. C. GALLI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Bologna, 2006, p. 7 ss.

<sup>2</sup> Sul carattere complesso e ambivalente della nozione di identità si veda, da ultimo, B. ST LOUIS, *On 'the Necessity and the "Impossibility" of Identities'. The Politics and Ethics of 'New Ethnicities'*, in *CStud*, 23, n. 4, 2009, p. 559 ss.

<sup>3</sup> C. VIGNA, S. ZAMAGNI, *Prefazione*, in C. VIGNA, S. ZAMAGNI (a cura di), *Multiculturalismo e identità*, Milano, 2002, p. VIII; B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, 2003, pp. 51-52.

<sup>4</sup> Sul punto, v. A. CELOTTO, *Artt. 21-22. Non discriminazione; Diversità culturale, religiosa e linguistica*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, pp.171-178.

<sup>5</sup> Cfr., al riguardo, l'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, che così recita: «In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo»; nonché l'art. 4 della Dichiarazione universale sulla diversità culturale adottata nel quadro dell'UNESCO il 2 novembre 2001, dove si afferma che «the defence of cultural diversity is an ethical imperative, inseparable from respect for human dignity. It implies a

diritto all'identità culturale un contenuto più ampio, che ne estende la portata oltre i «popoli europei» e i «cittadini europei».

Tali articoli sono collocati nel Capo III della Carta di Nizza, relativo proprio all'eguaglianza, che rinvia alla pari titolarità dei diritti fondamentali e ad un sistema di protezione idoneo ad assicurarne l'effettività, nell'ottica di una relazione tra le persone basata sul loro eguale valore o dignità sociale, e richiede che *nessuno* sia discriminato per le proprie differenze di sesso, di razza, di colore della pelle, di origine etnica o sociale, di lingua, di religione, di opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, di convinzioni personali, nonché per quelle relative alle caratteristiche genetiche, all'appartenenza a minoranze nazionali, al patrimonio, alla nascita, agli handicap, all'età, alle tendenze sessuali.

In questo senso l'eguaglianza si configura come principio normativo<sup>6</sup>, che non si oppone al riconoscimento delle differenze, né si risolve nella loro negazione o omologazione<sup>7</sup>.

Tra «eguaglianza» e «differenza», invero, intercorrono diversi rapporti. Un modello di trattamento delle differenze e di configurazione dell'eguaglianza coerente con l'ideale normativo assunto dall'Unione europea, fondato sul costituzionalismo, è quello che può essere definito dell'«eguale valorizzazione giuridica delle differenze».

Esso implica che le differenze siano garantite nella loro libera affermazione ed esplicitazione, assumendole come dotate di pari valore e meritevoli di tutela in quanto connotati dell'identità delle diverse persone e della loro concreta specificità, nella quale trova fondamento il rispetto di sé nelle relazioni con gli altri che si connette alla possibilità di sentirsi a proprio agio nello spazio pubblico aperto ad una pluralità di gruppi culturali<sup>8</sup>.

Non va sottaciuto, però, che le «specificità» culturali possono mettere in crisi il principio di eguaglianza, soprattutto quando si pretende che l'ordinamento le riconosca, qualunque esse siano. Emergono, a questo livello, le tensioni tra categorie universalistiche, proprie dello Stato di diritto, soprattutto nella sua declinazione costituzionale, e le particolarità distintive culturalmente caratterizzate, che il «fatto del pluralismo», tipico delle nostre società, contribuisce a produrre<sup>9</sup>.

La domanda legata alla compresenza di molteplici identità culturali, allora, deve essere intesa «come un interrogativo sul modo in cui un sistema politico liberaldemocratico si rapporta con l'eterogeneità etnoculturale senza intaccare i propri ideali universalistici di benessere individuale e di giustizia pubblica»<sup>10</sup>.

Tali ideali rinviano ad alcune caratteristiche tipiche del costituzionalismo che, in ambito europeo, sono veicolate dalla nozione di «tradizioni costituzionali comuni»<sup>11</sup>.

## 2. Le tradizioni costituzionali comuni

Parlare di «tradizioni costituzionali comuni» significa porre al centro della discussione, nell'orizzonte di una sempre più forte integrazione dell'Europa come entità politica post-nazionale, la costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario<sup>12</sup>.

---

commitment to human rights and fundamental freedoms». Si veda anche la clausola di non discriminazione contenuta nell'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950.

<sup>6</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 786 ss.

<sup>7</sup> Sull'idea secondo la quale eguaglianza e tutela delle differenze vanno configurati come due principi giuridici fondamentali non incompatibili, talché la valorizzazione delle differenze non richiede che si ripudi l'eguaglianza, ma piuttosto che la si prenda sul serio, si rinvia a L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Bologna, 2005, p. 89 ss.

<sup>8</sup> Cfr. J. RAZ, *Multiculturalism*, in *RJ*, 11, 1998, p. 199.

<sup>9</sup> Come sottolinea J. RAZ, *Multiculturalism*, cit., p. 194, una delle sfide teoriche lanciate dal multiculturalismo investe la possibilità di combinare le buone ragioni («de veritate») dell'universalismo con quelle del particolarismo.

<sup>10</sup> Così P. NANZ, *Europolis. Un'idea controcorrente di integrazione politica*, Milano, 2009, p. 74.

<sup>11</sup> A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, pp. 7-32, 179-185. Sul tema rinvio a: B. PASTORE, *Emergenze della tradizione nell'odierna esperienza giuridica*, in *JLH* 8, 2003, p. 197 ss.; A. RUGGERI, *Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea*, ivi, p. 228 ss.; D. ROUSSEAU, *Diritti costituzionali e spazio pubblico europeo*, in AA. VV., *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma, 2002, p. 59 ss.; F. BELVISI, *The "Common Constitutional Traditions" and the Integration of the EU*, in AA. VV., *Differenza culturale e minoranze nello spazio pubblico europeo*, a cura di G. MANIACI, G. PINO e A. SCHIAVELLO, Palermo, 2007, pp. 31-47.

<sup>12</sup> A. DYÈVRE, *The Constitutionalisation of the European Union: Discourse, Present, Future and Facts*, in *European Law Review*, 30, n. 2, 2005, pp. 165-189. Sulle diverse prospettive e strategie del costituzionalismo europeo si vedano i saggi pubblicati in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, coordinamento scientifico di S. Dellavalle e J. Luther, Roma-Bari, 2005.

La costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'Unione europea si configura come processo complesso e tormentato, incerto, denso di questioni irrisolte. In ogni caso, assume una crescente consistenza e rimodella istituzioni, procedure e plessi normativi. Ha come punto di riferimento l'integrazione giuridica e ruota intorno ad un insieme di diritti, garantiti giudizialmente, che rappresentano quel «nucleo costituzionale identitario» funzionante da presupposto di legittimità ordinamentale.

Le «tradizioni costituzionali comuni» ai paesi «europeizzati» hanno assunto, invero, un ruolo particolarmente rilevante nel processo di integrazione, intrapreso con l'istituzione della Comunità e proseguito con la formazione dell'Unione europea. Particolarmente importante, al riguardo, è stata la giurisprudenza della Corte di giustizia che, soprattutto nell'individuazione e nell'uso dei principi generali in materia di tutela dei diritti fondamentali, onde supplire alla mancanza di una carta dei diritti applicabile nell'ordinamento comunitario, si è spesso riferita a tali tradizioni (attraverso una operazione ermeneutica di enucleazione normativa), fornendo, tra l'altro, indicazioni suscettibili di utilizzazioni di più vasta portata<sup>13</sup>. Appellarsi alle «tradizioni comuni» ha significato, da parte della Corte di giustizia, far riferimento ad una risorsa importante, ad un capitale da far fruttare. In esse, infatti, è rintracciabile un ordine normativo considerato nella sua potenzialità.

Le «tradizioni costituzionali comuni» rinviano a quegli elementi che, nel corso della storia, hanno rappresentato le basi teoriche e i contenuti valoriali degli ordinamenti «europeizzati». L'espressione allude ad un insieme di idee etico-politiche, centrate sulla nozione di «Stato di diritto», che sono da connettere con il patrimonio giuridico-politico europeo<sup>14</sup>. Da questo punto di vista, si tratta di una eredità culturale basata sulla riflessione teorica e sull'esperienza istituzionale e sociale. Queste tradizioni, con riguardo specifico ai contesti giuridici, fanno riferimento ad un nucleo di dati normativi, insieme alle applicazioni che essi hanno ricevuto nella prassi giurisprudenziale<sup>15</sup>. È, in sostanza, la storia degli effetti relativa alla complessa vicenda del costituzionalismo europeo (la catena delle interpretazioni e reinterpretazioni compiute nell'ambito della cultura giuridica, politica, istituzionale) il punto di riferimento per la loro individuazione.

Tali tradizioni consistono di premesse e di valori e rinviano a principi e fini-guida. Nell'attenzione alle «tradizioni costituzionali comuni» la storia è un punto da cui partire per un costituzionalismo in parte «da inventare»<sup>16</sup>, che, guardando al passato, rispecchia una esposizione alle interpellanze del presente. Un costituzionalismo che si configura come progetto inter-generazionale di collaborazione tra diversi soggetti<sup>17</sup>.

Il riferimento alle «tradizioni comuni», che sono quelle rintracciabili all'interno della cultura giuridica (in particolar modo costituzionale) degli Stati membri, esprime l'orizzonte complessivo di senso entro il quale si colloca l'opera degli interpreti e il luogo dell'ancoraggio ad una identità normativa ereditata dal passato che, nel suo continuo divenire, grazie all'attività interpretativo-applicativa, mantiene una significatività per il presente. Queste tradizioni configurano il patrimonio identitario della cultura giuridico-istituzionale europea, che vive in una dialettica di unità e pluralità<sup>18</sup>, è frutto di sedimentazioni storiche (ma anche di selezioni) e presenta un carattere dinamico-processuale, configurandosi come «forma coniata che si sviluppa vivendo»<sup>19</sup>.

Il riconoscimento delle tradizioni costituzionali comuni come fonte del diritto comunitario – propriamente come «fonte di ispirazione» che ha aiutato la Corte di giustizia a dare concretezza ai principi generali, che costituiscono la fonte normativa diretta dei diritti fondamentali nell'Unione

---

<sup>13</sup> Cfr., per tutti, G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *La costituzione europea*, Atti del XIV Convegno Annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Padova, 2000, pp. 297-322.

<sup>14</sup> P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, a cura di J. Luther, Roma, 2001, pp. 117, 125; G. ROBLES MORCHÓN, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in JLH, 6, 2001, pp. 260-261.

<sup>15</sup> A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, cit., p. 29 ss.

<sup>16</sup> M. FIORAVANTI e S. MANNONI, *Il «modello costituzionale» europeo: tradizioni e prospettive*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna 2001, p. 64 ss.

<sup>17</sup> Sul punto si veda J. RUBENFELD, *Freedom and Time. A Theory of Constitutional Self-Government*, New Haven and London, 2001, pp. 173-174.

<sup>18</sup> Invero, la pluralità culturale degli ordinamenti nazionali è un elemento dell'identità della cultura giuridica europea. La cultura costituzionale europea ha, in quest'ottica, il compito di integrare un insieme di culture differenziate, facilitando la convivenza. Cfr. P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, cit., p. 121 ss.

<sup>19</sup> L'espressione è di P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, cit., p. 127.

europea<sup>20</sup> – è da considerare come il risultato di un’evoluzione giurisprudenziale che ha mantenuto, e continua a mantenere, una peculiare salienza. L’impiego delle «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri compiuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è consistito, fondamentale, nella fissazione di precedenti giudiziari dotati di un alto grado di persuasività. Qui viene in evidenza il rilievo assunto dal diritto giurisprudenziale nella formazione del diritto comunitario come ordinamento autonomo<sup>21</sup>. Un rilievo che ha trovato significative conferme nel richiamo di tali «tradizioni costituzionali» operato dall’art. 6, comma 3, del Trattato sull’Unione europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, in vigore dal 1° dicembre 2009 («I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali»). Ad esse fa riferimento, inoltre, il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea («la presente Carta riafferma... i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull’Unione europea e dai trattati comunitari, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d’Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell’uomo»).

Va sottolineato, in proposito, come la stessa Carta dei diritti fondamentali, che fin dalla sua proclamazione si è insediata stabilmente nel circuito giuridico europeo, è da considerare un’importante fonte di identificazione e ricognizione del contenuto normativo delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell’Unione europea<sup>22</sup>. Essa va qualificata come parametro assiologico per l’interpretazione giurisprudenziale<sup>23</sup>, a maggior ragione ora che, come risulta dal Trattato di Lisbona, ha «forza giuridicamente vincolante»<sup>24</sup>.

### 3. Inclusione nella sfera pubblica: il ruolo del diritto

«La sintesi di eguaglianza democratica e diversità culturale costituisce l’ardua impresa del futuro»<sup>25</sup> in Europa.

Il riconoscimento delle differenze assume che tutti gli individui abbiano l’eguale *status* di partecipanti all’interazione sociale. Una simile prospettiva risulta pienamente congruente con l’impegno del costituzionalismo, volto a configurare lo spazio pubblico come luogo che realizza lo stare insieme tra diversi<sup>26</sup>, nel rispetto della dignità della persona e dei suoi diritti fondamentali. Il modello normativo costituzionalistico si pone come criterio intorno al quale ruota l’articolazione giuridico-istituzionale dell’Unione europea<sup>27</sup>.

Invero, le richieste di riconoscimento legate alle specificità identitarie, rivendicate da gruppi e individui che non intendono adattare la loro autocomprendimento ad una cultura maggioritaria avvertita come estranea, possono mettere in discussione la coesistenza giuridicamente equiparata<sup>28</sup>. Lo stesso

<sup>20</sup> G. ROBLES MORCHÓN, *La protezione dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, cit., pp. 259-260.

<sup>21</sup> Si può parlare di una «costruzione ermeneutica» dell’ordinamento comunitario operata dalla Corte di giustizia. Cfr. G. ROBLES MORCHÓN, *La protezione dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, cit., p. 250.

<sup>22</sup> In questo senso, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, cit., p. 175. Cfr. anche L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell’ordinamento dell’UE*, in *QuadCost*, 18, 2002, p. 566 ss.

<sup>23</sup> A. LOIODICE, *La Carta di Nizza quale parametro assiologico*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, p. 211; L. AZZENA, *Prospettive della Carta europea dei diritti e ruolo della giurisprudenza*, ivi, pp. 124-125; A. RUGGERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in *RP*, 18, 2002, pp. 63, 77.

<sup>24</sup> Si veda la dichiarazione relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea inserita nel Trattato sull’Unione europea.

<sup>25</sup> Così S. BENHABIB, *La rivendicazione dell’identità culturale. Eguaglianza e diversità nell’era globale* (2002), Bologna, 2005, p. 237.

<sup>26</sup> Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin, 1978 (nuova edizione 1996); ID., *Diritto e verità*, Torino, 2000, pp. 85 ss., 105 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, pp. 9-10, 169-171, 203; J. TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, 1995, pp. 2 ss., 34 ss., 54, 177-178.

<sup>27</sup> Si veda l’art. 2 del Trattato sull’Unione europea: «L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

<sup>28</sup> Cfr. E. GREBLO, *Politiche del riconoscimento e democrazia deliberativa*, in *RP*, 29, 2007, p. 517.



avviene, d'altro canto, quando assumono consistenza pretese di integrazione forzata che rivelano profili di intolleranza, non coerenti con la concezione liberale di organizzazione giuridico-politica cui i Paesi europei e l'Unione europea tendono a ispirarsi ed a conformarsi.

Il pluralismo odierno pone l'esigenza di una inclusione delle richieste identitarie sensibile alle differenze e ciò implica che si sia riconosciuti *in quanto* individui aventi peculiari identità (il mancato riconoscimento, infatti, sminuendo e umiliando, produce inferiorità e marginalità<sup>29</sup>) e non *a dispetto* delle specifiche appartenenze. La sfera pubblica va configurata, pertanto, come «spazio della presenza», che fornisce la «pubblicità» necessaria per la conferma delle identità e che rende possibile la prestazione ermeneutica della riproduzione culturale dei mondi vitali<sup>30</sup>.

Viene in evidenza, qui, la prestazione svolta dal diritto, che, nel suo partecipare all'impresa diretta al coordinamento delle azioni, alla regolazione dei conflitti, alla tutela delle identità<sup>31</sup>, assicura la protezione delle aspettative legittime, la riduzione dell'insicurezza, una giusta convivenza, nel rispetto della parità e della dignità delle persone. Tutto ciò può aver luogo attivando processi di inclusione simbolica e pratica<sup>32</sup>, che forniscano risorse per l'autonomia e la libertà delle scelte individuali, generando un clima aperto all'accoglienza, al confronto e al dialogo, tale da rendere possibili anche la reinterpretazione ed il cambiamento interno della propria cultura.

Il diritto, nella società multiculturale, può creare la cornice normativa idonea a facilitare l'interazione e la comunicazione sociale, combattendo le discriminazioni e salvaguardando, nello stesso tempo, le specificità distintive senza *livellare* astrattamente, né *confiscare* totalitariamente<sup>33</sup>, anche al fine di evitare forme di conflittualità intollerabili per la tenuta della società, nonché pericolosi fenomeni di disgregazione sociale, che l'assimilazione con perdita d'identità, la segmentazione dissimulata da pluralismo e la coltivazione della reciproca estraneità producono, e per contrastare gli atteggiamenti di aggressività, di intolleranza, di xenofobia, di razzismo che a queste si connettono.

La società multiculturale può essere raffigurata come una comunità politica la cui identità è il risultato dell'incontro e della comunicazione, implicanti una dinamica discorsiva e dialettica, tra varie identità culturali, da non intendere come mondi chiusi, autosufficienti, incommensurabili e imm modificabili, ma fluidi, disponibili, entro una logica multirelazionale, a generare nuove pratiche di vita comune attraverso la comunicazione e il co-apprendimento evolutivo – che richiede che siano coltivate la qualità di una «mentalità aperta», capace di esercitare l'immaginazione civica nella considerazione del punto di vista dell'altro, l'autoriflessione e la revisione<sup>34</sup> – all'interno di principi preesistenti, che sono quelli propri dello Stato costituzionale di diritto e che incorporano un basilare impegno verso i diritti umani, la democrazia e la ragionevolezza<sup>35</sup>, in opposizione a qualsiasi forma di fondamentalismo. In questo senso, le società multiculturali possono essere viste come società politiche in cui non vi è una identità culturale dominante o maggioritaria, ma ve ne sono di molteplici, con eguale diritto di riconoscimento nello spazio pubblico<sup>36</sup>.

---

<sup>29</sup> In argomento v. A. HONNETH, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto* (1992), Milano, 2002, pp. 86, 116, 158-159; A. MARGALIT, *La società decente* (1996), Milano, 1998, pp. 57-58, 85-87, 90-94.

<sup>30</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto* (1993), in J. HABERMAS, CH. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998, p. 89.

<sup>31</sup> J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Milano, 1996, pp. 378-379.

<sup>32</sup> Cfr. A.E. GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli, 1999, p. 32 ss.; M. MARTINIELLO, *Le società multietniche* (1997), Bologna, 2000, p. 98 ss.; B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, cit., p. 68 ss.

<sup>33</sup> J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), Milano, 1998, p. 55.

<sup>34</sup> S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., pp. 221-222; B. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*, Roma, 2007, p. 21. Scrive A. SEN, *Identità e violenza* (2006), Roma-Bari, 2006, p. 31: «Il ragionamento e l'analisi approfondita possono quindi giocare un ruolo importante per specificare le identità e per individuare la forza relativa delle loro rispettive pretese».

<sup>35</sup> B. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà*, cit., p. 56 ss. In questa prospettiva può forse assumere consistenza l'idea di «patriottismo costituzionale» come nozione idonea a possedere una valenza integrativa che non trascenda le diversità culturali, pur nel riferimento ad una cultura politica condivisa. Il patriottismo costituzionale, in questo senso, significa convergenza verso gli ideali, i principi e le pratiche costituzionali, che restano aperti al dibattito e alle varie interpretazioni provenienti da prospettive eterogenee. Sul punto v. P. NANZ, *Europolis*, cit., pp. 133-137, 140 ss., la quale riprende le riflessioni di Habermas (cfr., ad esempio, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, cit., pp. 94, 99-100), con riguardo specifico all'ambito europeo.

<sup>36</sup> B. PASTORE, L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008, pp. 10-11.

È da rilevare, al riguardo, che un multiculturalismo «correttamente inteso», «critico»<sup>37</sup> – ben diverso da quello «basato sulla differenza, che rischia di frammentare i gruppi culturali o etnici enfatizzando la loro mutua diversità»<sup>38</sup>, e che assume una concezione irrigidita, bellicosa e arrogante, essenzialistica e museale delle culture di gruppo, trascurando il fatto che i confini culturali sono fluidi, si modificano sulla base di un confronto con il mondo e le altre culture, vengono di continuo negoziati nel discorso pubblico<sup>39</sup> – sostiene la costante possibilità di nuove e positive fusioni di identità nella vita pubblica. Esso, dunque, si oppone alla frammentazione, pur riconoscendo gli elementi differenziali e specifici dei vari gruppi. L'obiettivo consiste nel configurare una politica e una istituzionalizzazione della deliberazione pubblica dove le collettività culturali si impegnino in un distanziamento riflessivo, autocritico, dai propri discorsi e giungano a riconoscere la potenziale validità di altri discorsi<sup>40</sup>.

Infatti, posto che si intenda discutere, e risolvere discorsivamente i problemi (e non ingannare, minacciare, reprimere), la prassi argomentativa, propria del confronto, è ipotizzabile come *focus* in cui si incontrano i tentativi di intesa dei partecipanti all'argomentazione, al di là dei loro diversi contesti d'origine<sup>41</sup>, attraverso il loro situarsi su un piano di simmetria, di parità, nella comune tensione volta alla soluzione discorsiva dei problemi.

Nell'ambito dello spazio comune, come luogo di coabitazione di molteplici diversità, culture, tradizioni, si richiede la selezione degli argomenti e delle ragioni rilevanti, pertinenti, adeguate all'oggetto e aperte alla discussione e alla revisione pubblica. Si richiede che ognuno, senza per questo abbandonare la propria integrità epistemica e la propria identità, formuli la sua posizione e le sue pretese in termini di ragioni pubbliche (universalizzabili, aperte alla critica e al riesame, dunque non assolutizzate)<sup>42</sup>. Ciò si pone come requisito per affrontare le questioni che, nel corso del dibattito, assumono rilevanza entro la sfera comune, sicché i soggetti possano far sentire la propria voce, articolare i propri bisogni, realizzare la propria concezione del bene, attraverso un discorso in cui ognuno, identificando se stesso, richiede riconoscimento e riconosce una pari legittimità agli altri.

L'inclusione è la posta in gioco. Essa implica che nessun individuo possa sentirsi a proprio agio, ed avere stima e rispetto di sé, se non viene socialmente accettato e se vengono negate quelle che costituiscono le componenti essenziali della propria identità personale. Tra queste, un posto di rilievo va assegnato alla comunità culturale, entro la quale avviene la sua socializzazione, la formazione della sua personalità, la sua realizzazione in quanto essere umano.

La legittimazione pubblica delle differenze richiede che queste componenti siano riconosciute *in quanto* importanti per chi ne è contrassegnato. Il loro accantonamento pubblico si configura come fattore di ingiustizia per chi ne è portatore, negandogli un'eguale considerazione e rispetto. Da questo punto di vista, il multiculturalismo è chiamato a mantenere le promesse di giustizia e di apertura *a chiunque* delle democrazie liberali.

Tutte le comunità politiche, invero, hanno il diritto di fissare i criteri di appartenenza e le modalità di inclusione ed esclusione. Ma le democrazie liberali non possono chiudere le frontiere ai rifugiati o a quanti chiedano asilo politico, agli immigrati o ai lavoratori stranieri temporanei, poiché la porosità dei confini rappresenta una loro condizione necessaria, benché non sufficiente. Esse, infatti, allorché vigilano sui propri confini, hanno sempre l'onere di dimostrare che i modi in cui mettono in atto la propria vigilanza non violano i diritti umani. La costruzione di «fortezze», che demarchino i cittadini dagli stranieri, chi sta dentro e chi sta fuori, il «noi» dal «loro», non è, dunque, consentita. Il

---

<sup>37</sup> J. HABERMAS, *Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism*, in *TJoPP*, 13, n. 1, 2005, p. 15; P. NANZ, *Europolis*, cit., p. 96.

<sup>38</sup> Per una critica al multiculturalismo «forte» o «a mosaico» v. S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., pp. 26 ss., 30 ss., 48; J. HABERMAS, *Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism*, cit., p. 20 ss. Cfr. anche K.A. APPIAH, *The Ethics of Identity*, Princeton and Oxford, 2005, p. 73 ss., che parla di «*bard pluralism*».

<sup>39</sup> Scrive P. RICOEUR, *Quale nuovo ethos per l'Europa?* (1992), in ID., *La traduzione. Una sfida etica*, Brescia, 2001, p. 82: «L'identità di un gruppo, una cultura, un popolo, una nazione non è quella di una sostanza immobile, né di una struttura fissa, bensì quella di una storia narrata». Cfr. anche S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., pp. 9 ss., 23 ss., 35 ss., 141; A. SEN, *Identità e violenza*, cit., p. 19.

<sup>40</sup> P. NANZ, *Europolis*, cit., pp. 95-96.

<sup>41</sup> J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 370.

<sup>42</sup> Cfr. B. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà*, cit., pp. 53-56, 85 ss. Sul diritto che ogni cittadino possiede, in contesti democratici, alla giustificazione argomentata cfr. R. FORST, *The Basic Right to Justification: Toward a Constructivist Conception of Human Rights*, in *Constellations*, 6, 1999, pp. 35-60. Un siffatto diritto, invero, si connette al dovere di giustificare.

trattamento delle varie categorie di immigrati che sono in mezzo a noi costituisce un banco di prova cruciale sia per l'etica pubblica sia per la riflessività politica delle democrazie<sup>43</sup>.

Risulta evidente che, in questa prospettiva, la questione dell'identità culturale non è gestibile nel senso dell'assimilazione, che presuppone la *negazione della differenza*. Né risulta gestibile nel senso di una mera coesistenza tra insiemi culturali fortemente strutturati, di cui vengono riconosciute l'identità e la specificità, ed anche forme di organizzazione in comunità localmente omogenee e autogovernate, ma che non interagiscono. Qui abbiamo a che fare, propriamente, con una *differenza segregata*. Neppure è possibile *dimenticare le differenze*, considerando, nelle società segnate da flussi migratori, gli immigrati soltanto come «lavoratori ospiti», ossia come individui la cui permanenza sul territorio nazionale è giustificata da motivi di lavoro e limitata nel tempo, e di cui si può apprezzare l'apporto economico, ma di cui non si caldeggia affatto l'insediamento stabile. Questo modello, anche in ragione della tendenza a preservare come valore essenziale la pretesa omogeneità e specificità del popolo autoctono, conduce a misconoscere le identità culturali delle minoranze etniche, posto che l'obiettivo è il mantenimento degli «stranieri» nella loro condizione di precarietà, considerata funzionale al loro auspicato rientro al Paese d'origine<sup>44</sup>.

Entrano in gioco, a questo proposito, le normative e le prassi di integrazione e di cittadinanza, capaci di tener conto, qualora si abbia a che fare con fenomeni di immigrazione, delle diverse condizioni (e fasi) dell'ingresso, del soggiorno temporaneo, del soggiorno permanente, dell'integrazione civile, dell'appartenenza politica<sup>45</sup>.

La cittadinanza, di fronte alla crisi degli Stati sovrani, con i fenomeni ad essa legati che caratterizzano la nostra epoca globalizzata, risulta ancorata alla convivenza nello spazio comune e riguarda una pratica continua di relazioni intersoggettive che vivono nella contiguità e nella condivisione di beni e interessi fondamentali<sup>46</sup>. Si tratta, allora, di considerarla come fattore inclusivo di una pluralità di differenti, configurandola come insieme di aspettative e impegni reciproci fra individui e istituzioni<sup>47</sup>.

#### 4. Confronti interculturali

L'Unione europea è motivo di speranza. Deve essere capace, però, di fornire una risposta inclusiva che riclassifichi la dimensione pluralistica che la caratterizza nella direzione di una «compossibilità» di identità collettive differenti per individui allo stesso titolo inseriti nella cerchia della comune lealtà civile, con la consapevolezza che qui si ha a che fare con una prospettiva di inclusione entro la cittadinanza di individui aventi specifiche identità. Su questo punto si misurano il ruolo e la scommessa del diritto, chiamato a comporre l'estraneità delle differenze, riconducendole a reciproca coordinazione, ed a garantire l'eguaglianza nei diritti come condizione per definire un'«identità collettiva» fondata sul reciproco rispetto<sup>48</sup>.

L'integrazione e la «solidarietà tra estranei» che il diritto e la politica sono chiamati a produrre implicano la costruzione di una sfera pubblica europea<sup>49</sup>, operante come arena istituzionalizzata per

<sup>43</sup> S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., pp. 198, 225, 229.

<sup>44</sup> Di differenza «negata», «segregata» e «dimenticata», con riferimento alle politiche migratorie dei tradizionali Paesi europei d'immigrazione (rispettivamente, la Francia, il Regno Unito e la Repubblica Federale Tedesca), parla U. MELOTTI, *L'immigrazione in Europa tra universalismo e differenza*, in G. DE FINIS, R. SCARTEZZINI (a cura di), *Universalità e differenza. Cosmopolitismo e relativismo nelle relazioni tra identità sociali e culture*, Milano, 1996, p. 455 ss. Cfr. B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, cit., pp. 59-60, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>45</sup> S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., pp. 199-200, 209 ss., 218 ss.

<sup>46</sup> Cfr. M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Torino, 2004, in particolare pp. 244-246, 263-265, 298-299. Per una riflessione sullo spazio pubblico (locale) come luogo di incontro tra estranei e di condivisione di esperienze, dove è possibile integrare, senza annullare, le differenze, v. Z. BAUMAN, *Fiducia e paura nella città*, Milano, 2005, pp. 15-35, 56-59, 77-79.

<sup>47</sup> B. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà*, cit., p. 51 ss.

<sup>48</sup> L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, con la collaborazione di E. Santoro, Milano, 2002, p. 376; G. ZACCARIA, *Pluralismo, ermeneutica, multiculturalismo: una triade concettuale*, in RP, 31, 2008, pp. 562, 568, 572.

<sup>49</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, cit., in particolare p. 107 ss. Di Habermas, sul tema, si veda inoltre *Europe. The Faltering Project*, Cambridge (UK) - Malden (USA), 2009, pp. 78 ss., 87 ss., 159 ss., 181-183.

l'interazione discorsiva, al di là dei confini statali, che conduce alla formazione delle opinioni e delle decisioni, dove dottrine comprensive, concezioni del mondo, appartenenze, autocomprensioni si incontrano e si sfidano a vicenda. Tale ambito si caratterizza per l'intreccio tra momenti istituzionali e momenti non-istituzionali, ossia per il raccordo tra procedure deliberative articolate nei settori formali di produzione decisionale (in primo luogo, l'attività legislativa e quella giudiziaria) e processi informali di determinazione dell'opinione<sup>50</sup>.

La sfera pubblica, dunque, è il risultato di una molteplicità di dialoghi e confronti civici interculturali in continuo sviluppo<sup>51</sup>. Essa presuppone la volontà di impegnarsi nella mutua esplorazione delle differenze tra estranei con origini culturali, etiche, etniche, nazionali eterogenee e nella definizione delle regole del loro agire comune, promuovendo la continua traduzione interculturale<sup>52</sup>.

La creazione di una identità europea, in questa prospettiva, diventa un problema di «interdiscorsività», centrato sulla traduzione tra i discorsi, senza rinunciare alle differenze, ponendo in risalto, invece, la possibilità di parlare attraverso le barriere della diversità culturale<sup>53</sup>. La partecipazione al dialogo, che richiede l'accettazione delle norme del *rispetto universale* e della *reciprocità egualitaria*<sup>54</sup>, aiuta a sviluppare un atteggiamento riflessivo verso le proprie opinioni e a raggiungere una chiarezza concettuale su punti di vista altrui. In tal modo, la deliberazione pubblica, che presuppone uno scambio dialogico di ragioni allo scopo di risolvere problemi comuni, conduce ad un processo di apprendimento interculturale, libero dal bisogno del riferimento ad un'origine etnica, linguistica e culturale, aperto al mutamento delle prospettive individuali e collettive.

La capacità di «alfabetizzazione multiculturale», cioè la disponibilità a vedere il mondo dai punti di vista degli altri partecipanti all'interazione discorsiva, che richiede l'esercizio della traduzione interculturale, funziona, così, come garanzia del progetto di convivenza tra individui e gruppi aventi differenti comprensioni, ma intenzionati alla ricomposizione dei concreti disaccordi socio-culturali.

La pratica della traduzione interculturale, connessa all'idea di una cittadinanza post-nazionale, può contribuire a generare una comunità politica europea basata non su un *demos* o su una comune eredità culturale, ma sulla ricerca condivisa delle soluzioni più giuste ai multiformi problemi del vivere insieme tra diversi<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Per questa caratterizzazione si veda J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., pp. 327 ss., 341 ss., 350-357, 363-365, 423 ss., 440 ss.

<sup>51</sup> P. NANZ, *Europolis*, cit., p. 25.

<sup>52</sup> Cfr. P. NANZ, *Europolis*, cit., p. 20 ss.; M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008, pp. 241-310. Sul paradigma della traduzione come modello di integrazione, nel quale sono in gioco l'identità e l'alterità, e sull'*ethos* della traduzione, caratterizzato da quella forma di «ospitalità» grazie alla quale si accoglie il discorso dell'altro nella propria sfera di senso, cfr. P. RICOEUR, *Quale nuovo ethos per l'Europa?*, cit., p. 76 ss.

<sup>53</sup> P. NANZ, *Europolis*, cit., pp. 49, 205-206 (nota 2).

<sup>54</sup> Il *rispetto universale* «esige che si riconosca il diritto di tutti gli esseri capaci di discorso e azione a partecipare alla conversazione morale»; la *reciprocità egualitaria* «stabilisce che nel discorso ciascuno debba avere lo stesso diritto ai vari atti discorsivi, a intraprendere nuovi argomenti e a richiedere la giustificazione dei presupposti della conversazione». Cfr. S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., pp. 147-148.

<sup>55</sup> P. NANZ, *Europolis*, cit., pp. 143-148, 194-201. Sulla necessità di costruire un'etica pubblica idonea a definire il sostrato valoriale minimo sul quale fondare scelte politiche condivise, nell'ottica dell'integrazione europea, si rinvia agli articoli pubblicati in E. CEVA (a cura di), *Un'etica pubblica europea?*, in *NP*, XXV, n. 95, 2009.

## II. La disciplina dell'uso del *burqa* e delle mutilazioni genitali femminili

Giuditta Brunelli

### Abstract

Gli interventi legislativi sull'uso in pubblico del velo integrale e sulle mutilazioni genitali femminili, pur relativi a fenomeni tra loro dissimili, si collocano nell'ambito della regolazione del pluralismo nello Stato liberale. Le ipotesi *de jure condendo* di divieto di *burqa* e *niqab* assumono un diverso significato in Francia, dove si pone l'accento sulla tutela della libertà di autodeterminazione individuale e sulla parità di genere, e in Italia, dove si insiste piuttosto sulle esigenze di sicurezza pubblica. Secondo l'A., tuttavia, entrambi i casi nascondono in realtà un altro tema, quello della difesa di una presunta *identità collettiva* della società ospitante: un concetto pericoloso, che può condurre al reciproco irrigidimento identitario dei gruppi sociali di maggioranza e di minoranza, mettendo a rischio le possibilità di integrazione. Quanto al divieto penale delle mutilazioni genitali femminili, è di fondamentale importanza che le norme repressive non siano percepite come una ingiusta vessazione dai membri del gruppo etnico minoritario, stigmatizzati a causa della loro identità culturale.

### Keywords

Velo integrale - mutilazioni genitali femminili - diritti fondamentali - eguaglianza di genere - sicurezza

## II. LA DISCIPLINA DELL'USO DEL *BURQA* E DELLE MUTILAZIONI GENITALI FEMMINILI

di Giuditta Brunelli

*Sommario:* 1. Considerazioni introduttive.- 2. Simboli collettivi e segni individuali di carattere religioso: profili costituzionali.- 3. La disciplina *de jure condendo* del “velo integrale” in Francia e in Italia.- 4. Leggi repressive e norme culturali: il caso delle mutilazioni genitali femminili.- 5. Strumenti parlamentari di coinvolgimento delle comunità migranti.- 6. Argomenti culturali e protezione umanitaria.

### 1. Considerazioni introduttive

Il tema che mi è stato affidato, quello del trattamento giuridico di fenomeni quali l'uso di *burqa* e *niqab* e le mutilazioni genitali femminili, richiede una precisazione preliminare. Si tratta, infatti, di «modulare le strategie» di regolazione del pluralismo «secondo i casi, guardando a come concretamente di configurano in essi i conflitti tra diritti e tra principi»<sup>56</sup>. In altri termini, il modello della laicità deve essere adattato, con esiti diversi, non essendo proponibili soluzioni uniformi per casi tra loro dissimili. Così, lo Stato liberale consentirà alle ragazze islamiche di portare il velo, ma non potrà certamente tollerare la modificazioni genitali femminili<sup>57</sup>, a causa della violazione – che esse comportano – del diritto all'integrità personale e fisica, alla salute psicologica, sessuale e riproduttiva delle donne. Si tratta tuttavia, in questa seconda ipotesi, di comprendere fino a che punto la risposta penale sia efficace, o se non debba essere almeno affiancata da modalità di intervento di carattere preventivo (strumenti di carattere civilistico, affidamento ai servizi sociali delle minori a rischio, riconoscimento dello *status* di rifugiato, divieto di espulsione e di respingimento *ex art.* 19 t.u. immigrazione<sup>58</sup>).

### 2. Simboli collettivi e segni individuali di carattere religioso: profili costituzionali

In generale, i segni personali di appartenenza religiosa (capi di abbigliamento o monili) rappresentano espressione di una scelta individuale (e appartengono quindi alla sfera della libertà religiosa e dell'espressione dell'identità personale). Si tratta di un fenomeno con caratteri peculiari, che non va assolutamente confuso con il tema dell'esposizione dei simboli religiosi collettivi negli spazi pubblici istituzionali (come il crocifisso nelle aule scolastiche), la quale si traduce in ultima analisi in una implicita richiesta autoritativa di *identificazione* nei valori religiosi proposti. Si potrebbe dire che i simboli religiosi esposti dallo Stato nelle scuole, nelle aule giudiziarie, nei seggi elettorali, *impongono l'omogeneità* attraverso l'esclusione implicita di chi in essi non si riconosca<sup>59</sup>. E' davvero emblematica, da questo punto di vista, la recentissima sentenza della Corte di Strasburgo *Lautsi c. Italia*, del 3 novembre 2009, la cui motivazione è tutta costruita sulla nozione di «neutralità confessionale» dello Stato, il quale non deve *imporre*, nemmeno indirettamente, credenze religiose, in particolare nella scuola pubblica, proprio per la particolare vulnerabilità di soggetti in formazione, con un livello ancora non sufficiente di capacità critica. E' notevole il fatto che la Corte insista sull'esigenza di tutelare in primo luogo gli allievi appartenenti a minoranze religiose, sottolineando come la libertà negativa di religione non riguardi

<sup>56</sup> C. MANCINA, *La laicità al tempo della bioetica*, Bologna, 2009, 25, p. 25.

<sup>57</sup> C. MANCINA, *ibidem*.

<sup>58</sup> Sull'utilizzabilità di tali strumenti rinvio a G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, p. 223 ss.

<sup>59</sup> In argomento rinvio a G. BRUNELLI, *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del XXII Convegno Annuale, Napoli, 26-27 ottobre 2007, Padova, 2008, p. 275 ss.

soltanto il compimento di atti di culto o l'insegnamento religioso, ma si estenda anche alla sfera del simbolico<sup>60</sup>.

A sua volta, il divieto dei segni individuali di appartenenza religiosa (secondo il modello francese) esprime una *pretesa di omogeneità* del corpo sociale, fra l'altro del tutto irrealistica. Entrambe le questioni hanno un rapporto diretto ed immediato con la definizione stessa di «sfera pubblica», o meglio con la individuazione dei confini tra pubblico e privato, con la fissazione dei criteri in base ai quali stabilire la rilevanza pubblica o privata di un determinato atto o comportamento. La controversia francese sul velo islamico acquista così una profondità teorica che non sempre viene colta. Chi difende la possibilità di indossare il velo nelle scuole intende in primo luogo «imporre quello che lo Stato francese vuole considerare come un simbolo privato – un capo di vestiario individuale – alla comune sfera pubblica, *mettendo così in questione i confini tra pubblico e privato*». Le tre ragazze che diedero inizio alla vicenda nel 1989 utilizzavano in realtà i simboli della sfera privata «per contestare le disposizioni della sfera pubblica»<sup>61</sup>.

A mio modo di vedere, questi segni individuali sono del tutto compatibili con l'interpretazione della laicità come neutralità dello spazio pubblico. Il divieto francese del 2004<sup>62</sup> non deriva, infatti, dalla neutralità, ma piuttosto da altre caratteristiche di quella cultura giuridica: in primo luogo, dalla nozione di cittadinanza repubblicana, di ascendenza giacobina, che si propone di unificare le molteplici differenze presenti nel corpo sociale, ma anche da un'idea perfezionista del ruolo dello Stato nell'educazione dei suoi cittadini. In realtà, interpretare un simbolo – o un segno – come religioso o meno comporta proprio che lo Stato venga meno al principio di neutralità. Come si è giustamente sottolineato, infatti, non è possibile «fornire interpretazioni *content independent* o *attitude independent* se un simbolo sia religioso o solo culturale, se sia liberatorio o oppressivo. Questo è esattamente ciò che i sostenitori dello stato laico, liberale e anti-perfezionista non vogliono che lo Stato faccia, perché implicherebbe entrare nel merito delle concezioni del bene dei cittadini e classificarne alcune come buone, altre come meno buone, altre come da bandire, con la conseguenza di introdurre distinzioni morali tra i cittadini»<sup>63</sup>.

A questo proposito, è noto che uno degli argomenti principali su cui ha fatto leva il legislatore francese riguarda il significato segregazionista del velo, il suo essere un simbolo potente di sottomissione femminile e la necessità di sottrarre le giovani islamiche alle pressioni tradizionaliste del gruppo familiare e della comunità etnico-religiosa di appartenenza. Si tratta di argomenti seri, ai quali sono personalmente sensibile. E, tuttavia, si scontrano con una serie di considerazioni che presentano – io credo – un maggior peso specifico. Una di queste mette in luce il rischio di impiego di *double standards*, nel senso di «un atteggiamento più esigente e rigoroso di quello che è normalmente usato per valutare i comportamenti culturalmente familiari o, per intenderci, “nostri”»<sup>64</sup>. In altri termini, la richiesta rivolta alle ragazze musulmane, e più in generale a una comunità di immigrati, non deve essere né apparire più onerosa di quelle a cui sono sottoposti gli altri cittadini, considerando che «anche le famiglie più democratiche e liberali determinano le scelte dei figli minori»<sup>65</sup>. Inoltre, c'è una buona dose di paternalismo nell'idea che la protezione del singolo rispetto ai condizionamenti culturali della comunità di origine sia una responsabilità dell'amministrazione pubblica, da esercitare, oltretutto, nella forma del divieto.

Ma l'argomento critico più serio nei confronti della scelta francese si fonda sulla considerazione che lo Stato non deve in alcun modo «manipolare» i simboli religiosi, né per vietarli né per imporli. E,

---

<sup>60</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 novembre 2009, n. 30814/06, *Lautsi c. Italia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). «La présence du crucifix – si legge nella motivazione della pronuncia - *peut aisément être interprétée par des élèves de tous âges comme un signe religieux et ils se sentiront éduqués dans un environnement scolaire marqué par une religion donnée. Ce qui peut être encourageant pour certains élèves religieux, peut être perturbant émotionnellement pour des élèves d'autres religions ou ceux qui ne professent aucune religion. Ce risque est particulièrement présent chez les élèves appartenant à des minorités religieuses. La liberté négative n'est pas limitée à l'absence de services religieux ou d'enseignement religieux. Elle s'étend aux pratiques et aux symboles exprimant, en particulier ou en général, une croyance, une religion ou l'athéisme. Ce droit négatif mérite une protection particulière si c'est l'Etat qui exprime une croyance et si la personne est placée dans une situation dont elle ne peut se dégager ou seulement en consentant des efforts et un sacrifice disproportionnés*» (par. 55).

<sup>61</sup> S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2006, p.10.

<sup>62</sup> Si tratta della legge n. 228 del 15 marzo 2004.

<sup>63</sup> A. E. GALEOTTI, *Genere e culture altre*, in RP, n. 23, 2004, p. 474.

<sup>64</sup> A. E. GALEOTTI, *Genere*, cit., pp.473-474.

<sup>65</sup> C. MANCINA, *Laicità e politica*, in G. BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, 2006, p. 23.

quando lo fa, rischia oltretutto di determinare conseguenze pratiche distorte e indesiderate (per restare alla Francia: quando si può parlare di dimensioni “manifestamente eccessive” di un segno religioso (circolare Fillon del 18 maggio 2004, adottata in applicazione della legge n. 228 del 2004)? Come si identificano gli eventuali «nuovi» simboli religiosi? Come si affrontano i tentativi di aggiramento della legge, attraverso l'uso di cosiddetti segni sostitutivi? Il fatto che sia affidato all'amministrazione scolastica il compito di interpretare un segno per evincerne l'eventuale significato religioso non contrasta proprio con quella neutralità a gran voce proclamata?). In realtà, condivido l'affermazione secondo cui la libertà negativa di religione, l'unico profilo della libertà che l'ordinamento è legittimato a prendere in considerazione, comporta che lo Stato sia privo di qualsiasi potere in merito alla definizione di ciò che sia o no religione, e quindi anche di che cosa sia simbolo religioso o di accogliere un certo significato del simbolo stesso, per aderirvi o per respingerlo. Ogni tentativo in questa direzione «non può che urtare contro l'intero elenco dei principi costituzionali, a partire da quello della laicità e del pluralismo, per arrivare a quello della tutela delle minoranze»<sup>66</sup>.

### 3. La disciplina *de jure condendo* del “velo integrale” in Francia e in Italia

Oggi, la questione si ripresenta, sia in Francia che in Italia (pur con accenti diversi), in relazione all'ipotizzata proibizione del «velo integrale» (*burqa* o *niqab*). Trattandosi di una forma di vestiario che copre il volto, impedendo il riconoscimento della persona e ostacolandone i rapporti sociali, l'intenzione è quella di stabilire un divieto generale alla sua utilizzazione, non più limitata ai soli luoghi «sensibili», come le aule scolastiche. Nello scorso giugno, l'Assemblea Nazionale francese ha deciso di dare vita ad una commissione parlamentare destinata a meglio comprendere il fenomeno e a definire proposte idonee a combattere una tradizione che costituisce, secondo la risoluzione parlamentare istitutiva, «un attentato alle libertà individuali sul territorio nazionale» (il rapporto sarà probabilmente reso noto entro il gennaio 2010). Negli stessi giorni, il Presidente Sarkozy ha dichiarato che il velo integrale non rappresenta il simbolo di una religione, ma un «segno di asservimento e di avvilitamento», non benvenuto nella Repubblica, trattando il tema come un problema di libertà anziché di carattere religioso<sup>67</sup>. Del resto, anche il citato documento parlamentare non fa leva su argomenti religiosi, riferendosi invece all'esigenza di impedire la deriva comunitarista della società francese, alla laicità come strumento di integrazione nella cittadinanza universalista, alla violazione della dignità e della libertà della donna («*Vêtue de la burqa ou du niqab, elle est en situation de réclusion, d'exclusion et d'humiliation insupportable. Son existence même est niée*»)<sup>68</sup>.

Nessuna utilizzazione di argomenti legati alla sfera della religione, dunque. Ma piuttosto, ancora una volta, l'esplicitazione della finalità politico-pedagogica dello Stato francese – peraltro sottoposta a una discussione pubblica parlamentare, con ciò esprimendo la condivisibile esigenza che la sede della rappresentanza politica, affrontando temi difficili e controversi, ritrovi «l'antica funzione di luogo dei grandi dibattiti politici, nel senso più alto e nobile del termine anche al di fuori dello schema

---

<sup>66</sup> R. BIN, *Libertà dalla religione*, in R. BIN e C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, p. 43.

<sup>67</sup> R. GUOLO, *Burqa d'Occidente*, *La Repubblica*, 26 giugno 2009. Secondo recenti notizie di stampa, peraltro, il governo francese si starebbe orientando a vietare l'uso del *burqa* soltanto in alcuni edifici pubblici (come municipi e commissariati), rinunciando al bando integrale, che potrebbe violare la libertà religiosa. La decisione verrebbe così giustificata con ragioni di sicurezza: *Francia, il divieto di burqa varrà solo in alcuni edifici pubblici* (16 dicembre 2009), in [www.it.reuters.com](http://www.it.reuters.com).

<sup>68</sup> *Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur la pratique du port de la burqa ou du niqab sur le territoire National*, n. 1725, in [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr). In senso analogo, il Consiglio di Stato, decidendo sul caso di una donna di nazionalità straniera, alla quale il governo aveva rifiutato l'acquisizione della nazionalità francese per matrimonio, aveva ritenuto che l'interessata avesse adottato «*une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes*», concludendo che la ricorrente non soddisfaceva alla condizione di assimilazione posta dal codice civile (*Section du contentieux, 2ème et 7ème sous-sections réunies, Séance du mai 2008 – Lecture du 27 juin 2008, n. 286798, Mme M.*, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)). A sua volta, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) aveva affermato, nella deliberazione del 15 settembre 2008, che l'obbligo di non utilizzare *burqa* o *niqab* posto a carico di una donna che segue un corso di formazione linguistica nel quadro di un contratto di accoglienza e integrazione costituisce una limitazione compatibile con gli artt. 9 e 14 CEDU e 2 Protocollo n. 1 alla CEDU. Il *burqa*, secondo l'HALDE, «*porte une signification de soumission de la femme qui dépasse sa portée religieuse et pourrait être considérée comme portant atteinte aux valeurs républicaines présidant à la démarche d'intégration et d'organisation de ces enseignements obligatoires pour les étrangers admis pour la première fois au séjour en France*», in [www.halde.fr](http://www.halde.fr).



maggioranza-opposizione»<sup>69</sup> (e indipendentemente dal giudizio di merito che si possa poi dare sugli esiti di tale dibattito).

Molto diverso il discorso in Italia, dove tutto viene incentrato sul tema della sicurezza e dell'ordine pubblico (in piena coerenza, del resto, con una tendenza securitaria prevalente nelle forze che sostengono l'attuale esecutivo, e che si è tradotta in una produzione giuridica imponente di segno apertamente repressivo, soprattutto in tema di immigrazione). In questa direzione di muovono le proposte di legge Sbai, Contento<sup>70</sup> e Cota e altri<sup>71</sup>, volti ad inserire nell'art. 5, primo comma, primo periodo, della c.d. legge Reale<sup>72</sup> - secondo cui è vietato «l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo» - l'esplicito divieto del velo integrale<sup>73</sup>.

L'intenzione dichiarata<sup>74</sup> è quella di superare l'attuale indirizzo della giurisprudenza, orientata nel senso di ritenere che, sulla base della vigente formulazione dell'art. 5 legge n. 152/1975, l'utilizzo del *burqa* sia sorretto da motivazioni religiose o culturali, che costituiscono *giustificato motivo* ed escludono la configurabilità del reato. Emblematica la sentenza del Consiglio di Stato, VI Sezione, 19 giugno 2008, n. 3076: «Con riferimento al “velo che copre il volto”, o in particolare al burqa, si tratta di un utilizzo che generalmente non è diretto ad evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e culture. In questa sede al giudice non spetta dare giudizi di merito sull'utilizzo del velo, né verificare se si tratti di un simbolo culturale, religioso, o di altra natura, né compete estendere la verifica alla spontaneità o meno di tale utilizzo. Ciò che rileva sotto il profilo giuridico è che non si è in presenza di un mezzo finalizzato a impedire senza giustificato motivo il riconoscimento. Il citato art. 5 consente nel nostro ordinamento che una persona indossi il velo per motivi religiosi o culturali; le esigenze di pubblica sicurezza sono soddisfatte dal divieto di utilizzo in occasione di manifestazioni e dall'obbligo di tali persone di sottoporsi all'identificazione e alla rimozione del velo, ove necessario a tal fine»<sup>75</sup>.

Tra gli argomenti possibili per giustificare un eventuale divieto, i soli convincenti, almeno in linea teorica, mi paiono quelli che fanno leva sulla autodeterminazione della persona e sulla relazione sociale. Resta peraltro da chiedersi se affrontare il problema – comunque limitato a un numero assai ristretto di casi – in termini di divieto non rischi di esacerbare lo scontro identitario, provocando oltretutto una ulteriore segregazione domestica delle donne coinvolte. Il tema è certamente complesso; personalmente ritengo, tuttavia, che sia il richiamo alla tutela dei diritti fondamentali (come nel caso francese) sia quello alla sicurezza (come in Italia), nascondano in realtà un altro tema, quello dell'*identità collettiva* (eloquenti, sotto questo aspetto, le osservazioni presentate dal governo italiano nel caso *Lautsi c. Italia*, prima ricordato, che nulla hanno di giuridico, ma sono giocate interamente sulla difesa di una tradizione culturale – l'esposizione del crocifisso nella aule scolastiche - e di una scelta che sarebbe estranea alla sfera della legalità e appartenerebbe per intero a quello dell'opportunità politica). Un concetto pericoloso su due fronti, quello della difesa dell'identità: da un lato, il comunitarismo rivendicativo dei gruppi (ad

---

<sup>69</sup> C. MARTINELLI, *La questione del crocifisso tra esperienza giurisprudenziale e intervento parlamentare*, in E. DIENI, A. FERRARI e V. PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, 2006, p. 162.

<sup>70</sup> Atto Camera n. 2422, “Modifica all'articolo 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152, concernente il divieto di indossare gli indumenti denominati *burqa* e *niqab*”, presentata il 6 maggio 2009.

<sup>71</sup> Atto Camera n. 2769, “Modifica dell'articolo 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152, in materia di tutela dell'ordine pubblico e di identificabilità delle persone”, presentata il 2 ottobre 2009.

<sup>72</sup> Art. 5, primo comma, legge n. 152/1975, come sostituito dall'art. 2 della legge n. 533/1977.

<sup>73</sup> In particolare, il progetto di legge n. 2422 aggiunge il seguente periodo: «E' altresì vietato, al fine di cui al primo periodo, l'utilizzo degli indumenti femminili, in uso presso le donne di religione islamica denominati *burqa* e *niqab*», mentre il progetto n.2769 specifica che deve intendersi come «difficoltoso» per il riconoscimento della persona ciò che «non renda visibile l'intero volto, inclusi gli indumenti indossati in ragione della propria affiliazione religiosa».

<sup>74</sup> L'art. 5 della legge Reale, secondo la relazione di accompagnamento al progetto di legge Cota e altri, è stata «oggetto di un'applicazione non omogenea sul territorio nazionale, in ragione delle diverse interpretazioni più o meno restrittive che ne sono state date. La presente proposta di legge mira a fare chiarezza sul senso originario delle disposizioni vigenti, tenendo conto dell'accresciuta necessità di garantire, per ragioni di ordine pubblico, la riconoscibilità delle persone, inserendo esplicitamente tra le categorie dei mezzi vietati anche gli abiti indossati a scopo religioso qualora rendano non identificabile la persona che li utilizza».

<sup>75</sup> Diversa sembra l'impostazione della *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione* (allegata al decreto ministeriale 23 aprile 2007 e avente valore di direttiva generale per l'Amministrazione dell'interno), la quale prevede che «in Italia non si pongono restrizioni all'abbigliamento della persona, purché liberamente scelto e non lesivo della sua dignità. Non sono accettabili forme di vestiario che coprono il volto perché ciò impedisce il riconoscimento della persona e la ostacola nell'entrare in rapporto con gli altri»(n. 26).

esempio, di alcune comunità di migranti), potenzialmente disgregatore della società civile e politica; dall'altro, l'irrigidimento identitario della comunità di accoglienza, che, sentendosi minacciata, tenta di proporre una concezione monolitica e non conflittuale della propria (supposta) identità culturale, con ciò rischiando di soffocare la pluralità interna, le voci di dissenso, le interpretazioni alternative rispetto a quella dominante.

A mio avviso, questa valorizzazione, talora esasperata, delle identità, costituisce un regresso di fronte ad acquisizioni concettuali che sembravano ormai preannunciarne – almeno nella cultura occidentale – una crisi irreversibile. La questione può essere affrontata sotto molti profili. Basti considerare, fra i tanti esempi possibili, la psicoanalisi: dopo Freud, «la ragione umana è chiamata ad allargare i propri confini e a renderli più flessibili. L'intruso, lo straniero, l'altro sono prima di tutto parti della mia esistenza, figure molteplici di me stesso, figure dell'inconscio»<sup>76</sup>. L'ipotesi che sostiene la psicoanalisi è che «più c'è un rafforzamento dell'io più c'è sofferenza. *Questo concerne gli individui come i gruppi e la stessa vita delle istituzioni*». «Quando il soggetto, i gruppi umani o le loro istituzioni difendono con eccessiva virulenza o caparbità la loro identità e i loro confini, c'è il rischio di malattia psichica, di *intossicazione identitaria (...)*»<sup>77</sup>. A promuovere la violenza, secondo Amartya Sen, «è la coltivazione di un sentimento di inevitabilità riguardo a una qualche presunta identità unica – spesso belligerante – che noi possederemmo e che apparentemente pretende molto da noi (spesso cose del genere più sgradevole). L'imposizione di una presunta identità unica spesso è una componente fondamentale di quell'arte marziale che consiste nel fomentare conflitti settari»<sup>78</sup>.

#### 4. Leggi repressive e norme culturali: il caso delle mutilazioni genitali femminili

Il tema dell'identità è essenziale anche in relazione alle mutilazioni genitali femminili, caso estremo di subordinazione a pratiche tradizionali comunitarie lesive di diritti fondamentali<sup>79</sup>. Ritengo soprattutto necessario interrogarsi sul ruolo della legge nei paesi di accoglienza, società democratiche in cui le comunità migranti interessate da queste pratiche costituiscono delle *minoranze*. In tale contesto, è di fondamentale importanza che le leggi repressive non siano percepite come una ingiusta vessazione dai membri del gruppo etnico minoritario, stigmatizzati a causa della loro identità culturale. E' necessario, dunque, che la proibizione penale si iscriva in una più ampia strategia volta a fornire risposte ai bisogni di queste comunità e a promuovere la salute e i diritti umani dei loro componenti; «[i] membri delle comunità minoritarie, e in particolare le organizzazioni e le associazioni impegnate per la eliminazione delle mgf, dovrebbero essere consultati e il loro punto di vista dovrebbe essere preso in considerazione prima dell'adozione e dell'applicazione di leggi in materia»<sup>80</sup>. Un criterio ragionevole, ma ignorato dal legislatore italiano in occasione dell'approvazione della legge n. 7 del 2006.

---

<sup>76</sup> M. RECALCATI, *Elogio dell'inconscio. Dodici argomenti in difesa della psicoanalisi*, Milano, 2007, p. 16. Su questi temi, vedi più ampiamente G. BRUNELLI, *Identità culturale e diritti: una prospettiva di genere*, in G. M. SALERNO e F. RIMOLI (a cura di), *Cittadinanza, identità e diritti. Il problema dell'altro nella società cosmopolitica*, Macerata, 2008, p. 62 ss.

<sup>77</sup> M. RECALCATI, *Elogio dell'inconscio*, cit., pp. 22-23 (corsivi non testuali). Per S. ARGENTIERI, *L'ambiguità*, Torino, p. 30, «[i]l senso della psicoanalisi stessa – come teoria e come prassi – è il riconoscimento dell'alterità, nel processo di differenziazione/identificazione, nell'opera di integrazione di ciò che è «straniero» dentro e fuori di sé» (corsivo non testuale).

<sup>78</sup> A. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006, p. IX.

<sup>79</sup> In particolare nella fascia dell'Africa subsahariana, dove sono diffuse in modo capillare, le mutilazioni sessuali costituiscono «l'espressione simbolica di un complesso sistema economico e sociale di strategie matrimoniali», un meccanismo di dominio «fondato sul prezzo della sposa (*bride-price*), cioè sul compenso che la famiglia del futuro marito versa alla famiglia della futura moglie in cambio di una donna illibata (...): C. PASQUINELLI, *Donne africane in Italia (mutilazione dei genitali femminili, identità di genere e appartenenza etnica)*, in *Questione giustizia*, 2001, 490. Esse rappresentano, in sostanza, un forma di «protezione» della verginità femminile, la quale ha un valore, anche economico, preciso; e le donne hanno barattato con questa pratica terribile una certa quota di libertà. Stando così le cose, è del tutto evidente che l'eliminazione delle MGF in tali contesti non può prescindere dal tema più ampio del pieno riconoscimento dei diritti fondamentali delle donne e dei minori e dell'*empowerment* femminile. Così, la pur necessaria approvazione di leggi che vietino queste pratiche deve accompagnarsi ad una generale revisione del quadro costituzionale e normativo che riguardi l'affermazione dell'uguaglianza di genere, la protezione delle donne e dei bambini da ogni forma di violenza e la garanzia dei loro diritti, la realizzazione della salute riproduttiva delle donne. In questa direzione si muove il Protocollo della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (c.d. «Protocollo di Maputo»), entrato in vigore il 25 novembre 2005, che all'art. 5 condanna espressamente le MGF come una violazione dei diritti umani, impegnando gli Stati che lo hanno ratificato alla loro proibizione penale, ma che contiene anche tutta una serie di disposizioni sui diritti civili e politici delle donne africane.

<sup>80</sup> Così la Dichiarazione che ha chiuso il Seminario afro-arabo di esperti «Norme legislative per la prevenzione delle mutilazioni genitali femminili» (Il Cairo, 23 giugno 2003), organizzato da Associazione Italiana Donne per lo Sviluppo, Non c'è Pace Senza Giustizia, *Egyptian*

A proposito di essa, l'interrogativo essenziale riguarda in primo luogo l'opportunità e il significato culturale dell'approvazione di una normativa penale specifica, caratterizzata da un significativo inasprimento della reazione sanzionatoria, a fronte di una situazione per cui il comportamento rientrava comunque già nelle fattispecie delle lesioni personali gravi e gravissime. Anche in Italia, infatti, come negli altri paesi che hanno adottato normative penali *ad hoc* (Gran Bretagna, Svezia, più recentemente la Spagna), non risulta siano celebrati processi per questi reati, a conferma del rilievo soprattutto simbolico della previsione<sup>81</sup>. Nonostante ciò, con la recente legge n. 94/2009 (art. 3, comma 59) sono state estese le aggravanti previste dall'art. 585, comma 1, cp., per i reati di lesioni personali, semplici e aggravate, e di omicidio preterintenzionale, anche al delitto di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili di cui all'art. 583-*bis* cp.

Siamo dunque di fronte ad un uso simbolico del diritto penale: la minaccia della sanzione ha qui la funzione principale (se non esclusiva) di proclamare la protezione in astratto del bene giuridico, per la effettiva tutela del quale risulta tuttavia inefficace. Ciò contrasta con la «concezione moderna del diritto penale come *extrema ratio*», la quale impone invece che «la sanzione penale non sia soltanto adeguata rispetto al bene da difendere, ma anche efficace: una sanzione inefficace risulta controproducente nei confronti dello stesso bene» che si intende tutelare<sup>82</sup>.

Oltre a ciò, questo tipo di interventi normativi segnala una preferenza per gli strumenti repressivi anziché per quelli che tendono a prevenire gli eventi lesivi (riconoscimento dello *status* di rifugiate; divieto di espulsione e di respingimento *ex art.* 19 t.u. immigrazione; strumenti di carattere civilistico, quali gli ordini di protezione contro gli abusi familiari o la decadenza della potestà sui figli e il loro allontanamento dalla residenza familiare). Si prediligono, invece, misure sanzionatorie (per quanto inefficaci), attraverso le quali ciò su cui si pone l'accento non è la necessità di una integrale protezione dei diritti delle bambine, ma piuttosto la «condanna» e la stigmatizzazione delle pratiche tradizionali da parte della società di accoglienza.

## 5. Strumenti parlamentari di coinvolgimento delle comunità migranti

Un profilo estremamente criticabile dell'intervento legislativo del 2006 riguarda, come dicevo, anche il procedimento parlamentare di approvazione della legge sulle mutilazioni femminili, caratterizzato dalla mancata attivazione di strumenti formalizzati di raccolta di informazioni, particolarmente necessaria in una materia nella quale non c'erano (e non ci sono tuttora) dati certi sulla diffusione e i caratteri del fenomeno in Italia. Era auspicabile, a mio avviso, che il Parlamento, prima di legiferare, attivasse i propri strumenti conoscitivi, e in particolare l'indagine, destinata proprio – in base alle previsioni dei regolamenti parlamentari (art. 48 R.S.; art. 144 R.C.) – all'acquisizione di notizie, informazioni e documenti, e sempre più spesso rivolta, nella prassi, a far entrare nel procedimento legislativo le informazioni preventivamente assunte dal legislatore. Nel caso specifico, tuttavia, questo aspetto più propriamente tecnico era tutto sommato meno rilevante rispetto all'esigenza di «formalizzare» il momento partecipativo al processo di produzione di un atto normativo di carattere (anche) repressivo rivolto a comunità etniche di minoranza: ciò che si sarebbe potuto ottenere attraverso l'audizione personale di rappresentanti di tale comunità, oltre che di associazioni di donne impegnate nella lotta alle mutilazioni genitali e di esperti in materia. Degli atti delle indagini conoscitive è assicurata la pubblicità mediante resoconti stenografici, soddisfacendosi così l'esigenza «di

---

*Society for the Prevention of Harmful Practices*, nell'ambito della campagna internazionale “Stop FGM” (i cui atti sono pubblicati nel sito [www.emmabonino.it](http://www.emmabonino.it)). Il 18 dicembre 2009 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato per consenso la risoluzione “The Girl Child”, relativa alla condizione delle bambine nel mondo e alla violazione dei loro diritti. Il testo contiene numerosi riferimenti alle mutilazioni genitali femminili, condannandole in quanto “violano, impediscono e rendono nullo il godimento dei diritti umani delle donne e delle bambine” e definendo l'obiettivo della loro eliminazione nel corso di una generazione, con alcuni dei risultati principali da ottenersi entro il 2015. In particolare, gli Stati vengono invitati ad affiancare alle misure punitive attività complementari di natura educativa, mirate a promuovere un processo di creazione del consenso sociale verso l'abbandono di tali pratiche: vedi il comunicato del Ministero degli esteri italiano *Adottata la risoluzione ONU “Girl Child”*, 18 dicembre 2009, in [www.esteri.it](http://www.esteri.it). Il testo della risoluzione (GA/10905) è pubblicato in [www.un.org/ga/](http://www.un.org/ga/).

<sup>81</sup> A. VANZAN e L. MIAZZI, *Modificazioni genitali: tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali*, in [www.appinter.csm.it](http://www.appinter.csm.it), p.10.

<sup>82</sup> M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008, pp. 139-140.

conoscibilità e controllabilità del processo politico-normativo»<sup>83</sup>. Niente di tutto questo, in vista dell'approvazione della legge sulle mutilazioni sessuali, ma soltanto audizioni informali, di cui non resta traccia nei resoconti parlamentari: non sappiamo chi sia stato audito, con quali criteri siano stati scelti i soggetti da interpellare, che cosa essi abbiano affermato nel corso delle audizioni. Si tratta senz'altro, sotto il profilo della collaborazione tra Parlamento ed interlocutori presenti nel corpo sociale, di un'occasione sprecata.

## 6. Argomenti culturali e protezione umanitaria

Altra questione significativa, infine, che i costituzionalisti non hanno fino a questo momento approfondito, riguarda la possibilità di considerare in ambito giudiziario le tradizioni culturali, ricavandone precise conseguenze. Il dibattito si è concentrato quasi esclusivamente sull'applicazione di «esimenti culturali» agli imputati nei processi penali aventi ad oggetto reati «culturalmente orientati»; ma vi è anche un secondo profilo, non meno rilevante, inerente al riconoscimento di forme di protezione umanitaria (diritto d'asilo, *status* di rifugiate) alle donne che intendano proteggere se stesse o le proprie figlie minori da pratiche consuetudinarie lesive. Si tratta di capire in che misura possa essere ammessa in giudizio la «prova culturale» per verificare la fondatezza della domanda di asilo alla luce dell'esistenza di una tradizione oppressiva nei paesi di origine<sup>84</sup>.

Per quanto concerne specificamente l'ordinamento italiano, nonostante il criticabile silenzio della legge n. 7 del 2006<sup>85</sup>, è senz'altro possibile il riconoscimento dello *status* di rifugiate alle donne che intendano sottrarsi o sottrarre le loro figlie minori al rischio di mutilazioni genitali, in quanto perseguitate per la loro «appartenenza ad un determinato gruppo sociale» ai sensi dell'art. 1(A)2 della Convenzione di Ginevra del 1951<sup>86</sup>. Questa interpretazione «gender-sensitive» della norma convenzionale è sostenuta dall'Agenzia delle Nazioni Unite per i rifugiati, secondo la quale le donne sono un chiaro esempio di soggetti sociali definiti da caratteristiche innate e immutabili, che le identificano come gruppo all'interno della società e comportano in alcuni paesi trattamenti discriminatori e sottoposizione a violenze di genere, quali appunto le mutilazioni genitali<sup>87</sup>. Non vi è dubbio che la donna che si trovi in questa situazione possa vedersi riconosciuto dall'autorità amministrativa competente<sup>88</sup> lo *status* di rifugiata, potendo, nel caso di diniego, fare ricorso al Tribunale ordinario competente per territorio. A maggior ragione questa strada è oggi percorribile alla luce del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, «Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta», secondo il quale gli atti di persecuzione rilevanti ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato possono, tra l'altro, assumere la forma di «atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale» e di «atti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia»<sup>89</sup>.

Un altro meccanismo di protezione interessante, già utilizzato dai giudici di pace, è offerto dall'art. 19 del testo unico sull'immigrazione<sup>90</sup>, che vieta l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro

---

<sup>83</sup> P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Napoli, 2007, p. 151.

<sup>84</sup> In realtà, l'uso della prova culturale può riguardare anche le cause civili: «In family court the question may be whether or not to terminate parental rights. In civil cases judges are asked to increase the size of damage award because the particular action, e.g., an unauthorized autopsy affected a minority family more than one from the dominant culture because of the family's religious background» (A. D. RENTELN, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, in *CJLS*, 2005, vol. 20, n. 1, p. 49).

<sup>85</sup> In proposito rinvio a G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto*, cit., p. 579 ss.

<sup>86</sup> Ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 24 luglio 1954, n. 416.

<sup>87</sup> UNHCR, *Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its Protocol relating to the Status of Refugees*, 2002, punto 29, in <http://www.unhcr.org>.

<sup>88</sup> Si tratta della Commissione Territoriale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Va ricordato altresì il regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (D.P.R. 16 settembre 2004, n. 303), il quale prevede all'art. 15, comma 2, lett. c), che la Commissione territoriale, nel caso respinga la richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato, possa chiedere al questore il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 5, comma 6, t.u. sull'immigrazione.

<sup>89</sup> Art. 7, comma 2, lett. a) e f).

<sup>90</sup> D. lgs. n. 268 del 1998.

Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione (comma 1) ed esclude in ogni caso l'espulsione degli stranieri minori di anni diciotto (comma 2, lett. a). I giudici che si occupano di clandestini hanno disposto il non respingimento alla frontiera per le donne a rischio di mutilazioni genitali<sup>91</sup>: in perfetta coerenza, del resto, anche con l'art. 19, par. 2, della Carta europea dei diritti fondamentali, che, a sua volta, codifica un consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativo all'art. 3 CEDU, secondo cui «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Si tratta di ipotesi che, evidentemente, possono dar luogo ad incertezze e l'argomento culturale deve senz'altro entrare nella valutazione del giudice (nel gruppo etnico considerato è davvero presente quella pratica consuetudinaria lesiva? Per la richiedente asilo, o per le sue figlie minori, è davvero effettivo e reale il pericolo di esservi sottoposte?). Significativa, a questo riguardo, è la risoluzione adottata dal Parlamento europeo il 24 marzo 2009, nella quale si insiste sulla necessità “di esaminare, caso per caso, ogni domanda di asilo presentata da genitori a motivo del fatto che essi subiscono minacce nel loro paese d'origine per aver rifiutato di acconsentire a che la loro figlia subisse una MGF e di assicurare che le domande siano sostenute da un insieme di elementi che tengano conto della qualità della domanda e della personalità e della credibilità del richiedente asilo, nonché della validità dei motivi che sottendono tale domanda”<sup>92</sup>. E' dunque importante prevedere modalità accurate di verifica, ad esempio attraverso l'ausilio di associazioni o centri specializzati in studi su comunità etniche o religiose, una adeguata preparazione degli operatori giuridici, l'uso di strumenti di analisi culturale.<sup>93</sup> Sapendo che, in questa materia, la funzione più importante della giurisdizione è proprio quella di interpretare le norme vigenti in chiave di protezione effettiva dei diritti fondamentali dei soggetti a rischio di oppressione da parte delle comunità di appartenenza.

---

<sup>91</sup> Secondo quanto affermato da Fabio Roia, membro togato del Consiglio Superiore della Magistratura e Presidente del Comitato per le pari opportunità in magistratura, al Convegno “Oltre le mgf: una questione di diritti”, organizzato a Roma il 6 febbraio 2007 dal Dipartimento per i diritti e le pari opportunità presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Per una applicazione del divieto di espulsione ex art. 19 del testo unico sull'immigrazione a causa del rischio di persecuzione connesso alle tendenze sessuali vedi l'ordinanza del Tribunale di Torino del 21 dicembre 2004 in <http://www.meltingpot.org>.

<sup>92</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 24 marzo 2009 sulla lotta contro le mutilazioni sessuali femminili praticate nell'UE (2008/2071 (INI)), n. 3.

<sup>93</sup> In argomento vedi A. D. RENTELN, *The Use and Abuse*, cit., p. 66.