

La complessità del “rendere giustizia” di fronte alla sfida del diritto interculturale

di Maria Chiara Locchi

Abstract: *The difficulties of settling disputes faced with the challenge of intercultural law* – The demands for accommodation of cultural and religious differences in Western pluralistic societies strongly stress legal systems; cultural and religious diversity has a particularly strong impact on “settling disputes”, in relation to both the implications of dealing with diversity for state courts and the potential of faith-based ADR (Alternative Dispute Resolution). In fact, on the one hand, Western judges are increasingly confronted with their changing role as possible “intercultural legal professionals”; on the other hand, faith-based mediation and arbitration raises some important questions related to women’s dignity and rights to personal autonomy and self-determination.

1015

Keywords: Cultural and religious diversity; Legal pluralism; Intercultural legal professionals; Faith-based ADR; Islamic councils.

1. Considerazioni introduttive

Le richieste di accomodamento delle differenze culturali e religiose negli ordinamenti giuridici dei paesi occidentali di immigrazione rappresentano un fenomeno ormai consolidato ed ampiamente indagato dalla scienza giuridica. Sono possibili diverse risposte a tali richieste: mentre un approccio orientato all’assimilazione forzata di coloro che esprimono identità differenziate appare irricevibile negli Stati costituzionali liberal-democratici¹, le politiche multiculturaliste hanno conosciuto negli ultimi anni aspre critiche e sono state apertamente sconfessate, almeno sul piano delle dichiarazioni ufficiali².

Se l’opzione multiculturalista sembra dunque essere caduta in disgrazia, il concetto di “interculturalismo” è invece tra quelli che hanno ricevuto un’attenzione crescente, tanto sul piano delle politiche istituzionali quanto nell’ambito dibattito accademico. Senza poter qui richiamare la complessità delle riflessioni che ne

¹ Cfr. L. Orgrad, *The Cultural Defense of Nations: A Liberal Theory of Majority Rights*, Oxford, 2015, 7.

² C. Joppke, *Is Multiculturalism Dead?*, Malden, 2017, 43 ss., che stigmatizza il carattere spesso semplicificante delle ricostruzioni del concetto di “multiculturalismo” e segnala il carattere retorico di molte dichiarazioni con le quali ne è stato sancito il superamento, anche in contesti nei quali non sono mai effettivamente esistite delle “politiche multiculturali” a livello di indirizzo politico nazionale (ad es. in Germania).

hanno segnato lo sviluppo, è utile tuttavia rimarcare come con la nozione di “interculturalismo”, e di “politiche interculturali”, si sia tentato di superare le derive comunitariste ed essenzialiste ricollegate al multiculturalismo, valorizzando la dimensione individuale rispetto a quella di gruppo e mettendo al centro l’idea del “dialogo”, dell’“interazione” tra diversi, della “coesione” e del “mutuo rispetto”³.

Le strategie di accomodamento delle differenze culturali e religiose sollecitano fortemente le diverse componenti dell’ordinamento giuridico, ripercuotendosi sull’esercizio della funzione giurisdizionale con riferimento tanto al ruolo del giudice statale in rapporto al trattamento giuridico della diversità, quanto all’emersione di forme alternative di risoluzione delle controversie alla luce di norme giuridiche di matrice culturale o religiosa.

La diversa identità culturale e religiosa, infatti, si configura in certi casi come appartenenza anche ad un autonomo sistema giuridico; il riferimento privilegiato, anche se non esclusivo⁴, è alla “produzione normativa” dell’Islam europeo, un concetto immaginabile a partire dal carattere confessionale, personale e extraterritoriale del *fiqh* e, quindi, dall’esistenza di un obbligo di osservanza di norme giuridiche di derivazione religiosa da parte dei musulmani, stranieri e cittadini, pur residenti in Europa.

Il pluralismo giuridico che ne deriva ha un carattere “multiplo”: non soltanto si determina una situazione di coesistenza *di fatto* tra il diritto ufficiale dello Stato e le norme giuridiche islamiche osservate dai musulmani che vivono nei paesi occidentali, ma i due sistemi si presentano come intrinsecamente complessi a nella misura in cui sono interessati da fenomeni di interazione e ibridazione⁵.

Il carattere ibrido e poroso dell’identità – culturale, religiosa, giuridica – appare in effetti come una chiave di lettura imprescindibile delle richieste di riconoscimento dei membri dei gruppi minoritari, che ricostruiscono il proprio mondo giuridico “navigando” attraverso diversi sistemi legali alla ricerca di

³ Sulla specificità dell’interculturalismo rispetto al multiculturalismo cfr. N. Meer, T. Modood, *How Does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?*, in *Journal of Intercultural Studies*, 2, 2011, 175-196. Dalla prospettiva del Consiglio d’Europa, il paradigma interculturale combina elementi propri del modello assimilazionista e di quello multiculturalista: «it takes from assimilation the focus on the individual; it takes from multiculturalism the recognition of cultural diversity. And it adds the new element, critical to integration and social cohesion, of dialogue on the basis of equal dignity and shared values», cfr. il *White Paper on Intercultural Dialogue “Living Together As Equals in Dignity”*, Strasbourg, 7 May 2008, 19.

⁴ Si pensi, ad es., anche al caso delle comunità cinesi e rom, sulle quali cfr., tra gli altri, B. Chen Goh, *Law without lawyers, justice without courts: on traditional Chinese mediation*, Aldershot, 2002; S. G. Drummond, *Mapping Marriage Law in Spanish Gitano Communities*, Vancouver, 2005; P. D. Farah, *L’influenza della concezione confuciana sulla costruzione del sistema giuridico e politico cinese*, in G. Bombelli, B. Montanari (a cura di), *Identità europea e politiche migratorie*, Milano, 2008, 193-226; I. Nafstad, *Gypsy law - the non-state normative orders of Roma: scholarly debates and the Scandinavian knowledge chasm*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1, 2016, 92-109.

⁵ Cfr. W. F. Menski, *Rethinking Legal Theory in the Light of South-North Migration*, in P. Shah, W. F. Menski (eds.), *Migration, Diaspora and Legal Systems in Europe*, Cavendish, 2006, 13 ss., che sottolinea come gli stati occidentali, se vogliono mantenere il controllo sulla produzione e l’applicazione del diritto all’interno dei propri confini, debbano acquisire una conoscenza approfondita e affidabile di queste forme di ibridazione giuridica.

soluzioni concrete in grado di adattare le proprie pratiche e credenze al contesto, culturale e giuridico, occidentale⁶. A questo proposito Boaventura de Sousa Santos ha fatto ricorso al concetto di “interlegalità”⁷, una condizione caratterizzata dalla compenetrazione di diversi ordini normativi (le regole giuridiche consuetudinarie e di matrice religiosa, il diritto nazionale e internazionale), che, nel caso dei musulmani europei, risulta ulteriormente complicata dalla eterogeneità delle concezioni di “Islam” e “sharia” espresse dalle diverse comunità islamiche diasporiche.

In questo scenario di accresciuto pluralismo culturale e religioso, apprezzabile anche nei termini di un pluralismo giuridico, la funzione del “rendere giustizia” appare dunque attraversata da spinte e tensioni che interrogano sia il ruolo della giurisdizione ordinaria che le potenzialità delle forme di “giustizia alternativa” in quanto possibili spazi di produzione di un diritto interculturale.

2. Il giudice occidentale come operatore interculturale

Il ruolo cruciale delle corti nella tutela delle istanze di minoranze e gruppi storicamente emarginati all’interno delle società pluralistiche contemporanee è stato da tempo riconosciuto⁸; l’attivismo giudiziale delle corti, e in particolare di quelle costituzionali, non è, del resto, privo di profili problematici, soprattutto in relazione al depotenziamento del circuito democratico-rappresentativo rispetto a questioni decisive quali l’accomodamento delle differenze culturali e religiose⁹.

Se i rischi connessi alla figura di un “giudice erculeo”, per dirla con Ronald Dworkin¹⁰, gettano più di un’ombra sulla preferibilità della via giurisdizionale alla risoluzione delle controversie culturali, è altrettanto evidente che l’approccio casistico e concreto delle corti si dimostra particolarmente funzionale alla pluralizzazione delle fonti di conoscenza e al riconoscimento dei processi giusgenerativi dei gruppi particolari e degli stessi individui che chiedono giustizia¹¹.

⁶ Sul concetto di *cultural navigation* cfr. R. Ballard (ed.), *Desh Pradesh. The South Asian presence in Britain*, London, 1994, 30-33.

⁷ Cfr. B. de Sousa Santos, *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in *Sociologia del diritto*, 3, 1990, 28.

⁸ Cfr. S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, 195.

⁹ Cfr. E. Olivito, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2011, www.statoechiese.it, per la quale, d’altra parte, è opportuno ricontestualizzare tali critiche alla luce del «desolante arretramento delle istituzioni rappresentative» e, in particolare, della «quasi completa abdicazione del legislatore su temi e questioni legati al pluralismo sociale», 13. Il ruolo di giudici e legislatore nella risoluzione dei “conflitti culturali” non si configura in modo omogeneo nei diversi ordinamenti costituzionali: in Europa, ad esempio, l’A. identifica un “modello francese”, caratterizzato da “blindature legislative”, e un “modello tedesco”, maggiormente orientato a pronunce giurisdizionali “aperte”.

¹⁰ Cfr. R. Dworkin, *Law’s Empire*, Cambridge, 1986, 245.

¹¹ Cfr. A. Miranda, *Lo “stingimento” delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell’era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni*, in *Cardozo Electronic Law Bulletin*, April 2018, che si interroga sul problema dello “stingimento” delle regole giuridiche autoctone, nei termini di un «effetto “scolorente” di regole, valori, miti e mode aliene sul canovaccio del sistema autoctono», 11. Con riferimento al problema della valutazione di compatibilità o di

La centralità dell'individuo e della sua *agency*, che costituisce la cifra caratteristica dell'approccio interculturale all'accomodamento delle differenze, valorizza il ruolo del giudice come soggetto chiamato a tener conto delle molteplici normatività che si confrontano, ed eventualmente si scontrano, in occasione dei "conflitti culturali". Il *focus* sull'autodeterminazione individuale ha segnato le riflessioni più recenti sul pluralismo giuridico delle stesse società occidentali di immigrazione, consentendo di passare da un approccio orientato alla «descrizione di un "sistema" che consti di più ordini di norme (eventualmente antagonistici)» ad una lettura "critica", nella quale il paradigma pluralistico diventa «uno strumento adottabile dall'individuo per traguardare le differenti realtà giuridiche»¹². Da una prospettiva di pluralismo giuridico "soggettivo", ad esempio, il giurista canadese Roderick Macdonald ritiene che le "traduzioni" giuridiche formali, ufficiali, siano solo "ipotesi rappresentative" e che le istituzioni dello Stato – non solo i giudici, ma anche il legislatore – potrebbero adottare un approccio più aperto e culturalista senza essere ossessionate dalla coerenza interna delle proprie decisioni; giudici e legislatore sarebbero quindi liberati «from the impossible task of writing, interpreting and enforcing The Law», in quanto finalmente riconosciuti «as privileged – but not authoritative – spokespersons of a normative universe that is, at its roots, heterogeneous»¹³.

Il giudice, in quanto interprete, è altresì un mediatore e un traduttore. Dalla prospettiva dell'ermeneutica giuridica, Francesco Viola ha rimarcato come, a fronte del pluralismo giuridico delle società multiculturali contemporanee, l'interpretazione giuridica veda rafforzata la sua funzione di strumento di fusione tra orizzonti culturali differenti. L'interprete è indubbiamente immerso in un contesto particolare ma, al tempo stesso, si propone di «superare il particolarismo mediante progressive intese con altre particolarità culturali»: la ricerca di un senso comune tra "il mondo del testo" e "il mondo dell'interprete" non potrà avvenire sulla scorta di conoscenze puramente teoriche e astratte, «ma solo nell'evento pratico del discorso, in cui prende forma la partecipazione a un'impresa comune»¹⁴.

incompatibilità delle pratiche o regole giuridiche "aliene" rispetto alla coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico, l'A. sottolinea come nel sistema inglese tale valutazione sia presa «*case by case and as matter of fact* attraverso il raffronto operato dai giudici (mai monocratici e sempre di grandissima esperienza) con i "values" (di cui il *public order* è solo uno dei tanti elementi) cioè quei principi di interesse collettivo e sociale riconosciuti dalla collettività [...]», 23.

¹² Cfr. R. Motta, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2004, 355. I teorici del pluralismo "soggettivo", come Jaques Vanderlinden e Roderick A. Macdonald, appaiono interessati, da un lato, ad indagare il ruolo del singolo individuo nella scelta del foro e/o della norma giuridica ritenuti preferibili – tra i diversi ai quali risulta collegato per via della sua appartenenza alle molteplici reti sociali – allo scopo di soddisfare la sua legittima attesa ("pluralismo di adesione"); dall'altro lato, ad approfondire le modalità con le quali l'individuo, colto nella sua molteplicità interna, crea egli stesso un diritto originale al fine di inquadrare giuridicamente la sua interazione con la società ("pluralismo di creazione").

¹³ Cfr. R. A. Macdonald, D. Sandomierski, *Against Nomopolies*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 4, 2006, 629.

¹⁴ Cfr. F. Viola, *Ermeneutica giuridica e pluralismo*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2012, 25 e 35.

All'insegna di una concezione critica del ruolo del giurista – che interpreta il materiale normativo, alla luce della realtà sociale, trasformandolo in “corpo vivo”, e cioè in “ordinamento”¹⁵ – il giudice può dunque essere visto come un operatore giuridico interculturale¹⁶.

Mario Ricca ha sviluppato un'interessante analisi del compito di traduzione interculturale affidato al giudice, a partire dalla presa d'atto dei limiti della “strategia multiculturalista” in quanto caratterizzata dall'«adozione di logiche differenzialiste che polarizzano l'appartenenza culturale» e volta, in ultima analisi, a legittimare «un pluralismo difettivo, antagonistico e pulviscolare, fatto di deroghe, di eccezioni al diritto nazionale/universale, piuttosto che di rinegoziazioni generali della soggettività giuridica e sociale»¹⁷. Il compito di “traduzione interculturale” affidato agli operatori del diritto, e *in primis* ai giudici, valorizza invece l'universalismo delle categorie giuridiche, generali ed astratte, formulate dai legislatori negli Stati costituzionali occidentali: attraverso la loro *ars combinatoria*, infatti, i giudici e gli altri professionisti del diritto “utilizzano” l'ambiguità semantica e le capacità inclusive delle generalizzazioni normative, così da far emergere la «dialettica tra significati normativi e significati sociali» e dare forma e legittimità a «soluzioni e situazioni normative del tutto imprevedibili in sede di confezione delle leggi e di elaborazione delle corrispondenti prognosi di effettività»¹⁸.

La modulazione semantica delle generalizzazioni normative in chiave interculturale può realizzarsi seguendo almeno tre *iter* tecnici¹⁹. Una prima modalità consiste nello «spostamento infranormativo delle richieste di

¹⁵ Cfr. V. Crescenzi, *Lettera di saluto*, in *Diritto romano attuale*, 13-14, 2005, 9-10, secondo il quale «è il giurista [...] che identifica i precetti vigenti, coniugando le proposizioni normative in funzione della costruzione pragmatica dell'ordinamento come ambiente nel quale le differenti forze che sostengono gli interessi in gioco, si trovino in equilibrio [...] nessuna tecnica può costituire uno strumento di sopraffazione di alcuni membri di una compagine sociale nei confronti di altri [...] è nella razionalità dell'equilibrio che le tessere, spesso contraddittorie e comunque in-ordinate, che dal materiale normativo provengono, trovano la loro funzione. Non il soggiacere all'atomismo dei precetti, e delle più o meno consapevoli mire di coloro che li hanno posti in essere, connota il lavoro della scienza giuridica, ma il dominarlo, questo atomismo, analizzando criticamente le forme che il materiale precettivo tende a costruire in funzione degli interessi cui intende dare prevalenza, analizzando questi stessi interessi, ascoltando la società e identificandone le tensioni verso il diritto di cui ha bisogno».

¹⁶ Il giudice può essere visto anche come “antropologo” nella misura in cui è chiamato a confrontarsi con la cultura nell'esercizio delle sue funzioni, cfr. I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012.

¹⁷ Cfr. M. Ricca, *Norma, autorappresentazione identitaria, memoria culturale. Alterità e storia nell'agire giuridico interculturale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2010, p. 544. Dello stesso A. cfr. anche *Sul diritto interculturale. Costruire l'esperienza giuridica oltre le identità*, in *Daimon*, 8, 2008; *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008; *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, 2013.

¹⁸ Cfr. M. Ricca, *Norma, autorappresentazione identitaria, memoria culturale*, cit., p. 542, che ritiene avvocati, magistrati e notai gli artefici del processo di “continua deriva semantica” al quale sono sottoposte le categorizzazioni normative, in quanto tali “esaustive e comprendenti”: «Lo sforzo di queste agenzie professionali di contenere dentro le categorie normative il pullulante e proteiforme manifestarsi dell'esistente ha prodotto un'erosione costante, eppure taumaturgica, sulle rigidità semantico-politiche implicite nell'azione legislativa».

¹⁹ Cfr. M. Ricca, *Culture interdette*, cit., p. 357.

1020

riconoscimento», così da riconsiderare la rilevanza normativa dei singoli comportamenti e la loro “qualificazione giuridica”, nei termini di una loro ricollocazione all’interno di una determinata categoria normativa piuttosto che in un’altra. Una seconda via è quella della «rimodellazione categoriale delle generalizzazioni normative a forte connotazione assiologica»: il riferimento è al potenziale di trasformazione/traduzione dell’Alterità proprio dei diritti fondamentali, che a volte operano implicitamente per mezzo dell’applicazione di principi e clausole generali quali l’analogia, la ragionevolezza, lo stesso principio di uguaglianza. Le norme sovranazionali e costituzionali a tutela dei diritti fondamentali, dunque, attivano un processo di risignificazione delle generalizzazioni legislative che consente un loro costante aggiornamento alla luce delle nuove esperienze giuridiche di cui quegli stessi diritti fondamentali garantiscono la tutela. L’«uso interculturale del sistema giuridico», infine, è il terzo e ultimo meccanismo identificato da Ricca, che vede nel diritto vivente il prodotto finale di una lunga sequenza di “eventi ermeneutici” animati dalle ricostruzioni dei giudici e degli altri operatori del diritto; l’azione dei professionisti del diritto riceve altresì il supporto di quei tecnici ed esperti, quali antropologi, psicologi culturali, linguisti, che contribuiscono a «far emergere i retroscena semantici, gli sfondi di senso delle richieste di riconoscimento culturale e a dar voce alle loro *parti mute* [...] ma non per questo meno decisive per valutare correttamente la rilevanza giuridica di quelle richieste»²⁰.

Gli ordinamenti giuridici occidentali risultano dunque già dotati di dispositivi di riconoscimento degli effetti giuridici della diversa identità culturale e religiosa, un riconoscimento che può restringersi o espandersi in relazione al concreto utilizzo, da parte dei giudici, dei margini di interpretazione e applicazione delle norme, in special modo di quelle contenenti “concetti giuridici aperti”²¹. Si consideri, ad esempio, la regolazione giuridica delle relazioni familiari, che si dimostra particolarmente sollecitata dall’impatto della diversità culturale e religiosa²²; in quest’ambito l’identità delle parti può venire in rilievo grazie al riconoscimento di spazi di autonomia privata quali, ad esempio, gli accordi prematrimoniali; il giudice occidentale potrebbe poi trovarsi ad applicare istituti giuridici che sono configurati dal diritto civile in termini neutri ma “includenti”, e

²⁰ *Ibidem*, 78-80. Sul ruolo degli esperti culturali nel processo cfr. L. Holden, *Cultural Expertise and Litigation. Patterns, Conflicts, Narratives*, Abingdon, 2011.

²¹ Cfr. J. Ringelheim, *Diritto e diversità culturale. La scienza giuridica di fronte alla sfida del pluralismo*, in *Ragion pratica*, 36, 2011, 121.

²² Il diritto di famiglia non è l’unico ambito del diritto civile ad essere interessato dall’incidenza delle differenze culturali e religiose, cfr. A. Dundes Renteln, *Making room for Culture in the Court*, in *The Judge’s Journal*, 2, 2010, che riporta alcuni esempi in tema di azioni concernenti i diritti civili, di discriminazione sul lavoro e di azioni aquiliane, nelle quali la cultura può rilevare in sede di quantificazione del risarcimento danni. In ambito penalistico è ormai corposa la letteratura scientifica sulla *cultural defence* e i c.d. reati culturalmente motivati, cfr. A. Dundes Renteln, *The cultural defense*, Oxford, 2004; J. A. R. Nafziger, R. Kirkwood Paterson, A. Dundes Renteln, *Cultural law. International, comparative, and indigenous*, Cambridge, 2010; F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Padova, 2010.

cioè tali da legittimare determinate pratiche o istituti di matrice religiosa²³; in altri casi, invece, è lo stesso diritto civile ad attribuire espressamente al giudice, al fine di perfezionare l’atto giuridico disciplinato dal diritto occidentale, il compito di verificare il compimento di determinati adempimenti o pratiche prescritti dal diritto religioso delle parti²⁴.

Sempre più spesso il giudice occidentale sarà messo di fronte al nodo problematico legato al suo ruolo potenziale di “operatore giuridico interculturale”. Ad una donna che rivendichi diritti patrimoniali nei confronti di un coniuge con il quale risulta sposata esclusivamente con rito religioso, o ad una coppia che abbia contratto un matrimonio tanto civile quanto religioso, il giudice occidentale potrebbe, rispettivamente, negare tutela giuridica a fronte dell’assenza di un matrimonio valido per il diritto dello Stato, od occuparsi unicamente del divorzio civile, disinteressandosi delle vicende di quello religioso; il mancato ascolto di queste inedite domande di giustizia, tuttavia, non sarà privo di conseguenze rispetto all’effettiva protezione del principio di uguaglianza sostanziale e del diritto di autodeterminazione in una società pluralistica²⁵.

²³ Con l’*Adoption and Children Act* del 2002, ad esempio, è stata introdotta nell’ordinamento giuridico britannico la *special guardianship*, un nuovo istituto volto alla protezione dei minori abbandonati che si pone come alternativa all’adozione legittimante e risulta compatibile con la disciplina della *kafalah* islamica. Sulla base del superiore interesse del minore in diversi stati occidentali sono riconosciuti effetti giuridici alla *kafalah*, tanto in relazione all’adozione quanto in tema di autorizzazione al ricongiungimento familiare; sulle aperture al riconoscimento della *kafalah* islamica da parte della giurisprudenza di legittimità in Italia cfr. M. Di Masi, *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia*, maggio-giugno 2018, 267-269.

²⁴ È quanto avviene, in Inghilterra, in relazione al divorzio tra coniugi di fede ebraica. Ai sensi del *Divorce (Religious Marriages) Act* del 2002, infatti, qualora un uomo sposato sia con rito civile che con rito religioso ebraico avvii una pratica di divorzio davanti ad un tribunale civile, il giudice può aggiornare la sua domanda fino a quando non abbia la prova che i coniugi abbiano proceduto altresì ad un divorzio religioso (*get*); lo scopo della legge è quello di evitare che il marito, intenzionato ad ottenere un divorzio civile, “punisca”, allo stesso tempo, la moglie attraverso la negazione del divorzio religioso. In Spagna l’art. 7 della l. 26/1992, di recepimento dell’accordo tra lo Stato spagnolo e Commissione Islamica, attribuisce effetti civili al matrimonio celebrato secondo il rito religioso islamico, qualora siano verificate le condizioni previste dal Codice Civile spagnolo e richiamate nell’accordo.

²⁵ Le corti inglesi hanno mostrato degli importanti segnali di apertura nella direzione dell’interazione tra i diversi sistemi giuridici rilevanti per le parti. Nel 2000, con il caso *Ali v Ali*, la High Court ha imposto al Sig. Ali il pagamento del *mahr* che era stato negoziato nell’ambito del matrimonio islamico stipulato dai due coniugi e che, in quanto tale, non produrrebbe nessun effetto giuridico per il diritto inglese; il giudice inglese, decidendo di non pronunciarsi unicamente sul divorzio civile, ha mostrato di accogliere la ricostruzione prospettata da W. F. Menski, intervenuto nel processo in quanto esperto di diritto islamico: lo scenario ibrido nel quale si muovono le parti, che si erano unite in matrimonio sia civilmente che con rito religioso, fa sì che la mancata considerazione, da parte del giudice occidentale, degli obblighi del marito alla luce del diritto religioso si risolva in una mancata tutela dei diritti della moglie e in un incentivo al ricorso agli *Islamic councils*, cfr. W. F. Menski, *Immigration and Multiculturalism in Britain: New Issues in Research and Policy*, relazione tenuta presso la University of Foreign Studies di Osaka, 2002, www.casas.org.uk/papers/pdfpapers/osakalecture.pdf. Il giudice inglese, peraltro, ha accordato alla Sig.ra Ali 30.000 sterline, ovvero una sterlina in meno rispetto alla cifra concordata in sede di accordi matrimoniali (30.001 sterline): la sterlina mancante, secondo Menski, sta a dimostrare come la soluzione a cui il giudice è pervenuto sia frutto del suo

Il diritto internazionale privato costituisce un altro meccanismo di applicazione di norme giuridiche di matrice religiosa da parte del giudice occidentale, nella misura in cui in molti paesi di immigrazione il criterio di collegamento prioritario al fine di determinare la disciplina di fatti e rapporti che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale è rappresentato dalla cittadinanza delle parti. L'applicazione del diritto straniero da parte del giudice, d'altra parte, potrà avvenire esclusivamente nel rispetto dell'"ordine pubblico", costituito da quei principi supremi dell'ordinamento tra i quali figurano l'uguaglianza tra i sessi, la dignità umana, la stessa libertà religiosa²⁶. Nel contesto del diritto internazionale privato, quindi, il giudice occidentale può ritrovarsi ad applicare il diritto islamico, o meglio la versione di quel diritto, geograficamente, storicamente e dottrinalmente determinata, a cui fanno rinvio le fonti statali del paese straniero da cui provengono le parti; Elisa Giunchi ha opportunamente osservato, a questo proposito che, sebbene «the Western judge needs not be aware of the plurality of Islamic sources and exegetical methods [...] his limited knowledge of the nuances and meaning of Islamic law may hinder his understanding of state Islamic law»²⁷.

approccio pragmatico ed equitativo e non dell'applicazione di quanto prescritto dal diritto islamico. Con un'altra importante decisione, adottata nel 2018, la *High Court* si è espressa sulla delicata situazione di una coppia di coniugi musulmani che aveva contratto un matrimonio esclusivamente religioso per volontà del marito, il quale aveva rifiutato di sposare la moglie anche civilmente, con la conseguenza che la donna si ritrovava impossibilitata ad ottenere un'assistenza economica all'atto della separazione. Ritenendo inapplicabile l'istituto della "presunzione di matrimonio" – che avrebbe comportato l'esistenza di un valido matrimonio ai sensi del diritto inglese e, quindi, la possibilità di un divorzio civile – il giudice ha escluso, d'altra parte, di poter considerare il matrimonio tra le parti come "non esistente", nella misura in cui «those who have religiously married and have lived for many years, raised families and been treated by the family community and state authorities as married should not have the term non-marriage applied to them». Sulla base di un'argomentazione prevalentemente fondata sul richiamo dei diritti umani sanciti dalla Cedu (in particolare, dagli artt. 8 e 12) e dal principio del superiore interesse del minore protetto dall'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, i giudici inglesi hanno ritenuto che i due coniugi avessero stipulato un matrimonio in violazione di determinati requisiti previsti dalla legge inglese, riconoscendo alla moglie il diritto ad ottenere una pronuncia di nullità del matrimonio stesso e i benefici economici ad essa connessi.

²⁶ La necessità di proteggere gli interessi dei "soggetti deboli" ha portato all'elaborazione di concezioni "attenuate" dell'ordine pubblico in alcuni paesi europei (in particolare Francia, Belgio, Germania), allo scopo di impedire che il mancato riconoscimento di qualsivoglia effetto giuridico ad istituti di matrice culturale e religiosa in principio contrari all'ordine pubblico (es. poligamia e ripudio islamico) si risolva in una – paradossale – assenza di tutela giuridica. Sul carattere complesso e ambiguo dell'utilizzo dell'ordine pubblico rispetto al riconoscimento delle richieste di accomodamento della diversità culturale e religiosa cfr. D. Strazzari, *Pluralismo giuridico e diritti fondamentali: il riconoscimento di atti di ripudio islamico in alcuni ordinamenti europei*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 17, 2015, 1-23.

²⁷ Cfr. E. Giunchi, *Muslim family law and legal practice in the West. An introduction*, in E. Giunchi (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, London-New York, 2014, 2, che ha approfondito, in relazione agli ordinamenti giuridici dei paesi islamici, il potenziale progressista ed emancipatorio di certe interpretazioni giurisprudenziali delle fonti islamiche, a fronte del carattere "anelastico" delle leggi scritte, fortemente condizionate da fattori politici, cfr. E. Giunchi (ed.), *Adjudicating Family Law in Muslim Courts*, Routledge, London, 2013. La difficoltà, per il giudice occidentale, di comprendere la complessità del diritto islamico "vivente" spesso conduce ad interpretazioni più letterali e conservatrici di quelle adottate nei

Un caso peculiare nel contesto europeo è rappresentato dalla speciale autorità giurisdizionale del *Mufti*, riconosciuta nella Grecia settentrionale, che può essere qui menzionata in quanto esempio di applicazione, formalmente riconosciuta, del diritto islamico da parte di un giudice confessionale in un paese occidentale; il *Mufti*, in particolare, è autorizzato a pronunciarsi sulle questioni attinenti allo statuto personale dei membri della minoranza musulmana della Tracia occidentale²⁸.

L'impatto della diversità culturale sul ruolo del giudice non va considerato soltanto in relazione al diritto applicabile e al contenuto, culturalmente e religiosamente orientato, delle decisioni rese, ma altresì con riguardo all'obbligo di *fair treatment* a cui il giudice è tenuto nei confronti delle molteplici forme di diversità che possono venire in rilievo in un'aula di tribunale. Se l'uguaglianza davanti alla legge è innanzitutto garantita dall'indipendenza e dall'imparzialità dei giudici, infatti, il principio di uguaglianza e di *fair treatment* richiede tuttavia di riconoscere la differenza delle circostanze concrete e di adottare quelle misure che si rendano necessarie a correggere una situazione di svantaggio produttiva di disuguaglianza. *L'Equal Treatment Bench Book* fornisce a questo scopo una serie di suggerimenti operativi ai giudici britannici: con riferimento alla diversa appartenenza culturale o religiosa, ad esempio, i giudici sono invitati a tener conto delle barriere linguistiche e culturali che possono incidere sull'accesso alla giustizia da parte dei membri dei gruppi minoritari e, in particolare, ad adottare tutti gli accorgimenti utili a tener conto della particolare condizione di vulnerabilità delle persone di fede musulmana²⁹.

paesi di origine delle parti, cfr. A.-R. Moosa, D. Helly, *An analysis of British judicial treatment of Islamic divorces, 1997–2009*, in E. Giunchi (ed.), *op. cit.*, 130 ss.

²⁸ Cfr. A. Rinella, M. F. Cavalcanti, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 91 ss. Nel gennaio 2018 la l. n. 4511 ha riformato la legge che regola la materia (l. 1920/1991), riconoscendo ai membri della minoranza islamica, da un lato, il diritto di rinunciare alla giurisdizione confessionale e di ricorrere a quella civile (*opt-out*) e, dall'altro lato, il diritto di scegliere l'applicazione del diritto islamico (*opt-in*) previa verifica dell'accordo tra le parti.

²⁹ Cfr. la versione aggiornata e ampliata dell'*Equal Treatment Bench Book*, del febbraio 2018, www.judiciary.uk. Nel documento si sottolinea come alle diverse culture siano associati diversi stili comunicativi e diverse modalità di esprimere le emozioni; tali differenze possono influenzare la comprensione delle persone nel contesto delle udienze formali, anche quando si tratti di individui che parlano la lingua nazionale in modo relativamente fluente e operino normalmente in contesti sociali o lavorativi “occidentali”. Lo stesso utilizzo dell'interprete, che corrisponde ad un diritto fondamentale funzionale a garantire un effettivo accesso alla giustizia, deve essere assistito dalle dovute cautele, a partire dalla consapevolezza delle difficoltà e dei limiti insiti nell'attività di traduzione; a questo proposito, è raccomandato a giudici e avvocati di utilizzare la lingua inglese nei modi più consoni a comunicare con persone che parlino l'inglese come seconda lingua. Un problema specificamente trattato è quello, solo apparentemente secondario, della pronuncia dei nomi di origine straniera da parte dei giudici in apertura delle udienze; il tipo di reazione manifestata dal giudice al norme straniero può essere indicativo del suo atteggiamento nei confronti della diversità culturale, provocando reazioni di sfiducia nelle parti o nei testimoni membri di minoranze etno-culturali; a tal proposito, si consiglia ai giudici di evitare di pronunciare un nome a causa della sua difficoltà, essendo decisamente preferibile scusarsi successivamente per eventuali errori di pronuncia.

3. Famiglie multiculturali e giustizia alternativa

Già si è ricordato come molte delle richieste di accomodamento delle differenze culturali e religiose si generino nel contesto delle “famiglie multiculturali”, e cioè di quei gruppi familiari la cui fisionomia, necessariamente ibrida e complessa, appare segnata da diversi contesti culturali e giuridici e dalla fitta trama delle molteplici identità (nazionali, etniche, culturali, religiose)³⁰. La condizione delle donne e dei minori, in quanto soggetti deboli all'interno delle famiglie multiculturali, è caratterizzata da una condizione di vulnerabilità che può assumere i connotati di un “paradosso”: la tutela dei propri diritti soggettivi, alla luce di una “cittadinanza ri-universalizzata”, dà precedenza alle libertà individuali a discapito dell'identità culturale e religiosa del gruppo, mentre la protezione statale delle istanze del gruppo di appartenenza comporta dei “costi inevitabili” in termini di compressione dei propri diritti in quanto singolo³¹.

Una soluzione a questo paradosso potrebbe essere rappresentata, secondo alcuni, dal riconoscimento ai gruppi minoritari di una sfera di autonomia giurisdizionale in ambito civile e familiare, e quindi dal potenziamento dell'ADR (*Alternative Dispute Resolution*) in quanto strumento di “privatizzazione della diversità”³². Il riferimento, in particolare, è alle attività svolte da organismi, variamente denominati e organizzati, interni alle comunità culturali e religiose dei paesi occidentali di immigrazione; tali organismi possono esercitare tanto funzioni di mediazione civile e familiare, anche in assenza di un riconoscimento ufficiale da parte dello Stato, allo scopo di assistere le parti nel raggiungimento di un accordo il più soddisfacente possibile, quanto funzioni di arbitrato, a carattere religioso, nel contesto di una legislazione statale che assegna al lodo arbitrale effetti giuridici in presenza di determinate condizioni, sostanziali e procedurali.

Con la formula “ADR”, come è noto, si fa riferimento ad un complesso eterogeneo di procedure e strumenti, fondati sul riconoscimento del potere delle parti di disporre delle proprie controversie e accomunati dallo scopo di risolvere i conflitti con modalità alternative alla decisione giudiziaria³³. In un più ampio contesto di rafforzamento del ricorso alla mediazione in ambito familiare, anche come condizione obbligatoria al fine dell'accesso al circuito della giustizia civile³⁴, il fenomeno degli organismi di giustizia alternativa operanti nell'ambito delle

³⁰ Cfr. A. L. Estin, *Introduction*, in A. L. Estin (ed.), *The Multi-Cultural Family*, Farnham, 2008, x.

³¹ Cfr. A. Shachar, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, 2001.

³² Cfr. A. Shachar, *Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2, 2008, 573-607.

³³ Cfr. T. Frosini, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolution*, in *Rivista AIC*, 2, 2011, 2, che, in relazione al contesto statunitense, rileva come si tratti di «modi informali, semplici, rapidi, flessibili [...] non alternativi ma piuttosto modi appropriati o amicali o complementari alla giurisdizione» - quali ad es. la negoziazione, la mediazione, l'arbitrato (o la combinazione tra gli ultimi due, la c.d. “med-arb”), la valutazione preliminare, i processi sommari con giuria.

³⁴ Cfr. K. J. Hopt, F. Steffek, *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues*, in K. J. Hopt, F. Steffek (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, 2013, 25-26.

comunità islamiche dei paesi occidentali (es. *Islamic* o *Sharia Councils*, *Muslim Arbitration Tribunal*, ecc.) è ormai oggetto di una corposa letteratura scientifica, volta a ricercare il giusto bilanciamento tra la garanzia dei diritti dell’individuo in uno Stato pluralistico fondato sul principio democratico e di uguaglianza e la tutela del diritto al rispetto dell’identità culturale e religiosa dei gruppi minoritari³⁵.

In Inghilterra i membri della comunità islamica si rivolgono agli *Islamic councils* prevalentemente allo scopo di ottenere una pronuncia di divorzio conforme ai precetti islamici; il divorzio religioso è l’unica opzione possibile per quelle coppie che si sono sposate esclusivamente con rito informale, è cioè senza aver registrato il matrimonio presso le autorità civili inglesi, mentre si configura come opzione eventuale – ma lo stesso estremamente significativa, soprattutto per le donne musulmane³⁶ – in quei casi in cui la coppia si era sposata con rito sia civile che religioso e ha poi ottenuto il solo divorzio civile³⁷.

Il fenomeno della giustizia alternativa costituisce indubbiamente un fenomeno stimolante per il comparatista interessato a studiare l’articolazione pluralistica dell’ordinamento giuridico, a partire dalla constatazione della crisi della concezione tradizionale, monista e positivista, del diritto nelle società multiculturali contemporanee.

Da una prospettiva di pluralismo giuridico “oggettivo”, che esalta cioè la dimensione ordinamentale del gruppo (etnico, culturale, religioso) di appartenenza dell’individuo, i metodi di ADR sono infatti apprezzabili quali strumenti di emersione dei diversi ordinamenti giuridici esistenti entro i confini dello Stato. Nell’ambito di una concezione “soggettiva” di pluralismo giuridico, incentrata cioè sull’*agency* dell’individuo, il fenomeno della “mediazione” – delle norme, delle procedure e delle istituzioni dei diversi ordinamenti giuridici che i cittadini riconoscono e creano – sembra addirittura configurarsi come “la” questione

³⁵ Cfr., da ultimo, S. Bano (ed.), *Gender and Justice in Family Law Disputes. Women, Mediation and Religious Arbitration*, Waltham, 2017 e R. Scarciglia, W. Menski (eds.), *Normative pluralism and religious diversity: challenges and methodological approaches*, Padova, 2018. Anche se il caso più noto e studiato è sicuramente quello delle “corti islamiche”, in diversi paesi occidentali sono attivi anche tribunali rabbinici (*Beth Din*). In Europa l’esperienza più consolidata è indubbiamente quella di Inghilterra e Galles, dove gli *Islamic Councils* sono definibili come associazioni locali di studiosi che, su base volontaria, forniscono pareri giuridici ai musulmani, principalmente nel campo del matrimonio religioso e del divorzio; mentre gli *Islamic Councils* agiscono come mediatori e si pronunciano sullo scioglimento di matrimoni religiosi non registrati civilmente, il *Muslim Arbitration Tribunal* è in grado di operare come arbitro ai sensi dell’*Arbitration Act* del 1996.

³⁶ Cfr. R. Parveen, *Do Sharia Councils Meet the Needs of Muslim Women?*, in S. Bano (ed.), *op. cit.*, 148: «if a Muslim woman follows the normative Islamic opinion that Allah has not given her a unilateral right to a divorce and her only method of divorcing a husband who is refusing to consent is to apply to an authority that will terminate it in accordance with Islamic law, a belief that she is entitled to hold, the Sharia council is essential for her».

³⁷ Gli *Islamic councils* possono operare altresì come mediatori nel contesto di matrimoni validi per il diritto inglese: in questo caso saranno i giudici statali a valutare se tener conto o meno della mediazione realizzata da questi organismi; secondo alcuni, il “dialogo” tra la giustizia ufficiale e l’operato dei consigli è utile nella misura in cui consente alle istituzioni statali di “monitorare” e valutare l’accordo raggiunto in sede di mediazione religiosa. Il *Muslim Arbitration Tribunal*, come già ricordato, è in grado invece di operare come arbitro ai sensi della legge inglese sull’arbitrato, adottando decisioni vincolanti per le parti in relazione a controversie civili.

fondamentale per il diritto contemporaneo: la mediazione, prima di essere esterna, va infatti vista come un'autovalutazione, una mediazione "interna" allo stesso individuo, del quale si riconoscono le identità multiple; ciascun individuo, da questa prospettiva, è considerato in quanto sito irriducibile di inter-normatività, composto da una "molteplicità di sé"³⁸.

L'esistenza di organismi deputati alla risoluzione di controversie giuridiche in via alternativa alla giustizia ordinaria attraverso l'applicazione di norme di diritto religioso è in grado, d'altra parte, di sollevare numerose questioni problematiche rispetto alla tenuta di fondamentali principi e diritti posti alla base degli Stati democratici contemporanei. Il rischio più preoccupante è quello relativo alla discriminazione di genere, in relazione tanto all'applicazione di regole giuridiche di impronta patriarcale (ad es. quelle che sovrintendono il ripudio islamico) quanto alle procedure concretamente poste in essere all'interno degli organismi di mediazione e arbitrato, che possono caratterizzarsi per la violazione o la tutela insufficiente degli obblighi di trasparenza, imparzialità, confidenzialità, correttezza procedurale³⁹.

Sono tuttavia possibili anche altre letture della giustizia alternativa a carattere confessionale e, in particolare, della condizione delle donne religiose come principali utenti degli organismi di mediazione ed arbitrato.

Sul piano delle iniziative istituzionali, merita di essere ricordato il recente rapporto presentato dal Ministero dell'Interno britannico al Parlamento, curato da un gruppo di esperti che ha raccolto le testimonianze delle persone che si sono rivolte agli *Islamic councils* e dei consulenti legali che hanno fornito loro assistenza, del personale che ha lavorato all'interno dei consigli e di alcune organizzazioni per i diritti umani. Dal rapporto emerge una realtà frammentata ed eterogenea, contrassegnata dall'esistenza di buone e cattive pratiche anche all'interno dello stesso organismo; le buone pratiche segnalate dal gruppo di esperti, in particolare, sono riconducibili alla presenza di membri del consiglio di sesso femminile, al rispetto del diritto di difesa della donna e al riconoscimento, da parte dei *councils*, dell'autorità giurisdizionale delle corti inglesi (ad es. segnalando episodi di

³⁸ A partire da tale "inter-normatività" il mediatore dovrebbe riuscire ad allargare la sfera del conflitto dalla mera dimensione del "litigio" tra le parti a quella delle normatività plurali, e quindi all'ordine dei valori e della cultura. Lo scopo della mediazione, in questo senso, non è soltanto quello di agevolare la comunicazione; le parti, riconoscendo i diversi valori normativi in gioco, dovrebbero essere messe in condizione di arrivare ad una soluzione condivisa. Il nesso tra mediazione e inter-normatività emerge anche dagli studi, di carattere empirico, sulle implicazioni teoriche e la percezione della mediazione da parte degli stessi mediatori: ciò che la soluzione giudiziaria non è in grado di offrire è spesso spiegato, da parte dei mediatori, in termini di mancata offerta di soluzioni alternative alle parti, cfr. L. Lalonde, *La médiation, une approche «internormative» des différends? Analyse comparative des approches de G. A. Legault et de R. A. Macdonald*, in *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 3, 2002, 125 ss.

³⁹ Cfr., ad es., S. A. Warraich, C. Balchin, *Recognizing the Un-Recognized: inter-country cases and Muslim marriages and divorces in Britain*, London, 2006; T. Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, in *Yale Law Journal*, 6, 1991; P. Booth, *Judging Sharia*, in *Family Law*, 22, 2008; P. Patel, *Faith in the State? Asian Women's struggles for Human Rights in the UK*, in *Feminist Legal Studies*, 1, 2008.

violenze familiari e problemi legati alla protezione dei minori o accertando la pronuncia del divorzio civile al fine di procedere a quello religioso)⁴⁰.

In ambito accademico una prospettiva interessante dalla quale indagare il funzionamento della giustizia alternativa nei contesti multiculturali è l'analisi economica del diritto applicata alla regolazione giuridica delle relazioni familiari, nel tentativo di comprendere il comportamento dei diversi membri della famiglia in occasione della fine del rapporto matrimoniale. Pascale Fournier, utilizzando questo approccio, ha cercato di spiegare l'atteggiamento, rispetto al divorzio, delle donne religiose (musulmane ed ebraiche) che vivono in Canada, allo scopo di rilevare le dinamiche di potere che si dispiegano, in rapporto alle due diverse sfere del diritto civile e religioso, in funzione della massimizzazione del profitto. Ciò che è emerso dalla ricerca etnografica è un uso “strategico” del divorzio religioso: le donne intervistate da Fournier, nella loro qualità di mogli e madri, hanno spesso deciso di attivare le procedure previste dal diritto religioso in quanto ritenute più vantaggiose, esercitando quindi un'agency finalizzata a perseguire obiettivi di redistribuzione⁴¹.

L'uguaglianza di genere e il diritto di autodeterminazione sono anche al centro dell'interesse di quegli studi femministi post-coloniali dedicati ad approfondire gli effetti dell'ADR sulla condizione delle donne che appartengono a minoranze culturali e religiose. Le tesi sostenute nel contesto di questo filone di ricerca sono di segno opposto: se c'è chi segnala i rischi legati al carattere oppressivo e potenzialmente dannoso della mediazione e dell'arbitrato in ambito familiare per l'autonomia, la sicurezza e i diritti fondamentali delle donne⁴², non mancano studi che ne valorizzano il potenziale, positivo, di trasformazione ed emancipazione.

Da una prospettiva critica della dicotomia tra la “modernità” del liberalismo occidentale e il carattere illiberale e anti-moderno delle pratiche tradizionali, si contesta la ricostruzione dell'autonomia personale necessariamente in chiave conflittuale rispetto all'autonomia del gruppo religioso: la mediazione e l'arbitrato religioso potrebbero, anzi, facilitare la rappresentazione degli interessi dell'individuo, potenziandone l'autonomia nell'ambito dell'autonomia del gruppo⁴³.

Al fine di valorizzare l'eterogeneità delle esperienze delle donne appartenenti a minoranze culturali e religiose, e di contestarne quindi l'immagine

⁴⁰ Cfr. *The independent review into the application of sharia law in England and Wales*, presentata al Parlamento dal *Secretary of State for the Home Department*, February 2018, 15-16, www.gov.uk/government/publications/applying-sharia-law-in-england-and-wales-independent-review.

⁴¹ Cfr. P. Fournier, *Please divorce me! Subversive agency, resistance and gendered religious scripts*, in E. Giunchi (ed.), *op. cit.*, 46. Della stessa A. cfr. anche *Muslim Marriage in Western Courts: lost in transplantation*, Farnham, 2010.

⁴² Cfr. ad es. D. Greatbach, R. Dingwall, *Who Is in Charge? Rhetoric and Evidence in the Study of Mediation*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 17, 1993, 199-206, e A. Bottomley, J. Conaghan, *Feminist Legal Theory and Legal Strategy*, Oxford, 1993.

⁴³ Cfr. F. Ahmed, *Religious Norms in Family Law: Implications for Group and Personal Autonomy*, in M. Maclean, J. Eekelaar (eds.), *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Oxford, 2013, 34 ss.

ampiamente diffusa di “vittime” prive della capacità di autodeterminarsi, la chiave di lettura dell’intersezionalità è spesso utilizzata negli studi sull’ADR religiosa in rapporto alla condizione femminile. Tale condizione dovrebbe infatti essere più correttamente apprezzata alla luce della complessa interazione tra genere, appartenenza etnoculturale e classe sociale, considerando che l’esperienza della rottura del vincolo matrimoniale è vissuta dalle donne musulmane in modo complesso, «within the context of civil English law, their own understanding of Islamic law, their social and family ties, and the customary practices of the cultural heritage to which they belong»⁴⁴. Rispetto alla complessità delle identità religiose intersezionali gli organismi di mediazione e arbitrato religioso possono funzionare come luoghi di emersione delle “voci” delle donne e addirittura come spazi di resistenza e di contestazione del potere nei quali le donne, sia in quanto membri attivi dei consigli che in quanto utenti, riescono ad intraprendere un dialogo trasformativo con le interpretazioni dominanti e le pratiche consolidate della propria tradizione giuridica di appartenenza. Alla luce di quanto osservato, e senza sottovalutare le ambiguità e i rischi connessi ai circuiti di giustizia alternativa, il diritto di matrice culturale e religiosa può dunque costituire uno strumento di rappresentazione e di potere, mentre non necessariamente il contrasto alle forme di costrizione della libertà individuale legate all’appartenenza di gruppo si traduce in un *opting out*⁴⁵.

Nell’ottica di rispondere alle richieste di accomodamento provenienti dai membri delle minoranze culturali e religiose, e in particolare dai soggetti più deboli all’interno dei gruppi minoritari, i sistemi giuridici dei paesi occidentali hanno a disposizione molteplici opzioni, delle quali due sembrano essere le principali: riconoscere a tali comunità, seppure a determinate condizioni, sfere di autonomia normativa e giurisdizionale in alcune materie circoscritte (es. statuto personale) oppure interpretare evolutivamente le categorie e gli istituti dello stesso diritto occidentale, così da declinare in chiave interculturale la tutela giuridica garantita dagli strumenti giuridici “ordinari” nel rispetto del principio di uguaglianza e degli altri diritti e principi fondamentali⁴⁶. Non è questa la sede per approfondire i punti di forza e di debolezza di questi diversi approcci; quel che è certo è che, in entrambi i casi, l’impatto della diversità culturale e religiosa sui principi e le categorie giuridiche, e sulla stessa concettualizzazione della funzione giurisdizionale, è un nodo problematico decisivo sul quale il giurista occidentale deve necessariamente interrogarsi.

⁴⁴ R. Parveen, *op. cit.*, 143.

⁴⁵ Cfr. S. Bano, *Agency, Autonomy and Rights. Muslim Women and Alternative Dispute Resolution in Britain*, in S. Bano (ed.), *op. cit.*, 57.

⁴⁶ È quest’ultima la soluzione auspicata, ad esempio, dalla MWNUK (*Muslim Women’s Network UK*), cfr. S. Gohir, N. Akthar-Sheikh, *British Muslim Women and Barriers to Obtaining a Religious Divorce*, in S. Bano (ed.), *op. cit.*, 183, che rilevano come «ample legislative and grassroots solutions have been put forward that would provide a legal system that is fit for purpose and would in turn eliminate the need for Sharia councils. Better-trained mediators and panelists, with women at the forefront, campaigns raising awareness, as well as legislative action and pragmatic case decisions can collectively pave the way to equality, justice, and empowerment of Muslim women in the United Kingdom».