

Ilenia Ruggiu

Il giudice antropologo

Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

Diritto Pubblico

STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin** e **Aldo Sandulli**
coordinata da **Fulvio Cortese**

REDAZIONE

Fulvio Cortese, Angela Ferrari Zumbini, Simone Penasa, Andrea Sandri

COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Aristide Police, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Aldo Travi, Michel Troper

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale.

La Collana si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità

Ilenia Ruggiu

Il giudice antropologo

Costituzione e tecniche di composizione
dei conflitti multiculturali

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

Diritto Pubblico

Il volume è stato pubblicato con il contributo della Fondazione Banco di Sardegna.



Copyright © 2012 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

INDICE

Ringraziamenti pag. 9

Introduzione » 13

Parte Prima **Topica dei conflitti multiculturali**

1. <i>In media res</i>: i casi	» 25
1. Genitori che uccidono i propri figli	» 25
1.1. Il caso Kimura: l' <i>oyaku shinju</i> ossia l'infanticidio giapponese tra cultura e follia	» 25
1.2. Il caso Saleem: gli omicidi d'onore tra cultura, responsabilità individuale e patriarcato	» 30
2. Uomini che maltrattano le donne	» 34
2.1. Il caso Kassam: l'idea di famiglia in Marocco	» 34
2.2. Il caso Puseddu: la rappresentazione dei ruoli uomo/donna in Sardegna	» 35
3. Concezioni della cura dei bambini	» 37
3.1. Il caso del bambino rom che va al <i>manghel</i> (mendicare) con la madre	» 37
3.2. Il caso della nonna greca cui viene negato l'affidamento del nipote perché troppo insistente nel lutto	» 39
3.3. Il caso del padre afgano che bacia il figlio sui genitali	» 41
4. La cultura e i popoli nativi	» 44
4.1. Dall'agente modello all'agente culturalmente situato	» 44
4.2. Il caso del Mowahk che varca la frontiera senza pagare la dogana	» 46
4.3. Il caso del ballerino iniziato con la forza alla danza degli spiriti	» 48
4.4. Il caso di Piccolo uccello di neve cui si voleva rubare lo spirito con un numero	» 50

2. La risoluzione dei conflitti multiculturali nella giurisprudenza italiana e comparata. L'emersione dei test culturali	pag. 53
1. Delimitazione del concetto di argomento culturale ai fini dell'indagine. Dal giudice "sociologo" al giudice "antropologo"	» 53
2. La distinzione tra cultura e religione nel diritto costituzionale	» 60
3. La giurisprudenza italiana	» 64
3.1. La cultura come consuetudine con il limite della Costituzione e della legge penale	» 64
3.2. I conflitti religiosi	» 73
4. La giurisprudenza britannica: il <i>topos</i> del tempo	» 76
5. La giurisprudenza tedesca: il <i>topos</i> del danno	» 79
6. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: la diversità come bene pubblico	» 83
7. L'emersione dei test culturali e religiosi. Origine storica e definizione dei test	» 85
8. Il test culturale del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite	» 91
9. I test nella giurisprudenza canadese	» 94
9.1. Il test culturale per i popoli nativi	» 96
9.2. Il test religioso	» 105
9.3. L'accomodamento ragionevole	» 118
10. I test nella giurisprudenza statunitense	» 122
10.1. Il test religioso	» 123
10.2. La <i>cultural defense</i> nel processo penale	» 128
10.3. L'argomento culturale nel processo civile	» 135
10.4. Casi in cui l'argomento culturale è stato respinto	» 138
11. Si sta formando una tradizione giuridica comune su come risolvere i conflitti multiculturali?	» 145
3. Concetti di cultura nella antropologia e nella argomentazione giuridica	» 148
1. Un'analisi decostruttiva del concetto di cultura	» 148
2. La cultura come <i>manufatto</i> . Reificazioni, sineddoche e metonimie nell'argomentazione giuridica	» 152
3. La cultura come <i>evoluzione di civiltà</i> . Il primitivismo e il giudice di fronte al fattore "tempo"	» 164
4. La cultura come <i>esotismo</i> . L'irresistibile fascino del "diverso" sul giudice	» 172
5. La cultura come <i>relativismo</i> . L'abbandono del ragionamento <i>more juridico</i> a favore del ragionamento <i>more anthropologico</i>	» 174
6. La cultura come attributo che possiede soltanto <i>l'altro</i> . La culturalizzazione dello straniero	» 181
7. La cultura come <i>interpretazione</i> e traduzione. Il giudice doppio antropologo e l'equivalente culturale	» 185

8. La cultura come <i>autenticità</i> . Il giudice alla ricerca delle culture pure	pag. 190
9. La cultura come <i>creolizzazione</i> . Il riconoscimento giudiziale delle trasformazioni culturali	» 194
10. Il <i>panculturalismo</i> . La delimitazione del “culturale” nell’argomentazione giuridica	» 197
11. La cultura come <i>etnosfera</i> . La diversità culturale valore per l’intera società	» 200
12. <i>Contro</i> la cultura: l’era del nichilismo antropologico. La crisi del multiculturalismo nel diritto	» 201
13. Attualità di un concetto e auspicio di un nuovo rapporto tra diritto e antropologia	» 207

Parte Seconda
Teoria dei conflitti multiculturali

4. Costituzioni e multiculturalismo	» 217
1. Lo <i>status</i> del concetto di cultura nel diritto positivo costituzionale e internazionale	» 217
1.1. Le Costituzioni multiculturaliste	» 219
1.2. Le Costituzioni che riconoscono diritti culturali: di minoranze e universali	» 224
1.3. Altri usi del concetto di cultura nei testi costituzionali	» 233
1.4. Gli strumenti del diritto internazionale ed europeo	» 235
1.5. È presente un principio culturale nella Costituzione italiana?	» 240
2. Modelli teorici di riconoscimento culturale	» 242
2.1. Il pluralismo normativo. La cultura come fonte	» 242
2.2. L’antropologia e la nuova idea di essere umano	» 246
2.3. Le teorie identitarie e le teorie del riconoscimento	» 248
2.4. La teoria dei diritti fondamentali e la teoria dell’uguaglianza. La cultura come diritto	» 252
2.5. La teoria della giustizia simbolica. La cultura come compensazione di ingiustizie	» 256
2.6. La diversità come nuovo principio costituzionale	» 261
3. L’esigenza di una stabilizzazione delle tecniche di risoluzione dei conflitti multiculturali. Lo strumento del test per i giudici e per il legislatore	» 264
 5. La proposta: un test come contributo alla composizione dei conflitti multiculturali	 » 268
1. I test culturali della dottrina	» 268
2. I rischi del test	» 270

2.1. Il tecnicismo. Valutazioni tecniche <i>versus</i> valutazioni eque? La formazione antropologica del giudice e il ruolo dell'esperto culturale	pag. 271
2.2. Il formalismo. Il test come strumento di un neopositivismo che soffoca il ragionamento <i>more juridico</i> ?	» 275
2.3. Il riduzionismo: un meta-testo che fossilizza i testi (le sentenze) futuri?	» 278
2.4. Il test strumento topico o dogmatico?	» 280
3. Uno sguardo d'insieme sulla struttura del test proposto. Gli elementi non inclusi	» 285
4. La premessa al test. Adottare la prospettiva dell'altro	» 289
5. Il test	» 292
5.1. La categoria "cultura" è utilizzabile?	» 293
5.2. La descrizione della pratica culturale e del gruppo	» 299
5.3. Inserire la singola pratica nel più ampio sistema culturale	» 303
5.4. Quanto la pratica è essenziale e obbligatoria?	» 305
5.5. Quanto la pratica è condivisa dal gruppo o è contestata?	» 309
5.6. Il gruppo è discriminato nella società?	» 311
5.7. Come si comporterebbe la persona media appartenente a quella cultura?	» 313
5.8. Quanto è sincero il soggetto?	» 315
5.9. La ricerca dell'equivalente culturale	» 316
5.10. La pratica arreca un danno?	» 328
5.11. Che impatto ha l'altrui pratica sulla cultura ospite?	» 331
5.12. Le buone ragioni per continuare la pratica. Il criterio della scelta di vita ugualmente valida	» 333
6. L'applicazione del test a conflitti concreti	» 340
7. Rileggendo il caso Kimura	» 342
Conclusioni	» 347
Appendice fotografica	» 351
Bibliografia	» 361
Tavole della giurisprudenza e dei test	» 383

RINGRAZIAMENTI

Sono molte le persone e le istituzioni che hanno supportato questo lavoro. Ringrazio, in primo luogo, i maestri, amici e colleghi dell'*Università di Cagliari* con cui lavoro: Pietro Ciarlo, Gianmario Demuro, Silvia Niccolai, Giuliana Paganetto, Roberto Cherchi, Giovanni Coinu, Andrea Deffenu, Giuseppe Amoroso, Marco Betzu, Irene Spigno, per gli illuminanti suggerimenti e le innumerevoli occasioni di dialogo; unitamente ai colleghi di altre discipline, in particolare Fabio Botta, Giovanni Cocco, Riccardo Fercia, Anna Pintore, Giovanni Sulis, Claudia Tavani, Bruno Troisi.

In questi anni ho avuto il privilegio di sentirmi parte anche di altre comunità scientifiche. Ringrazio la *University of Victoria*-British Columbia, in particolare Avigail Eisenberg, per la generosa ospitalità nei due periodi di ricerca sul multiculturalismo canadese nel 2008 e nel 2011, nonché Taiiaike Alfred, Paul Bramadat, James Tully e gli altri ricercatori del *Department of political science* e del *Centre for religious studies*; la *University of Edinburgh*, in particolare Eve Hepburn, Michael Rosie e David McCrone, per il supporto ad una ricerca sulle teorie identitarie nel 2009; la *Georgetown University* di Washington nella cui biblioteca ho approfondito, nel 2010, la *cultural defense* statunitense; la *University of Southern California*-Los Angeles e in particolare Alison Dundes Renteln, che ha sponsorizzato una *visiting scholarship* nel 2012, essenziale per concludere il lavoro, nonché la collega Nomi Stolzenberg e gli antropologi Nancy Lutkehaus, Erin Moore, Jean Cooper, Thomas Ward.

Ringrazio, inoltre: i revisori anonimi per gli utilissimi suggerimenti; i direttori della Collana Roberto Bin e Aldo Sandulli, l'editore e Tommaso Gorni; la Fondazione Banco di Sardegna, l'Università di Cagliari, la Regione Autonoma della Sardegna e il Governo canadese che hanno finanziato il progetto nelle sue varie fasi di sviluppo; i bibliotecari di tutte le sopra menzionate Università per l'impagabile assistenza; i Musei di antropologia visitati nel corso della ricerca, in particolare il *National Museum of the Ame-*

Ringraziamenti

rican Indian di Washington DC che ha permesso di pubblicare gratuitamente gli scatti ivi effettuati; Matteo Deiana per la lavorazione delle fotografie; Mandip Singh per i chiarimenti sul sikhismo; Ciro Grandi per il confronto sui profili penalistici del multiculturalismo; Linda Romeril, la Cowichan Intercultural Society di Duncan-Canada e la Scuola di Italiano per Migranti dell'associazione Co.Sa.S di Cagliari per tutti gli incontri multiculturali che mi hanno fatto vivere.

Ringrazio, infine ma non ultimi, Maria Teresa, Francesca, Dafni, e tutti gli amici, vicini e lontani per la condivisione di questi anni.

*C'è contrasto tra il pensare problematicamente
ed il pensare sistematicamente.
Non si può tuttavia disconoscere che
fra problema e sistema
sussistono delle essenziali implicazioni.*
Theodor Viehweg, *Topica e giurisprudenza*

*L'altro è mistero
L'altro è il futuro*
Emmanuel Lévinas, *Il tempo e l'altro*

INTRODUZIONE

Come si risolvono i conflitti multiculturali? Una delle questioni cruciali del costituzionalismo contemporaneo è dare risposta a questa domanda.

“Se per secoli il costituzionalismo si è dovuto occupare della costruzione dogmatica dell’uguaglianza, oggi a questo si affianca la necessità di predisporre un efficace diritto costituzionale della differenza”¹. Ma l’incertezza costituzionale nel teorizzare il multiculturalismo dentro la teoria dei diritti fondamentali e l’assenza di modelli di riconoscimento condivisi parrebbero dimostrare che un’efficace “costruzione dogmatica della diversità” è ancora nell’*impasse*.

In assenza di un preciso quadro teorico e normativo, la risposta alla domanda “come si risolvono i conflitti multiculturali?” è avvenuta, prevalentemente, in modo casistico. Sono stati cioè i giudici a cercare delle soluzioni volta a volta, conflitto per conflitto. In ciò potrebbe ravvisarsi un risveglio della tradizione topica², che ha una sua ricca storia, senso e legittimazione,

1. F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, Padova, 2011, 1.

2. Tornata all’attenzione della scienza giuridica dopo l’oblio in cui era caduta durante tutta la fase matematizzante e dogmatica del diritto (iniziata con Leibniz, a sua volta ispirato dal razionalismo cartesiano), la topica è quel modo di intendere il diritto come arte di risolvere casi concreti, attraverso un ragionare per problemi, piuttosto che per sistemi astrattamente dedotti da una norma. L’autore che ha sollecitato una rinnovata attenzione sul concetto è T. Viehweg, *Topica e giurisprudenza*, trad. it. (a cura di G. Crifò), *Topik und Jurisprudenz* (1953), Giuffrè, Milano, 1962. L’autore rileva come la parola fu coniata da Aristotele (350 a.c. circa) nel lavoro *Topica*, una delle sei opere raccolte nell’*Organon*. Lo Stagirita, classificandola come parte della dialettica, la definisce come arte del discutere, che insegna come da proposizioni opinabili si possano, comunque, trarre delle conclusioni. La topica “ha come suo oggetto delle conclusioni tratte da premesse che appaiono vere a stregua di un’opinione rispettata”. Il concetto fu poi ripreso da Cicerone (44 a.c.). Tradotta come “teoria dei luoghi comuni”, e in certi casi direttamente “retorica”, la topica esprime il fatto che il ragionamento giuridico abbia una struttura non deduttivo-sistematica, ma pratica, orientata al caso concreto. Su tale struttura, A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971, che

ma dove si riscontrano anche una serie di problemi. Le virtualità che l'approccio topico in astratto porta con sé, si scontrano, infatti, con una realtà complicata: giudici che declinano l'argomento culturale in modo non persuasivo; che "culturalizzano" reati comuni per il solo fatto che sono compiuti da stranieri; sentenze troppo diversificate da un caso all'altro; sentenze che anziché attutire esasperano la convivenza multiculturale, perché stereotipanti o non adeguatamente motivate. In certi casi, più che ad un accurato e consapevole approccio topico si ha la sensazione di trovarsi davanti ad una resa ai nodi irrisolti della dogmatica.

Questo lavoro indica una delle possibili strade per uscire da tale duplice *impasse* della dogmatica e della topica della diversità: la predisposizione di un "test culturale" che procedimentalizzi l'*iter* logico argomentativo nel risolvere i conflitti multiculturali. Il test si compone di un insieme di domande, di accertamenti che sia i giudici che il legislatore potrebbero effettuare per un approccio più consapevole al concetto di cultura. Tale strumento tecnico giuridico, che trova le sue origini nelle corti costituzionali nord-americane, è ricavato attraverso un'indagine che si dipana seguendo le linee metodologiche e i livelli d'analisi di seguito indicati.

Uno studio su come risolvere i conflitti culturali è condizionato da due pregiudiziali metodologiche: la prima data dalla novità dell'oggetto; la seconda ricollegabile alle più generali tensioni trasformative che attraversano il metodo costituzionale.

Con riguardo alla novità dell'oggetto, va preso atto che il multiculturalismo non può beneficiare della sedimentazione di cui godono altri studi costituzionalistici. Una sua possibile collocazione è stata ravvisata nella teoria dei diritti fondamentali ed è, generalmente, con lo strumentario concettuale di questa che il multiculturalismo è studiato, seguendo un approccio positivista o, piuttosto, facente capo alla teoria dei valori e, in genere, facendo del bilanciamento fra diritti il mezzo per risolvere i conflitti multiculturali. Tuttavia, tale lettura è oggetto di critiche: le problematiche poste dal multiculturalismo sembrano spesso inconciliabili con alcuni capisaldi della teoria dei diritti; di converso, quest'ultima è spesso accusata di etnocentrismo e di imperialismo occidentale; sussiste, peraltro, ancora un forte dissenso tra i costituzionalisti sullo *status* dei diritti culturali, visti da alcuni come diritti fondamentali che entrano in modo paritario nel bilanciamento, visti da altri come diritti di seconda categoria.

L'insufficienza dei tradizionali filoni costituzionalistici ad assorbire le questioni della diversità si può visualizzare nella gemmazione di discipline quali "diritto delle minoranze", "diritto dell'immigrazione", "diritto interculturale" o "multiculturale", che è probabile andranno consolidandosi quali

riprende la distinzione formulata da Norberto Bobbio tra logica giuridica come "logica delle proposizioni normative" da un lato e come "logica della giurisprudenza" cioè indagine del ragionamento del giudice, che sarebbe orientata a persuadere.

nuove materie del diritto pubblico e che sono già alla ricerca di un proprio autonomo metodo.

Di fronte alla novità dell'oggetto e alla difficoltà di incasellarlo nella sola teoria dei diritti, questa ricerca valorizza il metodo casistico per cercare di ricostruire induttivamente, partendo dalle decisioni giurisprudenziali, possibili nuovi strumentari concettuali e operativi.

L'origine giurisprudenziale del diritto³ trova un suo esempio emblematico nel multiculturalismo, che dimostra come un intero insieme di regole sgorga dalle aule giudiziarie. Non soltanto per quantità, ma anche per qualità, il versante giurisprudenziale si è rivelato il più fecondo ad elaborare un percorso su come comporre i conflitti multiculturali. Il mutamento di sensibilità, la rivoluzione antropologica che sostiene convincentemente che si diventa esseri umani in modo diverso stanno trasformando il senso di giustizia e producendo nuovi tipi di esperienza giuridica che possono essere meglio apprezzati attraverso lo studio dei casi. Pertanto, sebbene non mancheranno riferimenti alle soluzioni normative esistenti, la ricerca usa principalmente, come prisma ricostruttivo, l'argomentazione giudiziale, andando ad indagare come il giudice si è fatto "antropologo" affrontando casi che avevano un denominatore comune: la cultura. Proprio la dimensione concreta della controversia e l'ampia gamma di problematiche che i giudici italiani e di altri ordinamenti hanno dovuto affrontare, attraverso un complesso stratificarsi di scelte, ripensamenti, correzioni, consente di avere a disposizione un materiale vastissimo da cui emerge quali siano gli elementi che i giudici considerano importanti per riconoscere una pratica culturale e come questi elementi siano pesati nella ricerca di una composizione della controversia.

Questo lavoro si prefigge, dunque, di ripercorrere come i giudici si sono fatti "antropologi" introducendo, nelle loro decisioni, un nuovo argomento: l'argomento culturale.

Il termine "giudice antropologo" è inteso in tre accezioni che rappresentano oggetto di altrettanti livelli di analisi: descrittiva, decostruttiva, prescrittiva. Essi scandiscono il piano di esposizione della ricerca.

Il primo livello di analisi è di tipo descrittivo ed è volto a ricostruire la "topica dei conflitti multiculturali", ossia le soluzioni che, caso per caso, sono state elaborate nel diritto giurisprudenziale multiculturale e gli elementi di ricorrenza, i punti fermi, i *topoi*, che tali soluzioni presentano (cap. 1 e 2). È, in questa accezione, "giudice antropologo" qualunque giudice, di legittimità o di merito, costituzionale o sovranazionale, che si trovi di fronte ad una cultura diversa dalla propria con la quale decida (di propria iniziativa) o sia indotto (dalle parti) a confrontarsi. Il lavoro sviluppa questa accezione di giudice antropologo descrivendo, sin dalle primissime decisioni, i diversi argomenti prodotti di fronte ad una cultura altra. In particolar modo, verranno analizzati gli strumenti argomentativi dei test – nella duplice variante di test

3. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975.

culturali e religiosi – quali procedure standardizzate che predeterminano le condizioni alle quali si può accordare il riconoscimento.

Il secondo livello dell'analisi è di tipo critico e decostruttivo (cap. 3). Guardando al diritto come ad un fenomeno storicamente situato, l'indagine si interroga sul tipo di narrazioni, contesti di senso e rapporti di potere sottesi ai diversi usi del concetto di "cultura" nell'argomentazione giuridica. Il diffondersi della figura del giudice antropologo in diversi ordinamenti è presentato, in questa parte della ricerca, esso stesso come un fatto storico-culturale: la "cultura" rappresenta l'attuale modo di percepire l'altro, di riconoscerlo, ma anche di misconoscerlo. Tale concetto, peraltro, concorre, talvolta in modo intersezionale, talaltra in competizione, con altri nel categorizzare la diversità: ad esempio, con il genere, con la razza o con la classe sociale.

La decostruzione degli usi dell'argomento culturale è effettuata, principalmente, esaminando come diverse concezioni di cultura maturate nel pensiero antropologico "ritornino" nel diritto. La ricerca, infatti, mostra che, contrariamente a quanto molti studi sul multiculturalismo, legislatori o giudici danno per presupposto (o auspicano), nel diritto non esiste affatto un'unica concezione di cultura, ma molteplici. Tutte corrispondono alle idee di cultura, più o meno attuali, che circolano nella società e che sono state teorizzate dall'antropologia, sin dagli esordi di questa disciplina nel XIX secolo. Anche per tali ragioni, questo lavoro non mira a fornire una definizione di cultura – se non in chiave stipulativa al mero fine di circoscrivere l'oggetto dell'indagine (cap. 2, par. 1) – ma piuttosto, interviene nel dibattito sul multiculturalismo, svolgendo un'analisi sui molteplici concetti di "cultura" che osmoticamente filtrano dalla società e dalle altre scienze al diritto e sugli argomenti sviluppati dai giudici intorno a tali concetti, proprio allo scopo di evidenziarne la pluralità e la storicità.

Attraverso questo approccio storico-decostruttivo la ricerca tenta, altresì, di avanzare uno sguardo prospettico su un nuovo argomento, quello di genere, che si sta già affermando come limite all'argomento culturale e che pone un problema di concorrenza tra due principi – la diversità culturale e l'uguaglianza uomo/donna – fondanti le democrazie contemporanee⁴.

Il terzo livello dell'analisi condotta è di tipo prescrittivo e mira a rispondere alla domanda: come dovrebbe essere un giudice che voglia essere antropologo non improvvisato, ma affrontare in modo più consapevole la questione della diversità?

Per rispondere a tale domanda la ricerca elabora una teoria costituzionale dei conflitti multiculturali, definibile come teoria topica sistematizzata (cap. 4 e 5) che trova in un apposito "test culturale" il suo strumento operativo. Si tratta di un test che porta a sintesi gli elementi più ricorrenti e persuasivi elaborati per risolvere conflitti multiculturali in diverse tradizioni giuridiche.

4. Sulle modalità di comporre principi democratici in conflitto P. Ciarlo, *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Diritto pubblico*, 1995, n. 1, 140 ss.

Sono chiare le possibili obiezioni ad uno strumento di questo tipo: neopositivismo, amministrativizzazione dei conflitti, subordinazione della prudenza giudiziale a valutazioni prestabilite. Nell'analisi verranno affrontati i possibili rimedi per evitare che il test culturale proposto si trasformi in uno strumento formalista, che soffoca la vita del caso concreto. Il test vuole, piuttosto, essere una guida per i giudici ed altri operatori, che non intrappoli il ragionamento *more juridico*, ma che lo procedimentalizzi prevedendo degli *standard*, dei passaggi da accertare che, lasciando intatte le valutazioni sulle specificità del caso concreto, lo illuminino immettendo nel ragionamento un'esperienza condivisa, un *idem sentire* sempre rivedibile, ma anche in grado di offrire al giudice un riferimento per orientarsi negli intricati sentieri del multiculturalismo.

Oltre alle specifiche problematiche date dalla novità dell'oggetto "multiculturalismo", la ricerca si è dovuta confrontare con una seconda pregiudiziale metodologica ossia con la questione del metodo costituzionale complessivamente inteso.

Tramontato il paradigma positivista, il diritto costituzionale è entrato in una profonda trasformazione metodologica che non si è ancora arrestata⁵. Di fronte a tale incertezza, che si avverte soprattutto nel momento in cui ci si spinge su temi poco esplorati, questa ricerca ricorre, come elementi costitutivi e non come mere appendici del discorso, oltre che al già menzionato metodo casistico, al metodo comparato e al metodo interdisciplinare.

Una tematica come il multiculturalismo dimostra come effettivamente la comparazione debba oramai far parte integrante del metodo costituzionale, almeno per certi settori di indagine, che non possono essere validamente affrontati prescindendone⁶: l'esperienza giuridica di tipo multiculturale ha trovato piena comprensione soltanto attraverso un confronto di vari ordina-

5. A. Baldassarre, *Miseria del positivismo giuridico*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005, vol. I, 201 ss.; A. Baldassarre, *Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del "pensare per valori")*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, ESI, Napoli, 2011, vol. I, 145 ss.; Aa.Vv., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale: seminario di studio*, Messina, 23 febbraio 1996, Cedam, Padova, 1997.

6. Sul metodo comparato: A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1998; A. Pizzorusso, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2005; A.A. Cervati, *Alessandro Giuliani e lo studio comparativo del diritto costituzionale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, ESI, Napoli, 2011, vol. I, 773 ss.; G. Bognetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, Milano, 1994; L.J. Constantinesco, *La scienza dei diritti comparati*, Giappichelli, Torino, 2003; G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 2004; F. Lanchester, *Il metodo nel diritto costituzionale comparato: Luigi Rossi e i suoi successori*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1993, 959 ss.; C. Lavagna, *Aspetti tecnici della comparazione costituzionale*, in *Studi Economico-Giuridici*, Cedam, Padova, 1966, 399 ss.; R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980; A. Vespaziani, *La dottrina costituzionale europea nell'era post ontologica del diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, 547 ss.; G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, ESI, Napoli, 2006.

menti. Limitando l'indagine a quello italiano, questa ricerca non si sarebbe potuta compiere. Non soltanto sarebbe stata incompleta la prospettiva, ma sarebbe stato impossibile rinvenire un *idem sentire* sul modo di risolvere i conflitti, decostruire i concetti di cultura che penetrano sotto forma di *vulgata* nel ragionamento giuridico, elaborare nuovi strumenti operativi, quali il test culturale. Il fatto che "i giudici di tutto il mondo incontrano problemi simili soprattutto sul terreno dei diritti fondamentali" sta spingendo anche gli ordinamenti di *civil law* a guardare ai "precedenti giudiziari tratti da esperienze estere"⁷.

La prospettiva comparata, incrociando diverse tecniche di composizione dei conflitti, indica gli elementi base di quello che potrebbe essere un modo condiviso, nell'attuale momento storico, di risolvere i conflitti, operando come "criterio di riconoscimento" della validità di certe soluzioni⁸. Analizzate in modo comparato, infatti, le giurisprudenze consentono di gettare uno sguardo d'insieme sugli argomenti e sulle tecniche a disposizione del giurista e consentono di riflettere, con un orizzonte interpretativo ampliato dalle altrui esperienze, anche su quali siano gli elementi da espungere dall'argomentazione perché storicamente intrappolati nel peculiare contesto socio-politico di quell'ordinamento, perché non persuasivi o perché non sufficientemente relazionali⁹. In questo senso, la comparazione si trasforma in

7. M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009, 537 ss., 547 che, altresì, osserva: è nell'ambito di questioni connesse ai diritti "che il dialogo giurisdizionale transnazionale si è sviluppato al punto che alcune Costituzioni contemporanee, come quella del Sudafrica, consentono esplicitamente ai giudici di prendere in considerazione la *foreign law* nell'interpretazione dalla Carta dei diritti". Sull'opportunità di guardare al diritto straniero anche G. Zagrebelsky, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 297 ss. Secondo B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, trad. it. *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration?* (2006), il Mulino, Bologna, 2009, 159-192, il dialogo con ordinamenti esterni dovrebbe sempre svolgersi ricorrendo le seguenti condizioni: "quando la corte deve scoprire i principi comuni del diritto; quando il diritto locale presenta lacune o ambiguità...; quando vi è un problema in molti sistemi ed è preferibile avere una risposta armonizzata...; quando l'esperienza straniera... aiuta a smentire le paure locali circa le conseguenze di una particolare soluzione giuridica". Si tratta di condizioni tutte presenti nella tematica dei conflitti multiculturali. Per una recente applicazione costituzionale del diritto straniero R. Cherchi, *Il matrimonio dello straniero e l'uso dei precedenti non nazionali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 2012. D'altra parte, anche al di fuori del diritto straniero, è la stessa tutela multilivello dei diritti che implica una circolazione continua di *topoi* e di modelli, F. Sorrentino, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, 86 ss.

8. G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011, 123 ss.

9. Sul pensiero relazionale, che considera la relazione quale "presupposto generale della realtà" P. Donati, *Relazione sociale*, in *Dizionario enciclopedico di sociologia*, Milano, 1997 e, per un'applicazione di tale pensiero, come elaborato dalla critica femminista, all'argomentazione giudiziale S. Nicolai, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in www.costituzionalismo.it, 2005 ed ivi per ulteriore bibliografia.

strumento prescrittivo e, infatti, il test proposto è, in gran parte, il frutto di operazioni di scelta tra le soluzioni di diversi ordinamenti più condivise e ritenute preferibili, in quanto in grado di attivare una dimensione dialogante.

Nelle tematiche del multiculturalismo, la comparazione va, dunque, persino oltre quanto profetizzato da Peter Häberle, secondo cui era il quinto metodo interpretativo¹⁰. Essa, infatti, consentendo di individuare quali sono le condizioni alle quali in diversi ordinamenti la cultura trova riconoscimento esercita una funzione prescrittiva, di fonte del diritto¹¹. In questo senso, il metodo comparato sorregge la proposta di un nuovo test culturale che verrà avanzata a completamento dell'indagine.

Altro metodo costitutivo della ricerca è quello interdisciplinare. Com'è noto, questo era stato espulso dal diritto sia per una precisa scelta della teoria pura – lungimirante ai tempi di Kelsen, ma che ultimamente ha rischiato di impoverire il metodo costituzionale – sia come effetto collaterale del più generale processo di specializzazione delle diverse discipline¹². Tuttavia, proprio un settore come quello del multiculturalismo ne rivela l'indispensabilità.

In questo lavoro, il metodo interdisciplinare è usato, in particolare, per incrociare le idee di cultura che circolano nell'antropologia e nell'argomentazione giuridica (cap. 3).

L'indagine interdisciplinare è partita da una considerazione, se vogliamo, banale. Nel momento in cui “la cultura” è divenuta la nuova cifra per leggere le interazioni sociali, è apparso imprescindibile un confronto con la scienza sociale che ha inventato il concetto e ne ha fatto l'oggetto di studio per antonomasia: l'Antropologia. Non sempre gli studi sul multiculturali-

10. Dopo i quattro già individuati da Savigny: storico, letterale, sistematico, teleologico, P. Häberle, *Per una dottrina della Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1999, 3 ss.

11. *Contra* G. Bognetti, *L'oggetto e il metodo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 5 ss., secondo il quale “il comparatista – per la natura del suo lavoro e almeno finché si limita ad esso – non è... un giurista ‘pratico’, 6; è un semplice descrittore di fatti normativi accaduti”, “uno storico”, al contrario del costituzionalista che studia la propria costituzione nazionale, 10. Per una funzione del diritto comparato come fonte di un diritto costituzionale cosmopolita, Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria costituzionale del diritto cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2007, 239-274 e *passim* per il problema della “democraticità della fonte”, che tale nuovo metodo di formazione del diritto implica.

12. La percezione che il discorso giuridico sia diverso rispetto a quello di altre scienze sociali è, ancora oggi, molto diffusa. L. Mancini, *Società multiculturali e diritto. Dinamiche sociali e riconoscimento giuridico*, Clueb, Bologna, 2000, 7, parla di “differenze sostanziali che si pongono, allorché si analizza un fenomeno a livello sociale e a livello giuridico-istituzionale”. Il mio lavoro tenta di superare questa prospettiva, ritenendo che l'apporto interdisciplinare dell'antropologia sia essenziale per il diritto al fine di risolvere i conflitti multiculturali e, in certi casi, sperimentando quello che D.T. Goldberg, M. Musheno, L.C. Bower (a cura di), *Between law and culture. Relocating legal studies*, University of Minnesota Press, Minneapolis-London, 2001, Introduzione, XI, osservano: “quando gli studi giuridici e gli studi culturali si incontrano per riflettere insieme su diritto e cultura” si passa ad un contesto “post-disciplinare”, che deborda rispetto ai tradizionali confini disciplinari.