



**LO STATO INTERCULTURALE:  
UNA NUOVA EUTOPIA?**

**THE INTERCULTURAL STATE:  
A NEW EUTOPIA?**

**EL ESTADO INTERCULTURAL:  
¿UNA NUEVA EUTOPIA?**

a cura di Silvia Bagni

Prefazione della Console Generale di Bolivia a Milano  
Eva Chuquimia Mamani

Contributi di

Domenico Amirante, Silvia Bagni, Federica Botti,  
Bartolomé Clavero, Olaf Kaltmeier, Maria Chiara Locchi,  
Werner Menski, Pablo Moreno Cruz, Kyriaki Topidi

Questo volume è stato sottoposto a una procedura di valutazione anonima da parte di due *referees*.



**STATO PLURINAZIONALE DELLA BOLIVIA  
MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI  
CONSOLATO GENERALE DELLA BOLIVIA A MILANO**



Dipartimento di Scienze giuridiche  
Direttore Giovanni Luchetti  
Università di Bologna  
Via Zamboni 27/29  
40126 Bologna

© Dipartimento di Scienze giuridiche

<http://blog.giuri.unibo.it/dpc/>  
silvia.bagni@unibo.it

ISBN 9788898010455

Impaginazione e foto di copertina: Silvia Bagni

Prima edizione: gennaio 2017

## INDICE

<b>Prefazione</b>	
<b>El Estado intercultural, una eutopia?</b> .....	4
Eva Chuquimia Mamani Console Generale di Bolivia a Milano	

<b>Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del Estado intercultural</b> .....	5
Silvia Bagni	

### *Sezione I – Il modello latinoamericano*

<b>Sociedad multicultural y Estado intercultural por América Latina entre historia y Constitución</b> .....	14
Bartolomé Clavero	

<b>Gli apporti della Corte costituzionale nella costruzione dello Stato multiculturale in Colombia</b> .....	24
Pablo Moreno Cruz	

<b>El Estado intercultural como campo de lucha. Perspectivas desde la historia contemporánea del Ecuador</b> .....	45
Olaf Kaltmeier	

### *Sezione II – Il modello indiano e quello europeo*

<b>Appartenenza religiosa e strategie di integrazione e convivenza. I “nuovi diritti”: libertà religiosa e interculturalità</b> .....	55
Federica Botti	

<b>Stato multiculturale e “diversità sociale”: il contributo dell’Unione indiana</b> .....	71
Domenico Amirante	

<b>Post-multiculturalism and the rise of culture in Europe</b> .....	86
Kyriaki Topidi	

<b>Pluralismo giuridico e diritto comparato nelle società occidentali di immigrazione</b> .....	99
Maria Chiara Locchi	

### *Conclusioni*

<b>Globalisation and the new utopia of multicultural/intercultural and plurilegal states: Some methodological reminders</b> .....	120
Werner Menski	

<b>Autori</b> .....	144
---------------------	-----

## Prefazione

### EL ESTADO INTERCULTURAL, UNA EUTOPIA?

Eva Gloria Chuquimia Mamani  
Cónsul General de Bolivia en Milán

América Latina se caracteriza por mantener una diversidad de culturas originarias, una rica historia de resistencia, cuyas raíces se remontan a la presencia preincaica de pueblos y naciones, que sobrevivieron a la invasión y prácticas de esclavización de indígenas y de descendientes africanos. Quienes imbuidos por la sabiduría de sus ancestros nunca se han dejado por vencidos, sabían que los tiempos del equilibrio van a volver nuevamente.

Hoy, como resultado de la aplicación de un modelo de desarrollo que busca el “vivir mejor”, nuestro planeta está envuelto en una crisis total, “crisis global del capitalismo”, que nos obliga a construir alternativas para salvar nuestro planeta. Estamos en tiempos de despertar nuestra creatividad que nos permita un reencuentro con nuestras raíces, nuestras luchas, nuestra historia y volver a recuperar ese ser humano integral que busca armonía con la naturaleza.

Como lo indicaron algunos autores bolivianos «Si bien la propuesta de Estado plurinacional cuestiona las bases estructurales de dominación étnica, también propugna una transformación integral del modelo de Estado-Nación de origen colonial, considera la construcción de una sociedad intercultural respetuosa de la diversidad y la diferencia socio-cultural en el marco de un Estado unitario. En este sentido, lo plurinacional no se restringe al reconocimiento de lo pluri-multi o de la desestructuración, sino que se vincula con una realidad plural, diversa e intercultural que pretende articular»<sup>1</sup>.

De esta manera, podemos afirmar que el ideal surge de la conciencia de los defectos y carencias de la sociedad a través de la organización política, económica y cultural. Asimismo, que se basa en las posibilidades de cambio y transformación. Por ello, no es extraño que las utopías hundan su análisis en las raíces mismas de la realidad concreta.

Entonces, el horizonte utópico es posible por esa re-conexión con nuestra historia, lo que hace que el presente se redima y se reencauce a su verdadero tiempo: el *pachakuti*.

En este marco paradigmático emerge el concepto del “Vivir Bien” que busca preservar el bienestar colectivo que encuentra su par en la interculturalidad, entendida como proyecto político, social, ético y epistémico. Retomando las palabras del Presidente Morales «Decimos “vivir bien” porque no aspiramos a vivir mejor que los otros» (citado en *Alai-Amlatina*, 5 de octubre de 2006).

Convencidos de que sin Eutopía no hay historia, ni realidad.

---

<sup>1</sup> M.T. ZEGADA, Y. TÓRREZ RUBÍN DE CELIS, E.P. SALINAS PAZ, *En nombre de las autonomías: crisis estatal y procesos discursivos en Bolivia*, PIEB, La Paz, 2007, p. 20.

# ESTUDIO INTRODUCTORIO SOBRE EL DESLINDE CONCEPTUAL DEL ESTADO INTERCULTURAL

Silvia Bagni

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Definiciones del pluralismo en las ciencias sociales. – 3. Multiculturalismo y forma del estado. – 4. El Estado intercultural en el constitucionalismo latinoamericano. – 5. Estado plurinacional intercultural en Bolivia y Ecuador. – 6. Elementos determinantes del Estado intercultural. – 7. ¿Exportabilidad de un modelo?

## 1. Introducción

Hasta los '90 del siglo pasado, América latina era vista por los Europeos primariamente como un centro de recepción e imitación de modelos jurídicos elaborados por el constitucionalismo occidental. Pero, con la ola de procesos constituyentes y reformas de fines siglo XX y de principio de XXI, a partir de la Constitución brasileña de 1988 y, sobre todo, con la Constitución colombiana de 1991, hasta las más recientes de Bolivia, Ecuador y Venezuela, la perspectiva ha cambiado.

En particular los comparatistas reconocen ahora que el subcontinente latinoamericano es un laboratorio constitucional donde se experimentan nuevas soluciones y modelos jurídicos originales, susceptibles a su vez de consideraciones para ser imitados por parte de los Estados europeos.

Los logros y los avances del constitucionalismo latinoamericano se pueden medir especialmente en el ámbito del pluralismo social, cultural y legal. Hasta la fecha, estos temas habían sido dominados, sobre todo, por la doctrina anglosajona, en cuanto Reino Unido, Estados Unidos, Canadá y Australia habían sido, en el siglo XX, las metas de destino de millones de emigrantes de todas partes del mundo. A este grupo se había añadido, después de la independencia, India, que se ha vuelto el más grande experimento democrático multicultural del siglo pasado.

Los Países de América latina, por otro lado, se habían independizado gracias a revoluciones conducidas por criollos que, llegando al poder, reprodujeron las mismas estructuras de poder de los colonizadores, siguiendo con la marginación y la explotación de las clases subalternas. En particular, fundaron nuevos Estados nacionales, identificándose con la Nación y olvidando nuevamente los pueblos indígenas, mestizos y afrodescendientes como sujetos de la nueva institucionalidad.

El pluralismo de los Estados latinoamericanos es entonces originario o, mejor dicho, remonta a la colonización, y quizás más similar a la situación indiana que a aquella anglosajona, la cual deriva de la inmigración económica.

Las nuevas Constituciones ecuatoriana y boliviana por primera vez en el continente se dan cuenta de esta situación, y declaran el Estado como «plurinacional» e «intercultural».

El objetivo de estas páginas es de esbozar los rasgos distintivos de este tipo de Estado, para comprender si este otro punto de vista lleva consigo un cambio estructural y cultural, en las instituciones y en la comunidad.

Como primer análisis, nos detendremos brevemente sobre los conceptos de multiculturalismo e interculturalismo y como se relaciona el derecho con ellos. Luego, tramite un recorrido de las Constituciones latinoamericanas, intentaremos evaluar cual es la relevancia constitucional del Estado multicultural y del Estado intercultural en América latina. Finalmente, después de realizar una comparación entre los dos modelos, avanzaremos la tesis de la utilidad del paradigma intercultural también en contextos de inmigración, como el europeo o el anglosajón.

## 2. Definiciones del pluralismo en las ciencias sociales

Con un enfoque semántico, que corresponde generalmente a lo asumido por las ciencias sociales, el término «multiculturalismo», al cual podemos añadir como sinónimo «pluriculturalismo», representa una situación de coexistencia de distintas culturas en el mismo lugar<sup>1</sup>. El multiculturalismo describe entonces un dato de hecho, ocasionado por causas distintas, como la inmigración, la presencia de «naciones originarias» en tierras colonizadas; pero también, simplemente la formación de grupos identitarios basados en elementos político-ideológicos, religiosos, de orientación sexual, etc.



Figura 1: archipelago

En sentido pragmático, que corresponde al uso del término en las ciencias políticas, el multiculturalismo indica el conjunto de las estrategias públicas orientadas a la tutela de las distintas identidades culturales, minoritarias dentro de una determinada sociedad estatal.

Sin embargo, bajo la influencia de las doctrinas *mainstream* de matriz liberal, esta concepción del multiculturalismo ha representado, a lo largo del tiempo, el instrumento para el permanecer de

las pasadas relaciones de fuerza entre los varios grupos sociales, con el fin de perpetuar la dominación de la componente blanca, cristiana, tendencialmente (pero no siempre) mayoritaria, sobre las otras presentes dentro del Estado.



Figuras 2: híbridos



Según la doctrina latinoamericana sociológica más citada, «interculturalismo» significa diálogo entre culturas en nivel paritario, «para construir nuevas síntesis (interfecundación), lograr una comprensión plural de la realidad, canalizar los conflictos y construir un futuro equitativo e incluyente»<sup>2</sup>. Galo Ramón Valarezo afirma que la interculturalidad representa un significativo paso adelante respecto a los conceptos de «multiculturalismo» y «pluriculturalismo», por que estos últimos son solamente descriptivos de una situación de hecho: requieren reconocimiento y tolerancia, pero no se interesan de las relaciones y de

<sup>1</sup> T. MODOOD, *Multiculturalism*, in G. Ritzer (ed.), *Blackwell Encyclopedia of Sociology*, London, Blackwell Publishing, 2007. Otras definiciones y referencias bibliográficas se encuentran en los ensayos de F. Botti, P. Moreno Cruz, K. Topidi, publicados en esta misma obra colectiva.

<sup>2</sup> G. RAMÓN VALAREZO, *Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?*, <http://www.cebem.org/cmsfiles/archivos/plurinacionalidad-19.pdf>.

los conflictos entre culturas. A diferencia, el interculturalismo se centra en la relación entre los “diversos”, impostando entre ellos un proceso de encuentro creativo y equitativo, de diálogo y negociación de valores, que tiene como finalidad la unión en la diferencia.

### 3. Multiculturalismo y forma del estado

Hemos visto que pluralismo y multiculturalismo son en principio situaciones fácticas. Su relevancia jurídica no es tan automática como puede parecer. Abstractamente, el principio de igualdad es contrario a la atribución de consecuencias jurídicas a la diversidad. El concepto de igualdad substancial, en base al cual algunos ordenamientos prevén acciones positivas para la garantía de las minorías, tiene un enfoque pasivo, no activo. Es decir, tutela en contra de las discriminaciones, no actúa para la promoción de la identidad. Obsérvese, por ej., el derecho al uso de su propia lengua: una cosa es permitir de utilizar su idioma en un proceso; otra cosa es garantizar una educación bilingüe!

Hay que recuperar el valor de la diversidad en la dimensión jurídica, pero, dentro de un contexto de unidad.

En su dimensión pragmática, el derecho llega en contacto con el multiculturalismo y el interculturalismo. Es evidente como parte de las respuestas que el Estado da, frente a los problemas de la pluriculturalidad, son de tipo jurídico.

El Estado liberal ha inicialmente actuado trámite acciones positivas y con el principio de no discriminación. Solo en segunda instancia, y de manera limitada, el Estado multicultural ha actuado por medio del reconocimiento de derechos colectivos de identidad. Finalmente, el Estado intercultural intenta actuar con todos estos instrumentos conjuntamente, y otros aún y lo hace desde una diversa visión.

Sin embargo, la relevancia jurídica del pluralismo no se acaba con el reconocimiento de derechos, sino también genera reflexiones sobre sí, y como eso influye sobre el constitucionalismo y la forma del estado.

La ciencia jurídica comparada ha detectado, probablemente, con mayor sensibilidad las tendencias emergentes de contextos lejanos, llegando a proponer nuevas clasificaciones de la forma de Estado, en particular considerando la diferencia cultural como uno entre sus elementos constitutivos, y no como una patología a subsanar.

En Italia, Eleonora Ceccherini define el Estado multicultural «un anillo más en la cadena evolutiva del Estado democrático», que otorga una tutela particular tanto a las minorías históricas como a las “nuevas minorías” de origen inmigratoria o social. «la valorización del multiculturalismo excluye cualquiera lógica de integración [...] el fin último no es la integración total en una comunidad política sino el deslinde de su propia identidad cultural»<sup>3</sup>.

Amirante viene de proponer la categoría del Estado multicultural. Su prototipo es la Unión indiana. El Estado multicultural representa una “fase evolutiva del Estado democrático-liberal, basada sobre una fuerte acentuación del pluralismo tanto frente a las formaciones sociales como en las fuentes del derecho»<sup>4</sup>. Las características de esta forma de Estado, según Amirante, son su naturaleza compuesta, la asimetría entre las entidades territoriales y la simultánea valorización de los derechos individuales y colectivos.

---

<sup>3</sup> E. CECCHERINI, *Multiculturalismo (dir. comp.)*, en *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, t. II, Torino, Utet, 2008, p. 489.

<sup>4</sup> D. AMIRANTE, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bologna, BUP, 2014, p. 28.

Según Ruggiu, el Estado multicultural es una «entidad donde la relación entre soberanía y población es inspirada en la ruptura definitiva de la vinculación *ethnos/demos* como elemento constitutivo de la ciudadanía»<sup>5</sup>.

Personalmente, hemos propuesto la categoría del *Caring State*, sobre la base de un análisis de los ordenamientos de Bolivia, Ecuador, Sudáfrica y Bhután. Se fundamenta en el concepto de interculturalismo, entendido como participación de las culturas ctonias en la refundación del Estado, gracias a la constitucionalización de los valores tradicionales, que transforman el constitucionalismo en sentido biocéntrico y post-desarrollista. El elemento determinante de la forma de Estado es la participación popular, tanto en la fase constituyente como en aquella de expresión de los poderes constituidos, o sea, dentro de las nuevas instituciones estatales<sup>6</sup>.

#### 4. El Estado intercultural en el constitucionalismo latinoamericano

En las Constituciones latinoamericanas no hay rastro del término «multiculturalismo».

Sin embargo, uno de los elementos distintivos del *nuevo constitucionalismo* es que casi todos han intentado disciplinar la relación entre Estado y pueblos indígenas, empezando por la modificación del paradigma de asimilación, utilizado durante siglos por la cultura colonizadora dominante. Solo no se enfrentan con el tema las Constituciones de Chile, Costa Rica, Surinam y Uruguay.

En la Constitución brasilera del 1988, la primera del nuevo ciclo, el art. 231 es dedicado al reconocimiento de los derechos indígenas, con particular referencia al derecho a la tierra, y a la defensa de su propia organización social, costumbres, idiomas, creencias, tradiciones.

En México, con una reforma constitucional de 2001, se ha reconocido, en el art. 2, la naturaleza «pluricultural» de la Nación y se ha implementado un sistema de protección y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

El Paraguay se proclama «país pluricultural y bilingüe»; sin embargo, no en la forma de estado, sino en el art. 140, dedicado a los derechos lingüísticos. A los art. 62 ss. están enumerados los derechos de los pueblos indígenas.

En los casos hasta ahora mencionados, la relación con “el otro” es de tipo multicultural: un reconocimiento desde arriba, no recíproco, escasamente inclusivo, a veces sectorial, es decir limitado a algunos ámbitos, como los derechos lingüísticos o la educación. Las comunidades indígenas representan grupos identitarios distintos, y por eso parcialmente protegidos, dentro de la comunidad estatal.

Colombia es un caso particular. El ordenamiento colombiano, en nuestra opinión, puede ser considerado un puente, o una anticipación, hacia un tipo de constitucionalismo que reconoce expresamente como objetivo del Estado la construcción de una sociedad intercultural. Sin embargo, eso no se ha expresado claramente en la Constitución, sino se ha realizado principalmente a través de los fallos de la Corte constitucional. De hecho, la Constitución de 1991 no habla expresamente de multiculturalismo o interculturalidad (el art. 7 dice que el Estado se compromete en reconocer y proteger a la diversidad cultural y étnica de la Nación; el art. 70 afirma que la cultura, en sus distintas manifestaciones, es el fundamento de la nacionalidad y se reconoce la igual dignidad de todas las culturas de quienes conviven en el país; el art. 246 introduce el principio del pluralismo jurisdiccional).

---

<sup>5</sup> I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, FrancoAngeli, 2012, p. 223.

<sup>6</sup> S. BAGNI, *Dal Welfare State al Caring State*, in S. BAGNI (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, Filodiritto, 2013, p. 19 ss.



Ha sido la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado un complejo sistema de garantías de los derechos indígenas, sobre el cual se reenvía a la doctrina especializada<sup>7</sup>.

Pero sobre todo, el paradigma del Estado intercultural ha sido desarrollado por los sistemas jurídicos de los países andinos, con la última ola de procesos constituyentes. La única excepción fuera de los Andes es Nicaragua, que utiliza expresamente el término «intercultural» con referencia al derecho a la educación en su lengua materna de los pueblos indígenas (art. 121).

En Argentina y Perú la única referencia es sectorial, es decir, conexas al tema específico de la educación, que debe ser intercultural y bilingüe.

En Venezuela, el preámbulo de la Constitución indica como finalidad del Estado la construcción de una sociedad « multiétnica y pluricultural». La palabra «intercultural» es utilizada dos veces en el texto: en ámbito de educación intercultural y bilingüe, como en Argentina y Perú; y en el art. 100, que afirma que «Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas».

Bolivia y Ecuador se definen expresamente «estados interculturales». En la Constitución boliviana el sustantivo «interculturalidad» o la calificación de un derecho, principio o política como «intercultural» aparece 24 veces, en la ecuatoriana 23.

En el estado intercultural:

- a) la diversidad está a la base del Estado;
- b) el Estado hace “propios” algunos valores de las comunidades indígenas;
- c) el Estado practica la interculturalidad por medio de sus instituciones y de políticas activas de gobernanza.

## 5. Estado plurinacional intercultural en Bolivia y Ecuador

a) El art. 98, c. 1 de la Constitución de Bolivia afirma: «La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones».

En Ecuador, entre las responsabilidades y los deberes de los ecuatorianos se lee «Promover la unidad y la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales» (art. 83, n. 10).

Ambos Estados son plurinacionales, es decir, hay un *estatus* protegido para los pueblos indígenas, el reconocimiento de derechos colectivos a la tierra, a su identidad cultural, a la autorrealización y desarrollo, a la autonomía y autogobierno (v. art. 2 y 30 Const. Bolivia; art. 56 ss. Const. Ecuador).

La interculturalidad es, sin embargo, un concepto sobreabundante respecto a lo de plurinacionalidad. No se agota con la tutela de los pueblos indígenas, sino abraza el pluralismo de la sociedad, incluyendo, por ej., a los inmigrados y a todos los grupos socialmente discriminados y/o desventajados, incluso a las mujeres.

Finalmente, la aplicación intercultural de los derechos prescinde de la pertenencia a una comunidad o pueblo indígena.

La educación debe ser intercultural para todos (art. 17 e 78, c. 2 Const. Bolivia; art. 27 y 343 Const. Ecuador), la sanidad también, incluyendo la medicina tradicional (art. 18, c. 3 Const. Bolivia; art. 32 y 358 Const. Ecuador), la asistencia social (art. 45 Const. Bolivia), la información y la comunicación (art. 16 Const. Ecuador), la ciencia, que incluye los saberes ancestrales (art. 25 y 385 Const. Ecuador), la alimentación (art. 13 y 281 Const. Ecuador).

---

<sup>7</sup> D. BONILLA MALDONADO, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2006.

b) La interculturalidad es constitutiva del Estado porque se han constitucionalizado valores de la tradición ctonia, que son objetivos de la acción estatal, junto con los tradicionales valores de libertad e igualdad del constitucionalismo occidental. El encuentro entre el constitucionalismo y el *sumak kamsay* kichwa (*buen vivir*) o el *suma qamaña* aymara (*vivir bien*) condiciona la forma de estado de estos países hacia una dirección parcialmente distinta de Europa o Norte América. Los ejes comunitarios de la cosmovisión indígena conducen hacia el Estado «social de derecho plurinacional comunitario» en Bolivia y al «social de justicia y derechos» en Ecuador.

c) Ambas Constituciones han sido el producto de procesos constituyentes ampliamente participados, donde las distintas voces del pluralismo, en particular las de los pueblos indígenas, han podido hacerse sentir y asegurarse que su contribución encontrase expresión dentro de las nuevas Constituciones. En nuestra opinión, son las primeras que podemos describir como un producto autóctono.

El pluralismo social entró en el debate constituyente por el trámite de las propuestas de ciudadanos y grupos sociales; de otro lado, el proceso constituyente llegó en las plazas y en las calles, con fórums y reuniones territoriales.

Todo esto no hubiera sido suficiente para garantizar el permanecer de la nueva forma de Estado, sin el diálogo intercultural constantemente alimentado. Por eso, dentro de las nuevas Constituciones, se han disciplinado varios instrumentos de participación, a utilizar durante los periodos ordinarios de vida democrática del país.

En Bolivia, una de las mayores preocupaciones de los constituyentes fue garantizar la presencia en las instituciones de representantes de las comunidades indígenas y campesinas.

En Ecuador, la garantía de participación no fue finalizada solo a la tutela de los pueblos indígenas, sino en general a involucrar en la acción política «personas, comunidades, pueblos y nacionalidades» (art. 85, c. 2). En consecuencia, la Constitución ecuatoriana disciplina la participación como estatuto de derechos (art. 61 ss.); como fase obligatoria en el *iter* legislativo (art. 134 e 137), en la programación pública (art. 279) y en el control ciudadano; la institucionaliza en los órganos del poder ciudadano<sup>8</sup> y en las entidades locales, por el trámite de institutos como «audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios» (art. 100) y la silla vacía (art. 101)

## 6. Elementos determinantes del Estado intercultural

Resumimos aquí las analogías y diferencias entre el Estado multicultural e intercultural que se pueden inferir del análisis que venimos de acabar. La expresión «diversidad en la unidad», que compare varias veces en los textos constitucionales de Bolivia y Ecuador, es común a las dos formas de estado.

---

<sup>8</sup> «Art. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria».

El paso que conduce del multiculturalismo al interculturalismo es una compartida construcción de los valores fundamentales de la sociedad, por el trámite del diálogo entre pares. Esto se realiza ante todo en la fase constituyente o de reforma constitucional, y sigue a lo largo de la vida ordinaria del Estado. La Constitución incluye aportaciones culturales de varios grupos, según el éxito de las negociaciones durante el proceso. Es la participación en la definición de la norma suprema que cambia la percepción de la naturaleza del derecho estatal: de instrumento hegemónico imperialista hacia efectiva garantía de convivencia. Una cosa es reconocer el derecho indígena desde arriba, y someterlo a vínculos no pactados; otra cosa es la subordinación a límites negociados y compartidos, establecidos por una Constitución que encarna también el pensamiento subalterno.



Figura 3: relación parasitaria

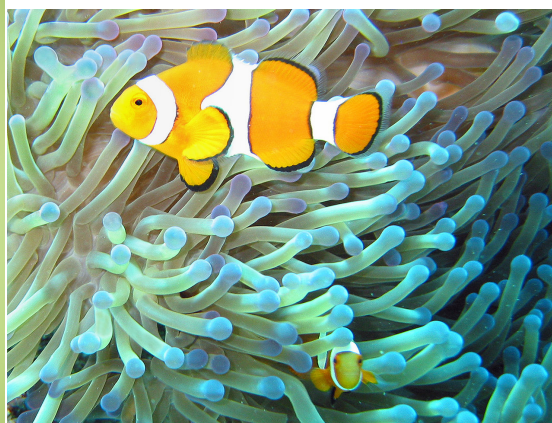


Figura 4: relación simbiótica

Luego, la participación popular debe permanecer también en “tiempo ordinario”. La democracia representativa está estrecha al Estado intercultural, que se caracteriza como participativo en sentido amplio, incluyendo instrumentos de democracia directa, deliberativa y de control ciudadano.

La segunda implicación que deriva del abrazar una idea de cultura como “creolización” y diálogo se produce en la interpretación de los derechos en sentido intercultural.

El Estado multicultural se preocupa de garantizar al “diverso” el respecto de “sus” principios, presumiendo que la mayoría no sea interesada en la cultura del otro. En el Estado intercultural, una cultura común se construye a través de la interpretación de los derechos en sentido intercultural, bajo la elección del individuo, prescindiendo de una relación numérica de mayoría-minoría.

## 7. ¿Exportabilidad de un modelo?

Finalmente, las últimas reflexiones están dedicada a dar respuesta a la pregunta si el modelo de Estado intercultural puede ser aplicado en contextos de pluralismo social originado por flujos migratorios, como el europeo o el norteamericano.

Hay que señalar que dar una respuesta a las dos preguntas anteriores no es un objetivo en la agenda política ni de la UE ni de otros Países europeo en este momento, porque los Gobiernos están implementando acciones que van en la dirección opuesta. Sin embargo, como académicos tenemos que reivindicar un rol de denuncia e información sobre otras vías posibles. Por eso es importante estudiar experiencias originales, aun fuera de Europa, que pueden ser tomadas como modelo a transponer.

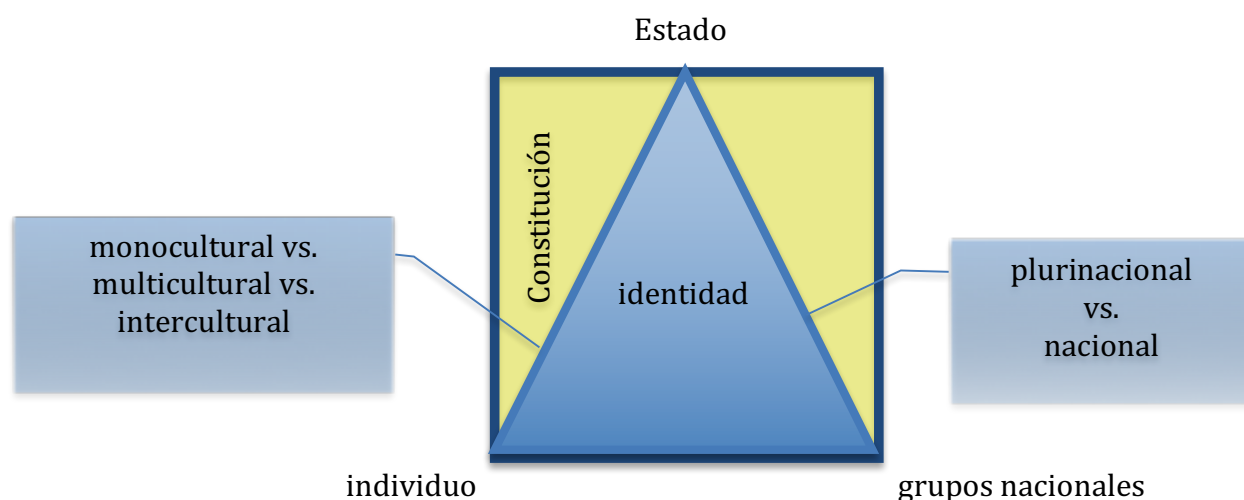
En primer lugar, hay que verificar si existen elementos de comparabilidad entre Bolivia y Ecuador de un lato, Europa y EEUU del otro.

En el caso *La Cocha*, la Corte constitucional ecuatoriana, definiendo el concepto de interculturalidad, ha especificado que tiene un referente más amplio que el de

plurinacionalidad: «Por otro lado, la interculturalidad, más que una categoría relacionada con el Estado, está vinculada directamente con la sociedad, en la medida en que la interculturalidad no apunta al reconocimiento de grupos étnicos-culturales, sino a *las relaciones y articulaciones entre estos pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la nación cívica*» (p. 12, cursiva nuestra). Entonces, interculturalidad implica diálogo entre diversos, en una óptica de comprensión y contaminación recíproca (hasta la eventual construcción de una nueva cultura), que prescinde de la naturaleza (étnica, religiosa, ideológica, ...) de la diversidad.

Además, también en los Estados boliviano y ecuatoriano el pluralismo no está determinado solo por la contraposición entre blancos e indígenas: están los afrodescendientes y los mestizos. Frente a estas categorías no se aplica el modelo plurinacional, sino el intercultural.

Hay que definir la relación entre interculturalidad y plurinacionalidad en la forma del Estado, para comprender su carácter complementario en la gestión del pluralismo.



Tradicionalmente, el concepto de forma de Estado ponía en relación dos sujetos: el Estado y el individuo.

En una sociedad plural, los sujetos son tres: Estado, individuo y grupos identitarios nacionales y culturales. No nos detendremos en la relación interna entre individuo y grupo, argumento muy delicado, que necesitaría de un debate a parte. Solo nos enfocaremos en las relaciones con el Estado. Además, el esquema que aquí proponemos es muy básico, trazando un corte muy limpio entre lo plurinacional y el intercultural, aunque es evidente como los casos más difíciles son aquellos donde el individuo comparte contemporáneamente características de los dos tipos (sobre el tema v., P. Moreno Cruz, *Gli apporti della Corte costituzionale nella costruzione dello Stato multiculturale in Colombia*, en esta misma obra).

Los grupos nacionales pueden reivindicar derechos colectivos, como a la tierra, al autogobierno, a la autonomía normativa (pluralismo jurídico). En este caso, el Estado se caracteriza como plurinacional.

La persona y los grupos identitarios no nacionales pretenden del Estado la aplicación del derecho individual con garantía de no discriminación y respecto de la identidad de cada sujeto. En este caso, el Estado puede ser multicultural, cuando el elemento identitario diferencial es reconocido, pero no promovido. A la base de la aplicación del derecho hay una relación construida sobre la dicotomía mayoría-minoría.

El Estado es intercultural, cuando el elemento identitario diferencial es reconocido y promovido como una entre las expresiones posibles de una común pertenencia a la comunidad estatal. Se abandona el paradigma relacional mayoría-minoría.

El modelo de Estado plurinacional e intercultural implica la participación de todos (individuos y grupos identitarios), a nivel paritario, en la definición conjunta de los valores y principios recíprocamente aceptables y de las reglas comunes de convivencia, es decir, al proceso constituyente. Igualmente, implica la disponibilidad del Estado en rediscutir periódicamente el nivel de inclusión del ordenamiento, frente a nuevos sujetos, o sea, una forma de Estado participativa.

El Estado plurinacional puede ser una opción interesante para el proceso de redefinición de la naturaleza de la Unión europea; mientras que el modelo de Estado intercultural puede ser una solución para la gestión del pluralismo social en cada Estado a fuerte componente inmigratoria. Por eso, debemos mirar con gran atención a las formas de implementación del Estado intercultural en los Países andinos.

## SOCIEDAD MULTICULTURAL Y ESTADO INTERCULTURAL POR AMÉRICA LATINA ENTRE HISTORIA Y CONSTITUCIÓN

Bartolomé Clavero

Los Estados de América Latina se constituyeron desde las primeras décadas del siglo XIX sobre sociedades multiculturales entre unos contingentes de población que resultaban minoritarios y otro que constituía la mayoría más característica de este continente de las Américas. Los primeros eran el contingente de matriz europea y el de procedencia africana; el segundo, el entonces mayoritario, el de la población anterior, aborígen o indígena que le digamos, a su vez también plural, de culturas muy distintas entre sí. Quienes constituyeron aquellos Estados, que fueron los del contingente europeo, tenían naturalmente conciencia de una complejidad social desplegada ante su vista, esto incluso en los núcleos urbanos más europeizados, pero carecían de proyecto para integrarla en sus estructuras políticas, prácticas institucionales y ordenamientos jurídicos. Hágase la salvedad del proyecto de tracto colonial, esto es, el de la continuidad más o menos adaptada de la subordinación masiva de los otros contingentes, el indígena y el africano. Tengamos en cuenta que hace doscientos años, frente a la imagen que suele hoy ofrecerse, abundaban por las Américas pueblos indígenas independientes y comunidades tanto aborígenes como africanas sometidas de forma usualmente un tanto precaria al dominio colonial heredado por los Estados<sup>1</sup>.

De entrada, no se trató ni siquiera de una opción constituyente. Tomemos en consideración que aquellos Estados se constituyeron sobre la base y a partir del ordenamiento colonial de cultura europea, en el cual el titular de derechos políticos y civiles era el varón, propietario, padre de familia y de dicha misma precisa cultura, la europea. Pasó de ser sujeto de dominio colonial a serlo, sin solución de continuidad, de derechos y libertades constitucionales. Con toda naturalidad, la iniciativa constituyente de Estados y la vida política y civil dentro de los mismos se planteaba como cosa impropia de indígenas, afroamericanos, mujeres, hijos de familia, incluso aunque fueran mayores de edad, y trabajadores por cuenta ajena, a quienes se les llamaba genéricamente domésticos aun cuando no prestasen su trabajo en el domicilio del patrón. Así, ya de partida, se excluían de la constituyencia de los Estados, con todo su patrimonio de culturas propias y diversas, a contingentes enteros de población, el indígena y el africano. Añádase a ello que la cultura constituyente, la de raíz europea, no concebía la posibilidad de otra cultura que no fuera la propia. El resto sería incivilización, barbarie o salvajismo, presunta carencia de cultura en la medida que no viniera a la reputada como única, la europea<sup>2</sup>.

Incluso en casos de comunicación de la ciudadanía a indígenas y afroamericanos, esto se hacía en términos de mantenimiento de la subordinación de fondo colonial. Una ciudadanía común de este género ya la había planteado un primer constitucionalismo español de carácter claramente imperial. La conservación en algún grado de dicha base de ciudadanía en común con indígenas y afroamericanos asistía a los nuevos Estados en su

---

<sup>1</sup> M. RESTALL, *Seven Myths of the Spanish Conquest*, New York, Oxford University Press, 2003 (*Los siete mitos de la conquista española*, Barcelona, Paidós, 2004), desde cuya perspectiva los censos y cálculos coloniales de población resultan llanamente infiables. Para bibliografía más circunstanciada o menos reciente de la que registro me remito, por no extenderme, a los estudios propios que iré citando. Los más específicos, junto a este mismo, se tienen ahora reunidos en *Constitucionalismo Latinoamericano: Estados Criollos entre Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Ara-Olejnik, 2016.

<sup>2</sup> J.M. PORTILLO, *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*, Ciudad de México, Colegio de México, 2015, toma todo ello en consideración, lo que sigue siendo llamativamente inusual en la historiografía latinoamericanista especializada; compruébese: R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 2013 (*La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina, 1810-2010*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014).

empeño de legitimizar su dominio sobre la población y el territorio. Resulta secundario el fenómeno más usualmente observado por la historiografía de la degradación o marginación de la ciudadanía de cultura no europea mediante el expediente de exigir cuotas de propiedad privada, capacidades profesionales, contribución fiscal o alfabetismo en lengua europea para poder participar en la vida pública<sup>3</sup>. Lo esencial era la conjugación de ciudadanía y subordinación por el juego de la supremacía cultural excluyente de matriz europea. Independencia mediante, ello pasó directamente del Imperio al Estado<sup>4</sup>.

Tales eran la base y la razón por la que no había ni podía haber ni lo habrá durante mucho tiempo reflejo ni, aún menos, traspaso de la multiculturalidad de la sociedad al ámbito del Estado. Dicho de otra forma, en un océano de sociedades multiculturales los Estados latinoamericanos han sido, dados sus presupuestos constituyentes, monoculturales. No fueron multiculturales y algunos todavía no lo son ni en casos en que hubieron de partir del reconocimiento pragmático de la independencia de pueblos indígenas, cuya situación tenderá a solventarse mediante la imposición de dominio y de cultura, no por medio de la aceptación de otros pueblos y culturas en el seno del propio Estado, tal y como si el colonialismo se mantuviera bajo el manto de sus flamantes Constituciones<sup>5</sup>. Igual así que en los tiempos del dominio colonial europeo, otra cosa, otra posibilidad, no era imaginable para los medios políticos y jurídicos preponderantes en la construcción de Estados a lo ancho y largo de las Américas<sup>6</sup>. Naturalmente que entre los pueblos indígenas se concebían otras posibilidades, inclusive las multiculturales<sup>7</sup>, pero aquí estamos tratando tan sólo del Estado. No nos extendemos a toda la sociedad que marginaba salvo como dato de partida para ubicarlo. Partimos del Estado monocultural para llegar al Estado pluricultural que pueda abrir espacio a la interculturalidad.

Si para tratar del Estado pluricultural partiésemos del surgimiento del Estado y nos concentrásemos en el desenvolvimiento del Estado, no entenderíamos la razón y la forma de la irrupción y la pujanza de la pluriculturalidad en su momento, haciéndose presente y viva en una fase además bastante tardía de la historia latinoamericana. Si no traemos desde un primer momento a la vista una sociedad pluricultural frente a la monoculturalidad de arranque y larga trayectoria de la institución estatal, recaeríamos en el ensimismamiento de Estado que ciega para la percepción de la diversidad de humanidad. Nos incapacitaríamos para una visión mínimamente comprensiva de la comparecencia histórica y la problemática

---

<sup>3</sup> A. ANNINO (ed.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX. De la formación del espacio político nacional*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995; C. MALAMUD (ed.), *Legitimidad, representación y alternancia en España y América Latina: las reformas electorales, 1880-1930*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

<sup>4</sup> Para un caso significado en la participación de ciudadanía a indígenas y en su tránsito entre Imperio español y Estado independiente, B. CLAVERO, *Constitución de Cádiz y Ciudadanía de México*, en C. GARRIGA (ed.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Ciudad de México, Instituto Mora, 2010, pp. 139-171; ID., "Multitud de Ayuntamientos". *Ciudadanía indígena entre la Nueva España y México, 1812 y 1824*, en M. LEÓN-PORTILLA, A. MAYER (eds), *Los indígenas en la Independencia y en la Revolución Mexicana*, Ciudad de México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2010, pp. 433-456.

<sup>5</sup> Para más casos significados, B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, Robbins Collection, 2005 (Estados Unidos y México); ID., *Reconocimiento Mapu-che de Chile: Tratado ante Constitución, Historia frente a Derecho*, en *Studia Historica. Historia Contemporánea*, 27, 2009, pp. 99-133; *Nación y naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio, 1810-2010*, en *Revista de Historia del Derecho*, 41, 2011, pp. 79-137, refiriéndose *naciones* en plural a las naciones indígenas.

<sup>6</sup> Para muestra última en el caso recién referido, el de historia colombiana, de la persistente resistencia a percibir en términos de pluralidad entre naciones y culturas el escenario de erección de unos Estados, M. ECHEVERRI, *Indian and Slave Royalists in the Age of Revolution: Reform, Revolution, and Royalism in the Northern Andes, 1780-1825*, New York, Cambridge University Press, 2016.

<sup>7</sup> R.A. WILLIAMS Jr., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York, Routledge, 1999; B. CLAVERO, *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

actual de la multiculturalidad de Estado y su apertura a la interculturalidad<sup>8</sup>. Procedamos entonces a hacernos con un panorama de las posiciones del Estado monocultural de cara a la sociedad pluricultural sin entrar en la consideración de la más compleja viceversa, esto es, de las posiciones de la sociedad pluricultural de cara al Estado monocultural.

A dicho estricto efecto, para hacernos con una perspectiva de las posiciones de partida del Estado en América Latina respecto a la sociedad pluricultural, las Constituciones ofrecen unas vistas panorámicas. O debieran hacerlo aunque fuera a la contra, con proyectos resueltos de cancelación de la pluriculturalidad dada la identificación del Estado con la monoculturalidad. No es así en la medida que pudiera esperarse. Las Constituciones son las primeras que se ensimisman en su ensueño de una única cultura sin mirar a la existencia de una pluralidad. Por regla general, las mismas guardan silencio, un silencio clamoroso que sirve de cobertura para políticas infraconstitucionales, unas políticas de sometimiento de comunidades, de asalto a pueblos, de conquista de territorios, de apropiación de recursos y, por supuesto, de agresión cultural entendida como empresa civilizatoria frente a la barbarie y el salvajismo. Son políticas que se mantienen al margen de las Constituciones guardando continuidad con el colonialismo incluso en extremos genocidas<sup>9</sup>. En suma, los Estados del continente americano nacen como Estados internamente coloniales, Estados que mantienen respecto a los sectores indígenas y africanos el colonialismo que trajera Europa a las Américas en cuyo marco cabe la tolerancia transitoria, pero no la asunción constitucional de la pluralidad cultural.

La cultura constitucional latinoamericana nace como excluyente de toda otra cultura de forma radical. En esta región, salvo el caso de Brasil, el constitucionalismo trae más o menos pronto una novedad que interesa de modo positivo a la población afroamericana, esto es la abolición de la esclavitud. Sin embargo, no se procede por reconocimiento de un derecho de libertad que ante todo hubiera requerido la reparación por el tiempo de su denegación, por todo el tiempo de existencia de la esclavitud, aparte esto además de que su conclusión no se tradujo por regla general en libertad, sino en otras condiciones de subordinación directa a los mismos agentes del dominio de la propiedad sobre el trabajo. Eran unas coordenadas dentro de las cuales seguía resultando impensable el reconocimiento y el respeto hacia las variadas culturas africanas, afroindígenas y afroeuropeas que se habían mantenido o formado durante tiempos de esclavitud y cimarronaje, esto es, de organización de comunidades independientes por huidos de la esclavitud. Su tratamiento por la cultura constitucional como situación a cancelar sería el mismo que se les deparaba a los pueblos indígenas<sup>10</sup>.

Lo propio cabe decir de alguna Constitución que no guarda el silencio generalizado sobre la presencia de pueblos indígenas proyectando un futuro de emancipación participada y compartida, pero siempre monocultural. Es el caso precisamente más expresivo de la negación absoluta de culturas en plural. Se trata de la primera Constitución de Venezuela, de 1811. En mor de “la justicia y la igualdad” constitucionales, se prevé el establecimiento de instituciones educativas con el objetivo de que «la parte de ciudadanos que hasta hoy se ha denominado indios» puedan acceder a «los derechos de que gozan por sólo el hecho de ser hombres» y de los cuales derechos, queda entendido, no pueden

---

<sup>8</sup> J.C. SCOTT, *Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, New Haven, Yale University Press, 1998; B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not Written*, en *Quaderni Fiorentini*, 36, 2007, pp. 1445-1547.

<sup>9</sup> En este punto el caso latinoamericano no está estudiado como el estadounidense: C.P. KAKEL III, *The American West and the Nazi East: A Comparative and Interpretative Perspective*, New York, Palgrave Macmillan, 2011; B.C. LINDSAY, *Murder State: California's Native American Genocide, 1846-1873*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2012; W.L. HIXSON, *American Settler Colonialism: A History*, New York, Palgrave Macmillan, 2013.

<sup>10</sup> Para esta perspectiva de abolición de la esclavitud sin reconocimiento de derechos no usual en la historiografía, B. CLAVERO, *¿Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud?*, en *Quaderni Fiorentini*, 44, 2015, vol. II, pp. 1075-1109.



disponer hasta que no abandonen sus maneras de «abatimiento y rusticidad» y adopten la cultura única, la representada por la Constitución que comienza por producirse en lengua castellana. Se especifica que, mientras tanto, sólo «están en posesión» de las tierras que ocupan y que no las tendrán «en propiedad» hasta que tal proceso de transculturalización o tránsito entre culturas no se culminase mediante la disolución de la comunidad y la privatización de la tierra<sup>11</sup>.

Ante la evidencia de la inviabilidad de este programa transculturalizador, por las resistencias de las culturas no europeas y por la falta de medios de los Estados euroamericanos, otras Constituciones no lo recogen, lo que no quiere decir que renuncien. El proyecto suele todavía formularse por algunos textos constitucionales en los términos coloniales de conversión religiosa que incluso llega a la cesión del gobierno de territorios indígenas a instituciones de una iglesia, la católica, para que procedan a la obra de transculturalización o cambio de cultura, a veces tan sólo deculturalización por la privación de la propia, con la suspensión siempre consiguiente, en manos eclesiásticas, de cualesquier derechos y garantías. En algún caso, esta forma de negación radical de la cultura ajena ha penetrado profundamente en el siglo XX. En Colombia ha tenido que ser la Corte Constitucional establecida por la Constitución de 1991 la que ha anulado, por su flagrante inconstitucionalidad, la parte del Concordato con la Iglesia católica que daba cobertura a tales prácticas<sup>12</sup>.

Colombia es un caso de lo más significativo del recorrido latinoamericano entre el punto firme de arranque del Estado monocultural y el de llegada en cambio todavía precario del Estado intercultural. En el caso colombiano, la expresión por excelencia de la base de partida monocultural se encuentra en una ley de 1890 que ostenta este elocuente título: “Ley por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”. En ella se programa la transculturalización de pueblos indígenas mediante el trámite de gobierno religioso al tiempo que se mantienen provisionalmente la organización comunitaria indígena y su uso igualmente comunitario del territorio. Es una ley que, con toda su carga racista desde sus mismas categorías titulares de salvajismo y civilización, sigue hoy parcialmente en vigor conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Igual que con el Concordato, la Corte ha suprimido algunos aspectos más claramente anticonstitucionales, como ese del gobierno religioso, pero tampoco se ha planteado la inconstitucionalidad de la norma en su totalidad a la luz de la Constitución vigente, la que data de 1991<sup>13</sup>.

Y la Constitución misma es precisamente multicultural o hace al menos en serio el esfuerzo por serlo. Registra ya de entrada, con artículo temprano en sede de “Principios Fundamentales”, una multiculturalidad social que viene por fin a asumirse por el Estado: «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana». Y esto tiene traducción institucional a favor de los pueblos indígenas o, en el lenguaje de la Constitución, «grupos étnicos». Sus lenguas son oficiales en sus territorios. Sus tierras comunales quedan reconocidas y garantizadas como propiedades colectivas inalienables. La educación de indígenas habrá de respetar «su identidad cultural». Las autoridades indígenas

---

<sup>11</sup> B. CLAVERO (ed.), *Pronunciamentos indígenas de las Constituciones americanas* (hasta 2007), en *Alertanet. Portal de Derecho y Sociedad* (online: alertanet.org), para los textos constitucionales, salvo Ecuador-2008 y Bolivia-2009. Para el contexto de parte de esos textos, B. CLAVERO, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*, Ciudad de México, Siglo XXI, 2008.

<sup>12</sup> Para esto y cuanto sigue sobre el caso colombiano, B. CLAVERO, *Nación y naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio* (n. 5).

<sup>13</sup> Más específicamente en el contexto de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre pueblos indígenas, B. CLAVERO, *Consulta indígena e historia colonial. Colombia y las Américas, de México a Bolivia, entre derechos humanos y derecho constitucional, 1989-2014*, en *Quaderni Fiorentini*, 44, 2015, vol. I, pp. 589-661. Impera significativamente una visión positiva de dicha ley: F. MAYORGA, *Norma general, norma especial: el Código civil de 1887 y la ley 89 de 1890, un caso de regulación protectora de las minorías durante la Regeneración*, en *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, 27, 2013, pp. 159-182.

podrán ejercer jurisdicción en sus territorios conforme a su propio derecho así como hacerse cargo de competencias que la Constitución les confía comprometiendo al Estado en la transferencia de recursos al efecto. Todo ello podrá además extenderse, según siempre la propia Constitución, a las comunidades afrocolombianas o, en el lenguaje constitucional, «negras»<sup>14</sup>.

He aquí en suma una Constitución multicultural, una Constitución que en concreto asegura el mantenimiento y el desarrollo, en sus respectivos ámbitos, de las culturas indígenas, afroamericanas y, por ulterior extensión, otras también distintas a la dominante<sup>15</sup>. Otra es la cuestión de la interculturalidad, de las relaciones mutuamente beneficiosas entre las culturas plurales. A este efecto la Constitución establece un cupo de representación directa indígena de un par de senadores y prevé la coordinación, mediante ley, de la jurisdicción indígena con «el sistema jurídico nacional». ¿Es suficiente para el desenvolvimiento de la interculturalidad? Ni siquiera parece que tal sea su objetivo. Las cosas no se han desarrollado hasta el momento en dicha dirección. Ha incidido además una situación de guerra civil afectando especialmente a territorios y poblaciones indígenas y afroamericanas que se han visto expropiadas y desplazadas, viéndose así en las peores condiciones de supervivencia, ya no digamos de mantenimiento de sus culturas. En general, la Constitución de Colombia no ha desplegado todavía sus potencialidades de convivencia intercultural<sup>16</sup>.

Hay casos que han dado, a nivel de planteamiento constitucional, un paso más allá de la posición representada por Colombia, paso que se identifica con la insignia de la plurinacionalidad. Me fijaré en lo distintivo respecto a la multiculturalidad bien representada por el caso colombiano<sup>17</sup>. Se trata sabidamente, en 2008, de la Constitución de Ecuador y, en 2009, de la de Bolivia, ahora oficialmente Estado Plurinacional de Bolivia. Ahí se encierra la clave, en una plurinacionalidad asumida en consideración a los pueblos indígenas y como reconocimiento de sus territorios y culturas. Ambas Constituciones comparten este rasgo<sup>18</sup>. Bolivia hace un mayor esfuerzo de articulación de la multinacionalidad. Esto comienza por una Asamblea Constituyente que ha sido el más notable ejercicio de interculturalidad nunca habido en toda la historia de Latinoamérica. En esta línea, algunas altas instituciones del Estado se plantean como necesariamente

---

<sup>14</sup> Sobre el sentido actualmente positivo o no discriminatorio de *negro* en el derecho constitucional colombiano, B. CLAVERO, *Consulta indígena e historia colonial* (n.12), pp. 602-603, entrando en la extensión del reconocimiento constitucional de culturas indígenas a otros sujetos, no sólo al afrocolombiano, a lo que a continuación me refiero.

<sup>15</sup> Abordando el caso colombiano en el contexto de la problemática general de la multiculturalidad, D. BONILLA MALDONADO, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006.

<sup>16</sup> B. CLAVERO, *Nación y naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio* (n. 5), pp. 132-136. En general, G.L. NEGRETTO, *Making Constitutions: President, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, New York, Cambridge University Press, 2013; cap. 6 para Colombia; J.A. HERNÁNDEZ, *La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional*, en *Colombia Internacional*, 79, 2013, *Constituciones andinas en debate(s)*, pp. 49-76; V. MOLINARES, *Guerra irregular y constitucionalismo en Colombia. Protección judicial a la democracia y las libertades*, Barranquilla, Universidad del Norte, 2014.

<sup>17</sup> Prevalcen visiones que marca menos las diferencias de planteamiento constitucional al efecto entre Colombia junto a Venezuela de una parte y el tándem Ecuador-Bolivia de otra: R. VICIANO (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012; P. BRANDÃO (ed.), *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2015.

<sup>18</sup> I. ALMEIDA, *Estado plurinacional. Valor histórico y libertad política para los indígenas ecuatorianos*, Quito, Abya Yala, 2008; A. ACOSTA, E. MARTÍNEZ (eds), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya Yala, 2009; M. GONZÁLEZ, A. BURGUETE, P. ORTIZ-T. (eds), *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado Plurinacional en América Latina*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2010; R. ÁVILA, *El neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya Yala, 2011; K. ARKONADA, R. PRADA, J. GONZÁLEZ PAZOS, A. ACOSTA, *Un estado, muchos pueblos. La construcción de la plurinacionalidad en Bolivia y Ecuador*, Barcelona, Icaria, 2012; C.A. BALDI (ed.), *Aprender desde o Sul. Novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade*, Belo Horizonte, Fórum, 2015.

plurinacionales para abrir espacio a la presencia indígena: la Asamblea Legislativa Plurinacional, el Tribunal Constitucional Plurinacional, el Órgano Electoral Plurinacional...<sup>19</sup>.

Bolivia misma se define como Estado de «Derecho Plurinacional». Su Constitución asume fundamentos propios de culturas indígenas expresados además en sus respectivas lenguas. Entre ellos figura el principio aymara *suma qamaña* cuya correspondencia quichua, *sumak kawsay*, se registra a su vez por la Constitución de Ecuador<sup>20</sup>. Implica convivencia equitativa y participativa mediante reciprocidad social y solidaridad comunitaria, en armonía con la naturaleza y con economía no depredatoria. En la literalidad del texto constitucional, Ecuador articula este punto, traduciéndolo a derechos de la naturaleza con tutela jurisdiccional, mejor que Bolivia<sup>21</sup>. En cuanto a procedencia, el principio remite efectivamente a cultura indígena y, de este modo, a un escenario constitucional de interculturalidad. Conviene subrayar la pertenencia puesto que suele ponerse en duda<sup>22</sup>. Naturalmente, ya no falta a estas alturas, como manifestación del derecho a la cultura propia, el reconocimiento de oficialidad de las lenguas indígenas<sup>23</sup>. Tampoco dejan por supuesto de preverse formas de representación política indígena, con múltiples problemas

---

<sup>19</sup> M. ZUAZO, C. QUIROGA (eds), *Lo que unos no quieren recordar es lo que otros no pueden olvidar. Asamblea Constituyente, descolonización e interculturalidad*, La Paz, Friedrich Ebert Stiftung, 2011 (y entrevistas con asambleístas en soporte electrónico); S. SCHAVALZON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2012; F. GARCÉS V., *Los indígenas y su Estado (pluri) nacional: una mirada al proceso constituyente boliviano*, Cochabamba, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2013. Para materiales, *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano*, La Paz, Vicepresidencia del Estado, 2012.

<sup>20</sup> Bolivia: «El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaq ñan* (camino o vida noble)». Ecuador: «Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*»; «El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*»...

<sup>21</sup> G. DE MARZO, *Buen vivir. Per una nuova democrazia della Terra*, Roma, Ediesse, 2009 (*Buen Vivir. Para una democracia de la Tierra*, La Paz, Plural 2010); I. FARAH H., L. VASAPOLLO (eds), *Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?*, La Paz, Universidad Mayor de San Andrés, 2011; A. ACOSTA, *Buen vivir, 'Sumak kawsay'. Una oportunidad para imaginar otros mundos*, Barcelona, Icaria, 2013; S. BALDIN, MO. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il 'buen vivir' andino dalla prospettiva europea*, Bolonia, Filodiritto, 2014; C.G. BARIÉ, *Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: buen vivir y derechos de la naturaleza*, en *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos*, 59, 2014, pp. 9-40; S. SCHAVALZON, *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*, Quito, Abya Yala, 2015.

<sup>22</sup> B. CLAVERO, *Derecho agrario entre código francés, costumbre aymara, orden internacional y constitución boliviana*, en *Geografía jurídica de América Latina* (n. 10), cap. 2; B. CLAVERO, C. MAMANI, *Estudio sobre la necesidad de reconocer y respetar los derechos de la Madre Tierra*, Foro Permanente de Naciones Unidas para la Cuestiones Indígenas, estudio presentado en la sesión 9ª, 2010 (online: [un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E.C.19.2010.4%20EN.pdf](http://un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E.C.19.2010.4%20EN.pdf)); un extracto, ID., *Derechos de la Madre Tierra en medios no indígenas*, en *América Latina en Movimiento*, 478, 2012, *El horizonte de los derechos de la naturaleza*, pp. 10-12. Otra cuestión es que haya, aparte las tergiversaciones flagrantes, interpretaciones adaptativas, tal y como se muestra en el panorama complejo de S. SCHAVALZON, *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir* (20), cap. 2.

<sup>23</sup> Ecuador: «El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley»; Bolivia: «Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araña, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco».

de arranque en el caso que se lo toma realmente en serio, el de Bolivia<sup>24</sup>. Todo sumado, resulta un reto cuya activación se presenta realmente desde un primer momento como problemática, pero cuyo interés en sí, sólo por plantearse en términos constitucionales, no cabe razonablemente negar<sup>25</sup>.

Otro rasgo actualmente en común entre Ecuador y Bolivia es el de que ubican su derecho constitucional en el contexto de un derecho internacional que reconoce a los pueblos indígenas como sujetos de derechos con inclusión finalmente explícita del derecho a la propia cultura<sup>26</sup>. Si comparamos, es Bolivia en este punto la que mejor articula contemplando unas autonomías indígenas con jurisdicción sólo subordinada a instituciones plurinacionales, la Asamblea Legislativa y el Tribunal Constitucional. No estamos asistiendo a un desarrollo coherente y generalizado de estas bases constitucionales, pero así se ha abierto espacio a la iniciativa de los propios pueblos en el terreno constitucional. Por ejemplo, un sector del pueblo guaraní dentro de las fronteras bolivianas está reconstituyéndose como sujeto de derechos colectivos al tiempo que recuperando una cultura política marcadamente participativa para organizarse en el ejercicio de su autonomía. No es sólo la cultura política, sino toda ella, la que así puede recuperarse y desarrollarse ante nuevas condiciones y posibilidades. Es de momento una excepción que, según la Constitución, habrá de ser la regla<sup>27</sup>.

Multiculturalidad es pluralidad de culturas; interculturalidad, relación de reciprocidad entre culturas. Estado multicultural es el que asume la multiculturalidad; Estado intercultural, el que reconoce y garantiza el pie de igualdad entre culturas a fin de que puedan pacíficamente autogestionarse, desenvolverse y mutuamente enriquecerse. El apelativo de Estado pluriétnico añade en las Américas la constancia de que la multiculturalidad se debe ante todo a la pujanza indígena y afrodescendiente<sup>28</sup>. De hecho, las Constituciones, encontrándose ya, lo reconozcan o no, con ciudadanía multiculturales desde que han dejado de interponer discriminaciones significativas a los sectores dichos étnicos, todos los Estados americanos son interculturales, sólo que de la interculturalidad profundamente sesgada a favor de la cultura de procedencia colonial<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> S. SCHAVELZON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia* (n. 18), pp. 524-541; F. GARCÉS V., *Los indígenas y su Estado (pluri) nacional* (n. 18), pp. 54-58.

<sup>25</sup> B. CLAVERO, *Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional. El reto constituyente de Bolivia*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, 2012, pp. 29-60; *Bolivia, ¿jurisprudencia constitucional plurinacional?*, 2013, online (bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/08/Bolivia-JurisprudenciaPlurinacional-Caso.pdf).

<sup>26</sup> Para el caldo de cultivo del derecho internacional, con anterioridad a las actuales Constituciones del Ecuador y de Bolivia y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) que ha venido a reforzar el derecho a la cultura como manifestación de la libre determinación, B. CLAVERO, *Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío*, en *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 47-1, 2002, pp. 35-62; ID., *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

<sup>27</sup> X. ALBÓ, *El Chaco guaraní. Camino a la autonomía originaria: Charagua, Gutiérrez y Proyección regional*, La Paz, Ministerio de Autonomías, 2012; P. MORELL I TORRA, *La (difícil) construcción de autonomías indígenas en el Estado Plurinacional de Bolivia. Consideraciones generales y una aproximación al caso de la autonomía guaraní Charagua Iyambae*, en *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, 22, 2015, pp. 94-135. El mismo Estatuto de Autonomía ya en vigor (2015) empieza registrando la multiculturalidad interna: «su población (de la Autonomía Guaraní Charagua Iyambae) está conformada por mujeres y hombres mayoritariamente Guaraní, como así también de diverso origen social, cultural, regional, nacional, condición económica y creencias, que hacen al conjunto de su sociedad como colectividad diversa».

<sup>28</sup> M. BARRETT (ed.), *Interculturalism and multiculturalism: Similarities and Differences*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2013; C. PICIOCCHI, *L'interculturalità come condizione di sostenibilità del multiculturalismo*, en S. BALDIN, M. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità* (n. 20), pp. 119-133; V.C. PELOSO, *Race and Ethnicity in Latin American History*, New York, Routledge, 2014, cap. 6.

<sup>29</sup> La excepción de la ciudadanía multicultural hoy principal es la de los a menudo olvidados pueblos indígenas en aislamiento voluntario defendiendo sus territorios y culturas frente a la presión de Estados, iglesias, empresas y demás: *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*, Copenhague, Grupo

En cuanto a América Latina, buena parte de la misma se encuentra hoy en una fase inicial y tentativa de aceptación constitucional de la multiculturalidad con uno u otro lenguaje de aceptación de la pluralidad de culturas en el seno de sus ciudadanías<sup>30</sup>. Apenas se ofrecen posibilidades y, aún menos, se establecen cauces para que opere la interculturalidad en términos de igualdad, sin sesgos ni discriminaciones, ni siquiera en los casos más resueltos de proclamación de plurinacionalidad<sup>31</sup>. La única interculturalidad existente y operativa, la que sigue por doquier funcionando, es la dicha, la pronunciadamente desigual impuesta por el supremacismo de matriz europea, un tipo de interculturalidad que ya existía en los tiempos del colonialismo hispano<sup>32</sup>. De la situación actual obtendríamos una impresión engañosa si nos atuviésemos en exclusiva a los registros de multiculturalidad valorándolos fuera de contexto<sup>33</sup>.

Un Estado se constituye no sólo por la Constitución, sino también por una historia constitucional que deja su poso a veces más denso. Los Estados de las Américas son Estados constitutivamente monoculturales porque son Estados constitutivamente coloniales, herederos de un colonialismo europeo que se internizara con la independencia. Este es el sustrato que bloquea las posibilidades de interculturalidad voluntariamente abierta por las declaraciones constitucionales de multiculturalidad. Los Estados multiculturales lo son porque aceptan la existencia de una sociedad multicultural. Es la misma sociedad en cuyo seno se mantiene virulenta la hipoteca del supremacismo de la cultura de matriz europea en singular excluyente<sup>34</sup>.

---

Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2012, que se viene ampliando con una serie de estudios más particularizados sobre dichos pueblos por Latino América.

<sup>30</sup> G. AGUILAR, S. LAFOSSE, Hugo ROJAS, R. STEWARD, *The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America*, en *Pace International Law Review Online Companion*, 2-2, 2010, pp. 44-96. Hay reconocimientos de la pluralidad de culturas con uno u otro lenguaje, dígame o no multiculturalidad, en Panamá-1972; Guatemala-1985, Nicaragua-1987, Colombia-1991, Paraguay-1992, Perú-1993, Argentina-1994, Bolivia-1994, Ecuador-1998, Venezuela-1999, México-2001; no falta algún que otro caso de fórmula constitucional de protección de culturas que no implican reconocimiento (ej., Brasil-1988: «O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional»).

<sup>31</sup> C. WALSH, *Interculturalidad crítica y (de)colonialidad. Ensayos desde Abya Yala*, Quito, Abya Yala, 2012. Los casos latinoamericanos de Ecuador y Bolivia o en general los atinentes a pueblos indígenas de *Abya Yala* (las Américas en lengua kuna) siguen estando postergados por parte de la literatura académica sobre federalismos y democracias plurinacionales: F. REQUEJO, M. CAMINAL (eds), *Liberalisme polític i democràcies plurinacionals*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2009. Pero siempre hay excepciones: A. PÉREZ AYALA, *The indigenous question and the territorial organization of the State in Latin America refounding constitutionalism*, en A. LÓPEZ BASAGUREN, L. ESCAJEDO (eds), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*, Heidelberg, Springer, 2013-2014, vol. II, pp. 535-573.

<sup>32</sup> F. GARCÉS V., *¿Dónde quedó la interculturalidad? La interacción identitaria, política y sociorracial en la Asamblea Constituyente o la politización de la pluralidad*, y J. AVEJERA, *Interculturalidad, ¿dónde estamos? Una mirada desde la Asamblea Constituyente*, ambos en M. ZUAZO, C. QUIROGA (eds), *Lo que unos no quieren recordar es lo que otros no pueden olvidar* (n. 18), pp. 189-255 y 257-317. Sobre interculturalidad colonial, para una ilustración de historia con moraleja de actualidad, B. CLAVERO, *Esteban en Zuñi*, 2008, online ([bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/07/Esteban-en-Zuni.pdf](http://bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/07/Esteban-en-Zuni.pdf)).

<sup>33</sup> R. YRIGOYEN, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, en C. RODRÍGUEZ GARAVITO (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Ciudad de México, Siglo XXI, 2011, pp. 139-159; P. GARZÓN, *Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016. Para un caso, B. CLAVERO, *Antropologías normativas y derechos humanos. ¿Multiculturalismo constituyente en el Ecuador?*, en *Geografía jurídica de América Latina* (n. 10), cap. 4, en relación a la Constitución ecuatoriana de 1998; respecto a la actual, Ecuador, *¿Estado plurinacional?*, 2010, online ([bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/08/Ecuador-multicultural-constituyente.pdf](http://bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/08/Ecuador-multicultural-constituyente.pdf)).

<sup>34</sup> Con ilustración panameña, B. CLAVERO, *Guaca constitucional. La historia como yacimiento del derecho*, en *Istor. Revista de Historia Internacional*, 16, 2004, *Historia y derecho, historia del derecho*, pp. 166-194. Para acopio de evidencias, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhague, Grupo

Es un *background* que ciertamente gravita con fuerza incluso en casos de plurinacionalidad constitucional. Esta, la plurinacionalidad que intenta poner en pie de igualdad una pluralidad de culturas, representa un giro realmente más comprometido a favor de la interculturalidad<sup>35</sup>, aunque está por ver si finalmente capaz para afrontar la situación. Incluso cuando se garantiza la multiculturalidad siguen faltando, dentro del cuadro institucional del constitucionalismo dado, mecanismos para activar la interculturalidad y siguen operando los que la socavan<sup>36</sup>. El sistema constitucional de poderes y su despliegue de instituciones no responden a unos presupuestos de derechos entre los que, con una u otra formulación o interpretación, ya suele entenderse incluido el derecho a la cultura propia y, con esto, el corolario de la multiculturalidad<sup>37</sup>.

Si el problema es todavía colonial, la solución ha de ser decolonial, de una descolonización todavía pendiente por las Américas. Que en el continente americano persiste el colonialismo o, como prefiere ahora decirse, que existe la colonialidad suele observarse, sólo que, por lo común, mirándose a las condiciones de subordinación de Latinoamérica por Angloamérica en vez de o más que a la supeditación persistente de pueblos indígenas<sup>38</sup>. Que el reto pendiente es de descolonización resulta detalle que precisamente consta en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia: «Son fines y funciones esenciales del Estado (...) 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales (...)». He aquí el reto. En un mundo neoimperial, ¿puede un Estado descolonizarse a sí mismo y por sí mismo?<sup>39</sup>

Para no perder perspectivas, no olvidemos que la multiculturalidad panamericana está ahí, en el seno de la sociedad, muchísimo antes y con completa independencia de que los Estados vengan a asumirla. Y ahí sigue aunque los Estados no acaben de aprender a manejarla, o más bien se resistan a hacerlo<sup>40</sup>. Dicho de otro modo, si hay una constante en esta historia, es la de notable resistencia cultural de pueblos colonizados desde hace siglos,

---

Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2011 (también online: bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/08/genocidio-cotidiano.pdf).

<sup>35</sup> Advértase que la interculturalidad misma puede utilizarse ahora para neutralizarse el imperativo de pie de igualdad representado por la plurinacionalidad: G.R. VALAREZO, *¿Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?*, en A. ACOSTA, E. MARTÍNEZ (eds), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad* (n. 17), pp. 125-160.

<sup>36</sup> B. CLAVERO, *Estado Plurinacional. Aproximação a um novo paradigma constitucional americano*, en C.A. BALDI (ed.), *Aprender desde o Sul* (n. 17), pp. 111-131. Insiste justamente en el desajuste actual entre premisa de derechos y orden de poderes R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism* (n. 2), pero sin tratar de las implicaciones constitucionales del derecho a la cultura.

<sup>37</sup> La vía interpretativa de asentamiento del derecho a la cultura propia a falta de pronunciamiento constitucional es ahora la de derecho internacional: B. CLAVERO, *Derecho y cultura: el derecho humano a la cultura propia*, en L.F. ÁVILA (ed.), *Emancipación y transformación constitucional*, Quito, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2011, pp. 65-79; ID., *Constitucionalización mexicana de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 2013, pp. 181-199.

<sup>38</sup> M. MORAÑA, E. DUSSEL, C.A. JÁUREGUI (eds), *Coloniality at large: Latin America and the Postcolonial Debate*, Durham, Duke University Press, 2008; A. QUIJANO, *Cuestiones y horizontes. De la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Antología esencial*, ed. Danilo Assís Clímaco, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2014.

<sup>39</sup> P.J. HILBORN, *Can a State decolonize itself? A Critical Analysis of Bolivia's State-led Decolonization Process*, Halifax, Dalhousie University, 2014; B. CLAVERO, *¿Naciones imperiales o Imperios sin fronteras?*, en *Quaderni Fiorentini*, 45, 2016, pp. 553-617.

<sup>40</sup> Respecto a la clave del derecho y para el caso hoy más significado, X. ALBÓ, *¿Cómo manejar la interculturalidad jurídica en un país intercultural?*, en AA.VV., *Justicia comunitaria en los pueblos originarios de Bolivia*, Sucre, Instituto de la Judicatura de Bolivia, 2004, pp. 85-113; B. DE SOUSA SANTOS, J.L. EXENI (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Quito, Abya Yala, 2012.

lo que llega a reflejarse hasta en un terreno tan adverso como el constitucional<sup>41</sup>. Si de los Estados hubiera dependido, no habría más interculturalidad por las Américas que la relativa entre Latinoamérica y Angloamérica, tan fortalecida entonces que estaría también en condiciones de suprimir todo rastro de las culturas sobrevenidas por inmigración. Si por los Estados fuera, estaríamos hablando de biculturalidad. Si existe en las Américas otro horizonte más fecundo y valioso de interculturalidad, se debe a la resistencia anticolonial de larguísima duración.

---

<sup>41</sup> B. CLAVERO, *Constitucionalismo indígena por América Latina, con particular consideración de Colombia*, en A.C. RODRÍGUEZ, P. ROJAS, Á. SANTAMARÍA (eds), *Escuela Intercultural de Diplomacia Indígena. Memoria, derecho y participación*, Bogotá, Universidad de Rosario, 2012, pp. 225-237.

# GLI APPORTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE NELLA COSTRUZIONE DELLO STATO MULTICULTURALE IN COLOMBIA

Pablo Moreno Cruz

SOMMARIO: 1. Breve premessa storica: verso l'invisibilità dell'indigeno. – 2. Verso le politiche di riconoscimento? – 3. I gruppi indigeni: tra intersezionalità e tridimensionalità delle pretese. – 4. Breve precisazione concettuale: il multiculturalismo. – 5. Indigeni come minoranze. – 6. Minoranze nelle minoranze, ovvero il paradosso del multiculturalismo alla luce dell'intersezionalità. – 7. Approccio differenziale e specificazione delle pretese. – 8. Pretese di rappresentanza e facoltà decisionale. – 9. Bibliografia.

## 1. Breve premessa storica: verso l'invisibilità dell'indigeno

Davanti agli occhi sorpresi degli abitanti del territorio delle Americhe, i colonizzatori spagnoli, a partire dall'anno 1515, erano soliti dare lettura di un documento di importanza cruciale per il destino di quelle terre nel processo di colonizzazione guidato dal Regno di Castiglia. Mi riferisco al *Requerimiento* (l'Ingiunzione)<sup>1</sup>: un documento che, mediante la sua forza performativa derivante dalla sua necessaria lettura pubblica<sup>2</sup>, legittima, agli occhi vigilanti del primo mondo, il potere della Chiesa cattolica e dei Re cattolici su tutti i territori appena scoperti. Attraverso una catena di improbabili sillogismi – a iniziare dal mito di Adamo ed Eva, passando per la “generosa” donazione, da parte del papa Alessandro VI, del territorio scoperto ai Re Cattolici mediante la bolla *inter cetera* – tale documento finisce per condurre i popoli colonizzati a una scelta tragica: o soccombere all'offerta di adottare la fede cattolica, la lingua spagnola e rispettare le norme da loro “suggerite”<sup>3</sup>, oppure, soffrire le “legittime” conseguenze derivanti dal loro incomprensibile atto di negazione<sup>4</sup>.

Si tratta, dunque, di un documento normativo che mette i popoli indigeni di fronte a un dilemma esistenziale: l'assimilazione o, invece, l'esclusione. La prima opzione – l'inclusione sotto forma di assimilazione – per dirla con Luigi Nuzzo, obbliga i nativi a un ingresso «nella spazialità cristiana» e, quindi, a un ripensamento della «propria soggettività, la propria esistenza nello spazio chiuso disegnato da un testo, accettando i valori che esso imponeva»<sup>5</sup>. In questo panorama, l'atto di consenso perde del tutto la sua rilevanza.

---

<sup>1</sup> Attribuito a Juan López de Palacios Rubios. Sul *requerimiento* v., per esempio, già L. HANKE, *The 'requerimiento' and its interpreters*, Imprenta mundial, Messico, 1938.

<sup>2</sup> Sul punto v. P. FAUDREE, *Reading the Requerimiento Performatively: Speech Acts and the Conquest of the New World*, in *Colonial Latin American Review*, 24, 2015, pp. 456-478.

<sup>3</sup> «Si así lo hicieseis, haréis bien, y aquello que sois tenidos y obligados, y sus Altezas y nos en su nombre, os recibiremos con todo amor y caridad, y os dejaremos vuestras mujeres e hijos y haciendas libres y sin servidumbre, para que de ellas y de vosotros hagáis libremente lo que quisieseis y por bien tuvieseis, y no os compelerán a que os tornéis cristianos, salvo si vosotros informados de la verdad os quisieseis convertir a nuestra santa Fe Católica, como lo han hecho casi todos los vecinos de las otras islas, y allende de esto sus Majestades os concederán privilegios y exenciones, y os harán muchas mercedes»: el *Requerimiento*.

<sup>4</sup> «Y si así no lo hicieseis o en ello maliciosamente pusieseis dilación, os certifico que con la ayuda de Dios, nosotros entraremos poderosamente contra vosotros, y os haremos guerra por todas las partes y maneras que pudiéramos, y os sujetaremos al yugo y obediencia de la Iglesia y de sus Majestades, y tomaremos vuestras personas y de vuestras mujeres e hijos y los haremos esclavos, y como tales los venderemos y dispondremos de ellos como sus Majestades mandaren, y os tomaremos vuestros bienes, y os haremos todos los males y daños que pudiéramos, como a vasallos que no obedecen ni quieren recibir a su señor y le resisten y contradicen; y protestamos que las muertes y daños que de ello se siguiesen sea a vuestra culpa y no de sus Majestades, ni nuestra, ni de estos caballeros que con nosotros vienen»: el *Requerimiento*.

<sup>5</sup> L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle indie spagnole*, Jovene Editore, Napoli, 2004, p. 33.



L'incapacità comunicativa tra i due mondi impone, in effetti, un atto di lettura di un testo – rivolto, in realtà, al vecchio mondo – che contiene in sé una serie di conseguenze normative inevitabili che si manifestarono progressivamente. Mi riferisco alla giustificazione del controllo politico, giuridico ed economico delle terre conquistate e alla (pretesa di) civilizzazione (conversione) del “selvaggio”, anche mediante un controllo educativo e geografico (urbanistico) dotato di una potente forza simbolica e disciplinante.

Dall'inizio, infatti, il nativo, soggettivizzato mediante la categoria medievale del Miserabile<sup>6</sup> (in particolare, come rustico e minore incapace) è rappresentato come un soggetto privo di piena capacità comunicativa e di autonomia decisionale. Così, sotto l'ombra rassicuratrice e pacificatrice della carità e della misericordia, la strategia di controllo, del tutto formalizzata e retoricamente legittimata, opera mediante una progressiva trasformazione della soggettività indigena. Una trasformazione che si consolida mediante dispositivi di matrice geografica, giuridica, morale, educativa e linguistica.

Questa condizione di miserabile<sup>7</sup>, che sta alla base della costruzione dello stereotipo dell'indigeno ancora oggi molto diffuso (anche nella ricostruzione delle proprietà culturali), marginalizza l'indigeno nel suo universo di ignoranza, legittimando al contempo meccanismi di assimilazione e oppressione. In concreto, grazie alla già menzionata sostituzione (annullamento) della facoltà decisionale dell'indigeno, si giustifica una progressiva produzione normativa centralizzata, con pretese di controllo delle periferie e con obiettivi pacificatori e universalizzanti. Si trattava, in generale, di una normativa che, per ciò che qui interessa, pretendeva in buona sostanza di configurare un unico ordine giuridico e un territorio compatto e gerarchizzato<sup>8</sup> capace di annullare l'evidente pluralismo giuridico (e, in generale, il pluralismo normativo e linguistico) che si nascondeva, soprattutto, nelle consuetudini pre-ispatiche e che molte volte prendeva vita negli atti scritti dei giudici.

Questo contesto – ossia, ripeto, un contesto di produzione normativa pervasiva che pretende di pacificare e di oscurare il pluralismo normativo e linguistico, cercando al contempo di realizzare la riorganizzazione gerarchica e calcolata del territorio – portò, tra le altre cose, rispetto al soggetto indigeno (ossia il rustico minore d'età) ad almeno due conseguenze:

- a) in primo luogo, alla re-invenzione, mediante testi e immagini, della stessa memoria indigena (religiosa e territoriale) che si confuse, si dissolve nei nuovi dispositivi coloniali;
- b) in secondo luogo, quasi inevitabilmente, all'impiego dei canali burocratici e processuali da parte degli indigeni nelle loro rivendicazioni di carattere, ora sì, giuridico con

---

<sup>6</sup> Sembra, per la prima volta, durante il regno di Filippo II nella *Ordenanza de Audiencia* del 1563: «Uno de los mayores cuidados, que siempre hemos tenido es, procurar por todos los medios, que los indios sean bien tratados, y reconozcan los beneficios de Dios nuestro señor en sacarlos del *miserable estado de su Gentilidad*, trayéndolos á nuestra santa fe Católica, y vasallaje nuestro [...]».

<sup>7</sup> V. il classico P. CASTAÑEDA DELGADO, *La condición miserable del indio y sus privilegios*, in *Anuario de estudios americanos*, 28, 1971, pp. 245-335; v., ancora, L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista*, cit., p. 207 ss.; B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo XXI, México, 1994, p. 11 ss.; C. CUNILL, *El indio miserable: nacimiento de la teoría legal en la América colonial del siglo XVI*, in *Cuadernos intercambio*, 9, 2011, pp. 229-248.

<sup>8</sup> «Il cammino verso l'inclusione imponeva la riconduzione degli immensi territori delle Indie e delle selvagge popolazioni che li abitavano all'interno di un unico ordine naturale cristiano, iscritto nella natura delle cose, e un'economica politica del controllo da realizzarsi con la costruzione di un sistema di coercizione che situasse i nativi in spazi cristianizzati chiusi o solo apparentemente aperti, *encomiendas*, *congregaciones*, *pueblos*, li rieducasse mediante esercizi spirituali, l'insegnamento del castigliano, il lavoro, e imbrigliasse ogni loro pretesa o richiesta nella rete rassicurante del formalismo dei meccanismi processuali spagnoli»: L. NUZZO, *Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del 'soggetto indigeno'*, in *Quaderni fiorentini*, 33/34, 2004/2005, p. 468.

la pretesa di neutralizzazione apparente dei conflitti mediante i canali formali e rigidi del diritto processuale<sup>9</sup>.

Questa introduzione storica, per quanto breve, conduce a un risultato chiaro. Il processo di marginalizzazione e oppressione dei popoli indigeni americani durante il dominio del regno di Castiglia si verificò mediante un'incisiva e calcolata rete di dispositivi che condizionarono profondamente quattro pilastri culturali fondamentali: il linguaggio, il diritto, il territorio e le credenze religiose.

Un processo di marginalizzazione che consolidò alcune categorie sociali molto rigide, dove gli indigeni e i neri risultavano oppressi per (almeno) due motivi specifici, due facce della stessa medaglia: erano soggetti a una politica di assimilazione e, al tempo stesso, risultavano esclusi dalla cornice di destinatari di politiche di protezione in considerazione della loro specificità<sup>10</sup>.

## 2. Verso le politiche di riconoscimento?

È ben noto che dopo il processo di indipendenza dei paesi latinoamericani (fondamentalmente durante il XIX secolo) l'invisibilità dei popoli indigeni, anche a causa del diffuso stereotipo dell'indigeno inteso come miserabile, peggiorò o, nei migliori dei casi, rimase intatta.

Le discussioni di carattere giuridico, con le sue ovvie ripercussioni politiche, si centrarono, invece, e fondamentalmente, nella contrapposizione tra approcci conservatori e approcci liberali. In effetti, sia in relazione al processo di codificazione civile<sup>11</sup>, sia in

---

<sup>9</sup> E oggi, è proprio il ricorso a strumenti processuali (e.g., in Colombia, la *acción de tutela* o la *consulta previa*) da parte dei gruppi indigeni una delle strade scelte per la rivendicazione dei loro diritti e, al tempo stesso, in realtà, il canale di normalizzazione e neutralizzazione delle controversie. Sul punto, interessante la precisazione di D. BOCAREJO, *Dos paradojas del multiculturalismo colombiano. La espacialización de la diferencia indígena y su aislamiento político*, in *Revista colombiana de antropología*, 47, luglio-dicembre, 2011, p. 101, che cita R. SEGATO, *La nación y sus otros: raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de políticas de la identidad*, Prometeo, Buenos Aires, 2007, p. 29, nonché M.R. TROUILLOT, *Adieu Culture: A New Duty Arises*, in *Global Transformation: Anthropology and the Modern World*, Houndmills, New York, 2003, pp. 97-116 e C. BRIONES, *Cartografías argentinas: políticas indigenistas y formaciones provinciales de alteridad*, Antropofagia, Buenos Aires, 2005: «muchos ciudadanos colombianos utilizan las herramientas jurídicas de la tutela y las demandas sobre constitucionalidad para definir quiénes pueden acceder a los derechos multiculturales. Estas herramientas se han convertido en poderosas tecnologías de *formación de alteridad*, es decir, formas de “generar otredad concebida por la imaginación de las élites e incorporada como forma de vida a través de narrativas maestras endosadas y propagadas por el Estado, por las artes, por la cultura de todos los componentes de la nación” (Segato 2007, 29). Estas formaciones de alteridad son construcciones que parten de contextos socio-históricos particulares, como afirma Trovillot, y de esta forma, según argumenta Briones (2005), no solo producen categorías y criterios de “identificación/clasificación y pertenencia”, sino que también regulan “condiciones de existencia diferenciales para los distintos tipos de otros internos”. Però v. J. LEMAITRE RIPOLL, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, p. 332 ss. V. anche C. RODRÍGUEZ GARAVITO, C.A. BAQUERO DÍAZ, *Reconocimiento con redistribución. El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*, DeJusticia-Antropos, Bogotá, 2015, in particolare il capitolo II: *Etnicidad.gov: la juridización global de los reclamos étnicoraciales y las disputas por la definición del constitucionalismo multicultural en América Latina* (in parte versione rivista e ampliata di C. RODRÍGUEZ GARAVITO, *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas, y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, DeJusticia-Antropos, Bogotá, 2011, p. 40 ss.) e, in generale, il fenomeno denominato “multiculturalismo egemonico” e la sua connessione con l'impiego del diritto come strumento di neutralizzazione.

<sup>10</sup> Su quest'aspetto tornerò più avanti quando si tratterà di specificare, nell'ambito della teoria della giustizia di Frazer, la rilevanza delle politiche di rappresentanza.

<sup>11</sup> V., per esempio, I. JARAMILLO SIERRA, *Dalla tradizione della famiglia alla famiglia come tradizione: la riforma del diritto di famiglia del XIX secolo in America latina*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, pp. 223-245.

relazione al processo di costituzionalizzazione<sup>12</sup>, i dibattiti si mossero nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra entrambe le fazioni. Fazioni attente, questo sì, come ha precisato Gargarella, a non concedere spazio alle istanze favorevoli ai movimenti sociali, all'uguaglianza sostanziale, all'autodeterminazione collettiva e alla democrazia partecipativa<sup>13</sup>. Rivendicazioni, quasi tutte, portate avanti dal progetto politico difeso dall'ala più radicale del liberalismo.

I conflitti, almeno in termini generali, si risolsero nel privilegiare le istanze tipiche del liberalismo economico con ampie dosi reazionarie recepite in normative favorevoli alla dottrina della chiesa cattolica.

Si dovrà attendere il Novecento, e anzi i suoi ultimi decenni, per riuscire a identificare un contesto normativo un po' più aperto alla possibilità di dare visibilità ai popoli indigeni e, in generale, alle differenti categorie sociali rimaste fino allora in ombra. Alcuni fattori tra loro legati hanno contribuito nel tempo a consolidare uno scenario normativo diverso. Mi riferisco, in particolare (i) alla prescrizione di diritti sociali<sup>14</sup> e (ii) alla tutela dei diritti collettivi, anche culturali<sup>15</sup>, patrocinata a livello locale e internazionale<sup>16</sup> e rivendicata con forza dai movimenti indigeni e ambientalisti<sup>17</sup>.

In questo contesto, anche siglato da accordi e negoziazioni, i discorsi identitari dei popoli indigeni (e non solo) incontrano un terreno normativo fertile. Ne sono testimoni vari testi costituzionali latinoamericani<sup>18</sup>, soprattutto quelli più recenti di Ecuador (2008) e

---

<sup>12</sup> Sul punto, v. in generale R. GARGARELLA, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Madrid, 2005.

<sup>13</sup> Inoltre, precisa R. GARGARELLA, *Social rights and the "engine room" of the constitution*, in C. RODRÍGUEZ-GARAVITO (ed.), *Law and Society in Latin America. A new map*, Routledge, New York, 2015, pp. 84-85: «[...] During all those years, in fact, radical groups had advanced numerous constitutional proposals, which included annual elections; the right to recall; mandatory rotation; mandatory instructions, etc. In addition, radical groups had promoted different reforms aimed at addressing the "social question". However, the triumph of the liberal-conservative project implied the rebuff of all those initiatives».

<sup>14</sup> Fenomeno che, nello scenario latinoamericano, già inizia a consolidarsi durante il periodo del «Costituzionalismo sociale» tra il 1910 e il 1950 (R. GARGARELLA, *Social rights and the "engine room" of the constitution*, cit., pp. 85-86) e si diffonde in varie (non tutte) le recenti costituzioni della regione.

<sup>15</sup> Per una ricostruzione interessante di questo fenomeno, non solo a livello colombiano, ma anche latinoamericano, v., tra gli altri, R. UPRIMNY, *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: trends and Challenges*, in *Texas Law Review*, 2010-2011, p. 1587 ss. Ad ogni modo, per quanto riguarda la Costituzione colombiana del 1991, è forse opportuno indicare almeno alcuni dei suoi principali elementi di novità: la tutela delle diversità etniche e culturali della nazione; il principio di non discriminazione per motivi, tra gli altri, di razza, lingua, religione; la garanzia del diritto alla giurisdizione indigena; la considerazione dei territori indigeni, ossia, los *resguardos*, come inalienabili e imprescrittibili; l'autonomia territoriale dei popoli indigeni mediante la garanzia della partecipazione e degli interventi dei gruppi indigeni ai progetti di sfruttamento delle risorse naturali; la rappresentanza degli indigeni in Parlamento; la tutela delle lingue indigene mediante il loro riconoscimento come lingue "ufficiali"; l'obbligo dell'insegnamento bilingue all'interno del territorio indigeno; il diritto a un'educazione che rispetti e sviluppi la propria identità culturale.

<sup>16</sup> A livello internazionale, è senza dubbio necessario prendere in considerazione la Convenzione OIL n. 169 del 1989 e la recente Dichiarazione ONU sui Diritti dei Popoli Indigeni del 2007, così come le decisioni adottate dalla Corte interamericana dei diritti umani in relazione ai diritti dei popoli indigeni e alla portata normativa della Convenzione e della Dichiarazione citate.

<sup>17</sup> Sull'argomento cfr., con specifico riguardo alla Colombia, C. RODRÍGUEZ GARAVITO, L.C. ARENAS, *Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U'wa en Colombia*, in B. DE S. SANTOS, C. RODRÍGUEZ GARAVITO (EDS), *El derecho y la globalización desde abajo*, Anthropos, UAM, Barcelona, 2007, pp. 217-239. Cfr. anche J. LEMAITRE RIPOLL, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, cit., *passim*, spc. pp. 23-40.

<sup>18</sup> Sul punto v., p.e., R. SIEDER, *Indigenous peoples' rights and the law in Latin America*, in *Law and Society in Latin America*, cit., pp. 143-156; R.Z. YRIGROYEN FAJARDO, *The panorama of pluralist constitutionalism. From multiculturalism to decolonization*, in *Law and Society in Latin America*, cit., pp. 157-174.

Bolivia (2009), con i loro termini quali ‘plurinazionalità’ e ‘interculturalità’<sup>19</sup>. Termini che, accanto a ‘multiculturalismo’, cercano in realtà di catturare il fenomeno del pluralismo normativo, non solo giuridico.

Se, come abbiamo visto, la strategia della colonizzazione da parte del Regno di Castiglia condizionò profondamente quattro pilastri culturali fondamentali – il linguaggio, il territorio, la morale e il diritto –, questa tendenza normativa favorevole alle politiche di riconoscimento sembrerebbe in grado di contrastare le politiche assimilazioniste tipiche del periodo coloniale. In effetti, (i) sembrerebbe che scavare in quel luogo oscuro dove la memoria e l’oblio si sintetizzano in un passato che inevitabilmente appare come la ricostruzione mista tra pre-ispantità e dispositivi coloniali, potrebbe condurre al riscatto di un immaginato e intatto passato; (ii) sembrerebbe che proteggere le lingue native e riconoscere i territori delle periferie come territori autoctoni, favorendo la tutela delle stesse tradizioni religiose, potrebbe riscattare la comunità indigena dal processo di “civilizzazione”, restituendo voce al gruppo oppresso; (iii) sembrerebbe, in altri termini, che le politiche di riconoscimento potrebbero porre fine a una calcolata strategia coloniale costruita attorno ai quattro pilastri culturali prima richiamati.

Tuttavia, e questo non è una sorpresa, il discorso è diverso e più articolato, non solo per la complessa situazione in cui versano le comunità indigene, ma anche per il rischio di ulteriori fenomeni discriminatori e il rischio di rafforzare visioni stereotipate. Questo tanto più quando, forse con una ingenua strategia di rivendicazione, si cede, con una specie di essenzialismo ontologico, alla tentazione di ignorare quello che è stato il progetto coloniale e le sue evidenti conseguenze fattuali e normative per i popoli indigeni una volta colonizzati.

### 3. I gruppi indigeni: tra intersezionalità e tridimensionalità delle pretese

Basti pensare al fatto che la Corte costituzionale colombiana, in una recente decisione<sup>20</sup>, ha descritto così il contesto che caratterizza i diversi gruppi indigeni *wayúus* stanziati nella Guajira, nel nord della Colombia: «Il popolo wayúu è un gruppo umano minacciato da attori violenti (guerriglia e gruppi paramilitari) e immerso nell’incomprensione di queste minacce da parte della società maggioritaria e la sua costruzione di stereotipi. La principale ragione di queste minacce ha a che fare con l’ubicazione del suo territorio: un territorio strategico per gli attori del conflitto e gli interessi economici, commerciali e industriali. Inoltre, attualmente è colpita una crisi umanitaria derivante dall’assenza di acqua potabile, dalla denutrizione di bambini e bambine, dalla scarsità di servizi sanitari ed educativi e dalla disintegrazione del tessuto sociale dei territori indigeni dovuto a progetti di sfruttamento di risorse minerarie ed energetiche».

Alla luce di questo scenario, mi soffermerò sull’analisi, in certa misura critica, di alcuni fenomeni che hanno caratterizzato il processo di attuazione di un progetto di Stato multiculturale, con particolare attenzione ad aspetti religiosi e di organizzazione del territorio, prendendo in considerazione una minoranza specifica: quella dei gruppi

---

<sup>19</sup> Specificamente sulle Costituzioni di Bolivia e Ecuador cfr., rispettivamente, B. DE S. SANTOS, J.L. EXENI RODRÍGUEZ (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012 e (anche con riferimenti relativi alla Costituzione di Bolivia) S. BAGNI, *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, in S. BALDIN, M. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014, pp. 73-99. In una prospettiva comparata, anche in considerazione di altre esperienze costituzionali del sud del mondo (Sudafrica e Bhutan) v. S. BAGNI, *The constitutionalisation of indigenous culture as a new paradigm of the Caring State*, in *Int. J. Environmental Policy and Decision Making*, 3, 2015, pp. 205-226.

<sup>20</sup> Corte costituzionale colombiana, T-661/2015.

indigeni<sup>21</sup>. Questo, allo scopo di sottolineare precisamente la complessità della realtà post-coloniale e, quindi, le difficoltà che si configurano come conseguenza dell'assorbimento della strategia ereditata dalla conquista. E svolgerò questa analisi attraverso la lente offerta da alcune pronunce della Corte costituzionale colombiana riguardanti, in particolare, la tutela dei diritti dei popoli indigeni. Peraltro, a parte alcune sfumature, ritengo che alcune riflessioni possano essere sicuramente estese anche ad altri scenari latinoamericani coinvolti nella strategia del processo di colonizzazione prima descritto.

La mia analisi si basa su due assunzioni che mi condurranno ad alcune riflessioni di carattere teorico necessarie per l'analisi casistica.

In primo luogo, impiegherò<sup>22</sup> la distinzione analitica proposta dalla femminista Nancy Fraser tra tre tipi di rivendicazioni: rivendicazioni distributive, rivendicazioni di riconoscimento e rivendicazioni di rappresentanza<sup>23</sup>. Tale distinzione, infatti, mi pare di grande utilità per affrontare la complessa ed eterogenea realtà delle comunità indigene e della garanzia dei loro diritti.

In secondo luogo, e con particolare riferimento al tema delle categorie, assumerò che le persone sono collocate, sono ascritte e, al tempo stesso, si auto-ascrivono, non a una sola categoria, ma a un crocevia, a un'intersezione di più categorie o gruppi di appartenenza.

Non solo. Questo dato di fatto, facilmente riscontrabile sul piano empirico, noto come fenomeno dell'intersezionalità – introdotto nel dibattito dalla massima esponente del femminismo nero Kimberlé Crenshaw<sup>24</sup> – non esclude, ma al contrario contribuisce a generare due fenomeni ben precisi.

In virtù del primo fenomeno, le pretese del gruppo di soggetti che popolano una intersezione tra categorie variano rispetto alle pretese dei gruppi di persone che, popolando una stessa categoria preponderante, non condividono le altre categorie della intersezione. Il secondo fenomeno segue al precedente: mi riferisco agli inevitabili conflitti che possono suscitarsi tra le pretese rivendicate dai gruppi che popolano diverse intersezioni.

Queste due assunzioni (tridimensionalità delle pretese e intersezionalità) disegnano uno scenario molto più complesso di quello che, *prima facie*, potrebbe immaginarsi

---

<sup>21</sup> Dal punto di vista etnico in Colombia sono presenti altri gruppi: comunità nere, *raizales*, *palenqueros* e rom. In queste pagine farò riferimento specificatamente ai gruppi indigeni, benché la maggior parte delle riflessioni proposte potrebbero essere estese, almeno parzialmente, ad altri gruppi minoritari.

<sup>22</sup> Anche se R. UPRIMNY, *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: trends and Challenges*, cit., p. 1606 e C. RODRÍGUEZ GARAVITO, C.A. BAQUERO DÍAZ, *Reconocimiento con redistribución. El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*, cit., p. 18, hanno fatto ricorso alla teoria di Fraser per spiegare questo stesso fenomeno, occorre notare che, come verrà precisato in seguito, questi autori si riferiscono alla versione bidimensionale della teoria della giustizia elaborata dalla studiosa femminista, mentre io impiegherò la versione rivista della stessa teoria che è stata riformulata da Fraser, a partire da alcune critiche, in termini di una teoria (post-westfaliana) tridimensionale della giustizia.

<sup>23</sup> Intendendo la giustizia come parità partecipativa – «partecipare come eguali nella vita sociale» – e assumendo come fatto innegabile il superamento della cornice keynesiana-westfaliana, Fraser (ri)formula la sua teoria bidimensionale della giustizia in termini di una teoria tridimensionale della giustizia (una teoria della giustizia post-westfaliana) che prende in considerazione il fattore politico e la sua diretta relazione con la giustizia. Così, considera che, appunto, accanto alla dimensione economica della *distribuzione* e a quella culturale del *riconoscimento*, ci sarebbe una dimensione politica della *rappresentanza*. Fra gli altri, v. N. FRASER, *Replantear la justicia en un mundo en proceso de globalización*, ora in *Fortunas del feminismo*, Instituto de altos estudios Nacionales, Madrid, 2015, pp. 221-242 (lo stesso capitolo, in una versione anteriore, è stato pubblicato originariamente in ID., *Reframing Justice in a Globalizing World*, in *New Left Review*, 36, 2005).

<sup>24</sup> Cfr., per la prima volta, K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *The University of Chicago legal forum*, 1989, pp. 139-167. Cfr. Anche ID., *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 43, 1991, pp. 1241-1299 e ID., *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Doctrine, Feminist Theory and Anti-racist Politics*, in H. LUTZ, M.T. HERRERA VIVAR, L. SUPIK (eds), *Framing Intersectionality. Debates on a Multi-faceted Concept in Gender Studies*, Ashgate, Burlington, 2011, pp. 25-42 e anche il *Postscript*, pp. 221-233.

nell'affrontare il tema delle comunità indigene. In concreto, la persona appartenente alla comunità indigena è, a sua volta, un soggetto che appartiene ad altri gruppi: è, senza dubbio, un cittadino; può essere povero o (lo dubito) ricco; può essere uomo o donna, omosessuale o eterosessuale, può essere una persona adulta o un bambino; può essere, o no, vittima della violenza di un conflitto armato e, in questo caso, potrebbe rientrare, o no, nella categoria degli *desplazados* (sfollati) a causa della violenza.

In questi termini, potremmo identificare, solo per fare un esempio, la categoria delle donne-indigene-lesbiche-sfollate-povere. Ossia (in questa ipotesi) di donne che, posizionandosi all'incrocio di diverse categorie di appartenenza, si trovano in una situazione specifica che non può essere rappresentata mediante la somma aritmetica delle diverse appartenenze, né può essere catturata senza tenere conto delle intersezioni tra le diverse categorie.

E lo scenario si complica ulteriormente se si prende sul serio la distinzione tra i diversi tipi di rivendicazioni che i membri di un gruppo possono far valere. Ricordiamoci che, seguendo Fraser, può trattarsi di rivendicazioni distributive, di riconoscimento, di rappresentanza. Ora, se si prende in considerazione il fenomeno dell'intersezionalità e, dunque, la configurazione di categorie complesse, è innegabile che l'identificazione delle pretese rivendicate dai membri dei rispettivi gruppi e, da un punto di vista normativo, l'identificazione delle pretese che dovrebbero essere garantite, si fa molto più complessa e, di fatto, in parte, per così dire, contraddittoria.

Ovviamente non pretendo qui di presentare un lavoro approfondito su tutta la serie di intersezioni che una persona indigena può occupare. Mi propongo invece di dare conto del contesto di elevata complessità in cui si trova a decidere il giudice costituzionale (non solo) colombiano quando affronta il fenomeno del multiculturalismo.

#### 4. Breve precisazione concettuale: il multiculturalismo

Cosa intendo per multiculturalismo? E, prima, cosa intendo per 'cultura'?

Consapevole di non poter approfondire il vivace dibattito in materia, né di tenere in considerazione la distinzione tra cultura e tradizione di cui si è occupato in sede comparatista Patrick Glenn<sup>25</sup>, intenderò 'cultura' nei seguenti termini: l'insieme di regole

---

<sup>25</sup> Anche se per Glenn cultura e tradizione sono concetti diversi, essendo la cultura prodotto specifico di una tradizione a monte (v. P. GLENN, *Legal cultures and Legal Traditions*, in M.V. HOECKE, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2004, pp. 7-20), qui cultura e tradizione diventano, in certa misura, concetti quasi sovrapponibili in quanto, come sarà detto, la ridefinizione di cultura da me adottata considera che la cultura è, tutto sommato, informazione normativa (ovviamente non solo giuridica). Sul concetto di tradizione di Glenn v. p.e., P. GLENN, *A concept of legal tradition*, in *Queen's Law Journal*, 2008-2009, 34, pp. 427-445: «the study of tradition is therefore the study of the content and flow of large bodies of normative information over time and over space» (p. 431), «The great traditions – and legal traditions – of the world all contain great masses of information that far surpass the original normative information from which the tradition derived» (p. 432); «Traditions in general thus represent normative information» (p. 435). Però, ID. *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 44: «concepita come informazione, la tradizione solleva ulteriori, importanti interrogativi sulla natura delle informazioni che la compongono. La tradizione è composta soltanto da istruzioni o da regole che possono esplicitamente indirizzare l'azione successiva? Dato che i fatti di un'epoca non ci dicono nulla in merito al modo in cui si deve agire in un'epoca successiva, i fatti ne sono necessariamente esclusi? In teoria, potrebbe essere impossibile decidere da che tipo di informazioni sia costituita la tradizione: potrebbe dipendere dalla tradizione. Quel che è percepito come fatto in una tradizione, potrebbe essere considerato profondamente simbolico e normativo da un'altra tradizione. Gli attori di una data tradizione conserveranno quel che può avere un valore in futuro, e possono ben esistere punti di vista notevolmente diversi in merito a quel che può – o che dovrebbe avere – valore in un contesto diverso e più ampio».

espresse e implicite (in entrambi i casi, quindi, di significati)<sup>26</sup> che condizionano (ma non necessariamente determinano) le azioni, le comunicazioni, le credenze e le aspettative di un gruppo sociale. Un insieme di regole non solo di condotta, ma anche norme costitutive e norme che regolano i canoni di interpretazione. Un insieme di regole (anche, ma non solo giuridiche) soggette a continue riformulazioni: norme cioè che configurano un sistema dinamico soggetto a flussi e mutazioni. Un insieme di regole la cui osservanza, in realtà, il più delle volte, si basa anche sulla forza persuasiva, più o meno riconosciuta dai membri del gruppo. Un insieme di norme la cui formulazione e, persino, la cui precisa identificazione, non necessariamente è condizione per la sua osservanza (o trasgressione). Regole, infine, la cui osservanza (o anche la cui trasgressione) è, precisamente, a sua volta, la ri-rappresentazione, ri-vivificazione del ricordo di come si pensa che fu, che è, il proprio passato. In tal modo, una cultura è *questa* specifica cultura finché un gruppo di soggetti ripropone queste regole (questo insieme di informazione normativa a loro trasmessa e da loro ri-formulata), senza dubbio mutabili, nel presente con un richiamo, molte volte inconsapevole, a un passato normativo che si considera comune e in certa misura continuo<sup>27</sup>.

Detto questo, per ‘multiculturalismo’ intendo, quindi, il *fatto* che, in uno stesso spazio geopolitico, nel nostro caso, per esempio, la Colombia, convivano (si scontrino, si parlino, e competano, in realtà)<sup>28</sup> culture differenti, ossia sistemi normativi (insieme di norme morali, giuridiche, sociali in senso stretto, politiche, economiche ed estetiche) che, connesse al ricordo di un passato (che si considera) più o meno condiviso, governano nel presente le azioni, le comunicazioni, le aspettative e le credenze del rispettivo gruppo di persone<sup>29</sup>.

Nel caso specifico non solo della Colombia, il multiculturalismo è considerato anche un *valore* positivo: la Corte costituzionale considera infatti il multiculturalismo come un fenomeno che deve essere promosso e tutelato. Ossia, la cultura maggioritaria, che

---

<sup>26</sup> L'identificazione di queste regole (qual è *questa* specifica cultura?) passa necessariamente attraverso un'analisi dei fatti linguistici e sociali. Lo stesso si può dire riguardo all'analisi delle conseguenze dell'uso di tali regole e riguardo alla loro efficacia.

<sup>27</sup> Anche Glenn, servendosi del saggio di T. ELIOT, *Tradition and Individual Talent*, fa riferimento al rapporto diretto tra passato e (la cattura del) presente: P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, cit., pp. 28-42. Sull'argomento, con un approccio analogo, ma inquadrando il discorso soprattutto nel concetto di ricordo e di memoria, nonché con esplicito richiamo al cd. effetto Eliot, v. P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Bari, 2013, p. 43: «Tecnicamente questo si definisce oggi come “effetto Eliot”. Ovvero all'interno di una *tradizione* è l'ultimo tassello che definisce il senso dei tasselli originari, anche se è costruito a partire da quelli [...] questo essere contemporanei dei propri predecessori costituisce l'essenza di una tradizione, finché permane. Le censure autentiche sono quelle che segnano un confine tra il presente e il passato, definendo un contemporaneo che come tale si situa *fuori* dalla tradizione. La tradizione viene interrotta quando non si avverte più la contemporaneità con il passato».

<sup>28</sup> La concorrenza, il confronto, il conflitto tra culture spiega il dinamismo delle stesse. Per un'analisi interessante sul confronto tra culture da un punto di vista giuridico (specificamente in relazione a ciò che fanno e che dovrebbero fare i giudici) e in base a un concetto di cultura analogo a quello adottato in questo scritto, v. I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

<sup>29</sup> L'incontro-scontro tra culture (conseguenza inevitabile del multiculturalismo) ha un potenziale descrittivo molto rilevante. Non a caso, si è cercato di caratterizzare la cultura giuridica latinoamericana, sottolineandone e valorizzandone le specificità, anche in ragione della pluralità etnica che la caratterizza. In questa prospettiva, nel quadro di una discussione critica del concetto tradizionale di modernità, v. A. SOMMA, *Introducción al derecho comparado*, (trad. dall'italiano *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014), Universidad Carlos III, Madrid, 2015, p. 121 ss.; ID., *Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine*, in M.R. POLOTTO, T. KEISER, T. DUVE (eds), *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt, 2015, pp. 11-46.

chiamerò meticcias/bianche, considera che le altre culture, quindi minoritarie, debbano essere protette.

## 5. Indigeni come minoranze

Dicevo che gli indigeni sono una minoranza. Ma minoranza in che senso? Diciamo per ora che costituisce minoranza un gruppo di persone caratterizzato da minore visibilità sociale e minore potere rispetto al gruppo maggioritario<sup>30</sup>. Dunque, minoranza nel senso specifico di gruppo sociale svantaggiato o, per usare l'espressione di Iris Young, gruppo sociale oppresso in quanto i membri di tale gruppo si trovano, come direbbe l'autrice, in almeno una di queste cinque condizioni<sup>31</sup>: sfruttamento; marginalizzazione; carenza di potere; imperialismo culturale; violenza.

Senza togliere importanza alla portata esplicativa della tipologia proposta da Young, preferisco, come già detto, impiegare la prospettiva tridimensionale suggerita da Fraser per specificare quel che intendo per minoranza in quanto gruppo sociale oppresso. Così, un gruppo sociale si trova in una condizione di oppressione o svantaggio quando soffre di mancanze sul piano delle politiche redistributive e/o di riconoscimento e/o di rappresentanza.

Tre tipi di mancanze del tutto interdipendenti<sup>32</sup> che sicuramente enfatizzano l'inadeguatezza di alcune prospettive promotrici del multiculturalismo: in particolare, di quelle prospettive che, dedicando attenzione esclusiva alle politiche di riconoscimento, omettono di considerare l'importanza delle politiche redistributive e di quelle di rappresentanza, così come la loro interdipendenza reciproca.

Mi pare, infatti, che la condizione di svantaggio in cui versano i gruppi indigeni non solo colombiani (così come molti altri gruppi marginalizzati) derivi in modo preponderante, molte volte, da interventi deficitari in materia di politiche redistributive e di rappresentanza. In altre parole, ciò che impedisce la *partecipazione paritaria nel dibattito pubblico*<sup>33</sup> degli indigeni non è solo un deficit nelle politiche di riconoscimento: ossia, seguendo Fraser, non è sufficiente, almeno per quanto riguarda la categoria indigena, modificare i criteri (modelli, canoni) interpretativi e valutativi istituzionalizzati per garantire al gruppo oppresso una visibilità sociale portatrice di stima e rispetto<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Con questa prospettiva v. G. PINO, *Libertà religiosa e società multiculturali*, in T. MAZZARESE (ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 158.

<sup>31</sup> I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, Feltrinelli, Milano, 1996.

<sup>32</sup> «Decir que lo político es una dimensión de la justicia conceptualmente distinta, no reducible a lo económico o lo cultural, es decir también que puede dar lugar a un tipo de injusticia conceptualmente distinto. Dada la interpretación de la justicia como paridad participativa, esto significa que pueden existir obstáculos a la paridad específicamente políticos, no reducibles a una mala distribución o a la falta de reconocimiento, aunque (de nuevo) entremezclados con ellas. Dichos obstáculos derivan de la constitución política de la sociedad, entendida como algo distinto de la estructura de clase o el orden de estatus. Basados en un modo de ordenamiento social específicamente político, solo es posible captarlos adecuadamente mediante una teoría que conceptúe la representación, junto con la distribución y el reconocimiento, como las tres dimensiones fundamentales de la justicia»: N. FRASER *Replantear la justicia en un mundo en proceso de globalización*, cit., p. 229.

<sup>33</sup> Per Fraser, infatti, superare l'ingiustizia, vuol dire, «desmantelar los obstáculos que impiden a algunas personas participar a la par de otras, como interlocutores plenos en la interacción social»: N. FRASER, *Replantear la justicia en un mundo en proceso de globalización*, cit., p. 225.

<sup>34</sup> Mi riferisco qui a quello che, secondo Fraser, sarebbe il superamento dell'ingiustizia di *status* e riconoscimento: «To be misrecognized, in my view [...] is to be denied the status of a *full partner* in social interaction and prevented from *participating as a peer* in social life [...] as a consequence of *institutionalized* patterns of interpretation and evaluation that constitute one as comparatively unworthy of respect or esteem». N. FRASER, *Heterosexism, misrecognition and capitalism: a response to Judith Butler*, in *New Left Review*, 1998,



Beninteso, le politiche di riconoscimento sono del tutto necessarie in quanto un deficit in questo ambito tende a generare un'invisibilità insuperabile per il gruppo marginalizzato ed escluso dal dibattito pubblico. Anzi, proprio un deficit in questo ambito è stato il fattore scatenante della invisibilità costruita dalla strategia della colonizzazione<sup>35</sup>. Tuttavia, per ciò che riguarda le politiche di riconoscimento, queste devono essere "spinte" fino, per così dire, alle loro massime conseguenze. Mi spiego: le politiche di riconoscimento dovrebbero spingersi fino a valorizzare le intersezioni tra le differenti categorie a cui appartiene la persona indigena, ossia dovrebbero spingersi fino a essere ciò che Nancy Fraser chiama le politiche di riconoscimento «intra-gruppo»<sup>36</sup>.

## 6. Minoranze nelle minoranze, ovvero il paradosso del multiculturalismo alla luce dell'intersezionalità

Vediamo, in un'ottica critica, un caso ormai classico a questo riguardo<sup>37</sup>.

Siamo nel 1997. All'interno di una comunità indigena appartenente all'etnia degli *Arahuacos*, in particolare la comunità *Ika*, a seguito della campagna di evangelizzazione svolta da esponenti di una chiesa evangelica<sup>38</sup>, alcune persone della comunità si convertono a questa fede religiosa.

Sorge così un conflitto in quanto, per dirla in breve, l'autorità indigena considera come un affronto alla propria cultura l'adesione (e le pratiche conseguenti a quest'adesione) al credo religioso evangelico. Il conflitto riguarda, dunque, due gruppi di indigeni: quello maggioritario che chiamerò indigeno-non-evangelico e quello minoritario che chiamerò indigeno-evangelico<sup>39</sup>.

La Corte costituzionale ha risolto questo conflitto stabilendo, tra le altre cose, che gli indigeni-evangelici hanno il diritto a professare la propria religione all'interno del territorio indigeno solo in privato, e in pubblico solo all'esterno del territorio<sup>40</sup>. La Corte considera, infatti, che la diffusione di una religione bianca/meticcina all'interno del territorio contrasta

---

pubblicato anche in N. FRASER, *Heterosexismo, falta de reconocimiento y capitalismo: respuesta a Judith Butler*, in *Fortunas del feminismo*, Instituto de altos estudios Nacionales, Madrid, 2015, cit., p. 209.

<sup>35</sup> *Supra*, § 1.

<sup>36</sup> «En tales casos debe aplicarse dos veces el principio de paridad participativa. Habrá que aplicarlo primeramente en el plano *intergruppal*, para evaluar los efectos de los patrones de valor cultural institucionalizados sobre la posición relativa de las minorías frente a las mayorías. Después, deberá aplicarse de nuevo en un plano *intragruppal*, para evaluar los efectos internos de las prácticas minoritarias para las que se reivindica el reconocimiento. Tomados juntos, estos dos planos constituyen una doble exigencia. Quienes reivindican deben demostrar primero que la institucionalización de normas culturales de la mayoría les niega la paridad participativa, y después, que las prácticas cuyo reconocimiento buscan no niegan en sí mismas paridad participativa a otros, así como a algunos de sus propios miembros»: N. FRASER, *Replantear la justicia en un mundo en proceso de globalización*, cit. 200-201.

<sup>37</sup> Corte costituzionale colombiana, SU. 510/1998.

<sup>38</sup> *Iglesia Pentecostal Unida de Colombia* (IPUC).

<sup>39</sup> Per un'analisi molto interessante di questo caso in chiave antropologica cfr. D. BOCAREJO, *Spatializing Religious Freedom: Inhabiting the Legal Frontier Between Ethnic and National Rights in Social & Legal Studies*, 23, 2014, pp. 31-53.

<sup>40</sup> «Conforme a todo lo anterior, no prosperan las súplicas de los pastores y miembros no indígenas de la IPUC en el sentido de que se les permita llevar a cabo actividades de proselitismo religioso dentro del resguardo arhuaco. Una autorización en el sentido de admitir las peticiones elevadas por los actores sólo puede ser impartida por las autoridades tradicionales. Por esta razón, mientras la negativa de los Ika a que pastores y miembros no indígenas de la IPUC ingresen al resguardo persista, éstos deberán permanecer y realizar sus actos de proselitismo religioso por fuera del territorio del resguardo»: Corte costituzionale colombiana, SU 510/1998.

fortemente con la tradizione *Ika* in quanto la sua cultura, di certo non secolarizzata<sup>41</sup>, si vedrebbe esposta a una contaminazione che porrebbe in rischio la conservazione della propria identità culturale<sup>42</sup>.

Almeno dal punto di vista del rapporto della minoranza con l'esterno, questa decisione è senza dubbio caratterizzata da una forte, radicale, politica di riconoscimento. Una politica costruita sulla base di una concezione comunitarista, statica, monolitica, omogenea, territoriale e purista della cultura indigena *Ika*. Tuttavia, tale decisione, penso proprio in conseguenza dell'adesione a questa concezione di cultura, lascia da parte, o almeno trascura, l'analisi della intersezione che occupa il gruppo di indigeni-evangelici, nonché la già ricordata analisi «intra-gruppo» come ulteriore livello di analisi delle politiche di riconoscimento<sup>43</sup>.

E la lascia da parte in quanto sembra ridurre il gruppo di indigeni-non-evangelici a una specie di massa ontologicamente statica e incontaminata<sup>44</sup>. Una massa caratterizzata da un'inderogabile relazione identitaria con il territorio, escludendo in tal modo l'indigeno-evangelico (l'indigeno "contaminato") in quanto non coerente, da un punto di vista olistico, con i canoni culturali tradizionali della (o, meglio, ascritti e/o auto-ascritti alla) comunità *Ika*.

Si tratta di un processo nel quale le pretese dell'indigeno-evangelico sono ridotte, dalla Corte costituzionale, all'esercizio del diritto soggettivo a uscire dal gruppo (e dal territorio). La Corte così risolve il conflitto collocando l'indigeno-evangelico "fuori" dalla cultura a cui invece sente ancora di appartenere. In altre parole, sembrerebbe che la Corte risolva questo conflitto mediante l'identificazione del gruppo degli indigeni-evangelici come una minoranza *by force* (o minoranza per costrizione o non-volontaria)<sup>45</sup>: infatti, la Corte si limita a riconoscere a tale gruppo (i convertiti) il diritto a praticare pubblicamente il proprio credo fuori dal territorio (uscendo dalla comunità), e quindi a praticare la propria religione occidentale senza alcuna differenza rispetto al meticcio/bianco – come se si trattasse, infatti, di meticci/bianchi e non più di un indigeno.

---

<sup>41</sup> «Elemento central del presente análisis constituye la estrecha relación que existe en la cultura Arhuaca o Ika, entre los ámbitos religioso, público y privado. En efecto, a diferencia de las sociedades seculares occidentales, la comunidad Ika se caracteriza, fundamentalmente, por una superposición, casi exacta, de las tres órbitas mencionadas, con un predominio incuestionable de lo religioso sobre lo público o político y sobre lo privado o individual y familiar»: Corte costituzionale colombiana, SU 510/1998.

<sup>42</sup> «Por las razones expresadas, la presencia de extraños no autorizados en el resguardo Ika, cuyas creencias y prácticas amenazan el derecho fundamental del pueblo indígena a su identidad e integridad cultural, significa, desde su perspectiva interna, una profanación grave que debe ser evitada para garantizar la integridad de sus derechos como comunidad»: Corte costituzionale colombiana, SU 510/1998.

<sup>43</sup> In effetti, il conflitto tra la pretesa di riconoscimento da parte degli *Ika* e il diritto alla libertà religiosa della chiesa evangelica e dei suoi componenti si risolve chiaramente a favore della prima fondamentalmente sulla base della rappresentazione della cultura *Ika* come cultura non secolarizzata e intimamente connessa al territorio, nonché del ricorso alla distinzione pubblico/privato. Tuttavia, l'analisi della Corte sembra liquidare in modo molto superficiale il secondo livello di analisi sulle politiche di riconoscimento: il livello dell'analisi intra-gruppo (v. *supra*, § 5) o, meglio, la considerazione degli effetti della politica di riconoscimento nei confronti dei membri della comunità indigena convertiti alla religione evangelica. Tale lacuna si concretizza proprio a partire dalla mancata considerazione (dello strumento epistemologico della) analisi intersezionale.

<sup>44</sup> È chiaro nella sentenza che la comunità indigena *Ika* è tale in quanto mantiene (e, allo stesso tempo, sempre e quando mantenga) una relazione simbiotica e statica con il territorio (lo stesso territorio). Sul punto v. D. BOCAREJO, *Dos paradojas del multiculturalismo colombiano. La espacialización de la diferencia indígena y su aislamiento político*, cit., p. 103 ss.

<sup>45</sup> Sulla distinzione tra minoranza *by will* e minoranza *by force* cfr. già J. LAPONCE, *The Protection of Minorities*, University of California Press, Berkley-Los Angeles, 1960, pp. 12-13. V. anche, tra altri, A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993; P. COMANDUCCI, *Quali minoranze? Quali diritti? Prospettive di analisi e classificazione*, in E. VITALE (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2000, p. 56.

Tuttavia, si noti che l'indigeno-evangelico in realtà si posiziona in un'intersezione tra due minoranze: indigeni ed evangelici. E, come già detto, secondo la prospettiva teorica dell'intersezionalità, le garanzie offerte alle pretese avanzate da una sola minoranza, o anche di entrambe separatamente, non risolve, ma, al contrario, tende ad occultare e marginalizzare chi popola questo spazio di penombra<sup>46</sup>. Una marginalizzazione che, di fatto, penso, non solo può essere ricondotta a un deficit di politiche di riconoscimento all'interno dei gruppi (intra-gruppo) ma, ancor prima, all'assenza assoluta di politiche di rappresentanza. E quando dico 'assoluta' non mi riferisco all'assenza di politiche di rappresentanza cd. ordinarie<sup>47</sup> mediante le quali si riconosce voce politica a un gruppo (per esempio mediante la partecipazione in Parlamento), bensì, a una specie di «morte politica»<sup>48</sup>. Un'invisibilità che cioè esclude dalla cornice dei destinatari di politiche di riconoscimento, di redistribuzione e di rappresentanza ordinaria, una specifica categoria che si configura come minoranza invisibile all'interno della minoranza indigena.

In altri termini, la sottovalutazione del fenomeno dell'intersezionalità sembrerebbe tradursi, in via di prima approssimazione, in quello che Fraser chiama «carenza o deficit di cornice» (*misframe*), ossia la carenza di cui soffre un gruppo sociale oppresso che neppure esiste come soggetto destinatario di: (i) politiche di riconoscimento – non esiste un *chi* le cui differenze debbano essere valorizzate – (ii) né di politiche di distribuzione – non esiste un *chi* le cui necessità fondamentali e i cui diritti sociali debbano essere soddisfatti.

E l'enfaticizzazione di concezioni territoriali, statiche, puriste e omogenee di cultura conduce a questo tipo estremo di marginalizzazione degli indigeni che popolano le intersezioni. In effetti, per esempio, il fattore territoriale, in alcune occasioni (non in tutte, come vedremo più avanti<sup>49</sup>) finisce, anche come conseguenza di uno sguardo stereotipato, per diventare una specie di muro giuridico e reale dove la eterogeneità che caratterizza le comunità indigene viene oscurata.

---

<sup>46</sup> Una situazione dovuta anche all'adozione, da parte della Corte costituzionale colombiana, di una prospettiva comunitarista. A questo proposito, credo che sia del tutto condivisibile l'affermazione di I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, cit., p. 285, secondo la quale il comunitarismo «esprime un desiderio di reciproca fusione tra i soggetti, che in pratica funziona in modo da escludere coloro con i quali il gruppo non si identifica: e nega e rimuove la differenza sociale, il fatto che l'ordinamento politico non può realisticamente essere pensato come un'unità in cui tutti i partecipanti condividano una comune esperienza e valori comuni». Per un'introduzione al dibattito comunitarista, v. ad esempio, C. NINO, *The Communitarian Challenge to Liberal Rights*, in, *Law and Philosophy*, 8, 1989, pp. 37-52, ora in *Rights*, C. NINO (ed), Dartmouth, Cambridge, 1992, pp. 75-86; P. COMANDUCCI, *La imposibilidad de un comunitarismo liberal*, in L. PIETRO SANCHIS (ed.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 13-26; E. VITALE, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Laterza, Roma, 2000; W. KIMLICKA, W. NORMAN (eds), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, New York, 2000.

<sup>47</sup> L'ingiustizia per mancanza di rappresentazione si riferisce agli ostacoli che si frappongono alla parità di partecipazione nel dibattito pubblico dovuta a carenze di ordine strettamente politico – ostacoli ovviamente connessi, o possibilmente connessi con l'ingiustizia per mancanza di distribuzione e/o con l'ingiustizia per mancanza di riconoscimento. Secondo N. FRASER, *Replantear la justicia en un mundo en proceso de globalización*, cit., pp. 228-229, l'ingiustizia per mancanza di rappresentazione opera su due livelli differenti. A un primo livello essa si manifesta come «mancanza di rappresentazione ordinaria»: si tratterebbe di un'ingiustizia ravvisabile nelle norme sulla presa di decisioni politiche (diritto al voto, ecc.): «las normas de decisión política niegan a algunos de los incluidos la oportunidad de participar plenamente, en calidad de iguales». A un secondo livello, molto più complesso e molto più significativo, la rappresentanza per mancanza di cornice (*misframe*): «la injusticia surge aquí cuando los límites de la comunidad se trazan de tal manera que excluyen erróneamente a algunos de la oportunidad de participar en absoluto en los debates autorizados acerca de la justicia. En dichos casos, la falta de representación adopta una forma más profunda, que yo denominaré carencia de marco».

<sup>48</sup> «[...] este tipo de carencia de marco es una especie de “muerte política”. Quienes lo sufren pueden convertirse en objetos de la caridad o la benevolencia, pero privados de la posibilidad de presentar reivindicaciones de primer orden [de reconocimiento y/o de distribución], se convierten en no-personas con respecto a la justicia»: N. FRASER, *Replantear la justicia en un mundo en proceso de globalización*, cit., p. 230.

<sup>49</sup> *Infra*, §§ 7-8.

Un “luogo” che, se inteso alla luce di concezioni culturali statiche, omogenee e puriste, viene a condizionare fortemente le particolarità dell’indigeno eventualmente allontanato dal suo territorio. Un indigeno-senza-territorio che si trasformerebbe in un soggetto in parte non identificabile in quanto, per così dire, impuro<sup>50</sup>. Un soggetto che finirebbe per convertirsi, al massimo, in un non-indigeno e in un non-bianco/meticcio, e cioè in un essere invisibile, come del resto si potrebbe ricavare dal (già in parte superato) principio della Corte secondo cui a *maggior conservazione della cultura deve corrispondere maggiore riconoscimento di autonomia da parte dello Stato* (che vorrebbe dire, quindi, *a minore conservazione della cultura – come nel caso degli indigeni-evangelici – minore riconoscimento di autonomia da parte dello Stato*)<sup>51</sup>.

## 7. Approccio differenziale e specificazione delle pretese

Tuttavia, sembra che la Corte costituzionale sia anche (almeno in parte o potenzialmente) sensibile a questo fenomeno. Una (diversa) tendenza, infatti, mostra un atteggiamento di (progressiva) valorizzazione delle comunità indigene nelle intersezioni con altri gruppi sociali oppressi che tende al contempo a valorizzare la tridimensionalità delle loro pretese.

Ciò si verifica proprio in relazione al rapporto dei gruppi indigeni con il loro territorio. Pertanto, se prima ho sottolineato la difficoltà che si può verificare riguardo al collegamento inscindibile tra cultura e territorio – problema che si enfatizza proprio come conseguenza della concezione di cultura adottata dalla Corte costituzionale colombiana – ora, paradossalmente, incentrerò la mia analisi proprio sulla tutela del territorio come garanzia delle pretese dei gruppi indigeni: pretese non solo di riconoscimento, ma anche di distribuzione e certamente di rappresentanza. Così, la enfaticizzazione del rapporto tra gruppo indigeno e territorio (se preso sul serio) diventa anche una sorta di *test-case* per valutare gli eventuali vantaggi di adottare un approccio che consideri le intersezioni dei gruppi indigeni con altre minoranze (quindi, il cd. ‘approccio differenziale’) capace, come si vedrà più avanti, di dare rilevanza anche alla tridimensionalità delle pretese dei gruppi indigeni in relazione all’uso del proprio territorio (quindi, la ‘consulta previa con consenso obbligatorio’<sup>52</sup>).

Riguardo al primo aspetto, ossia l’intersezione tra (almeno) due minoranze, un caso specifico durante l’ultimo decennio ha suscitato l’interesse della Corte costituzionale: l’intersezione tra la minoranza *gruppi indigeni* e la minoranza *sfollati (desplazados)*.

A questo proposito la Corte costituzionale ha impiegato il cd. approccio differenziale che, anche in relazione ai gruppi indigeni e neri (approccio etnico), alle donne (approccio di genere), ai bambini, e alle persone con disabilità, è stato rafforzato dalla stessa Corte in diversi provvedimenti (p.e. 92 del 2008; 251 del 2008, 4 e 5 del 2009; 6 del 2009, 98 del

---

<sup>50</sup> Per un’analisi di questo fenomeno v. D. BOCAREJO, *Dos paradojas del multiculturalismo colombiano. La espacialización de la diferencia indígena y su aislamiento político*, cit., *passim*.

<sup>51</sup> Si tratta di un criterio interpretativo elaborato dalla Corte nella sentenza T-254/1994 che, nella sua prima versione, ben potrebbe essere letto come un canone secondo cui la garanzia delle pretese di riconoscimento (e, vale la pena ribadirlo, delle pretese di distribuzione e di quelle di rappresentanza eventualmente coinvolte) dipende, in termini proporzionali, dal grado di “purezza”, isolamento e non mobilità della rispettiva cultura (o di ciò che si considera la rispettiva cultura). Tuttavia, a partire dalla sentenza T-514/2009 il principio è stato (forzatamente) ri-formulato. Così, per esempio, nella sentenza T-661/2015, la Corte precisa che questo principio si riferisce solo al bisogno «de la intensificación del diálogo, en la medida en que las diferencias culturales se hagan más notorias. Sin embargo, el grado de conservación cultural no puede llevar al operador judicial a desconocer las decisiones autónomas de cada comunidad, incluidas aquellas dirigidas a iniciar un proceso de recuperación de tradiciones, o a separarse de algunas de sus tradiciones».

<sup>52</sup> V. *infra*, § 8.

2013; 443 de 2015): si tratta di direttive rivolte ai pubblici poteri contenenti indicazioni su come dovrebbero essere configurate le politiche in materia di sfollamento (*desplazamiento*) forzato nelle zone rurali della Colombia dovuto soprattutto al conflitto armato. Un conflitto che, peraltro, affonda le proprie radici in un contesto sociale ed economico caratterizzato storicamente, come abbiamo già visto, da un sistematico spoglio e sfruttamento delle terre<sup>53</sup>. Un fenomeno, quello dello sfollamento (*desplazamiento*), già identificato nella famosa sentenza T-025 del 2004<sup>54</sup> (seguita, appunto, dai provvedimenti prima ricordati) come un cd. Stato di Cose Incostituzionale, caratterizzato cioè da una persistente e sistematica violazione di diritti fondamentali<sup>55</sup>.

L'espressione 'approccio differenziale' può essere intesa, o sarebbe da intendersi come 'approccio intersezionale', ossia come un approccio che prende in considerazione le intersezioni di ogni gruppo sociale con (per esempio) il fenomeno del *desplazamiento*, nella considerazione del fatto che, in realtà, il *desplazamiento* non tocca sempre tutti i gruppi nella stessa maniera e con la stessa intensità.

All'interno di queste intersezioni, una delle condizioni più problematiche è appunto quella in cui versa la categoria indigeno-*desplazado*, un gruppo che rappresenta più o meno il 10% della popolazione che si auto-riconosce come indigena, corrispondente al 17% della popolazione etnica vittima di sfollamento in Colombia<sup>56</sup> e quindi a circa il 2% dei più di 6 milioni di *desplazados* finora registrati<sup>57</sup>. Una intersezione (indigeno-*desplazado*) a sua volta potenzialmente destinataria di ulteriori incroci: come appena detto, non a caso, la stessa Corte ha enfatizzato, mediante i suoi provvedimenti, la specificazione delle diverse categorie che potrebbero caratterizzare la singola persona *desplazada*, cogliendo il fatto che, appunto, quest'ultima ben potrebbe trovarsi nella condizione, per esempio, di sfollata-bambina-disabile-vittima di violenza sessuale.

Comunque, anche senza enfatizzare le altre categorie<sup>58</sup>, in relazione all'indigeno-sfollato e alla sua pretesa di reintegrazione nel proprio territorio, la Corte ha precisato che il

---

<sup>53</sup> Sulle difficoltà definitorie di '*desplazado*' o '*desplazada*' e sul dibattito al riguardo v., per esempio, I. VÉLEZ TORRES, *Desplazamiento y etnicidad: fracasos del multiculturalismo en Colombia*, in *Destacados*, gennaio-aprile 2013, pp. 158-161.

<sup>54</sup> Corte costituzionale colombiana, T-025/2004.

<sup>55</sup> Per un'analisi approfondita del fenomeno del *desplazamiento* alla luce della sentenza di tutela T-025/2004 e dei provvedimenti successivi, v. C. RODRÍGUEZ-GARAVITO, D. RODRÍGUEZ-FRANCO, *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*, Cambridge University Press, New York, 2015, *passim*, spec. pp. 30-52; (per una possibile tassonomia degli effetti di questa e di altre decisioni strutturali: Parte II).

<sup>56</sup> Si stima che il 14% della popolazione etnica colombiana sia stata vittima di *desplazamiento* forzato: CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA, *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*, CNMH-UARIV, Bogotá, 2015, p. 37: «Las comunidades étnicas colombianas han sido una de las principales víctimas del desplazamiento forzado y han sufrido un desproporcionado impacto pues esta forma de violencia ha afectado sus formas de vida tradicionales y ancestrales. De acuerdo al registro oficial, en total, 869.863 personas desplazadas pertenecen a un grupo étnico, lo cual quiere decir que esta forma de violencia ha afectado al 14 por ciento de la población étnica censada en 2005».

<sup>57</sup> Peraltro, il 15% della popolazione afro-discendente è stata vittima di sfollamento: percentuale che rappresenta l'80% della popolazione etnica vittima di *desplazamiento* e, quindi, quasi l'11% dei più di 6 milioni di sfollati in Colombia. Gli afro-discendenti e i gruppi indigeni sono, dunque, le due categorie più colpite dallo sfollamento forzato in Colombia. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA, *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*, cit., p. 39: «A partir de las cifras del censo de 2005, se estima que cerca del 15 por ciento de la población afro ha sido víctima del desplazamiento forzado, cifra que para los pueblos indígenas corresponde al 10 por ciento. Debido a que estos grupos representan respectivamente el 10 y el 3 por ciento de la población colombiana, las elevadas cifras de expulsión revelan una afectación desproporcionada y agravada con ese tipo de población».

<sup>58</sup> Ad esempio, per un'enfatizzazione di questo fenomeno con attenzione anche a una prospettiva di genere (che tiene quindi conto anche della popolazione LGBTI), v. con un approccio intersezionale: D. GUZMÁN RODRÍGUEZ, N. CHAPARRO GONZÁLEZ, *Restitución de tierras y enfoque de género*, Dejusticia-Antropos, Bogotá, 2013, *passim*.

soddisfacimento di tale pretesa deve prendere in considerazione le specificità culturali dei gruppi etnici e, quindi, non solo la dimensione individuale, ma anche la dimensione collettiva e dunque il pregiudizio (*afectación*) subito dal gruppo in conseguenza del *desplazamiento*<sup>59</sup>. Dovrebbe cioè trattarsi di una forma di riparazione che, prendendo in considerazione l'intersezione indigeno-*desplazado* (due gruppi oppressi) rende possibile, ai membri di questa categoria, il ritorno al proprio territorio d'origine, in sintonia, del resto, a quanto previsto dall'art. 16 della Convenzione OIL n. 169 e dagli artt. 10 e 28 della Dichiarazione ONU sui diritti dei popoli indigeni. Tale normativa, peraltro, in una direzione condivisa dalla Corte costituzionale colombiana, prevede, ma solo come seconda opzione riparativa – qualora, cioè, non fosse possibile il rientro allo stesso territorio di origine –, la sistemazione, previo consenso, in un territorio di uguale qualità, estensione e caratteristiche giuridiche.

Queste politiche di restituzione delle terre<sup>60</sup>, alla luce della già riferita teoria tridimensionale della giustizia elaborata da Fraser, possono essere lette (o potrebbero essere lette) non solo come espressione di una *politica di riconoscimento*, ossia di una politica che cerca di attribuire all'indigeno-*desplazado* uno *status* di rispetto e stima mediante interventi di promozione esclusivamente identitaria. Le stesse politiche di restituzione delle terre possono essere lette anche come espressione di una *politica di distribuzione*, cioè, di misure dirette a riequilibrare la distribuzione della ricchezza e, quindi, a dare indipendenza alla voce dell'indigeno-*desplazado* nel dibattito pubblico mediante la concomitante garanzia di diritti sociali, l'autonomia nella gestione delle proprie risorse e, nelle parole della Corte, la stabilizzazione socio-economica. Infine, queste misure di riparazione possono essere lette anche come espressione di una *politica di rappresentanza*: in effetti, tali misure non solo comportano l'inclusione dell'indigeno-*desplazado* nella cornice (*frame*) dei destinatari di politiche di riconoscimento e di redistribuzione, ma prevedono anche canali di rappresentanza 'ordinaria'. Mi riferisco, ad esempio, a quelle misure che consentono la partecipazione dei gruppi di indigeni coinvolti nei processi decisionali sulla riparazione.

## 8. Pretese di rappresentanza e facoltà decisionale

Tra questi meccanismi di partecipazione, l'accidentata figura della *consulta* (della consultazione) *previa* è senza dubbio la più rilevante<sup>61</sup>: un meccanismo che consente ai gruppi indigeni di prendere parte all'elaborazione di decisioni che, per quanto tradizionalmente siano state di competenza della cultura maggioritaria, in qualche modo, nel bene o nel male, li coinvolgono (*los afectan*). Si tratta di decisioni non solo relative a progetti di infrastrutture nei territori indigeni o alle eventuali occupazioni militari, ma

---

<sup>59</sup> È precisamente in questo contesto che C. RODRÍGUEZ-GARAVITO, Y. LAN, *Etnorrepaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Dejusticia-Antropos, 2001, parlano di etno-riparazioni. Il *genus* in cui si situa la specie "riparazioni-per-sfollamenti-forzati-di-gruppi-etnici-indigeni".

<sup>60</sup> A cui si somma, ma solo come terza opzione, l'attuazione di misure equitative di compensazione.

<sup>61</sup> Si tratta di una figura giuridica che affonda le proprie radici nella normativa internazionale, in particolare nella già citata Convenzione OIL n. 169 del 1989, ratificata dalla Colombia nel 1991. Una versione più garantista dei diritti etnici in relazione all'autogestione del proprio territorio si ritrova nella risoluzione dell'ONU approvata con 143 voti nel 2007: la già citata Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni. Benché tale risoluzione non costituisca uno strumento normativo vincolante, cfr. la sentenza della Corte costituzionale colombiana T-376/2012. A questi strumenti di tutela deve aggiungersi, ovviamente, la giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani, su cui cfr. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (sentenza del 27 giugno 2012).

anche, ad esempio, a iniziative legislative in materia di *status*, di garanzia di diritti sociali o di meccanismi riparativi di pregiudizi derivanti dal *desplazamiento*<sup>62</sup>.

La Corte costituzionale si è occupata anzitutto di stabilire che cosa debba intendersi per ‘coinvolgimento’ (*afectación*) di una comunità indigena, distinguendo tre diversi tipi o gradi di coinvolgimento: coinvolgimento indiretto, coinvolgimento diretto e coinvolgimento diretto e profondo o intenso. Per ciascuno di questi tre tipi di coinvolgimento la Corte ha previsto una specifica modalità di partecipazione nei processi decisionali.

Così, quando il coinvolgimento nella questione trattata è considerato «indiretto», la partecipazione del gruppo indigeno è semplice e valgono quindi i criteri di partecipazione che operano per tutti i cittadini colombiani, fatte salve alcune previsioni specifiche<sup>63</sup>.

Quando invece il coinvolgimento della comunità indigena nella questione trattata è considerato “diretto” opera, appunto, il meccanismo della *consulta previa*: un meccanismo di partecipazione che si configura, in sintonia con un’interpretazione letterale della Convenzione OIL n. 169, come requisito di procedibilità. Per evitare il rischio di risultare contraria a un diritto fondamentale, e quindi annullabile dalla Corte costituzionale, qualsiasi iniziativa legislativa e qualsiasi realizzazione di progetti di infrastruttura sul territorio indigeno, che tocchi direttamente i diritti di uno o più comunità, deve pertanto essere accompagnata da una previa consultazione (libera e informata) del gruppo coinvolto.

Benché sulla carta tale consultazione abbia l’obiettivo di ottenere il consenso degli interessati, in realtà tale consenso non è un requisito necessario, ma solo un obiettivo eventuale a cui deve puntare il meccanismo della consultazione. In altre parole, anche nel coinvolgimento diretto, la *consulta previa e informada* non può essere intesa come un efficace strumento di garanzia di pretese di *status* e di redistribuzione, né, ancor prima, come uno strumento di politica di rappresentanza ordinaria, capace di garantire fino in fondo la parità di partecipazione dei gruppi indigeni nel dibattito pubblico.

Non a caso, se confrontata con la consultazione previa *con* consenso obbligatorio di cui dirò tra poco, la consultazione previa *senza* consenso obbligatorio, benché oggetto di critiche reazionarie, non è vista con troppo sfavore da parte della cultura maggioritaria (neoliberista): nel peggiore dei casi, infatti, questo istituto si trasforma in un ostacolo che, al tempo stesso, finisce per normalizzare e neutralizzare il conflitto. Ciò proprio perché questa forma di pseudo-decisione si situa in una cornice dove, per esempio, la crescita economica (se la consulta riguarda, per esempio, progetti di infrastruttura) permane immobile nel vertice della gerarchia che risolve il conflitto sorto dalla pretesa di auto-determinazione del gruppo indigeno coinvolto<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Sull’istituto della *consulta previa*, non solo in relazione all’ordinamento colombiano, cfr. B. CLAVERO, *Cultura indígena e historia colonial: Colombia y las Américas, de México a Bolivia, entre derechos humanos y derecho constitucional*, 1989-2014, in *Quaderni Fiorentini*, 44, 2015, pp. 589-661. C. RODRÍGUEZ GARAVITO, *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas, y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, cit., p. 40 ss., rivisto e ampliato in un paragrafo del capitolo II di C. RODRÍGUEZ GARAVITO, C.A. BAQUERO DÍAZ, *Reconocimiento con redistribución. El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*, cit., p. 26 ss.

<sup>63</sup> Per esempio, v. Corte costituzionale colombiana, C-175/2009: «Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma (...) uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están *prima facie* sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses».

<sup>64</sup> A questo proposito – seguendo in parte B. DE S. SANTOS, *Toward a Multicultural Conception of Human Rights*, in B. HERNÁNDEZ-TRUYOL (ed.), *Moral Imperialism: A Critical Anthology*, New York University Press, New York, 2009, C. HALE, *Neoliberal Multiculturalism: The Remaking of Cultural Rights and Racial Dominance in Central America*, in *PoLAR*, 28, 2005, pp. 10-28 e J. COMAROFF, J. COMAROFF, *Ethnicity, Inc.*, University of Chicago Press, Chicago, 2009 – C. RODRÍGUEZ GARAVITO, C.A. BAQUERO DÍAZ, *Reconocimiento con redistribución. El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*, cit., *passim*, parlano di un “multiculturalismo egemonico” (in contrapposizione ad un multiculturalismo contro-egemonico) come il risultato, appunto, di una struttura normativa – “concertata” anche a livello internazionale, proprio nella negoziazione della Convenzione OIL n. 169 – dove la cultura egemonica è riuscita a privare la partecipazione dei gruppi indigeni

Infine, quando il coinvolgimento nella questione trattata è considerato *diretto e molto rilevante o profondo* opera la Consulta previa, ma in questo caso il consenso è un requisito obbligatorio, una condizione necessaria e inderogabile per procedere nell'*iter* di approvazione del progetto di legge o del progetto di infrastruttura<sup>65</sup>.

In questo caso, l'interpretazione della Convenzione OIL n. 169 opera, senz'altro, mediante canoni interpretativi diversi da quello letterale: canoni funzionali alla scelta interpretativa operata da alcune decisioni della Corte interamericana dei diritti umani, in sintonia con quanto previsto dalla Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni (artt. 10<sup>66</sup>, 29.2<sup>67</sup> e 32<sup>68</sup>).

Questa modalità di partecipazione – detta anche *consulta previa libera e informata con consenso obbligatorio* – può essere letta come una possibile manifestazione di un equilibrio tra

---

della sua forza redistributiva e (peraltro, anche) rappresentativa, mediante la previsione di uno strumento come la *Consulta* che presume una sorta di eguaglianza (solo formale) tra il gruppo indigeno e le altre parti del processo di consultazione. Si tratta di una scelta giuridica che opera come deroga all'opportunità, socialmente avvertita, di prevedere il consenso obbligatorio da parte del gruppo indigeno come requisito necessario e non, quindi, solo contingente. Così (pp. 50-51): «De ahí que la [Consulta Previa Libre e informada] CPLI haya sido acogida de buen grado por los actores del neoliberalismo global, desde los bancos hasta las empresas transnacionales, que encontraron en ella un mecanismo útil y amigable para responder a las crecientes críticas sobre el impacto de sus operaciones sobre los pueblos indígenas [...] En otras palabras, una vez exorcizaron la consulta para librarla de las demandas más exigentes del principio de autodeterminación, los actores globales del neoliberalismo pudieron traducirla en uno más de los adjetivos que cualificaban (pero mantenían y reforzaban) el discurso del desarrollo».

<sup>65</sup> In questo senso v., per esempio, Corte costituzionale colombiana, T-769/2009 e T-129/2011. Nella sentenza T-661/2015 si precisa, in relazione a questa forma di coinvolgimento (*afectación*) che «[e]l consentimiento expreso, libre e informado, sin embargo, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos [...] Pues bien, una medida que afecta gravemente intereses y derechos protegidos de las comunidades originarias y se pretende implantar sin la aceptación expresa y libre del pueblo interesado resulta abiertamente irrazonable, puede afectar desproporcionadamente derechos y principios constitucionales y puede, por lo tanto, ser objeto de control judicial de carácter constitucional». E precisamente nella stessa sentenza si fa riferimento alle due decisioni prima citate nei seguenti termini: «[...] en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad no se agota en la consulta, sino que es necesario obtener el consentimiento libre, informado y expreso del grupo afectado, como condición de procedencia de la medida [...] En las sentencias citadas (T-769 de 2009 y T-129 de 2011), la Corporación estableció que si bien el deber general del Estado en materia de consulta previa consiste en asegurar una participación activa y efectiva de las comunidades con el objeto de obtener su consentimiento, cuando la medida, además de afectar directamente a una comunidad, la afecta intensamente, es obligatoria la obtención del consentimiento de la comunidad previa la implantación de la medida, política, plan o proyecto».

<sup>66</sup> Art. 10: «I popoli indigeni non possono essere spostati con la forza dalle loro terre o territori. Nessuna forma di delocalizzazione potrà avere luogo senza il libero, previo e informato consenso dei popoli indigeni in questione e solo dopo un accordo su di una giusta ed equa compensazione e, dove possibile, con l'opzione del ritorno».

<sup>67</sup> Art. 29.2: «Gli Stati devono adottare misure efficaci per assicurare che nessun tipo di stoccaggio o smaltimento di sostanze pericolose abbia luogo sulle terre o territori dei popoli indigeni senza un loro previo, libero e informato consenso».

<sup>68</sup> Art. 32: «1. I popoli indigeni hanno diritto a definire ed elaborare le priorità e le strategie per lo sviluppo o l'utilizzo delle loro terre o territori e delle altre risorse. / 2. Gli Stati dovranno consultarsi e cooperare in buona fede con i popoli indigeni in questione, tramite le loro istituzioni rappresentative, in modo tale da ottenere il loro libero e informato consenso previamente all'approvazione di qualsiasi progetto che influisca sulle loro terre o territori e sulle altre risorse, in modo particolare per quanto concerne la valorizzazione, l'uso o lo sfruttamento delle risorse minerarie, idriche o di altro tipo. / 3. Gli Stati dovranno provvedere dei meccanismi efficaci per un giusto ed equo indennizzo per qualunque delle sopraccitate attività, e si dovranno approntare misure adeguate per mitigare un impatto nocivo a livello ambientale, economico, sociale, culturale o spirituale».



politiche di riconoscimento, di rappresentanza e di distribuzione, nei termini di Fraser precisati in questo scritto.

In effetti, attraverso l'operatività dell'istituto giuridico della *consulta previa* con consenso obbligatorio, si apre per gli indigeni, almeno da un punto di vista giuridico, spazio ai canoni interpretativi istituzionalizzati: quindi, politiche di riconoscimento. Inoltre, il loro consenso diventa condizionante per la struttura economica e del mercato, favorendo il protagonismo non subalterno delle comunità indigene all'interno di processi di negoziazione relativi, ad esempio, a un progetto di infrastruttura o a un'iniziativa in materia di sviluppo economico: quindi, politiche distributive. Infine, gli indigeni partecipano mediante un procedimento che, a livello delle già citate politiche di rappresentanza ordinaria, fissa meccanismi di partecipazione politica in grado di incidere sui processi decisionali: quindi, politiche di rappresentanza.

Ora, al di là della efficacia che può avere l'istituto della *consulta previa* con consenso obbligatorio, credo che tale istituto, per essere incisivo, dovrebbe adottare anche una prospettiva intersezionale: ossia tenere conto, nella sua applicazione, delle differenti istanze di cui sono portatori, in relazione a una certa normativa o a un progetto di infrastruttura, gli indigeni che popolano, a loro volta, altre categorie.

Non tutti gli indigeni, infatti, sono uguali, nemmeno all'interno dello stesso territorio.

Si stima che nell'ambito di un'etnia indigena stanziata nel dipartimento del Vaupés ogni anno si suicidano 40 giovani per ogni 100 mila abitanti, contro una media nazionale di 5 giovani per ogni 100 mila abitanti. In un recente documentario intitolato *La selva inflada* (la foresta gonfiata)<sup>69</sup>, il regista Alejandro Naranjo approfondisce questa inquietante storia di suicidi seriali (all'incirca due al mese) che coinvolge studenti e studentesse che nascono all'interno di comunità indigene e in giovane età si recano nella capitale della regione, Mitú, per terminare gli studi.

Vittime di segregazione nella capitale e destinatari di una formazione scolastica imposta dal centro, queste/i giovani tornano nella propria comunità di origine per mancanza di opportunità lavorative. Come credo emerga dal documentario, però, non si tratta più delle stesse persone: il contatto con la cultura e l'educazione maggioritaria li ha cambiati. Non sono più gli indigeni che avevano lasciato la propria terra, ma neppure bianchi/meticci assimilati. Sono invisibili. Il territorio in cui è stanziata la comunità indigena di appartenenza di questi giovani non offre più opportunità di lavoro e le poche opportunità si limitano allo sfruttamento minerario su larga scala.

Suicidi di giovani indigeni smarriti nella zona grigia di varie intersezioni senza che le politiche pubbliche riescano a catturare questo vuoto. Credo che esempi come questo mostrino con crudo realismo la vera sfida di un progetto multiculturale: consolidare una prospettiva intersezionale, valorizzando, a loro volta, e allo stesso livello, le politiche di riconoscimento, di redistribuzione e di rappresentanza.

Questi ultimi due tipi di politiche (senza dubbio legate alla pretesa di autodeterminazione dei popoli) sono le più scomode per la cultura maggioritaria perché sono le più onerose e perché, probabilmente, sono in grado di condurre a una vera riappropriazione della facoltà decisionale da parte dei gruppi indigeni: facoltà strappata loro già dai tempi del *Requerimiento*<sup>70</sup>.

Le politiche di riconoscimento, invece, se molto enfatizzate ed elaborate sulla base di concezioni di cultura statiche, territoriali, omogenee e puriste, finiscono per alimentare stereotipi che, passando per l'eterodeterminazione, rischiano di generare maggiore oppressione. Tra i tanti stereotipi, quello più comune è che l'indigeno sia e debba essere povero, nonché incapace (appunto, miserabile<sup>71</sup> e, quindi, incapace) di decidere del proprio destino. Povero e radicato su uno specifico territorio (forse lo stesso territorio

---

<sup>69</sup> *La selva inflada*, regia di ALEJANDRO NARANJO, Documental, 2014.

<sup>70</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>71</sup> V. *supra*, § 1.

consegnatogli dalle politiche urbanistiche della conquista): un territorio quasi sempre privo di servizi pubblici essenziali, quasi sempre posto ai margini dei confini e sede elettiva del conflitto armato e di attività di narcotraffico.

## 9. Bibliografia

BAGNI S., *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, in BALDIN S., ZAGO M. (eds), *Le sfide della sostenibilit . Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014.

BAGNI S., *The constitutionalisation of indigenous culture as a new paradigm of the Caring State*, in *International Journal of Environmental Policy and Decision Making*, 3, 2015, pp. 205-226.

BOCAREJO D., *Dos paradojas del multiculturalismo colombiano. La espacialización de la diferencia indígena y su aislamiento político*, in *Revista colombiana de antropología*, 47, julio-diciembre, 2011, pp. 97-121.

BOCAREJO D., *Spatializing Religious Freedom: Inhabiting the Legal Frontier Between Ethnic and National Rights*, in *Social & Legal Studies*, 23, 2014, pp. 31-53.

BRIONES C., *Cartografías argentinas: políticas indigenistas y formaciones provinciales de alteridad*, Antropofagia, Buenos Aires, 2005.

CASTAÑEDA DELGADO P., *La condición miserable del indio y sus privilegios*, in *Anuario de estudios americanos*, 28, 1971, pp. 245-335.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA, *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*, CNMH-UARIV, Bogotá, 2015.

CLAVERO B., *Cultura indígena e historia colonial: Colombia y las Américas, de México a Bolivia, entre derechos humanos y derecho constitucional*, 1989-2014, in *Quaderni Fiorentini*, 44, 2015, pp. 589-661.

CLAVERO B., *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo XXI, México, 1994.

COMANDUCCI P., *La imposibilidad de un comunitarismo liberal*, in PIETRO SANCHIS L. (ed.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

COMANDUCCI P., *Quali minoranze? Quali diritti? Prospettive di analisi e classificazione*, in VITALE E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2000.

COMAROFF J., COMAROFF J., *Ethnicity, Inc.*, University of Chicago Press, Chicago, 2009.

CRENSHAW K., *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Doctrine, Feminist Theory and Anti-racist Politics*, in LUTZ H., HERRERA VIVAR M.T., SUPIK L. (eds), *Framing Intersectionality. Debates on a Multi-faceted Concept in Gender Studies*, Ashgate, Burlington, 2011.

CRENSHAW K., *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *The University of Chicago legal forum*, 1989, pp. 139-167.

CRENSHAW K., *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 43, 1991, pp. 1241-1299.

CUNILL C., *El indio miserable: nacimiento de la teoría legal en la América colonial del siglo XVI*, en *Cuadernos intercambio*, 9, 2011, pp. 229-248.

FRASER N., *Heterosexism, misrecognition and capitalism: a response to Judith Butler*, in *New Left Review*, 1998.

FRASER N., *Heterosexismo, falta de reconocimiento y capitalismo: respuesta a Judith Butler*, in *Fortunas del feminismo*, Instituto de altos estudios Nacionales, Madrid, 2015.

FRASER N., *Reframing Justice in a Globalizing World*, in *New Left Review*, 36, 2005.

FRASER N., *Replantear la justicia en un mundo en proceso de globalización*, in *Fortunas del feminismo*, Instituto de altos estudios Nacionales, Madrid, 2015.

- GARGARELLA R., *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Madrid, 2005.
- GARGARELLA R., *Social rights and the “engine room” of the constitution*, in RODRÍGUEZ-GARAVITO C. (ed.), *Law and Society in Latin America. A new map*, Routledge, New York, 2015.
- GLENN P., *A concept of legal tradition*, in *Queen’s Law Journal*, 2008-2009, 34, pp. 427-445.
- GLENN P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, Bologna, 2011.
- GLENN P., *Legal cultures and Legal Traditions*, in HOECKE M.V., *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2004, pp. 7-20
- GUZMÁN RODRÍGUEZ D., CHAPARRO GONZÁLEZ N., *Restitución de tierras y enfoque de género*, DeJusticia-Antropos, Bogotá, 2013.
- HALE C., *Neoliberal Multiculturalism: The Remaking of Cultural Rights and Racial Dominance in Central America*, in *PoLAR*, 28, 2005, pp. 10-28.
- HANKE L., *The ‘requerimiento’ and its interpreters*, Imprenta mundial, México, 1938.
- JARAMILLO SIERRA I., *Dalla tradizione della famiglia alla famiglia come tradizione: la riforma del diritto di famiglia del XIX secolo in America latina*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, pp. 223-245.
- KIMLICKA W., NORMAN W. (eds), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, New York, 2000.
- LAPONCE J., *The Protection of Minorities*, University of California Press, Berkley-Los Angeles, 1960.
- LEMAITRE RIPOLL J., *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2009.
- MONATERI P.G., *Geopolítica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Bari, 2013.
- NINO C., *The Communitarian Challenge to Liberal Rights*, in *Law and Philosophy*, 8, 1989, pp. 37-52, ora in *Rights*, NINO CARLOS (ed.), Dartmouth, Cambridge, 1992.
- NUZZO L., *Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del ‘soggetto indigeno’*, in *Quaderni fiorentini*, 33/34, 2004/2005, pp. 463-508.
- NUZZO L., *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle indie spagnole*, Jovene Editore, Napoli, 2004.
- FAUDREE P., *Reading the Requerimiento Performatively: Speech Acts and the Conquest of the New World*, in *Colonial Latin American Review*, 24, 2015, pp. 456-478.
- PINO G., *Libertà religiosa e società multiculturali*, in MAZZARESE T. (ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2013.
- PIZZORUSSO A., *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993.
- RODRÍGUEZ GARAVITO C., *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas, y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, DeJusticia-Antropos, Bogotá, 2011.
- RODRÍGUEZ GARAVITO C., ARENAS L.C., *Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U’wa en Colombia*, in SANTOS B., RODRÍGUEZ GARAVITO C. (eds), *El derecho y la globalización desde abajo*, Anthropos, UAM, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ GARAVITO C., BAQUERO DÍAZ C., *Reconocimiento con redistribución. El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*, DeJusticia-Antropos, Bogotá, 2015.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO C., RODRÍGUEZ-FRANCO D., *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*, Cambridge University Press, New York, 2015.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO C., LAN Y., *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, DeJusticia-Antropos, Bogotá, 2001.
- RUGGIU I., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

SANTOS B.S., *Toward a Multicultural Conception of Human Rights*, in HERNÁNDEZ-TRUYOL B. (ed.), *Moral Imperialism: A Critical Anthology*, New York University Press, New York, 2009.

SANTOS B.S., EXENI RODRÍGUEZ J.L. (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012.

SEGATO R.L., *La nación y sus otros: raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de políticas de la identidad*, Prometeo, Buenos Aires, 2007.

SIEDER R., *Indigenous peoples' rights and the law in Latin America*, in RODRÍGUEZ-GARAVITO C. (ed.), *Law and Society in Latin America. A new map*, Routledge, New York, 2015.

SOMMA A., *Introducción al derecho comparado*, (trad. dall'italiano *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014), Universidad Carlos III, Madrid, 2015.

SOMMA A., *Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine*, in M.R. POLOTTO, T. KEISER, T. DUVE (eds), *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt, 2015.

TROUILLOT M.R., *Adieu Culture: A New Duty Arises*, in *Global Transformation: Anthropology and the Modern World*, Houndmills, New York, 2003.

UPRIMNY R., *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: trends and Challenges*, in *Texas Law Review*, 2010-2011, pp. 1587-1609.

VÉLEZ TORRES I., *Desplazamiento y etnicidad: fracasos del multiculturalismo en Colombia*, in *Destacados*, Enero-Abril 2013, pp. 155-173.

VITALE E., *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Laterza, Roma, 2000.

YOUNG I.M., *Le politiche della differenza*, Feltrinelli, Milano, 1996.

YRIGOYEN FAJARDO R.Z., *The panorama of pluralist constitutionalism. From multiculturalism to decolonization*, in RODRÍGUEZ-GARAVITO C. (ed.), *Law and Society in Latin America. A new map*, Routledge, New York, 2015.

# EL ESTADO INTERCULTURAL COMO CAMPO DE LUCHA. PERSPECTIVAS DESDE LA HISTORIA CONTEMPORÁNEA DEL ECUADOR<sup>1</sup>

Olaf Kaltmeier

SUMARIO: 1. Preámbulo. – 2. El sujeto social de la formación de Estado desde abajo. – 3. Estado pluricultural y neoliberal. – 4. Del reconocimiento pluricultural a la plurinacionalidad. – 5. El Estado de Correa. – 6. El movimiento indígena en la encrucijada. – 7. ¿Descolonización del Estado?

## 1. Preámbulo

En la Constitución de 1998 resulta fundamental la definición de Ecuador como un «Estado social de derecho, soberano, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico»<sup>2</sup>. Esta fue la primera vez, desde la independencia, que la población indígena fue reconocida en su diferencial cultural como parte del Estado ecuatoriano, rompiendo así con los modelos liberales y conservadores europeos, orientados a generar imaginarios geopolíticos en torno a una Nación homogénea. Tomando en cuenta la exclusión de los pueblos indígenas durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX, no es exagerado pensar que estos cambios resultaron revolucionarios a nivel político y cultural en el país.

Esta enmienda constitucional del Ecuador seguía el camino de una coyuntura latinoamericana que avanzaba hacia el reconocimiento de las diferencias étnicas. Fue así como durante la década de 1990, en varios países se realizaron modificaciones constitucionales en el sentido de otorgar derechos y reconocimiento a pueblos indígenas y definirse como Estados pluriétnicos y multiculturales (por ejemplo: Colombia en 1991, Perú en 1993, Bolivia en 1994 y Venezuela en 1999). Además, se firmó el Convenio 169 de la OIT en Colombia (1991), Bolivia (1991), Perú (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (2002). Esta coyuntura internacional culminó con el Año Internacional de los Pueblos Indígenas (1993) y las Décadas de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas del mundo (1995-2005 y 2005-2015), las cuales culminaron en 2007 en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas por parte de la ONU.

La transformación del Estado ecuatoriano (desde el reconocimiento de la pluriculturalidad en los noventa, hasta la plurinacionalidad en la primera década de los 2000), no sólo se basa en cuestiones de Derecho positivo, sino que aparece como resultado de un proceso de lucha político-cultural, en el cual los actores subalternos, como los excluidos sociales, los étnicamente discriminados y las poblaciones indígenas económicamente explotadas, jugaron un rol fundamental. Como ningún otro movimiento político en Ecuador, el movimiento indígena tuvo un gran éxito durante los noventa, cambiando de manera tan fundamental los principios de visión y división del mundo social que la pluriculturalidad, el plurilingüismo, la plurinacionalidad e, incluso, el derecho de la Pachamama (Tierra Madre) encontraron su lugar en la Constitución de 2008<sup>3</sup>.

Estos procesos serán discutidos a continuación como «state-formation from below» (formación del Estado desde abajo). En este sentido, el Estado no se concibe como un sujeto o entidad colectiva de carácter uniforme, ni como un objeto dado y claramente

---

<sup>1</sup> Traducción del alemán por Sebastián Martínez Fernández.

<sup>2</sup> H. ORDÓÑEZ ESPINOSA (ed.), *Constitución política de la República del Ecuador*, Quito, 2002.

<sup>3</sup> R. QUINTERO, *Las innovaciones conceptuales de la Constitución de 2008 y el Sumak Kawsay*, en A. ACOSTA, E. MARTÍNEZ (eds), *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, 2009, pp. 75-92.

definido. Más bien, el Estado, o la estatidad, es una relación de poder en constante disputa, que siempre genera adhesiones a corto plazo<sup>4</sup>. La pregunta respecto a cómo las estrategias de representación crean la fantasía del Estado, y cómo la auto-imagen diseñada por el Estado difiere de las aplicaciones locales de ésta, no pueden, por cuestiones de extensión, desarrollarse en el presente artículo.

## 2. El sujeto social de la formación de Estado desde abajo

Los actores clásicos de la formación del Estado en América Latina son denominados, en su mayoría, como *élite* de la ciudad letrada. Sin embargo, estos son de algún modo marginales, y son actores subalternos, que reclaman al Estado, quienes crean, por momentos, la estatidad<sup>5</sup>. Esto se aplica especialmente a los movimientos indígenas de la región de Los Andes, que ya habían impulsado de manera masiva el proceso de reforma agraria y la lucha contra la Hacienda en los años cincuenta y setenta y, a partir de los años noventa, las dinámicas interculturales de formación de la categoría de estatidad.

Desde la perspectiva de la historia social y la teoría de los movimientos sociales, la pregunta es cómo fue posible que un grupo prácticamente invisible, sin influencia alguna y racialmente discriminado como el indígena, se transformara en uno de los actores anti-hegemónicos más fuertes de Ecuador; un grupo, como escribe Boaventura de Sousa Santos «cuya presencia no estaba prevista en la teoría crítica eurocéntrica»<sup>6</sup>. Teóricamente, con esto también se pone en cuestión el alcance geopolítico de las teorías sociales desarrolladas en Occidente (Europa) y que reclaman validez universal. Si bien conceptos como “clase trabajadora”, “clase media”, “sindicato”, “partido político”, pueden ser aplicados para analizar la dinámica social de la modernidad occidental, pueden resultar insuficientes, en tanto conceptos impregnados de la colonialidad, para analizar estas problemáticas. En las coyunturas históricas de la colonialidad, constantemente renovada y actualizada, permanece latente la posibilidad de que se forme un antagonismo político entre colonizadores y colonizados, posibilidad aún más cierta cuando no existe un ajuste de la deuda histórica. Por ende, en tanto marcados por la empresa colonial, son los actores subalternos (en este caso, los pueblos indígenas) quienes pueden formar antagonismo político en esta línea de conflicto social.

La particular agudización de las movilizaciones desde la década de 1990 se puede atribuir, igualmente, a que el movimiento indígena podía asumir otras posiciones de conflicto. Mirando a la transformación de la estructura social se podría argumentar que el giro neoliberal de los ochentas trajo consigo de la polarización política y el empobrecimiento que, por un lado, promueve la desaparición objetiva de la clase obrera y, por otro, fomenta la diversificación de los estilos de vida<sup>7</sup>. Estos cambios socio-estructurales de finales de los ochenta, e intensificados en los noventa, estuvieron acompañados de fracturas simbólicas y discursivas, que junto al colapso de los socialismos reales y la represión de las dictaduras militares, se acercan al borde de lo “inefable”. Esta crisis simbólica y socio-estructural afectó también el panorama político, que llevó a

---

<sup>4</sup> Véase T. HANSEN, F. STEPPUTAT, *States of Imagination. Ethnographic Explorations of the Postcolonial State*, Durham, 2001; T. HANSEN, F. STEPPUTAT, *Sovereign Bodies. Citizens, Migrants, and States in the Postcolonial World*, Princeton, 2005; O. KALTMEIER, *Politische Räume jenseits von Staat und Nation*, Göttingen, 2012; D. POOLE, *Between Threat and Guarantee: Justice and Community in the Margins of the Peruvian State*, en D. VEENA, D. POOLE (eds), *Anthropology in the Margins of the State*, Santa Fe, N.M., Oxford, 2004, pp. 35-65.

<sup>5</sup> G.M. JOSEPH, D. NUGENT (eds), *Everyday Forms of State Formation. Revolution and the Negotiation of Rule in Modern Mexico*, Durham, 1994.

<sup>6</sup> B. DE SOUSA SANTOS (ed.), *Refundación del estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, 2010, p. 36.

<sup>7</sup> D. BORIS, *Soziale Bewegungen in Lateinamerika*, Hamburg, 1998.

socialistas, socialdemócratas, e incluso de demócratacristianos, a una crisis de representación política, la cual fortaleció la influencia, históricamente ya existente en Ecuador, del populismo<sup>8</sup>. Por otro lado, los amplios grupos sociales empobrecidos fueron excluidos de la arena de representación política. En este contexto de vacío político, el movimiento indígena se vio impulsado, lo que en Latinoamérica se vino forjando, solapadamente, desde la década de 1970 y que cobró visibilidad en la década de 1990. A diferencia de los reconocidos políticos profesionales considerados por la ciudadanía en general como corruptos, los movimientos indígenas, dada su alta moral política y su consciencia respecto a no ostentar su alta reputación, fueron capaces de poner en práctica parte de su capital político. Dicha reputación se ha visto reforzada, desde los ochenta, por un acercamiento al discurso medioambiental, al discurso cívico por la reivindicación de derechos y un posicionamiento anti-neoliberal.

Por lo tanto, se podría argumentar que en Ecuador el movimiento indígena no fue sólo un grupo de intereses particulares, sino que también representó las demandas de otros grupos subalternos de la sociedad. “Indígena” no tan sólo representa a un grupo étnico-racial definido a partir de una clasificación etnográfica, sino el polo de los subalternos en un sistema (racistamente) jerarquizado. En este sentido, en la filosofía política de Jacques Rancière el concepto «indio» puede ser entendido como una forma de subjetivación política, en tanto el concepto recibe la estigmatización de lo opuesto, o del adversario: «[...]tomando al pie de la letra la expresión estigmatizante del adversario, consagrado a despistar al intruso sobre el escenario donde se contaban las clases y sus partidos, la daba vuelta para hacer de ella una subjetivación abierta de los incontados, un nombre sin confusión posible con cualquier grupo social real, con cualquier lista de identidad»<sup>9</sup>. Las protestas masivas de comienzos del siglo XXI, con lemas como «Nada sólo para los indios»<sup>10</sup>, produjeron expresamente las reivindicaciones fundamentales para la democratización y la redistribución social. Desde la perspectiva de un giro sociológico se puede argumentar que el movimiento indígena se diferenció del las élites políticas gobernantes, lo que le permitió introducir distintos y nuevos puntos de vista del mundo social, esto debido a la visibilidad alcanzada por las manifestaciones, especialmente entre grupos mestizos que tenían poder dentro de la política, lo que, a su vez, trajo efectos de retroalimentación respecto a la construcción de la comunidad.

El movimiento indígena tomó un rol de liderazgo en la lucha anti-hegemónica en el campo político fundando, en 1995, una coalición política junto al Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik Nuevo País (MUPP-NP), la cual un año más tarde, junto a partidos de izquierda y socialdemócratas, participaron en las elecciones consiguiendo una votación del 20%. La participación de Pachakutik en el gobierno de Lucio Gutiérrez (2003-2005), quien había derrotado con el apoyo del movimiento indígena el gobierno de Mahuad, fue un arma de doble filo. Por una parte, fue la primera vez que indígenas ocupaban puestos en algún ministerio de Ecuador, por otra, el gobierno de Gutiérrez fue percibido como una traición al programa anti-neoliberal y la promesa de romper con las élites predominantes hasta entonces en la sierra y en la costa (Gutiérrez venía de las tierras bajas amazónicas), ya que en última instancia continuó con las políticas económicas que le precedían. En el movimiento esto trajo división y una pérdida de legitimidad política, especialmente entre la población no indígena.

---

<sup>8</sup> X. ANDRADE, *Adiós cultura y hasta la vista cultura política. Sobre el tratamiento sociológico del regionalismo y populismo en el Ecuador*, en F. DE BURBANO LARA (ed.), *Democracia, gobernabilidad y cultura política*, Quito, 2003, pp. 407-422.

<sup>9</sup> J. RANCIÈRE, *El desacuerdo*, trad. Horacio Pons, Nueva Visión, Buenos Aires, 1996, p. 157.

<sup>10</sup> A. ACOSTA, P. VELASCO, L. CUCURELLA (eds), *Nada sólo para los indios. El levantamiento indígena del 2001: Análisis, crónicas y documentos*, Quito, 2001.

### 3. Estado pluricultural y neoliberal

El reconocimiento llegó en medio de demandas culturales en la década de 1990, en un contexto de divisiones políticas estructurales, fuertemente marcado por el neoliberalismo. En Ecuador, como en muchos países de Latinoamérica, se puede encontrar una fusión entre neoliberalismo y neo-indigenismo. Cabe destacar que las demandas del movimiento indígena en relación al reconocimiento cultural fueron parcialmente satisfechas, mientras que las demandas en torno a la distribución y cambios sociales fueron ignoradas<sup>11</sup>. A menudo se ha señalado que las políticas de reconocimiento neo-indígena pueden ser vistas como estrategias de cooptación específica por parte del Estado, que tendría por objetivo apaciguar ciertos movimientos políticos, como la CONAIE<sup>12</sup>. Las nuevas técnicas del gobierno se produjeron no sólo tomando en cuenta las tradicionales formas de cooptación paternalista y clientelista. Durante la aplicación de técnicas de gobierno neo-indígena, se realizó un reconocimiento parcial de los derechos culturales, grupos sociales fueron “etnizados” (bajo conceptualizaciones esencialistas) y los correspondientes programas fueron contruidos a la medida de estos grupos y sus espacios<sup>13</sup>. Las diferentes estrategias de gobierno, tienen en común el afirmar que las comunidades indígenas deben autoregularse (dentro de los límites impuestos por el Estado), pudiendo así aprovechar el capital social de éstas, conforme al concepto impuesto por el Banco Mundial desde mediados de los noventa<sup>14</sup>. Fue así como ampliamente en Latinoamérica se establecieron nuevas instituciones neo-indigenistas, que sustituyeron los modos de representación e intermediación indígenas tradicionales.

A pesar de que el gobierno ecuatoriano mostró una sorprendente apertura al reconocimiento del movimiento indígena, las demandas respecto a la redistribución y la transformación del modelo social levantadas por grupos disidentes, exceptuando aquellos levantamientos que llevaron a la caída de un presidente, fueron ignoradas. Sobre el carácter pluriétnico y multicultural del país, debate dado a partir de la constitución de 1998, no hubo ninguna resistencia significativa; de hecho, este proceso fue guiado por un organismo gubernamental indígena competente en relación a la interculturalidad, se estableció la educación bilingüe (DINEIB) y la recién creada CODENPE (Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos de Ecuador), autoridad indígena estatal, se hizo cargo del sistema de clasificación étnica de la CONAIE. El mismo año se inició en Ecuador el proyecto piloto creado por el Banco Mundial, el PRODEPINE, enfocado en utilizar y explotar el “capital social” de las organizaciones regionales del movimiento indígena, de “profesionalizarlo” y estimular el diseño e implementación de proyectos de desarrollo independiente<sup>15</sup>. El concepto de «Gobernar a través de la Comunidad» (Rose, 2000) ganó mucho más importancia y significación que el concepto de desarrollo técnico (que fue cuestionado por las respectivas comunidades), ya que permitía generar proyecto de desarrollo y autogobierno indígenas<sup>16</sup>. De este modo hubo un cambio de escenario: por un

---

<sup>11</sup> Véase P. ANDRADE, *Cambio político y política de la cultura en una democracia conservadora. La conquista de derechos colectivos en la Constitución ecuatoriana de 1998*, en C. BÜSCHGES, G. BUSTOS, O. KALTMEIER (eds), *Etnicidad y poder en los países andinos*, Quito, 2007, pp. 217-230.

<sup>12</sup> V. BRETÓN, *Capital social y etnodesarrollo en los Andes*, Quito, 2005.

<sup>13</sup> H. IBARRA, *Nos encontramos amenazados por todita la indiada. El levantamiento de Daquilema (Chimborazo 1871)*, Quito, 1993.

<sup>14</sup> Véase T.F. CARROLL (ed.), *Construyendo capacidades colectivas. Fortalecimiento organizativo de las federaciones campesinas-indígenas en la Sierra ecuatoriana*, Quito, 2002; A.J. BEBBINGTON, V. TORRES DÁVILA, *Capital social en los Andes*, Quito, 2001; L. MARTÍNEZ, *Sozialkapital von unten. Strittige Interpretationen ländlicher Entwicklungsprozesse in Ecuador*, en *Peripherie*, 25 (99), 2005, pp. 306-323; O. KALTMEIER, *Jatarishun. Testimonios de la lucha indígena de Saquisilí (1930-2006)*, Quito, 2008.

<sup>15</sup> V. BRETÓN, *op. cit.*

<sup>16</sup> L. MARTÍNEZ, *Sozialkapital von unten. Strittige Interpretationen ländlicher Entwicklungsprozesse in Ecuador*, en *Peripherie*, 25 (99), 2005, pp. 306-323.



lado, los movimientos se vieron reducidos a reivindicaciones étnicas, por otro, sus demandas no siguieron siendo discutidas en el campo político, sino que se trataron como un problema tecnocrático, de ejecución y administración de proyectos. Las organizaciones pertenecientes al movimiento (comunidades, ONG, federaciones, etc.), entonces, dejaron de ser vistas como actores políticos y pasaron a ser agencias de desarrollo. En este contexto, el concepto de desarrollo funciona como una «maquinaria anti-política»<sup>17</sup>.

Problemas como la alienación entre los dirigentes y las bases, la corrupción, o la pérdida del perfil político del movimiento, fueron consecuencias concretas, mientras que, estructuralmente, los proyectos de desarrollo no mejoraron los niveles de pobreza<sup>18</sup>. En 2005 la CONAIE decidió rechazar la extensión planificada del programa, bajo el argumento que este «no permite el desarrollo del pueblo indígena» como prometía, terminado en cambio en una “desideologización” del movimiento y en la cooptación de sus líderes. Sin embargo, esto no tuvo un efecto directo a nivel local, tomando en cuenta que el capital simbólico de muchas organizaciones indígenas, como por ejemplo la organización de segundo grado Jatarishun del cantón Saquisilí en la provincia serrana de Cotopaxi<sup>19</sup>, está basado en el hecho de que éstas puedan impulsar e incluso manejar exitosamente proyectos de desarrollo. Aún en los 2000 la Jatarishun era una agente de modernización tradicional que favoreció el progreso agro-tecnológico en forma de monocultivo y “mejoramiento” de la producción lechera sobre alternativas de un “buen vivir”. En este sentido, hubo claros quiebres entre el discurso crítico al nivel de la CONAIE y ciertas preocupaciones desarrollistas de las organizaciones indígenas locales.

#### 4. Del reconocimiento pluricultural a la plurinacionalidad

El proceso de colonialismo interno entró en crisis con los procesos de movilización social y el masivo proceso de de-colonización económica de la década de 1990. Lo primero que se cuestiona aquí es el programa de clasificación étnica heredada desde tiempos coloniales y renovada por los diferentes regímenes republicanos. No es fácil revertir una jerarquía étnica establecida. A parte de la lucha contra el racismo, era clave la introducción del concepto de plurinacionalidad en el campo de las políticas de identidad. La genealogía de este concepto está intimidante ligada a la aparición del movimiento indígena bajo la forma de la CONAIE. Luis Macas, “dirigente histórico” de la CONAIE, afirma que, en el caso de las reuniones que llevaron a la formación de la organización coordinadora indígena, el concepto de “nacionalidad” ya había sido adoptado en 1984<sup>20</sup>. Esto también se ve reflejado en la auto-designación de la CONAIE como la organización guía del movimiento indígena que lleva el concepto de nacionalidades dentro de sus consignas. La elección del concepto de Nación debe entenderse como una des-marcación consciente del concepto de «minoría étnica»<sup>21</sup>, des-marcación que trae consigo la posibilidad de apelar al Derecho Internacional. En Ecuador, con las políticas de reconocimiento, el concepto de nacionalidades indígenas, fue oficialmente reconocido por la agencia indígena CODENPE, fundada en 1998. Mientras que en 1988 eran ocho las nacionalidades indígenas reconocidas

---

<sup>17</sup> J. FERGUSON, *The Anti-Politics-Machine. Development, Depoliticization, and Bureaucratic Power in Lesotho*, Cambridge, New York, 1990.

<sup>18</sup> V. BRETÓN, *Capital social, etnicidad y desarrollo. Algunas consideraciones críticas desde los Andes Ecuatorianos*, en *Revista Yachaykuna*, n. 2, 2001.

<sup>19</sup> O. KALTMEIER, *Konjunkturen der (De-)Kolonialisierung. Indigene Gemeinschaften, Staat und Hacienda in den ecuadorianischen Anden von der Kolonialzeit bis heute*, Bielefeld, 2016.

<sup>20</sup> L. MACAS, *Construyendo desde la historia. Resistencia del movimiento indígena en el Ecuador*, en A. ACOSTA, E. MARTÍNEZ (eds), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, 2009, pp. 81-98, p. 92.

<sup>21</sup> J.A. LUCERO, *Locating the Indian Problem?: Community, Nationality and Contradiction in Ecuadorian Indigenous Politics*, en *Latin American Perspectives*, 30 (1), 2003, pp. 23-48.

por el Estado, diez años más tarde eran trece, que en el caso de la nacionalidad más grande, la Kichwa de las tierras altas, se subdividía en catorce Pueblos<sup>22</sup>. Sin embargo, aparentemente el concepto de Nación viene como resultado del periodo de movilizaciones socialistas. Dado el concepto estalinista de Nación, en conjunto con la interpretación de Mariátegui respecto a los «problemas indígenas», el periódico comunista-indígena Nucanchic ya había descrito a los pueblos indígenas como «naciones oprimidas»<sup>23</sup>. En este sentido, Marc Becker afirma que el concepto de Nación estaba ya presente en la comunicación política entre la izquierda urbana y los pueblos indígenas en las década de 1930<sup>24</sup>, aunque el concepto encontró mayor acogida dentro de la izquierda que entre las comunidades, las que fueron más bien suspicaces. En este contexto cabe mencionar que el concepto de «naciones» no está asociado a un concepto separatista ni a las siglas del movimiento político Pachakutik MUPP, que hacían una referencia directa a la «unidad nacional». El objetivo es llevar la equivalencia de las culturas a un espacio de coexistencia y cooperación, en lugar del continuo desarrollo de una homogeneidad nacional a través de la asimilación. Sin embargo, la continuidad del colonialismo no debe ser subestimada, y las políticas de reconocimiento son, a su vez, ambivalentes. Los cambios institucionales (e.g., las enmiendas constitucionales de reconocimiento de los derechos culturales, la interculturalidad y la educación bilingüe) no deben ser entendidos *per sé* como expresión de reconocimiento de la interculturalidad por parte del Estado. Así, Catherine Walsh sostiene que durante los años noventa el Estado incorporó estratégicamente la diversidad étnica al aparato estatal, y, al mismo tiempo, lo representaba como una particularidad externa más allá del Estado Nacional<sup>25</sup>. Esto genera el problema del «multiculturalismo mainstream»<sup>26</sup>, el que entrega determinados derechos y recursos a determinados grupos que han sido discriminados, sin cambiar la estructura del sistema de discriminación racista. El multiculturalismo, entonces, permanece incompleto, dado que se dirige exclusivamente a las «minorías» sin cambiar la cultura política de la sociedad ni la imagen de la comunidad. En este sentido, nos vemos enfrentados a la paradoja de la urgencia del Estado por la «indianización» del movimiento indígena con el fin de eliminar su carácter «subalterno» y reducir sus demandas a una cuestión de reconocimiento étnico, resultando así ser «manejables»<sup>27</sup> para la política de integración, sin cambiar la estructura básicas que fundan el problema.

La viabilidad de la pluriculturalidad se ve reflejada, en última instancia, en la cuestión de la soberanía, sobre todo en relación al control del espacio. Contrario al debate en las ciencias políticas respecto a los Estados fallidos y la fragmentación del Estado, en la región de Los Andes, como remarca Boaventura de Sousa Santos, no se puede asumir la noción de Estado homogéneo. Además, el argumento de la justicia histórica debe ser esgrimido tomando en cuenta el colonialismo, al que las premisas normativas del debate estatal deberían trastocar: «De hecho, estos territorios (pueblos) estaban ahí antes de la aparición del Estado, por lo que no tienen porqué justificar su autoridad, sino, más bien, el Estado debe justificar los límites que impone en nombre de intereses nacionales»<sup>28</sup>. Esto parece una referencia importante para el debate sobre la re-establecimiento del Estado y la Nación

---

<sup>22</sup> Véase F. GUERRERO, P. OSPINA, *El poder de la comunidad. Ajuste neoliberal y movimiento Indígena en los Andes ecuatorianos*, Buenos Aires, 2003; J.A. LUCERO, *op. cit.*

<sup>23</sup> M. BECKER, *Indians and Leftists in the Making of Ecuador's Modern Indigenous Movements*, Durham, 2008, p. 94.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 171 s.

<sup>25</sup> C. WALSH, *(De)Construir la interculturalidad. Consideraciones críticas desde la política, la colonialidad y los movimientos indígenas y negros en el Ecuador*, en N. FULLER, V. ALVARADO, P. AMES, J. M. ANSIÓN (eds), *Interculturalidad y política. Desafíos y posibilidades*, Lima, 2002, pp. 143-164.

<sup>26</sup> N. FRASER, *Die halbierete Gerechtigkeit. Schlüsselbegriffe des postindustriellen Sozialstaats*, Frankfurt/M, 2001.

<sup>27</sup> J. RANCIÈRE, *op. cit.*

<sup>28</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *op. cit.*, p. 140.

en la región de Los Andes, especialmente como una retrospectiva histórica que debe resaltar que una noción de Estado-nación homogéneo no podría ser impuesta en Ecuador, sino que, en cambio, la soberanía debiese entregarse a Caciques indígenas, hacendados, o, incluso, a iglesias y ONGs. Aún más, como imaginario geopolítico, esta concepción de Estado-nación homogéneo fue sólo una pequeña guía para la práctica política, especialmente en fases históricas breves, principalmente como una respuesta a amenazas externas. En este sentido, el modelo de un Estado federal y pluricultural, es una piedra angular del re-establecimiento de la noción de Estado en la región andina. Por lo tanto, si conceptos y prácticas como interculturalismo y plurinacionalidad pretenden la transformación de una cultura política marcada por la colonialidad, estos no sólo deben enfocarse en grupos compuestos por pueblos indígenas, sino también apuntar a grupos mestizos, con objeto de cambiar su conformación. De cualquier manera, en este sentido parece difícil encontrar algún punto de inicio en la Revolución Ciudadana de Rafael Correa<sup>29</sup>.

## 5. El Estado de Correa

Políticamente, el ciclo de movilización indígena sobrepasó su cénit a mediados de la primera década de los 2000. En Ecuador, esto quedó claro en el conflicto sobre la Asamblea Constituyente, que había sido una demanda central de la CONAIE. Con todo, entre los diputados de la Asamblea Constituyente la organización indígena, al contrario del caso paralelo boliviano, tuvo muy poca representación y sus demandas estuvieron marcadas por alianzas de interés, sobre todo por parte del presidente de la Asamblea, el intelectual mestizo Alberto Acosta. De cualquier modo, en la Asamblea los conflictos entre el presidente Rafael Correa, por un lado, y los movimientos indígenas y Alberto Acosta, por otro, tendrían intensas repercusiones, cuyo punto de quiebre fue la renuncia de Acosta a la presidencia de la Asamblea Constituyente. La CONAIE quitó a Correa el cargo de dirigente que le había entregado en una ceremonia simbólica en el pueblo serrano de Zumbahua, mientras que las tres organizaciones indígenas más importantes, a saber la CONAIE, la organización socialista FENOCIN y la evangélica FEINE, se aliaron contra él.

En esta confrontación sobre la transformación del Estado se pueden identificar dos puntos principales de conflicto. El primero, es que Correa representó una idea diferente de la reconstrucción de la estatalidad. Mientras el movimiento indígena promueve un modelo neo-corporativista el cual, sumado a los derechos personales e individuales, hace énfasis en la importancia de los derechos colectivos asignándoles a estos un lugar en el aparato estatal, Correa representa un modelo liberal de ciudadanía, basado exclusivamente en los derechos individuales. En consecuencia, Correa hace frente a las representaciones colectivas, llamadas corporativistas. Consecuentemente, abolió las instancias de reconocimiento racial de la década de 1990 como la Dirección Nacional de Educación Intercultural y Bilingüe (DINEIB), y limitó el accionar de la CONDENPE. Estas entidades estatales habían gozado de un alto grado de autonomía, sin estar subordinadas a ningún ministerio y siendo administradas principalmente por indígenas. Mientras Correa instala una “Revolución Ciudadana”, la CONAIE representa el modelo etno-corporativista de “Plurinacionalidad”.

El segundo punto de conflicto tiene relación con las políticas económicas del Estado. Correa sigue un modelo de crecimiento y desarrollo ligado al desarrollismo de izquierda, el cual, a pesar del cambio constitucional, considera restringidamente cuestiones ecológicas y

---

<sup>29</sup> Véase P. ALTMANN, *Die Indigenenbewegung in Ecuador. Diskurs und Dekolonialität*, Bielefeld, 2013; C. MARTÍNEZ NOVO, *Managing Diversity in Postneoliberal Ecuador*, en *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, n. 19, 2014, pp. 103-125.

en Latinoamérica toma la forma del actual neo-extractivismo, política económica basada en la explotación de los recursos naturales. En las zonas de Ishpingo, Tibutini y Tambucocha (ITT), la cual había sido declarada por la ONU como zona protegida, y el parque nacional Yasuní, fue donde se dieron los mayores conflictos por la Ley de Minería y sus alcances. Mientras los indígenas presionan por la protección de la Pachamama y por su derecho a la autonomía, Correa hace énfasis en la importancia de explotar el desarrollo social.

Adicionalmente a estos problemas, el gobierno de Correa y su coalición política, Alianza País, han llevado a una fractura del movimiento indígena en sus localidades, en tanto algunos dirigentes, siguiendo oportunismos políticos y estrategias personalistas, se han incorporado a puestos de gobierno. La formalmente estrecha relación entre el movimiento indígena y los Pachakutik se diluyó, y su posición hegemónica en diversos ámbitos locales fue debilitada por la nueva presencia de Alianza País.

## 6. El movimiento indígena en la encrucijada

Hasta el comienzo de la Asamblea Constituyente, el movimiento indígena en Ecuador había logrado forzar una reconstrucción plurinacional del Estado, profundizando demandas propias, al tiempo que lograba representar a parte de la población no indígena que era crítica respecto al modelo neo-liberal. Desde el quiebre entre Correa y el movimiento indígena, la Revolución Ciudadana ha conseguido atraer a gran parte de la población no indígena, como también a algunos segmentos de población indígena, con un nuevo discurso de redistribución y un nuevo nacionalismo. Por su parte, el movimiento indígena permaneció débil, sin un proyecto proactivo respecto a la transformación del Estado. Desde entonces, el movimiento indígena está, en el campo político, en la encrucijada entre ser un movimiento étnico que defienda sólo intereses indígenas, o bien seguir siendo un actor político que también representa a una población no indígena. León Zamosc y Nancy Grey argumentan que en países con un alto nivel de población indígena, como Bolivia, Guatemala y, con algunas restricciones, Ecuador, el argumento cuantitativo de la demografía puede utilizarse para influir a nivel nacional, lo que en países con una tasa baja de población indígena resulta más difícil levantar como factor político amplio de transformación del Estado; en estos casos, los grupos indígenas se inclinan por modelos de autonomía locales y reconocimiento parcial<sup>30</sup>. Muy cerca de este argumento se encuentra la comparación, especialmente en los países andinos, entre indígenas de las tierras altas e indígenas de las tierras bajas. Existe aquí una diferencia respecto a las dinámicas demográficas y la historia de relaciones interculturales. Mientras los indígenas de las tierras altas fueron incluidos tempranamente en el sistema de explotación capitalista través del Ministerio de Hacienda y la industria minera, generando contactos con movimientos obreros y campesinos, los indígenas de tierras bajas se enfrentaron tardíamente con las consecuencias de la modernización capitalista. También existen diferentes lógicas político-culturales. Mientras los indígenas de las tierras altas andinas fueron incluidos en la estructura de jerarquías sociales del imperio Inca, los de las tierras bajas lo hicieron en «sociedades de cacicazgo», en las cuales es más fácil encontrar mecanismos contra las jerarquías. Quizás este sea un factor crítico para que los indígenas andinos se consideren a sí mismos como «amigos del estado», mientras los de tierras bajas son considerados por las autoridades como «enemigos»<sup>31</sup>.

La primera opción sería actuar como un grupo de presión por las demandas indígenas en la arena política, intentando representar intereses étnicos. Esto podría ser un pequeño,

---

<sup>30</sup> N. POSTERO, L. ZAMOSC, *La Batalla de la Cuestión Indígena en América Latina*, en N. POSTERO, L. ZAMOSC (eds), *La lucha por los derechos indígenas en América Latina*, Quito, 2005, pp. 11-52.

<sup>31</sup> P. CLASTRES, *Staatsfeinde. Studien zur politischen Anthropologie*, Frankfurt/M, 1976.

aunque relevante, medio de homogenización del espacio social, que podría verse representado en un concepto de comunidad unitario. Es probable que el Estado reaccione con una política de reconocimiento parcial para satisfacer las demandas e intereses indígenas, pero manteniendo el orden social precedente, disolviendo así la importancia del movimiento en el campo político.

Cuando el movimiento se encuentra debilitado, como lo ha estado durante gran parte del gobierno de Correa, pareciera ser que predominan las estrategias de retirada. La lucha por la hegemonía en el campo político fue dejada de lado y las comunidades indígenas perdieron atractivo en la medida que decayó su presencia en los sectores mestizos. Entonces vino una estrategia anti-hegemónica, no enfocada en expandir las posiciones del poder político del movimiento, sino en asegurar la unidad de las comunidades locales, las que, dadas las condiciones, dejaron de aparecer como actores políticos. Siguiendo esta línea, la CONAIE, luego de romper relaciones con el gobierno de Correa, propuso en principio la idea de un Estado dual (co-gobierno), que fue vista por el movimiento, en parte, como una renovación del sistema colonial de «dos repúblicas»<sup>32</sup>. La expresión más fuerte de esta posición, la encontramos en la declaración de la CONAIE del año 2010, cuando se quiebra la colaboración con Correa:

«Ejercer el Estado Plurinacional al interior de cada pueblo y nacionalidad, a través de los gobiernos comunitarios y en pleno ejercicio de los derechos colectivos en las tierras y territorios en las áreas de educación, salud, administración de justicia, recursos naturales, biodiversidad, agua, páramos y otros para el ejercicio del Sumak Kawsay»<sup>33</sup>.

Adicionalmente, las autoridades de gobiernos fueron vetadas para intervenir en territorios indígenas. La segunda opción del movimiento indígena sería la expansión hacia la hegemonía, lo que significa, principalmente, pasar de la identificación indígena a otros medios subalternos de representación política no específicamente indígenas. Con todo, esto no carece de riesgo para el movimiento indígena, pues la «indianización del movimiento popular»<sup>34</sup> significa, a su vez, la des-indianización del movimiento indígena.

Mientras que en los noventa la respuesta contra las políticas neoliberales fue un factor inicial para las alianzas étnicas, esta posibilidad no es viable desde el acenso de Rafael Correa al poder, en 2007, lo que se hizo evidente en las elecciones de 2013. Ese año, el Patchakutik hizo una alianza con el partido de izquierda Movimiento Popular Democrático (MPD) para competir contra Correa, fundando la Unidad Plurinacional de Izquierdas, que levantó la candidatura de Alberto Acosta, quien sólo obtuvo un 3,9% de los votos, versus el 57% de Correa, porcentaje que lo llevó a su tercer mandato. Por un lado, aunque Correa lleva ya más de cinco años de gobierno, la organización Alianza País parece estar hace mucho más tiempo centrada en la figura del actual Presidente, por lo que su futuro se encuentra abierto ante una posible salida éste; por otro, el movimiento indígena, a pesar de la crisis temporal, es el movimiento social mejor organizado y con mayor movilización en Ecuador.

## 7. ¿Descolonización del Estado?

La continuación y renovación del colonialismo depende en gran medida de la prolongación de las *élites* hegemónicas. Los indígenas en Ecuador, a diferencia de Bolivia donde bajo el gobierno de Evo Morales y el MAS hubo un cambio de la *élite* política, no ocupan ningún lugar en la cúpula hegemónica del Estado.

---

<sup>32</sup> KOWII, comunicación personal con el autor, 2006.

<sup>33</sup> CONAIE, 26/10/2010.

<sup>34</sup> L. GABRIEL (ed.), *Die globale Vereinnahmung und der Widerstand Lateinamerikas gegen den Neoliberalismus*, Ludwig-Boltzmann-Institut für Zeitgenössische Lateinamerikaforschung, Frankfurt/M, Viena, 1997.

En este sentido, en Ecuador no ha habido un quiebre del colonialismo, aunque sí claras fisuras. Esto puede verse reflejado en el incremento de la diferenciación social, en la que intelectuales indígenas, que sociológicamente pueden ser definidos como «clase media tardía», han logrado un ascenso social. Este ascenso se debe, en parte, a un aumento del nivel educacional, la experiencia con ONGs y, sobre todo, gracias a la conversión de capital político en capital económico. Pero el capital político es frágil y muchos de los líderes de la CONAIE han perdido sus puestos en el aparato estatal.

Desde Aníbal Quijano a Boaventura de Sousa Santos, se sostiene el argumento que el colonialismo y el capitalismo están íntimamente ligados. Mientras esto resulta ser cierto en la conformación histórica de las Américas, la renovación de la complejidad de ambos está sujeta a diferentes ritmos y lógicas. Así, los noventa mostraron que no había una contradicción fundamental entre el reconocimiento de la diferencia cultural y la restauración parcial del colonialismo en la política cultural y la dependencia del capitalismo (en ese momento bajo la forma de ajuste estructural neoliberal). Por otro lado, existe una clara brecha entre el Estado desarrollista de izquierda, como el de Correa, y el movimiento indígena, en tanto el primero demanda un fuerte gobierno de la administración y un control sobre los recursos, que se opone a las demandas de autonomía del segundo. En la retórica política permanece el discurso liberal de exclusión respecto a los indígenas. Así, éstos siguen siendo degradados al nivel de «sujetos pre-civilizados»<sup>35</sup>, lo que es malinterpretado e ignorado por las instituciones estatales. Por ejemplo, Correa acusó al movimiento indígena de «crear otro Estado, paralelo, en el cual las autoridades e instituciones legítimamente elegidas no son reconocidas [...] eso es barbarismo»<sup>36</sup>, sin avergonzarse de utilizar la vieja diferencia racista del siglo XIX entre civilización y barbarie. Esto hace claro que, más allá de los cambios legales, las disposiciones coloniales racistas siguen latentes en la cultura política, las que pueden ser invocados en caso de conflicto. Institucionalmente, sin embargo, los cambios relacionados con la de-colonización hechos en la Constitución y en acuerdos internacionales, tienen un peso que los hace irreversibles.

Para el movimiento indígena el campo semántico de reconocimiento parece agotarse por la inserción formal de la plurinacionalidad en la Constitución. En cualquier caso, conceptos sociales guía, tales como el concepto *Sumak Kawsay* (buen vivir), son capaces de iniciar una discusión a nivel nacional en torno a la decolonización<sup>37</sup>. Al mismo tiempo, para una decolonización económica, parece necesario levantar la cuestión respecto a cómo las condiciones materiales de vida de la población (indígena) pueden ser mejoradas sin caer nuevamente en el modelo desarrollista de la década de 1970.

---

<sup>35</sup> M. PRIETO-MUÑOZ, *Liberalismo y temor. Imaginando los sujetos indígenas en el Ecuador postcolonial, 1895-1950*, Quito, 2004.

<sup>36</sup> Rafael Correa, citado en B. DE SOUSA SANTOS, *op. cit.*, p. 182.

<sup>37</sup> A. ACOSTA, E. MARTÍNEZ (eds), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, cit.

# APPARTENENZA RELIGIOSA E STRATEGIE DI INTEGRAZIONE E CONVIVENZA.

## I “NUOVI DIRITTI”: LIBERTÀ RELIGIOSA E INTERCULTURALITÀ

Federica Botti

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Le diversità etniche, culturali e religiose come formanti ordinamentali. – 3. Multiculturalismo e pluralismo. I limiti del modello assimilazionista. – 4. Il modello selettivo spagnolo e l'evoluzione del modello tedesco. – 5. Il ruolo dei “nuovi diritti” alla libertà religiosa. – 6. Integrazione e interculturalità. 7. Il diritto alla diversità e alla sicurezza e il principio di non discriminazione. – 8. Conclusioni.

### 1. Considerazioni preliminari

La massiccia migrazione dalla quale sono investiti i paesi europei, porta a interrogarsi sui modelli possibili d'integrazione delle differenti comunità secondo criteri che consentono di conservare un nucleo identitario sufficiente a riconoscere la propria specificità culturale ai nuovi cittadini europei e, al tempo stesso, a questi di unirsi nel percorso d'integrazione sul territorio in modo armonico e senza la creazione di “isole” che finirebbero per alimentare la conflittualità interculturale e interreligiosa.

Questo percorso alla ricerca di soluzioni, inevitabilmente porta l'attenzione degli studiosi ai diversi modelli europei d'integrazione, tra i quali segnaliamo quelli francese e inglese, che sono certamente i più noti, nonché quelli tedesco, in realtà poco indagato, e spagnolo, del quale si conosce ancora meno.

Allo studio di questi modelli vanno aggiunte alcune considerazioni che servono a spiegare le resistenze di molti paesi, soprattutto dell'Europa orientale, e la loro ritrosia ad accogliere migranti, tanto più quando questi provengono da aree prevalentemente islamiche.

L'Europa occidentale e i suoi ricercatori, il più delle volte, ignorano o sembrano avere dimenticato, il difficile percorso dei paesi dell'Est Europa verso l'identità e la conquista di un'omogeneità culturale, etnica e religiosa sul territorio<sup>1</sup>.

Una politica dell'accoglienza da parte di questi paesi che avesse come conseguenza la ricostituzione, seppure su nuove basi identitarie, di comunità etnico-religiose islamiche in un contesto identitario fragile, rischia di avere a giudizio di molta parte dell'opinione pubblica, conseguenze devastanti sulla tenuta sociale delle rispettive società.

Per questi motivi diventa estremamente interessante l'intervento del collega Amirante che, soffermando la propria attenzione sulla multiculturalità operante in uno spazio continentale e caratterizzato da un numero altissimo di identità religiose, culturali ed etniche, oltre che linguistiche, offre un panorama estremamente ricco della strumentazione giuridica con la quale queste problematiche possono essere affrontate. Così, grazie alla comparazione, offerta anche dalla collega Topidi, e ai suoi studi sul modello canadese, vengono sottoposti alla nostra attenzione elementi di riflessione capaci di rompere i confini della nostra ristretta esperienza giuridica, aprendo il continente europeo a una maggiore ricchezza culturale e a una certamente più alta e necessaria “elasticità e duttilità” nell'affrontare le sfide che ci vengono dai territori.

---

<sup>1</sup> G. CIMBALO, *Problemi e modelli di libertà religiosa individuale e collettiva nell'Est Europa: contributo a un nuovo diritto ecclesiastico per l'Unione Europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statochiese.it](http://www.statochiese.it)), novembre 2008, pp. 1-35.

La relazione della collega Sona, attraverso il richiamo dell'attenzione a problematiche specifiche, ma certamente significative e importanti sotto il profilo dell'identità, quali sono le questioni connesse al diritto di famiglia, alla filiazione e all'eredità, ci spinge invece a riflettere con attenzione sull'applicazione di strumenti giuridici quali la *cultural defense*<sup>2</sup> che, se consentono di contestualizzare in un'ottica multiculturale le soluzioni giuridiche ai problemi, per effetto della multiculturalità rischiano, tuttavia, di incidere in modo estremamente distorto sul principio di uguaglianza, ma anche sul compito di ogni ordinamento di rimuovere quegli ostacoli di carattere culturale e religioso che vanno verso la direzione di creare delle sostanziali differenze nell'accesso ai diritti della persona umana.

L'esistenza e l'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo, la tendenza della norma a farsi generale e astratta, applicativa della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, pone un limite da individuare nella possibilità di applicazione della *cultural defense* nel dare soluzione nella direzione di costruire la convivenza tra portatori di diverse istanze culturali, religiose e sociali.

Da queste brevi considerazioni, l'importanza della sessione che mi appresto a presiedere.

## 2. Le diversità etniche, culturali e religiosa come formanti ordinamentali

La diversità etnica, culturale e religiosa è una delle maggiori sfide che le società europee devono affrontare e gli Stati non possono certo fare a meno di intervenire in materia: da un lato, regolando i flussi in modo da non superare le capacità di accoglienza nel proprio territorio e, dall'altro, stabilendo i requisiti per la permanenza.

In particolare, al momento, è richiesta una maggiore attenzione per l'integrazione degli immigrati nei paesi riceventi, ai fini di una convivenza armonica con la società e la cultura della popolazione autoctona.

Mentre esiste una forte preoccupazione comune e una politica di base tendenzialmente uniforme per il controllo delle frontiere dell'Unione Europea, la politica in materia di integrazione degli immigrati risulta meno definita, in quanto lasciata alla competenza degli Stati membri, ciascuno dei quali adotta strade e finalità differenti.

Ogni Stato, considerando la situazione esistente nel proprio territorio e sulla base degli obiettivi che intende raggiungere, sceglie un modello, definendo così lo scheletro della propria normativa in materia d'immigrazione.

I motivi principali che determinano la migrazione internazionale sono le differenze nello sviluppo economico, la demografia e le guerre. La migrazione non è un fenomeno transitorio, ma un elemento fondamentale, strutturale dell'esistenza umana. Essa esiste da quando c'è l'*homo sapiens* ed è parte integrante della condizione umana come la nascita, la riproduzione, la malattia e la morte.

Le migrazioni oggi si manifestano in modo forzoso quando le condizioni del mercato del lavoro sono tali da non consentire la sussistenza e, pertanto, masse di migranti vanno a integrare l'esercito industriale di riserva delle aree più ricche e a maggiore sviluppo.

È perciò del tutto evidente che, per evitare che la migrazione si tramuti in un problema per l'ordine pubblico e per la stabilità degli Stati occidentali, occorre integrare gli immigrati, costruendo dei modelli armonici di convivenza.

In Europa il modello britannico è l'emblema del multiculturalismo<sup>3</sup>; la Francia è la rappresentazione per eccellenza del modello assimilazionista<sup>4</sup>; la Germania del

---

<sup>2</sup> Il tema della *cultural defense* e dei suoi risvolti su problemi pratici come sono quelli delle mutilazioni genitali femminili, in quanto reati culturalmente orientati, li abbiamo approfonditi in: F. BOTTI, *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, con Introduzione di FRANCESCO ONIDA, Bononia University Press, Bologna, 2009, pp. 181-191 e l'ampia bibliografia *ivi* contenuta.

<sup>3</sup> Significativi a riguardo sono i sei tipi di *nationality* presenti nel Regno Unito: *British citizenship*, *British overseas territories citizen*, *British overseas citizen*, *British subject*, *British national (overseas)* e *British protected person*.



“multiculturalismo alla tedesca”, che si è caratterizzato per lungo tempo sulla convinzione della non integrabilità e assimilazione degli immigrati per cui la loro è una presenza transitoria e meramente funzionale al sistema produttivo<sup>5</sup>; la Spagna si contraddistingue, invece, per un multiculturalismo “selettivo”, per cui cittadinanza di origine (es.: paesi iberoamericani) e comunità particolarmente bisognose (es.: rom) vengono assorbiti dal Regno iberico in modi differenti a seconda dei bisogni che ciascun gruppo ha.

Le politiche d’immigrazione comprendono le misure a favore dell’integrazione, anche se in realtà non tutti i governi scelgono di integrare gli immigrati, i quali, in tal caso, rimangono in una situazione di provvisorietà. Comunque, il semplice inserimento del nuovo arrivato non basta ai fini dell’integrazione, che, invece, si configura come un percorso caratterizzato da tempi lunghi e subordinato a diversi fattori. Inoltre, mentre da un lato il raggrupparsi per etnie o regione di provenienza, aiuta a vivere e a coltivare il ricordo dei territori di origine (soprattutto per chi viene dall’Africa o dai paesi islamici il concetto di patria è sconosciuto), ma potrebbe anche essere segno di ghettizzazione; dall’altro lato una forte dispersione degli stranieri in mezzo alla popolazione autoctona, forse aiuta l’integrazione, ma può altresì portare all’emarginazione<sup>6</sup>.

Non potendo in questa sede approfondire il concetto d’integrazione, ci limiteremo a darne una definizione nel senso più ampio, dell’inserimento, cioè, di un soggetto all’interno di una collettività diversa da quella di origine. Ma tale procedimento non è univoco, anzi, il termine può assumere declinazioni considerevolmente differenti in quanto sono molteplici i possibili percorsi, nonché gli effetti risultanti sulla società e sull’individuo.

Le relazioni che s’instaurano tra la comunità autoctona e le minoranze immigrate sono oggetto di studio da parte di molteplici discipline. Gli economisti si sono sempre dedicati allo studio delle conseguenze dei flussi migratori sul mercato, però recentemente si sono aperti maggiormente all’analisi della società, fino ad adottare approcci legati alla sociologia e alla psicologia. Infatti, il punto di partenza dell’approccio economico alla trattazione dell’integrazione culturale, è rappresentato dai comportamenti degli individui, per poterne analizzare le preferenze e la formazione dell’identità.

Sono state formulate diverse teorie sui processi d’integrazione tra cui emergono, in particolare, la *cultural adoption*<sup>7</sup> e l’*acculturation model* che si concentra quest’ultimo direttamente sull’identità culturale degli individui.

Mentre gli economisti si focalizzano sui comportamenti dei singoli appartenenti alle minoranze, i sociologi, i politologi e i giuristi si sono maggiormente interessati agli obiettivi perseguiti dalle politiche d’immigrazione e agli effetti che ne derivano sulle società. In generale essi si sono soffermati con attenzione sulle conseguenze derivanti dall’incontro tra i nuovi arrivati e la popolazione autoctona, facendo riferimento alla cultura, ai valori, alle tradizioni e alle pratiche.

Dalla teoria assimilazionista a quella multiculturale ne sono emerse altre che occupano una posizione intermedia rispetto alle due appena richiamate. A tale riguardo è di particolare interesse la cosiddetta corrente *inclusionary*, la quale ritiene che i diritti fondamentali dell’uomo occupano una posizione superiore rispetto alle differenze a livello nazionale. Oltre al relativismo e all’eguaglianza sul piano culturale, i suoi sostenitori auspicano l’intervento dei poteri pubblici per l’introduzione di azioni positive sul piano

---

<sup>4</sup> Cfr. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 57 ss.

<sup>5</sup> G. CERRINA FERONI, *L’esperienza tedesca di multiculturalismo: società multi-etnica e aspirazioni di identità etnoculturale*, in D. AMIRANTE, V. PEPE (a cura di), *Stato democratico e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 59-81.

<sup>6</sup> L.M. GENTILESCHI, *Geografia delle migrazioni*, Carocci, Roma, 2009.

<sup>7</sup> Un individuo appartenente alla cultura del gruppo minoritario sarà incentivato ad assimilare la cultura del gruppo di maggioranza in modo direttamente proporzionale ai possibili guadagni che potrà realizzare intrattenendo relazioni con essi attraverso l’utilizzo di questa strategia.

legislativo, al fine di garantire pari opportunità anche alle minoranze immigrate «secondo una prospettiva di assimilazione senza un modello dominante e normativo»<sup>8</sup>.

In base a questa teoria, i migranti provenienti da paesi lontani non finiranno, con il semplice scorrere del tempo, per essere del tutto assimilati alla nuova società in cui vivono, anzi, moltitudini di identità differenti dovranno convivere insieme, in quanto emigrare non significa voler rinnegare o modificare i modi di essere e di vivere che caratterizzano il proprio luogo di origine. Tuttavia, le varie identità non rimarranno nemmeno come delle monadi a se stanti e tra loro completamente separate o contrapposte, ma avranno degli elementi in comune, ossia gli elementi della società ospitante che i migranti hanno deciso di assimilare e condividere sulla base dei propri interessi, nonché degli obblighi derivanti simultaneamente dai legami con il luogo di destinazione e quello di origine.

In particolare, alcuni studiosi sostengono che i migranti condivideranno comunque alcuni valori, quali la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali dell'uomo. Perciò, considerando che tali soggetti acquisiranno caratteristiche proprie di più società, si parla anche di “identità transnazionali”<sup>9</sup>: essi svilupperanno relazioni multiple di tipo familiare, sociale, culturale, economico, politico e religioso, ossia legami che si estendono oltre le frontiere. Su questo processo incide in modo significativo la mobilità che i soggetti acquisiscono una volta raggiunto un certo grado di inserimento nelle società riceventi, caratterizzata da relazioni e ritorni più o meno frequenti nel paese di origine, quando non dalla creazione di relazioni economiche con le aree di provenienza. Valgano da esempio le relazioni stabilite tra gli immigrati senegalesi in Francia e il paese d'origine<sup>10</sup>.

Il modello interculturale viene utilizzato per sottolineare la differenza rispetto agli altri due modelli, rinvenibile nel suo intento di creare un dialogo tra le culture, pur preservandone le differenze, ai fini dell'inclusione e della coesione sociale.

Poiché, da un lato, il modello multiculturalista rischia di tradursi in separazione tra i vari gruppi etnici e di portare alla ghettizzazione degli immigrati e, dall'altro lato, il modello assimilazionista intende imporre la cultura della maggioranza autoctona ed eliminare le caratteristiche originarie, i sostenitori delle teorie intermedie parlano d'inclusione mediante un dialogo interculturale. Ma si tratta di teorie relativamente recenti, per le quali è necessario che vengano ideate e sviluppate politiche effettive con contorni maggiormente definiti.

Si noti che uno Stato potrebbe anche scegliere di non avere politiche d'integrazione: è il caso della Germania. Si tratta di un caso variamente denominato *anti-integration*, *guest-worker* (in tedesco *Gastarbeiter*), oppure “modello funzionalista”, in quanto la relazione che si instaura tra il migrante e la società d'accoglienza è eminentemente strumentale e utilitaristica. In altri termini, i migranti vengono inseriti nell'ambito lavorativo, ma vengono scoraggiati allo stanziamento definitivo, prospettando così una permanenza solo temporanea.

### 3. Multiculturalismo e pluralismo e limiti del modello assimilazionista

È fondamentale distinguere la nozione di multiculturalismo da quella di pluralismo, in quanto l'uso e abuso di questo termine ne ha generalizzato e svuotato il concetto. Mentre il multiculturalismo si configura come un progetto che ha lo scopo di creare una società nuova e diversificata mediante la valorizzazione delle differenze, il pluralismo non è un

---

<sup>8</sup> G. GOZZINI, *Le migrazioni di ieri e di oggi. Una storia comparata*, Bruno Mondadori, Milano, 2005, p. 137.

<sup>9</sup> Cfr. G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012.

<sup>10</sup> Ma anche i *latinos* negli Stati Uniti, sul punto v.: A. DE FINA, *Spazi transnazionali di costruzione delle identità: i latinos degli Stati Uniti*, in M.V. CALVI, I. BAJINI, M. BONOMI (a cura di), *Lingue migranti e nuovi paesaggi*, Led edizioni universitarie di lettere economia diritto, Milano, 2015, pp. 215-232.

progetto, ma presuppone la tolleranza e implica la semplice accettazione e il rispetto della diversità reciproca. Di conseguenza, il multiculturalismo porta alla formazione di gruppi separati, ciascuno dei quali si contraddistingue dagli altri per religione, etnia, lingua ecc.

Il pluralismo, invece, postula associazioni volontarie e aperte collegate tra di loro, per cui le linee delle divisioni sociali sono intersecate<sup>11</sup>.

Dalla distinzione dei due concetti emerge una delle critiche di cui è oggetto il modello multiculturalista: esso crea gruppi separati, con il rischio di ghettizzazione. Un'altra critica mossa contro il suddetto modello è quella della vulnerabilità del singolo rispetto al gruppo; prevedendo diritti culturali e preferendo le autorità interagire con le associazioni collettive, c'è il rischio di affievolire i diritti del singolo rispetto ai diritti attribuiti al gruppo, nonché di trascurare il singolo quando i suoi diritti dipendono dalla comunità di appartenenza<sup>12</sup>.

Le politiche di integrazione recentemente intraprese dal Regno Unito tentano di superare il problema della separazione tra le comunità, con lo scopo di creare maggiore coesione sociale favorendo la formazione di legami tra le comunità. Infatti, è stato introdotto il concetto di *community cohesion* per indicare l'obiettivo di formare una società caratterizzata da una visione comune e un senso di appartenenza condivisa da tutte le comunità, dalla valorizzazione delle differenze, dalla parità di opportunità e da solidi legami tra individui appartenenti a gruppi diversi<sup>13</sup>.

La società coesa così descritta pare molto simile a quella in cui regna il pluralismo, tuttavia permane la differenza per cui quella coesa sarebbe il frutto di un progetto e non di una situazione creata spontaneamente. Non è una differenza trascurabile in quanto un progetto necessita di essere ideato e poi applicato: finora il progetto non è del tutto definito e l'introduzione delle nuove politiche ha generato molta confusione nell'amministrazione. Inoltre è emerso recentemente un dibattito sul timore di dare troppa rilevanza e spazio alle commissioni indipendenti formate da esperti, con lo scopo di definire le politiche di integrazione, di cui ha fatto uso il Governo britannico tra il 2000 e il 2007<sup>14</sup>, in quanto si è ritenuto che tale procedura di implementazione delle politiche abbia prodotto effetti variabili e mini il principio di democrazia e differenziazione delle funzioni.

Il modello assimilazionista si caratterizza per la volontà di non omologarsi alla cultura da assimilare, l'eccessiva distanza tra la cultura da assimilare e quella di origine, il carattere provvisorio dello stabilimento dell'immigrato nel territorio e la formazione di grandi comunità per alcuni gruppi etnici. Inoltre, le politiche assimilazioniste francesi<sup>15</sup> devono affrontare le questioni sorte in ambito religioso: ci si riferisce al confronto tra la "laicità militante" – ossia la particolare forma di laicità che tende a mantenere la sfera pubblica neutrale rispetto al fenomeno religioso – e la religione, in particolare quella islamica<sup>16</sup>.

Infatti, a differenza delle altre religioni, l'islam non si limita a trattare del rapporto spirituale tra il singolo e Allah, ma prescrive una serie di regole volte a dare forma alla vita di tutti i giorni e idonee a investire sia la sfera privata sia quella pubblica. I campi in cui si scontrano la laicità e la religione sono tipicamente la scuola, l'insegnamento della religione e l'impiego pubblico, le politiche di genere, il diritto ereditario, usi alimentari e abbigliamento.

Le comunità islamiche sono restie a lasciarsi assimilare, e quindi a richiedere la cittadinanza, proprio per i motivi legati alla differenza culturale e religiosa.

---

<sup>11</sup> G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo ed estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Rizzoli, Milano, 2000.

<sup>12</sup> K. MALIK, *Il multiculturalismo e i suoi critici. Ripensare la diversità dopo l'11 settembre*, Nessun Dogma, Roma, 2016.

<sup>13</sup> LOCAL GOVERNMENT ASSOCIATION, *Guidance on Community Cohesion*, London, 2002.

<sup>14</sup> In particolare: *Commission on the Future of Multi-Ethnic Britain* (Parekh Report); *Community Cohesion Review Team* (Cantle Report); *Commission on Integration and Cohesion*.

<sup>15</sup> AA. VV., *Il malessere della Francia tra politica, storia e memoria*, in *Rivista di Politica*, 2, 2016.

<sup>16</sup> Sulle derive prese dalla «laicità d'emergenza» in Francia, da ultimo v. D. FERRARI, *I sindaci francesi contro il "burkini": la laicità a ferragosto? Una prima lettura di alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 31/2016, pp. 1-24.

In conclusione, la debolezza del modello assimilazionista risiede nell'assenza di differenza, nell'obiettivo cioè di creare una società omogenea in cui le particolarità sono da neutralizzare. Tuttavia, alla diversità culturale emersa a seguito delle nuove immigrazioni, la Francia ha deciso di rispondere rafforzando le politiche d'integrazione ai fini dell'assimilazione: al nuovo immigrato, per diventare cittadino, non solo è richiesta la conoscenza della lingua, ma anche una sufficiente conoscenza della storia, della cultura e della società francese, nonché di aderire ai principi fondamentali e ai valori della Repubblica. Le nuove norme finiscono così per rendere difficilmente acquisibile la cittadinanza da parte di coloro che provengono da luoghi geograficamente e culturalmente lontani. Inoltre, a parte l'obiettività del livello linguistico, gli altri due requisiti non sono sufficientemente regolati e sono soggetti al potere discrezionale dell'amministrazione operante<sup>17</sup>.

#### 4. Il modello selettivo spagnolo e l'evoluzione del modello tedesco

Il sistema spagnolo finisce per privilegiare alcuni gruppi di immigrati rispetto ad altri, ossia coloro che sono madrelingua spagnoli e che hanno una cultura comune, coloro che condividono i valori della società spagnola, coloro che hanno un livello di educazione superiore a quello di base e di stampo occidentale: questo è l'immigrato ideale disegnato dall'ordinamento spagnolo. Ma, a questo punto, risulta chiaro che diventa difficile integrarsi per coloro che provengono da regioni lontane del mondo, luoghi che non hanno avuto forti contatti con la società spagnola, come ad esempio gli asiatici o gli africani. In conclusione, appaiono evidenti le tracce di un modello assimilazionista, che tende a imporre la propria cultura e a emarginare coloro che risultano troppo differenti.

Il *Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración* (PECI) 2011-2014, adottato alla scadenza del primo 2007-2010, afferma di essere la risposta al nuovo ciclo che sta vivendo la Spagna, caratterizzato dal decremento del flusso di entrate di cittadini stranieri, di conseguenza, è ora di spostare l'attenzione sul problema del rafforzamento della coesione sociale. Questo piano è stato elaborato sulla base del consenso e della partecipazione di tutti gli attori coinvolti nella gestione dell'integrazione; l'elaborato è il frutto dell'intervento delle Comunità autonome, dei municipi, di agenti sociali, di associazioni d'immigrati, di organizzazioni non governative, nonché di esperti in materia appartenenti al mondo accademico. Inoltre, il *Plan* segue la scia tracciata dall'Unione Europea sia nella scelta delle aree di intervento, distinguendo tra aree specifiche e aree trasversali, sia nella definizione di integrazione. Sono aree specifiche quelle che riguardano la prima entrata, il lavoro, l'educazione, la salute, i servizi sociali, la mobilità e lo sviluppo successivo. Mentre sono considerate aree trasversali, la convivenza, l'eguaglianza di trattamento e la lotta contro la discriminazione, l'infanzia, la gioventù e la famiglia, il genere, la partecipazione e l'educazione civica.

Secondo il *Plan*, l'integrazione può essere definita come un processo di mutuo adattamento alla convivenza delle persone immigranti e di quelle autoctone e assume una funzione fondamentale poiché ha il fine di «*contribuir al proceso bidireccional fomentando un desarrollo económico, social, cultural e institucional avanzado, plural y duradero para el conjunto de residentes en España, a través de intervenciones equilibradas de los poderes públicos y la sociedad civil*»<sup>18</sup>.

È possibile notare come, nonostante l'integrazione venga definita come un processo di adattamento bidirezionale, così come è espressamente affermato dal *Plan*, sembra che sia solo il soggetto immigrato colui che deve adattarsi alla società ricevente: egli, in base all'art. 2 *ter*, deve imparare e rispettare i valori della Spagna e dell'Europa. Ci si domanda se debba

---

<sup>17</sup> P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti: Diversità culturale e diritti fondamentali negli Stati costituzionali di diritto*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 71 ss.; L. ZANFRINI, *Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Laterza, Bari, 2016.

<sup>18</sup> PECI (2011-2014), p. 4.

dunque formarsi a immagine della società accogliente e quale sia il confine tra il dovere di adattamento alla nuova società e il diritto a mantenere la propria identità. Anche qui sembra che la disciplina, seguendo le direttive europee, finisca per manifestare i segni di un modello assimilazionista.

Lo studio delle politiche adottate dalle Comunità autonome permette di delineare alcune conclusioni. In primo luogo, così come esiste a livello nazionale una differenziazione di trattamento degli stranieri sulla base della loro residenza legale o irregolare in Spagna, anche a livello delle autonomie si ripresenta tale divario. Tuttavia, si rileva che alcune Comunità, tra cui in particolare i Paesi Baschi, propongono delle politiche tendenti alla riduzione della distanza tra le due categorie d'immigrati, al fine di garantire una maggiore effettività del principio di eguaglianza. In altre parole, considerando la grande varietà delle politiche in materia adottate dalle diverse Autonomie, alcune Comunità spiccano, non solo rispetto alle altre, ma anche rispetto alle normative adottate dallo Stato centrale, per la previsione di discipline disegnate in modo da tutelare la parità sostanziale della popolazione residente.

Per quanto riguarda la Germania, invece, la crisi del 2008 ha alimentato anche in detto paese l'immigrazione clandestina, il cui volume è aumentato con la crescita delle migrazioni per il tramite dei paesi del Sud Europa ed è stato tollerato per il bisogno di manodopera che caratterizza l'economia tedesca in costante crescita.

Va detto inoltre che l'emigrazione dai paesi dell'Est non è mai cessata e, almeno rispetto ad alcuni paesi come quelli dell'Europa centrale, Ucraina compresa, ha assunto la forma di emigrazione "circolare", ovvero periodica o stagionale, con ciclici ritorni al paese d'origine. Questa forma di pendolarismo emigratorio consente una riduzione notevole dei costi e una migliore e più agevole gestione del fenomeno.

Tuttavia, in Germania vi sono ragioni strutturali che inducono a favorire l'emigrazione con carattere stanziale, selettiva e controllata. Ecco perciò emergere la decisione recente di accogliere i profughi siriani, decisione che appare a prima vista sorprendente e generosa, ma che è motivata da precise scelte economiche e politiche.

Accogliere migranti di un'unica etnia e tradizioni culturali-religiose, consente un maggiore controllo del fenomeno, come è avvenuto in passato per i turchi. L'istruzione di questa popolazione è in genere medio alta e ciò corrisponde ai bisogni dell'economia tedesca. Ad attrezzare il paese ad avere rapporti con l'islamismo ha pensato, quando era Ministro federale degli Interni, Wolfgang Schäuble, che ha costituito la Conferenza Tedesca dell'Islam. Questa struttura è chiamata a gestire i rapporti con i quattro milioni di musulmani che vivono già nel paese, anche se, come ovunque in Europa, rimane aperto il problema dei rapporti con i giovani musulmani di seconda e terza generazione nella scuola, nel mondo del lavoro, nella società. Alle componenti attuali dell'islam presenti all'interno della Conferenza tedesca, bisognerà aggiungere gli aleuiti, (lo sono in gran parte i siriani), promuovendo il dialogo tra rappresentanti dello Stato tedesco e rappresentanti dei musulmani che vivono in Germania.

Al centro dell'offerta statale d'integrazione in Germania, sono stati creati corsi aventi questa precipua finalità; seguendo il principio "del pretendere e dell'incentivare", parteciparvi non solo è un diritto, ma anche un obbligo.

Il corso d'integrazione si fonda su due pilastri: seicento ore di corso di lingua e trenta ore di corso d'orientamento sull'ordinamento giuridico, la storia e la cultura in Germania. I corsi vengono affiancati da un'offerta di consulenza individuale rivolta agli immigrati, la cosiddetta consulenza per la migrazione, della durata di tre anni. La legge sull'immigrazione prevede fondi per specifici progetti d'integrazione, che sostengano il lavoro degli operatori di strada in zone disagiate delle città e le politiche d'insediamento dei migranti sul territorio. L'accoglienza della gran parte della popolazione dei nuovi venuti non si spiega solo con la composizione della popolazione tedesca, ma anche con il desiderio di sostenere economicamente il paese. A opporsi sono quelle parti di popolazione d'istruzione medio

bassa e di lavoratori marginali, residenti soprattutto nell'est del paese e perenne base sociale dei movimenti di destra, sempre attivi nel paese.

## 5. Il ruolo dei “nuovi diritti” alla libertà religiosa

Il pericolo del radicamento di forme d'intolleranza e d'imposizione rappresenta l'ostacolo maggiore alla costruzione di una società inclusiva e che possa poggiare le sue basi su di una pacifica convivenza.

Tali derive di ordine concettuale trovano concretezza, oltre che nei partiti le cui linee politiche sono sfociate nella destra estrema europea, come *supra* evidenziato, anche – e in maniera altrettanto pervasiva – in quelle componenti religiose più ortodosse e votate all'intransigenza su base religiosa.

Il riferimento ai fatti avvenuti a seguito dell'11 settembre 2001 e agli attacchi di rivendicazione di matrice – sommariamente configurata come – religiosa, subiti in tempi recenti da Belgio, Francia e Inghilterra è qui inevitabile.

Un conflitto, questo, che in realtà ha basi più politiche che di fede, e si è trasformato in un contrasto tra culture<sup>19</sup> (occidentale e *altra*), nel quale comunque il fattore religioso ha acquisito un ruolo rilevante, con connotati di negatività laddove riferito alla cultura minoritaria, e di positiva rappresentanza se invece rivolto alla cultura maggioritaria.

Il concetto di cultura che utilizzeremo per sviluppare le nostre considerazioni è meramente funzionale a delimitarne il campo di indagine e siamo consapevoli che esso non riflette una definizione condivisa.

Riteniamo che l'assenza di una definizione giuridica di cultura – per certi aspetti – rappresenti un falso problema; infatti, se da un lato è certamente auspicabile che si individui in maniera precisa e univoca tale concetto, dall'altro, un'argomentazione intensamente polarizzata in tale senso, si sostanzierebbe in un defatigante e sterile esercizio di intelletto tabellesco, che allontanerebbe l'attenzione da quella che è la vera questione che andremo ad affrontare.

Esattamente come l'uccisione di Francesco Ferdinando non rappresenta altro che il *casus belli* dello scoppio della prima guerra mondiale, così l'affannosa ricerca di una definizione giuridica del concetto di cultura, finisce per assumere una primazia concettuale ingiustificata, per di più attinente alla forma piuttosto che al contenuto.

Sottraendosi, quindi, da un tal esercizio stilistico, la nostra linea d'indagine esaminerà, prima, quei “nuovi diritti” relativi alla libertà religiosa che sono venuti alla luce in conseguenza della multiculturalità, per poi analizzare in che modo e con quali limiti essi possano concorrere alla costruzione di una società integrata e non frazionata in segmenti. In altri termini interculturale.

Per tale ragione utilizzeremo il termine *cultura* in senso lato, come cioè quel «[...] complesso di valori, tradizioni, costumi, credenze ed abiti mentali che connotano una determinata comunità sociale»<sup>20</sup>.

Per quel che ci interessa in questa sede, religione e cultura appaiono legati da un doppio filo<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> S.P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, traduzione a cura di SERGIO MINUCCI, Garzanti, Milano, 2000.

<sup>20</sup> S. FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, p. 53 e la bibliografia *ivi* citata.

<sup>21</sup> Per un approfondimento su questo legame e sull'utilizzo della laicità come strumento di risoluzione dei conflitti, v.: S. PRISCO, *Le radici religiose dei diritti umani e i problemi attuali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), gennaio 2011, pp. 1-13, ma anche ID., *Diritti e culture tra riconoscimenti e tensioni. Una prospettiva giuridico-comparata*, in *Filosofia dei diritti umani*, vol. 44, 2015, pp. 19-28 e l'ampia bibliografia *ivi* citata.

Da un lato, infatti, taluni degli elementi che costituiscono il concetto di cultura come sopra definito sono, se non sovrapponibili, almeno prossimi al fenomeno religioso, dall'altro, quest'ultimo finisce per incidere – ove più, ove meno – anche sugli altri elementi costitutivi che sono – o dovrebbero essere – scervi da una connotazione o un'influenza di matrice confessionale. In conseguenza di ciò, il fenomeno religioso è riuscito a caratterizzare un'identità politica e inevitabilmente il diritto da quest'ultima prodotto<sup>22</sup>.

Spesso, e sempre più spesso, si è legato il tema della diversità culturale (e religiosa) a quello dell'immigrazione, ma quest'ultima è solo una delle possibili fonti di diversità culturale<sup>23</sup>, infatti la comunità sociale, a prescindere dal fattore dell'immigrazione, non può non dirsi già di suo religiosamente variegata, giacché, accanto alle religioni tradizionali di maggioranza e minoranza<sup>24</sup>, esistono gruppi di atei e agnostici più o meno organizzati e riconosciuti a seconda degli ordinamenti nei quali operano, o più semplicemente di laici. Le compagini sociali, già prima degli avvenimenti del 2001, erano sottoposte a tensioni nate sotto il focolaio dell'appartenenza religiosa sia in termini di maggioranze, che tendono a imporsi, sia di minoranze che hanno lottato o lottano tutt'oggi per trovare voce.

L'arrivo di *nuove* religioni di recente insediamento portate dall'immigrazione e con esse l'introduzione di *nuove* culture, ha tuttavia inciso pesantemente e ulteriormente su questo processo, portando scompiglio e mettendo ancora di più alla prova dei fatti un relativismo culturale sempre più orientato nella direzione dell'imperialismo culturale.

Raggiungere il consenso per intersezione (*overlapping consensus*) sui diritti umani che via via le *nuove* culture rivendicano, richiede il riconoscimento da parte di queste ultime delle radici culturali occidentali del discorso sui diritti e della specificità della nozione di diritto soggettivo, per distinguerla dalla mera attribuzione d'immunità o libertà a determinati individui<sup>25</sup>. Per uscire da questa *impasse* di dominazione occidentale, che trova nel liberalismo occidentale il suo fondamento e al fine di vedere valorizzate anche le *altre* culture, occorre pensare a queste come entità in continua trasformazione, reinterpretando le tradizioni culturali seppure «nella piena consapevolezza che vi saranno buchi neri, zone di irriducibili reciproche imperscrutabilità»<sup>26</sup>. Solo la concettualizzazione di bisogni e interessi, in una forma tale da individuare tecniche giuridiche per garantirli e proteggerli, consente alle culture *altre* di riconoscere nel linguaggio occidentale dei diritti la capacità di formulare rivendicazioni<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Questo intersecarsi tra valori religiosi e diritto positivo è messo in luce con particolare evidenza nelle questioni più prettamente etiche, laddove cioè i legislatori affrontano tematiche delicate come il fine vita, l'aborto, la fecondazione assistita, le unioni omosessuali civili, e nelle quali le norme emanate spesso sono il frutto di scelte politiche ancorate più a valori tradizionali della confessione di maggioranza che a un effettivo sentire della comunità.

<sup>23</sup> B. PAREKH, *A New Politics of Identity*, Pelgrave-Macmillan, Basingstoke-New York, 2008, p. 81.

<sup>24</sup> Sul termine minoranza, in questo senso v. la celebre definizione di Francesco Capotorti per cui essa è «un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione non dominante, i cui membri – essendo di nazionalità dello Stato – possiedono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche che differiscono dal resto della popolazione, e mostrano, anche solo implicitamente, un senso di solidarietà, diretta a preservare la loro cultura, tradizioni, religione o lingua». F. CAPOTORTI, *Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Rivista Int. dir. Uomo*, V, 1992, pp. 107-108. Per una rassegna delle principali definizioni di minoranza v.: V. PIERGIGLI, *Lingue minoritarie e identità culturali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 54 ss.

<sup>25</sup> C. TAYLOR, *Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights*, in J.R. BAUER, D. A. BELL (eds), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 126 e p. 136.

<sup>26</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Diritto ed emancipazione sociale*, Città aperta, Troina (EN), 2008, p. 222 e p. 230. Tra gli autori che sottolineano in maniera ancor più severa la difficoltà del raggiungimento di un percorso in tal senso, si veda la condivisibile posizione di S. PRISCO, *Le radici religiose*, cit., p. 13.

<sup>27</sup> Ad esempio, nota lucidamente Gianfranco Anello, riferendosi all'ambito dei trattamenti sanitari, che «non si può non rilevare con interesse come all'interno del patrimonio giuridico culturale islamico si possano rintracciare coordinate di valorizzazione dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità analoghe a quelle occidentali, ma soprattutto, a dispetto di alcune etichettature pregiudiziali, articolate

Non a caso, la risposta a questo conflitto culturale che gli operatori europei del diritto di stampo occidentale, peraltro similmente rinvenibile, ma con motivazioni diverse, anche in altri Continenti – come abbiamo sentito dalle relazioni che hanno preceduto questa Seconda sessione e come sentiremo a proposito in particolare specie dell’India – è stata quella di tradurre in senso giuridico le rivendicazioni di tutela espresse in capo ai diversi gruppi di soggetti istanti e riconducibili in modo schematico a due insiemi, che per onestà terminologica utilizzeremo al plurale: maggioranze e minoranze<sup>28</sup>.

I diritti fondamentali<sup>29</sup>, intesi come «quei diritti soggettivi che spettano universalmente a “tutti” gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire»<sup>30</sup> sono, peraltro, divenuti il pretesto a un uso spesso indiscriminato di richieste di tutela di tutto ciò che si rivendica come diritto da attuare e tutelare<sup>31</sup>. Parlare di inflazione dei diritti non è cosa nuova e può risultare fuorviante dal momento che a tutt’oggi si registra un «diffuso disinteresse verso l’emergere di bisogni che giustificano la tematizzazione di nuovi diritti, o, almeno, una ridefinizione delle modalità di attuazione e tutela di diritti già riconosciuti e affermati»<sup>32</sup>. Tale pensiero assolutamente condivisibile, non toglie tuttavia dall’imbarazzo il giurista che oggi si trova a dovere fare i conti di fatto con un’«espansione anomica del repertorio dei diritti fondamentali (che) solleva un’incontestabile aporia: se tutto è fondamentale, niente è fondamentale»<sup>33</sup>.

---

regolamentazioni pratico-razionali attraverso le quali trovare soluzioni di transazione tra i protocolli etico-sanitari occidentali e i codici di comportamento tradizionali, secondo prassi più adeguate al caso di specie e alla volontà, ove correttamente interpretata, delle parti interessate». G. ANELLO, *Multiculturalità, “diritti” e differenziazioni giuridiche: il caso dei trattamenti sanitari*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 16/2013, p. 15.

<sup>28</sup> Qui è doverosa una precisazione, sebbene possa sembrare ovvia. I termini “maggioranze” e “minoranze” non corrispondono necessariamente a un’idea di prevaricazione delle prime sulle altre; sappiamo ad esempio che in campo di distribuzione della ricchezza questa equazione non funziona.

<sup>29</sup> Nell’uso corrente, “diritti umani”, “diritti inviolabili”, “diritti costituzionali” e “diritti fondamentali” sono termini utilizzati in modo promiscuo ma equivalente, e stanno a indicare diritti che dovrebbero essere riconosciuti a ogni individuo in quanto tale: ciò sembrerebbe attestare, proprio a livello di un senso e “sapere comune”, l’intimo e complesso rapporto che da sempre lega tra loro e indissolubilmente diritto naturale e diritto positivo.

<sup>30</sup> «Inteso per “diritto soggettivo” qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per “status” la condizione di un soggetto prevista anch’essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio». L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza identità diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 263-292.

<sup>31</sup> Così: C. DOUZINAS, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Hart, Oxford, 2000, p. 1.

<sup>32</sup> T. MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in *Ragion Pratica*, 2006, n. 26, pp. 179-208.

<sup>33</sup> D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, in M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003, p. 140. Sostiene Luigi Ferrajoli che, essendo “fondamentali” i diritti attribuiti da un ordinamento giuridico a tutte le persone fisiche in quanto tali, o in quanto cittadini o in quanto capaci di agire e, essendo la previsione di tali diritti da parte del diritto positivo di un determinato ordinamento condizione della loro esistenza o vigore in quell’ordinamento, se fosse stabilito come universale un diritto assolutamente futile, come per esempio il diritto ad essere salutati per strada dai propri conoscenti o il diritto di fumare, esso sarebbe un diritto fondamentale. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali, Un dibattito teorico*, (a cura di E. VITALE), Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 5-6, il quale propone la seguente definizione di “diritti fondamentali”: «sono ‘diritti fondamentali’ tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci di agire; inteso per ‘diritto soggettivo’ qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio»; definizione che prescinde dalla natura degli interessi e dei bisogni tutelati con il loro riconoscimento quali diritti fondamentali.



Nonostante che in realtà di “anomico” ci sia ben poco, dato che come vedremo i “nuovi” diritti che sono venuti a profilarsi negli ultimi decenni godono di ben specifiche denominazioni, non possiamo togliere veridicità a tale asserzione, soprattutto laddove si voglia fare ordine tra questi in un’ipotetica gerarchia dei diritti.

Cercheremo nel prosieguo di questa nostra introduzione ai lavori di questa Seconda sessione di individuare quali sono le risposte date dal diritto positivo e le maggiori contraddizioni che possono sorgere nel processo di integrazione e di avvio a un effettivo processo di interculturalità.

## 6. Integrazione e interculturalità

La presa di coscienza, avvenuta nelle società politiche caratterizzate da un’identità culturale dominante o comunque maggioritaria (mono/biculturalità), dell’inevitabile trasformazione in senso multiculturale del loro tessuto sociale, ha indotto i governi dei paesi occidentali a prestare una maggiore attenzione nei confronti del *diverso*.

Il venire in essere di un processo di elaborazione teorico-normativo proteso in questo senso e finalizzato all’inclusione sociale, ha spinto l’attenzione degli studiosi e degli operatori del diritto a soffermarsi in particolare sull’appartenenza religiosa, individuandola tra i criteri cardine descrittivi – e riassuntivi – dell’identità.

Il fattore religioso è dunque divenuto, seguendo questo percorso, un elemento indicatore, se non addirittura un sinonimo sostitutivo, della provenienza geo-politica, per cui gli arabi sono musulmani, gli indiani induisti, i cinesi buddhisti, gli italiani cattolici e così via.

Questa potenzialità classificatoria che si porta dietro il convincimento religioso, ha indotto le società sollecitate alla multiculturalità ad avere una particolare attenzione alla religiosità anche al di fuori dei solchi lasciati dalle religioni tradizionali.

Ma se questo interesse ha trovato giuridicamente spazio nell’ampio alveo delle tutele dei diritti fondamentali, esprimendosi in un generico *favor religionis*, dall’altro non è riuscito ad andare oltre a un certo dualismo di stampo novecentesco che vede poste su livelli differenti di tutela le religioni di maggioranza e tradizionali, a tutte le altre. Provocatoriamente, riferendoci a queste ultime, potremmo continuare a parlarne, come d’altronde avviene in Italia<sup>34</sup>, di culti ammessi, laddove in questa definizione faremo confluire in via residuale tutti i culti che non rientrano nelle prime due accezioni.

Il riferimento alla religiosità è dunque determinante poiché ha assunto negli ultimi anni un ruolo centrale come segno distintivo di appartenenza, ma spesso e volentieri questo interesse si risolve in atteggiamenti, e non sempre limitati alla sola propaganda, ostruzionistici al dispiegarsi del diritto alla libertà religiosa<sup>35</sup> da parte di amministrazioni locali votate a ideali di preservazione<sup>36</sup>.

La differenziazione su base religiosa costituisce pertanto uno dei più seri ostacoli che oggi le società occidentali si trovano a dovere affrontare. Non solo perché le religioni sono

---

<sup>34</sup> In altri Stati si parla di culti riconosciuti, ma il risultato è sempre il medesimo laddove la contrapposizione tra tradizione e maggioranza e *altri*, permane. Così in tutti gli Stati dell’Europa occidentale, dove non può negarsi una dominanza, nel campo di esplicazione dei diritti, alla religione tradizionale o in tutti gli Stati dell’Est Europa – peraltro adeguati ai criteri di Copenaghen (e quindi occidentali) – laddove hanno riconosciuto il pluralismo religioso più nella retorica delle Carte costituzionali o delle leggi sulla libertà religiosa che nei fatti.

<sup>35</sup> R. BALBI, *Diritto ed esigenze di una società multiculturale e multireligiosa: premesse introduttive*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 30.

<sup>36</sup> G. CIMBALO, *Il diritto ecclesiastico oggi: la territorializzazione dei diritti di libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoe\\_chiese.it](http://www.statoe_chiese.it)), novembre 2010, pp. 1-47.

esse stesse portatrici di valori spesso in contrasto con quelli delle società democratiche<sup>37</sup>, ma anche perché in esse confluiscono i formanti culturali e identitari<sup>38</sup> dei distinti gruppi che compongono la società<sup>39</sup>.

Il divieto di discriminazione religiosa, che discende dalla più generale tutela della libertà religiosa, assurge oggi al ruolo di panacea per la risoluzione dei problemi che derivano dalle istanze dei movimenti religiosi non tradizionali, che si fanno sempre più pressanti, forti della propensione al pluralismo religioso fatta propria dagli ordinamenti democratici<sup>40</sup>.

Il mutare della composizione sociale dei territori europei, ha fatto sentire più forte l'esigenza di una rivendicazione in senso sostanziale dell'uguaglianza, laddove quella formale non risulta più sufficiente a fare fronte ai bisogni di società sempre più complesse ed esigenti<sup>41</sup>.

Gli Stati democratici si sono trovati dunque a dovere mettere in pratica i buoni propositi di uguaglianza e libertà proclamati nelle Carte costituzionali e ratificati nei rispettivi ordinamenti alla luce delle rivendicazioni delle minoranze – soprattutto – religiose del diritto a esistere e a esprimere la propria diversità dalle posizioni maggioritarie o dominanti.

---

<sup>37</sup> Il riferimento alle mutilazioni genitali femminili viene qui spontaneo, cfr. F. BOTTI, *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, Bononia University Press, Bologna, 2009. Ma non possiamo non tenere presente anche il ruolo che le confessioni religiose svolgono in quanto organizzazioni di tendenza.

Si veda anche la Direttiva del Consiglio dell'Unione europea a proposito della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro nelle organizzazioni di tendenza, che deroga alle garanzie assicurate ai lavoratori in materia di salario e di licenziamento. Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre. Per un commento: F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC attuativa dell'art. 13 del Trattato sull'Unione Europea*, in *Dir. eccl.*, 2001, p. 905 ss. Queste limitazioni giungono a negare la possibilità di dare vita a organizzazioni sindacali di tutela del lavoratore che opera nelle confessioni religiose, cfr. F. Botti, *Diritto sindacale e confessioni religiose alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Il caso rumeno: "Sindicatul Păstorul cel Bun c. Romania"*, in *QDPE*, 2013, 1, pp. 171-182. Per una riflessione approfondita sullo stesso argomento v.: S.L. MARTUCCI, *Libertà sindacale nelle confessioni religiose. Spunti comparativi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 39, 2014, pp. 1-37.

Sul complesso rapporto tra ordinamento civile e ordinamento confessionale, v.: S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi: ebraismo, cristianesimo ed islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002.

<sup>38</sup> Una lettura in chiave antropologica del fattore religioso, viene puntualmente offerta da M. RICCA, *Diritto e religione. Per una sistemica giuridica*, Cedam, Padova, 2002, p. 11 ss., p. 153 ss. e l'accurata bibliografia riportata.

<sup>39</sup> Tuttavia proprio questo approccio alla religione come inscindibilmente legata alla cultura, ne fa perdere i connotati, diluendone il significato fino a fornirle profili più di opportunità politica che spirituali. In questo senso, sulla base del riconoscimento istituzionalizzato della funzione di rappresentanza svolta dalle religioni di maggioranza e tradizionali, viene consentito a queste ultime di trovare spazio nell'erogazione di servizi di *welfare* che dovrebbero, visti i settori strategici che vanno a toccare (istruzione *in primis*), essere per loro natura neutrali e non basarsi sulla diversità di appartenenza "religiosa". F. BOTTI, *Le confessioni religiose e il principio di sussidiarietà nell'Unione europea: un nuovo giurisdizionalismo attraverso il mercato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), gennaio 2011, spec. p. 20 ss.

Mentre in questo modo le religioni tradizionali sono riuscite a ritagliarsi uno spazio – che cercano di custodire gelosamente – nei loro rapporti con il territorio, il pericolo viene percepito dal *nuovo* e dal delicato equilibrio di relazioni che sorge tra maggioranza religiosa e minoranza. Da più parti si auspica un ritorno della libertà di religione al costituzionalismo per cui solo «il riconoscimento e il rispetto dei diritti fondamentali, che sono essenzialmente diritti individuali» possono rendere «concreto l'esercizio del diritto alla differenza» delle «formazioni sociali religiosamente connotate», e proteggere «la persona contro la coazione e la violenza perpetuata nei suoi confronti da uno Stato, una cultura o una religione dominanti e spesso intolleranti d'ogni dissenso». F. ALICINO, *Costituzionalismo e Diritto europeo delle religioni*, CEDAM, Padova, p. 73.

<sup>40</sup> Ricorda Pierluigi Consorti di come il diritto alla diversità non sia un fenomeno nuovo nel panorama italiano e di come sia stato rivendicato in anni ormai remoti dalla Comunità ebraica. V.: P. CONSORTI, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in A. FUCILLO (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 198.

<sup>41</sup> A. LICASTRO, *Libertà religiosa, convivenza e discriminazioni*, in E. CAMASSA, *Democrazie e religioni. Libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, Atti del Convegno Nazionale ADEC, Trento 22-23 ottobre 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 81-82.

Per procedere in tale senso è stato necessario individuare ed espungere dai principi della dignità umana, della libertà, dei diritti fondamentali e dell'uguaglianza già presenti nelle Costituzioni delle democrazie pluralistiche, forme specifiche di tutela. Gli studiosi hanno così dato compimento a quell'attitudine espansiva insita nei suddetti principi generali per volgerla nella direzione del riconoscimento delle differenze<sup>42</sup>.

## 7. Il diritto alla diversità e alla sicurezza e il principio di non discriminazione

Nel diritto alla diversità, in quanto declinazione del principio di non discriminazione, si riconduce la *summa* dei diritti di libertà già presenti negli ordinamenti vigenti, i quali, per trovare concreta applicazione, devono essere ulteriormente articolati e incanalati nelle loro diverse accezioni in tutele nominali distinte e ben specificate. Sebbene difatti il principio di non discriminazione dovrebbe essere di per sé sufficiente affinché non si configurino, anche in modo indiretto, situazioni giuridiche di disparità, la realtà dei fatti offre ben altre prospettive.

E da qui la necessità di moltiplicare, specificare e snodare i diritti e i doveri di ciascuna componente sociale, etnica, religiosa, linguistica, culturale, perché il principio di non discriminazione, da matrice del pensiero giuridico occidentale moderno, assurge oggi più che mai, e dal 2001 in particolare, al ruolo di una dichiarazione di intenti per la cui fattibilità ha necessità di una trattazione più specifica che ne estrapoli i contenuti affinché possano ergersi a *diritti*.

Al fine di arginare quella che in maniera generalizzata è stata, dai rotocalchi e sulla scia dell'ondata emotiva del momento, definita come l'invasione islamica portata dagli immigrati di vecchia generazione e di nuovo arrivo, gli Stati occidentali, in particolare nelle loro politiche sull'immigrazione, e sotto l'egida dell'Unione Europea<sup>43</sup>, si sono arroccati dietro al diritto fondamentale alla sicurezza, al fine di giustificare una limitazione dei diritti umani in nome della conservazione dello *status quo*, che si è tradotto «in pratiche di esclusione e di discriminazione nel riconoscimento dei diritti fondamentali ai diversi soggetti»<sup>44</sup>.

Inteso sia come diritto individuale a un'esistenza protetta sia come interesse collettivo dello Stato, in quanto soggetto per antonomasia detentore della forza, a garantire il pieno godimento dei diritti a *tutti* gli individui in maniera piena e autonoma<sup>45</sup>, il diritto alla difesa nelle politiche di accoglienza, ha finito così per rivolgersi a sole determinate categorie di individui, garantendone la sicurezza dall'invasione, più culturale che armata, dell'*altro*.

Ricostruendo per sommi capi l'evoluzione di tale istituto, possiamo affermare che garantire la sicurezza da sempre è uno dei compiti dello Stato, uno dei presupposti fondamentali della sua sovranità. La dimostrazione di quanto questo principio sia implicito e connaturato all'esercizio della sovranità statale, risiede nel fatto che la sua menzione non è presente in tutte le Carte costituzionali. Nella sua duplice espressione, sicurezza da pericoli esterni e garanzia dell'ordine pubblico interno, ha rappresentato a lungo la fonte di legittimazione del potere assoluto di fronte ai sudditi. In epoca moderna ha conosciuto

---

<sup>42</sup> P. CONSORTI, *Pluralismo religioso*, cit., p. 208.

<sup>43</sup> G. CIMBALO, *Solidarietà, partecipazione e convivenza nella diversità nello spazio europeo*, in A. CASTRO JOVER (a cura di), *Asistencia social, participacion y reconocimiento de la diversidad: un estudio comparado entre Alemania, España, Francia e Italia*, Libellula Edizioni, Tricase (LE), 2015; ID., *I poteri locali e il ruolo delle città nella costruzione dell'unità europea (per una migliore ed effettiva fruizione dei diritti e lo sviluppo della persona umana)*, in A. CASTRO JOVER (a cura di), *Diversidad religiosa y gobierno local. Marco jurídico y modelos de intervención en España y en Italia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 13-51.

<sup>44</sup> G. BASCHERINI, *Immigrazione e nuovi paradigmi della sicurezza. Note sulla penalizzazione delle irregolarità migratorie*, in G. D'IGNAZIO, S. GAMBINO, *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 462.

<sup>45</sup> T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *forumcostituzionale.it*.

nuova vita e, non senza critiche, ha assunto un significato più personalistico e pervasivo, di «legittima domanda di sicurezza di tutti i diritti da parte di tutti i soggetti»<sup>46</sup>.

Da qui è stato breve il passo per arrivare a una sua strumentalizzazione volta a selezionare posizioni di vantaggio per «alcuni diritti di gruppi privilegiati»<sup>47</sup>, individuati inizialmente nell'apparato amministrativo e giudiziale, per dirottare poi in modo ideologico il suo significato nella prospettiva di una legittimazione alla limitazione dei diritti celata dietro l'artificio del diritto alla sicurezza<sup>48</sup>.

La tendenza a ergere il diritto alla sicurezza a baluardo della preservazione dell'identità<sup>49</sup> tanto collettiva quanto individuale<sup>50</sup> dalla contaminazione *culturale* che la globalizzazione porta con sé, è oggi particolarmente sentito a livello sociale e ben rappresenta le istanze di chi lo assurge a mezzo nella difesa della sua identità personale, confortata dalla unanime cultura nazionale o a volte solo locale. E a farne le spese non sono solo le minoranze religiose, atei compresi, ma anche tutti coloro che non si conformano all'orientamento della maggioranza politica, i quali vedono i loro diritti fondamentali pregiudicati.

Il tramite per eccellenza per la rivendicazione delle istanze è rappresentato dagli organi giudicanti i quali vengono quindi investiti dai problemi posti dai conflitti c.d. multiculturali<sup>51</sup>.

Sebbene tradiscano orientamenti ondivaghi e non sempre conformi al concreto rispetto dei diritti fondamentali allorché «[...] quella stessa giurisprudenza che appare a prima vista sensibile alle differenze e fedele ai valori di laicità, libertà ed eguaglianza, si dimostra al contrario pronta a sacrificare quei medesimi valori quando le controversie vengano presentate sotto la forma di uno scontro tra culture [...]»<sup>52</sup>, non può non riconoscersi nel loro operare un ruolo centrale nel processo di rigenerazione del diritto e di mediazione con il legislatore<sup>53</sup>.

---

<sup>46</sup> A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. PALMA, S. ANASTASIA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 21.

La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 pose il diritto alla sicurezza tra i diritti inalienabili dell'uomo come garanzia e protezione dei diritti delle persone e dei beni contro gli abusi della monarchia e come sicurezza dei rapporti giuridici. Cfr.: M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni sul concetto di sicurezza (nel gioco del bilanciamento)*, in AA.VV., (a cura di), *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, VI, Giappichelli, Torino, 2010, p. 2920.

<sup>47</sup> A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 21.

<sup>48</sup> M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, *passim*.

<sup>49</sup> G. DE VERGOTTINI, *Il bilanciamento fra sicurezza e libertà civili nella stagione del terrorismo*, in AA.VV., *Sicurezza: le nuove frontiere. Cultura, economia, politiche, tecnologie*, Franco Angeli, Milano, 2005, p. 110; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 259 ss.

<sup>50</sup> T. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Libreria Bonomo, Bologna, 2010, p. 68 ss.

<sup>51</sup> Sugli strumenti giuridici usati negli ultimi decenni in Italia e negli altri ordinamenti per risolvere i conflitti culturali e religiosi, v.: I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano, 2012.

<sup>52</sup> Di tale parere: N. FIORITA, *La libertà religiosa degli stranieri tra normativa di contrasto alle discriminazioni e nuove forme di discriminazione istituzionale*, in G. D'IGNAZIO, S. GAMBINO, *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 538-539, il quale come esempio pratico e lampante riporta il caso Lautsi c. Italia, riguardante l'esposizione del crocifisso nelle scuole e nei luoghi pubblici in genere.

Sugli orientamenti principali della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di libertà religiosa e laicità, di casi e questioni particolari che hanno riguardato l'Italia, da ultimo v.: G. D'ANGELO (a cura di), *Diritto ecclesiastico e legalità convenzionale. Laicità e libertà religiosa tra Italia e Corte di Strasburgo. Casi e Questioni*, Giappichelli, Torino, 2016.

<sup>53</sup> Parla di «“ingerenza giudiziaria” propiziata e sorretta da quel che viene correntemente denominato il “dialogo fra le Corti”» come strumento più che sufficiente «per realizzare l'ideale europeo di una democrazia “panumana” e l'implementazione di tutte le libertà fondamentali, ivi compresa, fra queste, la libertà di religione» S. BERLINGÒ, *La condizione delle chiese in Europa*, in *Dir. eccl.*, fasc. 4, 2002, p. 1313. Dello stesso avviso Francesco Alicino, per cui il «dialogo transnazionale» delle Corti nell'ambito del diritto pubblico

## 8. Conclusioni

I processi di inclusione sociale adottati dalle democrazie occidentali, dopo la virata avvenuta a seguito dei fallimenti degli orientamenti pluralisti rilevatisi più disgreganti che integranti, oggi, in un'ottica più propriamente interculturale, non possono non porsi i problemi che scaturiscono anche dagli effetti dell'applicazione del diritto alla sicurezza che trova la sua manifestazione più palese nella difesa dei valori, frutto della *cultura* della comunità politica che li ha emanati e trasposti nel diritto positivo<sup>54</sup>.

Non può non rilevarsi tuttavia una certa preoccupazione per questo tipo di approccio laddove sia teso alla difesa cieca e arbitraria delle "tradizioni culturali" in quanto il rischio di irrigidirsi in posizioni che assumono le stesse caratteristiche di quelle imputate agli *altri*, che si riassumono nell'intolleranza più renitente, pare esservi.

Questa non è la sede per approfondire le tante sfaccettature che una difesa strenua delle tradizioni porta con sé; vorremmo invece soffermare la nostra attenzione sugli strumenti che già esistono, presenti in ogni ordinamento plurale e democratico, grazie ai quali il diritto alla difesa può ritornare al suo significato semantico e non essere invece utilizzato come scudo e scusante alla limitazione dell'esercizio dei diritti fondamentali di libertà che dovrebbero sempre trovare tutela e attuazione.

Questa flessibilità dei diritti fondamentali per quanto possa essere una «proliferazione delle retoriche dei diritti»<sup>55</sup>, nei fatti c'è, ma anziché dirimere le questioni non fa altro che renderle ancora più complesse in termini di risolvibilità.

Se il legislatore non riesce a intervenire nei tempi dettati da una società fluttuante, non può nemmeno ricorrersi solo alla giurisprudenza, perché come abbiamo visto i pericoli di arbitrarietà e di relatività sono sempre in agguato, soprattutto quando chi decide difende i propri valori.

Come procedere dunque? Mediante l'accettazione, ma non solo in termini di comprensione del diverso<sup>56</sup>, elemento chiave dell'interculturalità, ma anche di accettazione di ciò che l'Occidente ha prodotto nella sua lunga evoluzione giuridica e attuazione di quel patrimonio culturale di cui già disponiamo.

Si tratta di individuare gli elementi di dinamismo di una realtà o di società in continua evoluzione per capire che i valori si trasformano e si concretizzano in comportamenti che costituiscono la caratteristica di società dinamiche. La strenua difesa di valori costituiti di maggioranze e minoranze non rappresentano una difesa credibile né del bisogno di sicurezza e nemmeno di garanzia di staticità e immutabilità che rassicurano solo chi è incapace di accettare di mettersi in discussione alla ricerca di una propria identità dinamica e in divenire<sup>57</sup>.

La strategia di una parte di coloro che nell'UE si sono battuti per la costruzione di un processo unitario effettivo, puntava, prima che intervenisse la crisi di identità attualmente

---

europeo delle religioni, ha varcato «l'arcigna barriera della suprema potestas statale» imponendosi anche «all'interno delle confessioni», per arrivare a garantire una migliore salvaguardia dei diritti individuali. F. ALICINO, *Costituzionalismo e Diritto europeo delle religioni*, cit., pp. 235-236.

<sup>54</sup> A. LICASTRO, *Libertà religiosa, convivenza e discriminazioni*, cit., p. 86.

<sup>55</sup> T. MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in *Ragion Pratica*, 2006, n. 26, p. 180.

<sup>56</sup> In generale, v.: P. CONSORTI, A. VALDAMBRINI (a cura di), *Gestire i conflitti interculturali ed interreligiosi: approcci a confronto*, PLUS-Pisa University Press, Pisa, 2009.

<sup>57</sup> «L'Europa può essere considerata ad un bivio: deve scegliere se attrezzarsi come luogo da visitare (e quindi anche, per chi crede alla nemesi storica, da conquistare) ovvero come luogo aperto all'ospitalità ed all'accoglienza, allo scopo di recuperare al dialogo persino gli interlocutori in apparenza più riottosi e meno omologabili col "discorso" della polis, intesa come casa comune di credenti, non credenti e diversamente credenti». S. BERLINGÒ, *La condizione delle chiese in Europa*, cit., p. 1313.

in atto, a partire dalla costruzione nei territori di luoghi di aggregazione e di comunità capaci di generare valori, di produrre abitudini e tradizioni a loro volta identitarie alla ricerca di un nuovo equilibrio tra antiche e nuove tendenze, tra bisogni emergenti e comportamenti consolidati. Da qui una proposta che potrebbe essere oggetto di approfondimento e alla quale certamente gli interventi che seguono contribuiranno<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> A. CASTRO JOVER (a cura di), *Diversidad religiosa y gobierno local. Marco jurídico y modelos de intervención en España y en Italia*, cit.

# STATO MULTICULTURALE E “DIVERSITÀ SOCIALE”: IL CONTRIBUTO DELL’UNIONE INDIANA

Domenico Amirante

SOMMARIO: 1. Diritto e diversità: una nuova frontiera per gli studi comparatistici. – 2. La diversità come elemento fondante dello Stato: il “multiculturalismo *ante-litteram*” indiano. – 3. L’India come modello di Stato multiculturale nell’analisi politologica. – 4. I diritti nello Stato multiculturale indiano: il difficile equilibrio fra dimensione soggettiva ed appartenenza collettiva. – 5. Un federalismo asimmetrico e dinamico. – 6. Il contributo del multiculturalismo indiano al dibattito sull’evoluzione dello Stato contemporaneo.

## 1. Diritto e diversità: una nuova frontiera per gli studi comparatistici

In un mondo globalizzato e interdipendente, dopo la caduta del mito illusorio dell’uniformità, la diversità si è affermata come la condizione normale delle relazioni umane e sociali. Per quanto riguarda il pensiero giuridico, che risulta ancora oggi caratterizzato da un’ortodossia positivista *mainstream*, questa ipotesi richiede una profonda revisione dei paradigmi tradizionali, basati sulla ricerca di uniformità, considerata come il principale valore giuridico da raggiungere. In questa prospettiva lo studio della diversità giuridica appare particolarmente indicato per individuare nuove traiettorie e percorsi di diritto comparato e di teoria del diritto in generale. Il riconoscimento della diversità nell’analisi giuridica sarà di particolare utilità non solo per il confronto tra i diversi sistemi giuridici, al fine di illustrarne le basi culturali e sottolinearne il rispettivo valore, ma anche per studiare il pluralismo all’interno dei singoli sistemi giuridici e degli stessi Stati nazionali, sempre più esposti, nell’era della globalizzazione, alla diversificazione sociale<sup>1</sup>.

D’altra parte, multiculturalismo e globalizzazione sono tematiche strettamente collegate e destinate ad intrecciarsi in maniera crescente in quanto la globalizzazione ha generalizzato ed accentuato su scala mondiale connotazioni multiculturali della società presenti in passato soltanto in alcuni contesti. In effetti, diversità sociale e multiculturalismo sono diventati oggi aspetti essenziali di molti sistemi politici e Stati nazionali (sia unitari, che regionali o federali) in tutto il mondo, rendendo il confronto fra diverse aree geo-politiche (“Est-Ovest”, così come “Nord-Sud”) di vitale importanza per comprendere gli attuali problemi della democrazia ed immaginare il futuro del costituzionalismo. In particolare, i sistemi giuridici asiatici rappresentano oggi, per i costituzionalisti, degli straordinari laboratori. Difatti in quest’area (segnatamente nell’Asia del Sud e nel Sud-Est asiatico) la diversità culturale ed etnica sono tratti distintivi dei sistemi politici ed hanno caratterizzato in diverse occasioni anche scelte di tipo costituzionale. Sotto il profilo metodologico, va premesso che per analizzare correttamente le ricadute costituzionali del multiculturalismo bisogna considerare una “dimensione” assente nell’analisi giuridica del multiculturalismo, che si è finora concentrata prevalentemente sui “diritti alla diversità”, in una prospettiva prevalentemente soggettiva ed individualista. Bisogna cioè verificare come lo Stato contemporaneo rifletta la diversità all’interno della sua struttura e della sua organizzazione, analizzando l’influenza della diversità sulla stessa «forma di Stato».

Peraltro, nell’era della globalizzazione, vi è sempre maggiore consapevolezza anche del fatto che lo Stato multiculturale non sia tanto un’esperienza limitata ai grandi sistemi federali “tradizionali” (quali U.S.A. e Canada), quanto un fenomeno diffuso, che coinvolge molti paesi in via di sviluppo e la stessa Europa, culla del moderno Stato-nazione

---

<sup>1</sup> R. COTTERREL, *It is so Bad to be Different? Comparative law and the acknowledgment of Diversity*, in E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN, *Comparative law. A handbook*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, p. 91 ss.

monoculturale<sup>2</sup>. Una circolazione dei modelli giuridici su scala globale potrebbe quindi aprire la strada ad una feconda stagione di studi di diritto costituzionale comparato, che siano in grado di oltrepassare le anguste strettoie delle comparazioni settoriali e di acquisire elementi utili provenienti dalle cosiddette “nuove democrazie”. In quest’ottica, l’Unione indiana rappresenta uno dei più significativi modelli di Stato multiculturale, realizzato attraverso un sapiente uso dei meccanismi costituzionali, come elementi di aggregazione della compagine statale e di consolidamento delle istituzioni democratiche. La Costituzione indiana si è confrontata con una società multiculturale fin dalle sue origini, dovendo far fronte a profonde differenze etniche, linguistiche, culturali e religiose della sua popolazione (in tal senso si può affermare che essa è una Costituzione “geneticamente multiculturale”). L’analisi di questa interessante esperienza, sinora sostanzialmente insondata, consentirà di riorientare il dibattito sul multiculturalismo da considerazioni generali ed astratte sulla tradizionale contrapposizione fra diritti individuali e collettivi, ad approfondimenti più pregnanti circa le strategie di politica costituzionale volte al riconoscimento ed all’accoglimento dell’eterogeneità sociale (e dunque della diversità) nell’intelaiatura dello Stato democratico. Non a caso uno dei più interessanti studi comparatistici riguardanti il sub-continente indiano nell’ultimo decennio, basato su un raffronto fra l’India e gli U.S.A., si è incentrato proprio sul tema «democrazia e diversità»<sup>3</sup>. Significativamente A. Lijphart, nel saggio introduttivo a questo lavoro collettaneo, evidenziando l’importanza dell’India per l’analisi teorica e pratica della democrazia, affermava che «rispetto ad altri evidenti casi di democrazia consociativa, l’India si caratterizza per differenze religiose e linguistiche più profonde e possiede in modo più completo le quattro caratteristiche principali del consociativismo ... ed è per questo che essa può considerarsi non solo un chiaro esempio di democrazia condivisa, ma anche uno dei più importanti e interessanti casi nel mondo democratico di sapiente ed efficace utilizzo di molte pratiche consociative»<sup>4</sup>. L’ampliamento di prospettiva che offre l’analisi dell’Unione indiana, nella quale il multiculturalismo rappresenta una delle “ragioni sociali” della stessa forma di Stato, risulta ancora più utile per inquadrare i problemi del multiculturalismo in un contesto più vasto rispetto a quello legato esclusivamente ai problemi posti dall’immigrazione, che ha caratterizzato prevalentemente l’approccio europeo a tale tematica.

## **2. La diversità come elemento fondante dello Stato: il “multiculturalismo *ante-litteram*” indiano**

Nonostante l’India condivida molte caratteristiche con alcune Costituzioni europee successive alla seconda guerra mondiale, come quella francese (1946, Quarta Repubblica), quella italiana (1948) e quella tedesca (1949) – dalla forma di governo alla centralità dei diritti fondamentali e della loro garanzia a livello costituzionale – essa è unica nel valorizzare le differenze culturali e sociali e nel considerarle come chiave di volta sulla quale costruire l’intera struttura costituzionale. Ovviamente alcuni meccanismi istituzionali per garantire i diritti delle minoranze culturali sono stati adottati nei paesi occidentali anche prima del periodo di elaborazione della Costituzione indiana, ma il dibattito sul

---

<sup>2</sup> Su tali tematiche si veda il convegno organizzato dalla Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo a Paestum nel 2008, nel quale un ampio gruppo di comparatisti si è confrontato sulle tematiche del multiculturalismo ed i cui atti sono contenuti nel volume di D. AMIRANTE, V. PEPE (a cura di), *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Torino, Giappichelli, 2011.

<sup>3</sup> K. SHANKAR BAJPAI (ed.), *Democracy and diversity. India and the American experience*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>4</sup> A. LIJPHART, *Introduction. The importance of India-United States comparison for political science*, in K. SHANKAR BAJPAI (ed.), *op. cit.*, pp. 5-6.



multiculturalismo come dottrina giuridica e specifica politica costituzionale si è sviluppato solo di recente, prima nel mondo anglo-sassone e poi nel dibattito internazionale<sup>5</sup>. La Costituzione indiana del 1950, invece, secondo una comune opinione dottrinale, «può essere definita un testo multiculturale, nel senso che adotta precise misure politiche ed istituzionali per il riconoscimento e l'affermazione delle culture delle diverse comunità»<sup>6</sup>. Per questi motivi essa rappresenta, a mio avviso, una vera e propria «Costituzione multiculturale *ante-litteram*». Tale peculiarità del sistema politico e costituzionale indiano è oggi pienamente riconosciuta negli scritti di diversi studiosi indiani che partecipano al dibattito internazionale su queste tematiche, anche se con approcci diversi. Da un lato, G. Mahajan afferma che «mentre la dottrina liberale occidentale sosteneva la neutralità ed un approccio indifferente alla diversità, l'India riconosceva i diritti delle minoranze e valorizzava le diversità culturali»<sup>7</sup>. Dall'altro, in modo più critico, S.K. Mitra parla di «multiculturalismo fortuito». Secondo quest'ultimo autore, lo Stato indiano, nel tentativo di perseguire contemporaneamente la *sarva dharma samabhava* (atteggiamento imparziale verso le religioni) e la *dharma nirapekshata* (neutralità religiosa), «ha riconosciuto, nella propria carta dei diritti fondamentali, i diritti individuali alla libertà di religione e all'uguaglianza formale, ma anche diritti collettivi alle tradizioni culturali e religiose»<sup>8</sup>. Qui proverò a descrivere quello indiano come un multiculturalismo a molteplici virtualità ed in continuo sviluppo, basato non solo sul riconoscimento dei diritti di comunità e gruppi culturali nella cornice di un ordinamento costituzionale democratico, ma anche su una peculiare struttura statale, caratterizzata in particolare da un federalismo di tipo asimmetrico. Insisterò in particolare sugli aspetti strutturali in quanto ritengo che siano proprio questi gli elementi dell'esperienza indiana in grado di offrire spunti di riflessione e indicazioni preziose per il dibattito internazionale sul costituzionalismo multiculturale. Come ben rilevato da W. Kymlicka, l'India non solo è «uno dei pochi paesi non occidentali ad essersi volontariamente dato un assetto federale al fine di soddisfare le richieste di autonomia di minoranze nazionali», ma «sembra [anche] avere avuto molte meno difficoltà nell'adottare il principio di asimmetria rispetto a molte federazioni multinazionali occidentali»<sup>9</sup>.

### 3. L'India come modello di Stato multiculturale nell'analisi politologica

Come ho avuto modo di sottolineare in diverse occasioni<sup>10</sup>, la centralità dell'esperienza indiana per la teoria dello Stato è oggi riconosciuta da politologi di calibro internazionale, quali A. Lijphart ed altri. In particolare, essi considerano l'India come un importante tassello per la creazione di un modello di Stato multiculturale che definiscono con il termine *State-Nation* (contrapposto al tradizionale Stato-nazione, in inglese *Nation-State*). Secondo questi autori lo *State-Nation* si configura come un vero e proprio idealtipo di Stato contemporaneo in grado di fornire una risposta alla necessità di preservare l'unità dello Stato pur riconoscendo e assegnando rilievo giuridico e istituzionale alla diversità. Sotto il

---

<sup>5</sup> Su questi aspetti è sufficiente rinviare a W. KYMLICKA, *Liberal multiculturalism: Western models, global trends and Asian debates*, in W. KIMLYCKA, B. HE (eds), *Multiculturalism in Asia*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 22-55.

<sup>6</sup> H. BHATTACHARYYA, *Multiculturalism in Contemporary India*, in *International journal on multicultural societies (IJMS)*, vol. 5, n. 2, 2003, p. 152.

<sup>7</sup> G. MAHAJAN, *Indian exceptionalism or Indian model: negotiating cultural diversity and minority rights in a democratic Nation-State*, in W. KIMLYCKA, B. HE (eds), *op. cit.*, p. 288.

<sup>8</sup> S.K. MITRA, *Constitutional design, democratic vote counting and India's fortuitous multiculturalism*, *Working Paper n. 4*, South Asia Institute, University of Heidelberg, 2001, p. 7.

<sup>9</sup> W. KYMLICKA, *op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>10</sup> In particolare ho trattato diffusamente il tema nel volume D. AMIRANTE, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bologna, BUP, 2014, dal quale ho ripreso, nel presente paragrafo, molte argomentazioni.

profilo lessicale *State-Nation* è un termine introdotto per designare «quegli Stati, a carattere democratico, che non rientrano o non possono rientrare nella definizione di modello di Stato-Nazione alla francese basato su un senso di appartenenza risultante da un assetto omogeneo, sia esso preesistente o costruito»<sup>11</sup>.

Il presupposto metodologico di questa riflessione è il superamento della tradizionale nozione di Stato-nazione, considerando che «uno dei compiti più urgenti ai giorni nostri, dal punto di vista della riflessione scientifica, politica e normativa, è quello di interrogarsi su come sistemi che aspirano ad essere democrazie possano fronteggiare un'incredibile diversità socio-culturale nell'ambito dei confini di uno Stato unitario». Ma, per affrontare tale compito è necessario sbarazzarsi di «una vecchia "massima" ereditata dalle generazioni passate, secondo la quale i confini territoriali di uno Stato devono necessariamente coincidere con i confini culturali percepiti da una Nazione»<sup>12</sup>. Secondo questa antica massima ciascuno Stato dovrebbe contenere entro i propri confini «una sola nazione culturalmente omogenea, e non più di una», tuttavia «alla luce della realtà socio-culturale estremamente eterogenea di molti Stati nel panorama mondiale, tale convinzione appare fuorviante, se non addirittura pericolosa, dal momento che molti Stati non possono oggi ottemperare a tale aspettativa»<sup>13</sup>. Stepan, Linz e Yadav ritengono che la comparazione con l'India sia inevitabile se si vuole correggere e quindi superare tale consolidato assunto, e possa rappresentare una sorta di cartina al tornasole anche per una riflessione a livello globale, che prenda in considerazione un novero molto ampio di Stati.

Nella teoria in esame le caratteristiche fondamentali del modello di *State-Nation* vengono individuate non soltanto in alcuni elementi ordinamentali e costituzionali (pur se la maggioranza degli Stati considerati è a carattere federale)<sup>14</sup>, ma anche in prassi politiche che sono in netta contrapposizione rispetto alle politiche di assimilazione delle diverse componenti culturali presenti in un dato territorio all'interno di un unico Stato-Nazione. In tal senso «le politiche dello *State-Nation* seguono un approccio politico-costituzionale che rispetta le identità socio-culturali multiple ma compatibili» e comporta «l'incentivazione di un senso di appartenenza (*«we-feeling»*) alla comunità politica generale, e la contemporanea creazione di garanzie istituzionali per il rispetto e la tutela delle più rilevanti forme di diversità multiculturale»<sup>15</sup>. Lo *State-Nation* non si contrappone solamente al tradizionale Stato-Nazione di tipo monoculturale, ma si differenzia anche dallo Stato multinazionale (*«pure multinationalism»* nell'espressione usata dagli autori). Lo Stato multinazionale può essere identificato infatti come una struttura istituzionale nella quale convivono unità nazionali diverse senza che vi sia alcuna condivisione di valori. In tal senso può essere definito come «un contenitore vuoto» (*«an empty shell»* nell'espressione originale) che comprende unità politiche che aspirano ad ottenere l'indipendenza o, «nel migliore dei casi come una confederazione piuttosto che uno Stato federale»<sup>16</sup>. L'elemento mancante in un semplice Stato multinazionale è quindi un «nocciolo duro» di valori condivisi che

---

<sup>11</sup> A. STEPAN, J.J. LINZ, Y. YADAV, *Crafting State-Nations. India and other multinational democracies*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2011, p. 7. Ho preferito non tradurre l'espressione *State-Nation* per gli evidenti problemi lessicali che tale terminologia comporta nel passaggio dall'inglese all'italiano e viceversa. In effetti questo termine può rappresentare il più classico dei «falsi amici», in quanto indica il contrario dello Stato-Nazione, come lo intendiamo nelle lingue latine (riprendendo ovviamente il francese *État-Nation* che in inglese si traduce invece *Nation-State*).

<sup>12</sup> A. STEPAN, J.J. LINZ, Y. YADAV, 'Nation State' or 'State Nation'? *India in comparative perspective*, in K. SHANKAR BAJPAI (ed.), *op. cit.*, p. 50.

<sup>13</sup> *Ivi*.

<sup>14</sup> Gli autori specificano che «il federalismo non è sufficiente né necessario per l'esistenza dello *State-Nation*, dal momento che quest'ultimo richiede un certo numero di misure a sostegno della diversità che non trovano corrispondenza degli strumenti federali» (A. STEPAN, J.J. LINZ, Y. YADAV, *Crafting State-Nations. India and other multinational democracies*, cit., p. 6).

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 4-5.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 12.

giustificano la fedeltà verso il “centro”; in altre parole in queste forme di Stato «non vi è alcuna forma di attaccamento simbolico con lo Stato né di identificazione con lo stesso», in pratica fa difetto quello che i tre autori definiscono come *we-feeling*, paragonandolo al *Verfassungspatriotismus* della teoria *habermasiana*<sup>17</sup>. Quindi, per affrontare con successo le sfide poste da società fortemente multiculturali e plurinazionali (*robust multinational societies*), salvaguardando una struttura statale, uno *State-Nation* deve avere sette requisiti fondamentali<sup>18</sup>.

Il primo richiede uno Stato a federalismo asimmetrico (può anche essere uno Stato regionale asimmetrico, ma mai uno Stato federale simmetrico o uno Stato unitario classico). In questa teoria, infatti, l'asimmetria rappresenta uno strumento fondamentale per garantire diversi gradi di autonomia e diversi poteri o funzioni ai variegati gruppi presenti sul territorio (è il caso dell'India, ma anche la Spagna offre utili indicazioni in tal senso).

Secondo requisito fondamentale è che l'ordinamento costituzionale garantisca, allo stesso tempo, sia i diritti individuali che quelli di gruppo, in quanto mentre i diritti individuali svolgono un ruolo importante per cementare l'appartenenza ad una struttura statale comune, i diritti collegati all'appartenenza a gruppi (di carattere linguistico, religioso, o culturale nel senso più ampio) rappresentano spesso delle precondizioni per l'esistenza stessa dei diritti individuali.

Il terzo elemento (che caratterizza in modo forte la proposta in esame) richiede una *forma di governo* parlamentare ed esclude, in linea di massima, le *forme di governo* presidenziali o semi-presidenziali. La *forma di governo* parlamentare si lascia preferire in quanto può garantire maggiori opportunità di scelte politiche condivise, ovvero, in altre parole, «offre la possibilità ai gruppi minoritari di apportare un contributo alle coalizioni di governo»<sup>19</sup>.

Il quarto requisito, di carattere spiccatamente politico, richiede la presenza contestuale sia di partiti federali (o “centrali”, vale a dire presenti in tutto il territorio) che di partiti federal-regionali (*centric-regional* in inglese), cioè di partiti che, pur avendo carattere regionale, si propongono di intervenire nella politica federale, anche attraverso una attiva partecipazione alle elezioni politiche (ed in caso di successo, ovviamente, di approdare in Parlamento).

La quinta condizione richiede la presenza di gruppi che siano politicamente integrati, ma non culturalmente assimilati, in quanto mantengono caratteristiche etno-culturali particolarmente spiccate. In questi casi se i gruppi etno-culturali riconosceranno allo Stato il merito di aver creato un sistema di diritti che li garantisce saranno propensi a formare coalizioni al centro e diventeranno quindi politicamente integrabili nel sistema politico nazionale, e di conseguenza, nell'ordinamento giuridico “centrale” (sia esso federale o regionale)<sup>20</sup>.

Il sesto ed il settimo requisito presentano caratteristiche prettamente culturali, richiedendo la presenza di gruppi nazionali culturalmente integrabili (*cultural nationalists*) invece che di gruppi «culturalmente secessionisti», da una parte, e l'esistenza di forme di identità multiple ma complementari. Quest'ultimo requisito è ritenuto molto importante all'interno dell'idealtipo dello *State-Nation* in quanto «è probabile che in una società multinazionale i cittadini si identifichino in modo deciso e restino fedeli contemporaneamente ad una entità di carattere regionale, purché sia sufficientemente forte, ed al livello centrale»; in tal modo questi cittadini conserveranno «una forte fiducia nel livello centrale perché riconoscono al centro, ed alle istituzioni storicamente collegate ad esso, la capacità di garantire alcuni beni collettivi di grande valore quali l'indipendenza [...]

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 13, vedi anche J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello Stato democratico di diritto* in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 63 ss.

<sup>18</sup> A. STEPAN, J.J. LINZ, Y. YADAV, *Crafting State-Nations. India and other multinational democracies*, cit., p. 18 ss.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 21.

la sicurezza nei confronti di minacce da parte di Stati confinanti e la partecipazione ad un mercato comune di ampie dimensioni»<sup>21</sup>.

Il modello politologico dello *State-Nation* con i suoi sette requisiti fondamentali, rappresenta, a mio avviso, un contributo di grande rilevanza al dibattito relativo alla diversità nella società multiculturale di oggi, che vale la pena sottoporre ad una verifica in termini costituzionalistici. In effetti sotto il profilo della teoria costituzionale lo *State-Nation* presenta una originale ed inedita commistione di tre precondizioni istituzionali per l'individuazione di uno Stato multiculturale: federalismo (o regionalismo) asimmetrico, riconoscimento e tutela contestuale dei diritti soggettivi e di diritti collettivi o di gruppo, preferenza per una *forma di governo* parlamentare. Si tratta di una "piattaforma concettuale" di notevole rilevanza e che indica la necessità di allargare il dibattito sul multiculturalismo dalle questioni relative alla sola tutela di situazioni giuridiche soggettive (diritti individuali *versus* diritti collettivi), ad una riconsiderazione della stessa struttura dello Stato, ed in particolare ad una verifica "incrociata" fra forma di Stato e forma di governo.

Per approfondire tali questioni l'esperienza dell'Unione indiana, considerata dagli autori in esame come il «campione» (in entrambi i significati del termine) del modello di *State-Nation*, si presenta come un punto di partenza privilegiato, in ragione delle sue forti componenti multiculturali e della sua lunga esperienza istituzionale. Tuttavia una approfondita analisi di questa esperienza esige da parte dei comparatisti di stampo occidentale notevoli sforzi, sia nella ricerca pratica che nell'elaborazione teorica. Innanzitutto considerare l'India come modello di *State-Nation* richiede il superamento del tradizionale approccio, teso a considerare questo Stato come mero ordinamento post-coloniale in via di sviluppo. Se è infatti indiscutibile che i problemi che l'Assemblea Costituente indiana dovette affrontare alla fine degli anni Quaranta erano quelli tipici di una transizione post-coloniale (con tutte le relative implicazioni socio-economiche), è altrettanto indubitabile che il risultato di tale processo fu una Costituzione innovativa, che ha percorso sentieri non battuti nella costruzione dello Stato e nell'individuazione di una identità comune in una società pluralista e multiculturale. Per quanto qui ci riguarda, la caratteristica più interessante del multiculturalismo *ante litteram* indiano è probabilmente l'idea di combinare la concezione della persona come individuo non isolato, ma come soggetto sempre collegato a gruppi sociali (impostazione condivisa con molte Costituzioni europee del dopoguerra, in particolare quella italiana e quella tedesca), con il riconoscimento non solo dei gruppi sociali e delle associazioni (pluralismo), ma anche di comunità preesistenti allo Stato stesso (multiculturalismo). In altre parole, come è stato giustamente notato, «la realtà esistente costrinse a riconoscere che le comunità culturali definiscono, almeno in parte, l'individuo, e che l'individuo porta tali identità ed interessi collettivi nell'arena pubblica»<sup>22</sup>. Nel tentativo di coniugare l'individualismo occidentale con il comunitarismo orientale, la Costituzione indiana ha elaborato alcune interessanti soluzioni pratiche, generando al contempo ottimi risultati in termini di stabilità istituzionale ed offrendo nuove prospettive teoriche. Di ancora maggiore utilità risultano inoltre quei meccanismi costituzionali segnalati in precedenza, fra cui, in particolare, un federalismo di tipo asimmetrico e "dinamico", che descriverò brevemente nel paragrafo 5.

#### **4. I diritti nello Stato multiculturale indiano: il difficile equilibrio fra dimensione soggettiva ed appartenenza collettiva**

Come già evidenziato sopra, la politica costituzionale indiana relativa alla diversità sociale è multiforme, innovativa e dinamica. La prima caratteristica è riscontrabile nella molteplicità di strumenti giuridici ed istituzionali per l'affermazione e la protezione delle

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>22</sup> G. MAHAJAN, *op. cit.*, p. 294.

minoranze sia sul versante del riconoscimento dello *status* di cittadino (diritti individuali e collettivi) sia sul versante della struttura dello Stato. Il carattere innovativo è desumibile dall'elaborazione di un approccio costituzionale multiculturale sin dagli esordi della Costituzione (1947-1950), prima ancora che la nozione di multiculturalismo diventasse argomento di dibattito per il diritto costituzionale e le scienze politiche. Il terzo elemento, l'aspetto dinamico del multiculturalismo indiano, si coglie soprattutto nei cambiamenti nell'articolazione territoriale dell'Unione verificatisi nell'arco di sessanta anni, attraverso il graduale riconoscimento di numerosi nuovi Stati-Membri espressione di comunità linguistico-culturali, fino ad arrivare agli attuali 29 Stati e 7 Unioni Territoriali.

Non essendo possibile sintetizzare in pochi tratti l'enorme quantità di meccanismi e strumenti per tutela e promozione della diversità contenuti nella Costituzione, mi limiterò qui a menzionare alcuni aspetti relativi ai diritti individuali e collettivi, per poi analizzare gli aspetti strutturali (federalismo) nel paragrafo successivo.

Innanzitutto, occorre ricordare l'originale approccio della Costituzione ai problemi legati alla diversità sociale indiana, richiamando il dibattito svoltosi in seno all'Assemblea Costituente. Pur non potendo essere considerata come una rappresentazione fotografica della società indiana, la Costituente rifletteva un vasto spettro dei movimenti sociali e politici esistenti nel periodo precedente l'indipendenza, tanto da meritare la definizione di «microcosmo in azione» di G. Austin<sup>23</sup>. In seguito alla separazione dal Pakistan e all'uscita dall'Assemblea della Lega Musulmana, l'*Indian National Congress* era certamente il partito dominante nell'Assemblea, ma essendo composto al suo interno da rappresentanti di molteplici tendenze ed istanze politiche e sociali, includeva così un'ampia gamma di minoranze politico-sociali. Secondo Austin, i rappresentanti delle minoranze costituivano il 37% dei membri elettivi dell'Assemblea, tra cui figuravano Cristiani, Parsi, Musulmani, Sikh, oltre a membri di quelle che saranno definite dalla Costituzione come comunità tribali e caste «riconosciute» (*scheduled tribes and castes* nella dizione inglese). La rappresentanza delle minoranze, la scelta dell'unanimità come metodo di voto, e il generale clima di collaborazione e confronto orientarono la Costituzione indiana verso una sistematica attenzione per i diritti delle minoranze e per nuove forme di rappresentazione delle stesse. Fu chiaro fin da subito che l'obiettivo dell'unità andava raggiunto non attraverso l'eliminazione della diversità (come nel modello americano del *melting pot*), ma attraverso la protezione e la promozione delle minoranze, viste non tanto come elementi esterni al sistema (come nella «teoria del mosaico» di stampo canadese), quanto come soggetti costitutivi dello stesso.

Il dibattito più seguito in seno all'Assemblea riguardò la posizione dello Stato rispetto alla religione e, in particolare, l'affermazione del principio del laicismo, quale punto di partenza per la politica multiculturale. Infatti, anche se la definizione di «Stato laico» fu introdotta nella Costituzione solo nel 1976, con il 42° emendamento (che modificava il Preambolo), la natura laica dello Stato indiano trovò chiara affermazione già in seno all'Assemblea Costituente. Il confronto su questa materia si rivelò materia feconda e interessante, anche in ragione della presenza di molte posizioni differenti, ma partì da un principio condiviso: in seguito alla *Partition* con il Pakistan la strada da percorrere per il nuovo Stato indiano era necessariamente quella della laicità. Come Nehru ha vigorosamente evidenziato, l'India doveva essere «uno Stato che include persone di qualsiasi religione ed opinione e dunque uno stato fondamentalmente laico»<sup>24</sup>.

Il laicismo indiano è abbastanza diverso da quello occidentale, caratterizzato dall'ostilità nei confronti della religione e dall'erezione di un muro tra Stato e confessioni religiose, in quanto ha un atteggiamento di profondo rispetto nei confronti delle credenze religiose. Alcune voci critiche hanno definito il laicismo indiano addirittura come «ambiguo», evidenziando che la Costituzione «ha dovuto pagar dazio al peso specifico della religione, in

---

<sup>23</sup> G. AUSTIN, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, Oxford, Oxford University Press, 1966, p. 1.

<sup>24</sup> Citato in D.E. SMITH, *Nehru and democracy*, Calcutta, Orient Longmans, 1958, p. 147.

particolare dell'induismo, nella società indiana»<sup>25</sup>. Più convincente appare la tesi che sostiene come il laicismo «non sia una nozione estranea importata in India dall'occidente» e che esso possa essere considerato «un movimento di pensiero diffuso e generalizzato nella storia indiana, affermatosi gradualmente grazie al prolungato contatto tra i diversi gruppi e comunità»<sup>26</sup>. Dal punto di vista giuridico, infatti, il compromesso raggiunto dall'Assemblea Costituente portò ad un risultato equilibrato, da un lato negando il riconoscimento politico per i gruppi religiosi (in reazione al sistema di elezione differenziata in base alla religione affermato dal *British Raj*), dall'altro garantendo la libertà di espressione e una certa autonomia alle comunità religiose.

Un principio generale, che apre la Carta dei diritti fondamentali (artt. 12-35) è quello di non discriminazione, che l'articolo 15 riferisce a «religione, razza, casta, sesso o luogo di nascita». Ancora più importante, ai nostri fini, è la libertà di culto, sancita nella medesima Carta e oggetto di quattro articoli della Costituzione (artt. 25-28). L'articolo 25 contiene una definizione molto ampia di libertà di culto, una sorta di «norma-ombrello» per le confessioni religiose, che richiama alcune Costituzioni occidentali (in particolare quella americana e quella australiana) nello stabilire che «tutte le persone, senza discriminazioni, hanno diritto alla libertà di coscienza e al diritto di professare, praticare e propagandare il proprio culto». Inoltre, tale diritto individuale è integrato dal successivo articolo 26, il quale riconosce una serie di diritti collettivi nell'affermare che «ogni confessione e gruppo religioso ha diritto (a) a fondare e amministrare istituzioni per scopi religiosi e caritatevoli; (b) a gestire autonomamente istituzioni di culto; (c) a possedere ed acquistare beni mobili ed immobili; e (d) ad amministrare tali beni, nel rispetto della legge». Gli articoli 27 e 28, invece, si preoccupano essenzialmente di garantire la libertà «dalla» religione, proibendo l'istituzione di tasse obbligatorie per il finanziamento di determinate comunità religiose (art. 27), ovvero di imporre il rispetto di precetti religiosi e la partecipazione a cerimonie religiose nelle istituzioni scolastiche statali (art. 28). L'articolo 28 sancisce anche il principio di neutralità dello Stato rispetto all'educazione religiosa, prevedendo che «nessun tipo di formazione di carattere confessionale è consentita nelle istituzioni scolastiche finanziate interamente dallo Stato». La centralità del laicismo nel sistema costituzionale, poi, è stata riaffermata dalla Corte Suprema indiana, che, nel caso *Bonmai vs. Union*, ha stabilito che il laicismo rappresenta un «principio supremo della Costituzione» (*a basic feature of the Constitution*, nella dizione inglese), non suscettibile di modifica neanche attraverso emendamenti costituzionali.

Le principali caratteristiche del laicismo indiano sono ben sintetizzate da Dhavan e Nariman, i quali individuano tre assi portanti: «il principio di libertà di culto, che tutela in modo omnicomprensivo ogni aspetto religioso ... il principio di depoliticizzazione e neutralità religiosa, che impedisce che lo Stato venga dominato da una specifica confessione religiosa e che, al tempo stesso, gli consente di sostenere tutti i credi e riconoscere la loro esistenza come parte integrante della tradizione religiosa indiana ... il principio del welfare all'interno delle comunità religiose, che impone a tutte le religioni ... di rinnegare eventuali precetti ispirati alla disuguaglianza, alla discriminazione di genere o comunque costituzionalmente inaccettabili»<sup>27</sup>. Secondo un approccio più critico questo insieme di principi sarebbe «il risultato di una contraddizione: tra la forma laica dello Stato moderno e una società profondamente religiosa, ... tra le preoccupazioni dei gruppi religiosi di minoranza e la tendenza plebiscitaria di molti rappresentanti politici di fede induista»; tuttavia, lo stesso autore finisce per ammettere che «il fatto che il sistema non abbia subito

---

<sup>25</sup> J. CHIRIYANKANDATH, *Constitutional Predilections*, in *Seminar*, n. 484, December 1999, p. 2.

<sup>26</sup> B.L. FADIA, *Indian government and politics*, Agra, Sahitya Bhawan Publications, 2005, p. 106.

<sup>27</sup> R. DHAVAN, F.S. NARIMAN, *The Supreme Court and group life: religious freedom, minority groups and disadvantaged communities*, in B.N. KIRPAL, A.H. DESAI, G. SUBRAMANIAM, R. DHAVAN, R. RAMACHANDRAN (eds), *Supreme but not infallible. Essays in honor of the Supreme Court of India*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 275.

forti lacerazioni dimostra, in fin dei conti, l'efficacia del concetto deliberatamente ambiguo dell'«unità nella diversità»<sup>28</sup>. In realtà ricondurre ad unità le diverse istanze di una società multiculturale ed affermare uno Stato laico in una società intimamente religiosa, non appare oggi operazione contraddittoria ma rappresenta invece un contributo importante ed originale nell'ottica dell'affermazione della democrazia in un mondo multiculturale.

Un altro importante elemento della Carta dei diritti fondamentali con una portata più ampia rispetto al principio del laicismo, è la sezione dei cosiddetti «diritti culturali», sanciti dagli articoli 29 e 30, con una formula dalla forte capacità espansiva. In particolare, l'art. 29 prevede che «qualsiasi gruppo di cittadini, residente sul territorio indiano e avente una propria specifica lingua, sistema di scrittura o cultura ha il diritto di mantenerli». Siamo qui in presenza di forme di tutela di diritti collettivi (garantiti ad «ogni gruppo di cittadini») dal contenuto molto vasto («lingua, sistema di scrittura o cultura»). Si tratta di un impegno generalizzato a tutelare non sole le lingue ufficialmente riconosciute (cioè le attuali 22 lingue, incluse nell'Ottavo Allegato alla Costituzione, cui va aggiunto l'inglese), ma in teoria ciascuna delle centinaia di lingue e dialetti locali parlati nell'intero sub-continente. Il fatto che ci si sia preoccupati di tutelare, oltre alla cultura, anche la lingua e il sistema di scrittura è elemento fortemente originale, che consente di estendere le finalità e l'applicazione di tale articolo non solo alle comunità religiose (rafforzando ulteriormente il loro livello di protezione), ma anche a qualsiasi gruppo sociale che rivendichi una «propria specifica cultura». Il comma 2 del medesimo articolo e il successivo articolo 30 precisano il significato di tale tutela, ad esempio per quanto riguarda l'istruzione, sia per le persone («nessun cittadino può essere negato l'accesso ad una qualsiasi istituzione scolastica ... solo a causa della propria religione, razza, casta, lingua o per più di uno di questi motivi»), che per i gruppi («tutte le minoranze, sia linguistiche che religiose, hanno il diritto di fondare e amministrare istituzioni scolastiche»)<sup>29</sup>.

Negli anni Sessanta, la Corte Suprema è stata chiamata più volte ad esprimersi, fissando dei «paletti» in relazione ad un così ampio riconoscimento di diritti collettivi delle minoranze, al fine di ridurre i paventati rischi di derive «minoritaristiche» spesso segnalati dalla dottrina<sup>30</sup>. In via generale, la Corte ha bocciato l'idea che le minoranze possano autolegittimarsi ed ha chiaramente affermato (con la sentenza *Pai Foundation* del 2002) che è lo Stato il soggetto a cui spetta il compito di definire lo *status* giuridico di minoranza. Infatti, una comunità od un gruppo sociale potrebbero rappresentare la minoranza in uno Stato membro, ma essere la maggioranza in un altro Stato o nell'intera Nazione (si consideri il caso degli Hindu, maggioranza in molti Stati, ma minoranza nel Punjab, nel Kashmir e spesso nel nord-est del paese). Come giustamente notato da M.P. Jain, la Corte Suprema ha deciso di non fissare criteri rigidi, ma ha affermato che «la minoranza deve essere determinata volta per volta in base alla legislazione applicabile», in modo che, ad esempio, «se la legge statale si estende a tutto il territorio di uno Stato-membro, la minoranza deve essere determinata in relazione alla popolazione dello Stato in questione»<sup>31</sup>. In questa sede occorre evidenziare che la Costituzione indiana non limita i diritti delle minoranze al riconoscimento e alla tutela della loro cultura, ma, all'articolo 30, prevede anche il diritto di fondare e gestire istituzioni scolastiche quale conseguenza della libertà di cultura. Infine, l'articolo 350 rafforza tale diritto, ma limitatamente alle minoranze linguistiche, prevedendo che «tutti gli Stati devono istituire un'apposita Autorità statale che eroghi adeguati sussidi per l'istruzione in madrelingua nelle scuole primarie per i bambini appartenenti a gruppi linguistici di minoranza ...» ed istituire una speciale Autorità per le minoranze linguistiche

---

<sup>28</sup> J. CHIRIYANKANDATH, *op. cit.*, p. 11.

<sup>29</sup> La clausola (2) dell'art. 30 precisa che: «Lo Stato, nel garantire sussidi alle istituzioni scolastiche, non può discriminare determinati istituti solo perché gestiti da una minoranza, sia che essa si basi sulla religione sia che si basi sulla lingua».

<sup>30</sup> B.K. SHARMA, *Introduction to the Constitution of India*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2005, p. 100.

<sup>31</sup> M.P. JAIN, *Indian constitutional law*, New Delhi, Wadhwa and Company Nagpur, 1994, p. 650.

«con il compito di monitorare tutti gli aspetti riguardanti le forme di tutela previste dalla Costituzione per le minoranze linguistiche».

Dagli esempi qui analizzati, la differenza più importante rispetto ai modelli del multiculturalismo costituzionale occidentale è il fatto che in India le minoranze non siano considerate elementi “estranei” da aggregare alla cultura dominante (come negli USA) o semplicemente da tutelare nei confronti della maggioranza (come nell’approccio canadese del “mosaico”, o *salad bowl*), ma come protagoniste della costruzione di una comune identità e, quindi, come elementi costitutivi del sistema costituzionale.

## 5. Un federalismo asimmetrico e dinamico

Per lo Stato indiano il federalismo ha rappresentato, sin dal periodo dell’indipendenza, una tecnica istituzionale molto efficace per far fronte alla diversità e risolvere i conflitti che da essa possono scaturire. Come è stato osservato, le politiche federali volte a risolvere i conflitti culturali ed etnici sono strettamente correlate ad un’idea di democrazia «in base alla quale qualsiasi forma di aggregazione o istituzione politica richiesta dai gruppi etnici per soddisfare esigenze identitarie ... deve avere una base democratica e formarsi attraverso il consenso elettorale degli appartenenti al gruppo etnico in questione e non essere considerata come naturalmente prestabilita»<sup>32</sup>. L’importanza del metodo democratico e la lungimiranza dei padri costituenti, che crearono una struttura federale con un potere centrale forte, spiega la natura dinamica del federalismo indiano. Come ho avuto modo di evidenziare in altra sede<sup>33</sup>, tale sistema è stato definito in molti modi: «quasi-federazione», «stato unitario con caratteristiche federali sussidiarie» (secondo la tradizionale formula di Wheare), «federalismo centralizzato». Si tratta di etichette che tradiscono una certa difficoltà nell’applicare all’India i criteri tradizionali di classificazione degli Stati federali. A mio avviso una definizione realistica può essere quella di «Stato federale a tendenze centripete», che sta ad indicare le molteplici virtualità di un sistema federale, capace di funzionare alternativamente in modo più decentrato o più accentrato, a seconda dell’evoluzione delle condizioni storiche contingenti. Tale impostazione è peraltro in sintonia con un’idea di federalismo non come modello statico, ma come continuo processo di contrattazione tra differenti livelli di governo. In quest’ottica è importante evidenziare altri due aspetti dell’Unione indiana, vale a dire le caratteristiche asimmetriche e dinamiche del suo federalismo.

Il federalismo asimmetrico è oggi considerato una caratteristica fondamentale per ogni federazione multiculturale, in quanto esso garantisce una struttura flessibile in grado di soddisfare i diversi bisogni delle comunità in termini di riconoscimento istituzionale, di autonomia politica o di auto-governo. In proposito Kymlicka riconosce che «come molte federazioni multinazionali occidentali, l’India ha riconosciuto la necessità di una qualche forma di asimmetria al fine di combinare forme diverse di auto-governo delle minoranze»<sup>34</sup>.

Innanzitutto, occorre ricordare una fondamentale asimmetria strutturale, data dalla presenza dei 7 Territori dell’Unione, di dimensioni e dall’autonomia politica differenti rispetto a quelle degli Stati membri. Il governo dei Territori, poi, varia a seconda della loro morfologia, popolazione e peso politico. Il Territorio di Delhi Capitale, ad esempio, ha una propria Assemblea Legislativa ed un proprio Consiglio dei Ministri, mentre altri Territori sono governati direttamente da un Amministratore nominato dal Presidente dell’Unione, ai sensi dell’articolo 239 della Costituzione. L’esempio più evidente di asimmetria rispetto agli Stati riguarda il regime speciale garantito allo Stato del Jammu e Kashmir dall’articolo 370, che ha previsto l’adozione di una Costituzione statale speciale nel 1957 e la concessione di

---

<sup>32</sup> H. BHATTACHARYYA, *op. cit.*, p. 158.

<sup>33</sup> D. AMIRANTE, *India. Si governano così*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 63.

<sup>34</sup> W. KYMLICKA, *op. cit.*, p. 39.



poteri legislativi speciali all'Assemblea legislativa. Tuttavia, l'annosa questione del Kashmir è legata essenzialmente a vicende di politica estera e deriva dalla separazione dal Pakistan, quindi non risulta particolarmente significativa ai nostri fini.

Più interessanti sono le norme speciali riguardanti gli Stati nei quali vi è un alto numero di comunità tribali, contenute nella Parte X della Costituzione, modificata più volte al fine di assolvere a specifiche richieste di autonomia o di indipendenza, provenienti per lo più dalle regioni del nord-est, con il risultato finale della nascita di diversi nuovi Stati in quest'area<sup>35</sup>. Tuttavia, il problema del riconoscimento dell'importanza culturale delle comunità tribali in India non può essere risolto solo attraverso la creazione di nuovi Stati membri. In via generale, l'Unione indiana ha adottato una politica di tipo binario, come evidenziato da G. Mahajan: da un lato ha riconosciuto la diversità delle comunità tribali, garantendo loro «diritti speciali per governarsi secondo le proprie leggi consuetudinarie e le loro peculiari pratiche sociali e religiose», dall'altro, «sono stati garantiti seggi riservate a queste comunità alle elezioni, ad ogni livello (comprese le elezioni per il Parlamento federale), per consentire una loro più ampia integrazione nel sistema»<sup>36</sup>. Per risolvere i problemi connessi alla diversità all'interno degli stessi territori tribali (comunità differenti che vivono nello stesso Stato o in contrapposizione tra loro per il controllo del medesimo territorio), l'Unione decise di creare negli Stati, dei Consigli distrettuali regionali (*Regional District Councils*). Un esempio significativo è la costituzione, nel 1993, del Consiglio Autonomo del *Bodoland*, nello Stato dell'*Assam*, un organismo elettivo avente funzioni legislative ed esecutive. Le materie di competenza del Consiglio sono abbastanza numerose (38 voci) e comprendono temi connessi con l'istruzione e con i problemi sociali, economici, etnici e culturali della comunità<sup>37</sup>. Come significativamente evidenziato, «per quanto riguarda le questioni relative a religione, diritti consuetudinari, proprietà e compravendita di terre all'interno del Bodoland, si ritiene abitualmente che il diritto tradizionale dei Bodo debba prevalere»<sup>38</sup>. In tale sistema «una serie di concessioni giuridiche negoziate e la flessibilità garantita dal *federalizing process* hanno fatto da collante fra il livello federale, lo Stato membro, i Consigli autonomi e le aree tribali in un sistema fortemente coordinato»<sup>39</sup>. Il risultato di tale federalismo «multilivello» è altamente positivo in quanto, nel corso degli anni, «ha consentito a molte comunità deboli di sopravvivere e di proteggersi dalle pressioni provenienti dall'esterno»<sup>40</sup>.

Passando a quello che ho indicato come l'aspetto «dinamico» del federalismo indiano, occorre considerare l'efficace politica di riconoscimento delle diverse identità culturali presenti nel territorio dell'Unione attraverso la creazione dei cosiddetti «Stati linguistici». In sessant'anni di esperienza istituzionale, l'India ha raddoppiato il numero dei suoi Stati, riuscendo così a stemperare i conflitti tra i vari gruppi regionali ed etnici ed il livello federale. Tale politica non ha ostacolato il rafforzamento dell'identità indiana, ma, al contrario, l'ha consolidata, come dimostrato da recenti studi comparatistici in materia di identità nazionale. In considerazione della sua varietà culturale, i già citati Stepan, Linz e Yadav collocano l'India tra i paesi caratterizzati da una «forte multinazionalità politica» (insieme a Canada, Spagna e Belgio), nei quali è presente una società caratterizzata da una

---

<sup>35</sup> Si tratta degli Stati: Arunachal Pradesh, Assam, Manipur, Meghalaya, Mizoram, Nagaland, Sikkim e Tripura.

<sup>36</sup> G. MAHAJAN, *op. cit.*, p. 303; l'Autore spiega anche che «mentre lo strumento per includerle nell'agone politico assunse la forma della rappresentazione speciale, assicurando la sopravvivenza della loro peculiare identità culturale, fu previsto un regime speciale per quelle regioni in cui vi era un'alta concentrazione di Tribù Elencate».

<sup>37</sup> In merito a tale esperienza si veda: J. DASGUPTA, *Community, authenticity and autonomy: insurgency and institutional development in India's North-East*, in A. BASU, A. KOHLI (eds), *Community conflicts and the State in India*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 202.

<sup>38</sup> S.J. George, 1994, citato in J. DASGUPTA, *op. cit.*, p. 203.

<sup>39</sup> J. DASGUPTA, *op. cit.*, p. 206.

<sup>40</sup> G. MAHAJAN, *op. cit.*, p. 303.

notevole eterogeneità culturale, con alcune minoranze territorialmente localizzate e politicamente articolate. La situazione indiana, però, è ancora più complessa, in quanto alle identità regionali si aggiungono il fattore religioso e le disuguaglianze sociali (sottosviluppo e caste). Tale scenario è stato spesso ritenuto inidoneo alla democrazia ed alla costruzione di uno Stato federale efficiente. Secondo Bhattacharyya<sup>41</sup>, sin dai primi anni di indipendenza, «la rinascita del regionalismo in molte zone dell'India allarmava gli analisti della politica indiana e faceva temere un'imminente balcanizzazione del paese (Harrison)», che non si è in realtà mai prodotta. Attualmente vi è ancora un acceso dibattito tra i sostenitori del federalismo indiano, che lo considerano un esempio di efficace gestione politica della questione identitaria (Bhattacharyya) o un modello che insegna come «contenere i conflitti etnici attraverso il riassetto organizzativo interno» (Chadda)<sup>42</sup>, e coloro che, sulla base della questione del Kashmir e di altre dispute territoriali, ritengono che «l'India non si sia ancora affermata come Stato-Nazione»<sup>43</sup>.

A mio avviso, il banco di prova più importante per l'Unione indiana, dopo la separazione dal Pakistan, è stata la riuscita integrazione della regione dravidica, cioè degli Stati e delle antiche province meridionali, che rappresentano un quinto del territorio dell'Unione e sono caratterizzati, nel loro insieme, da una cultura comune, lingue simili ed una tradizione storica condivisa. Tale questione si presentò sin dagli anni Cinquanta, cioè nella prima delle tre fasi successive in cui fu realizzata l'articolazione dell'Unione in nuovi Stati membri (1952-56; 1971-87; 1999-2000). L'Assemblea Costituente, dal suo canto, non aveva adottato alcuna decisione riguardo al numero degli Stati o ai criteri legittimanti la loro nascita, ma aveva invece individuato una procedura chiara: la parola finale sulla eventuale creazione di nuovi Stati doveva spettare al Parlamento centrale, ai sensi degli articoli 2, 3 e 4 della Costituzione. Tale scelta pragmatica portò alla creazione della Commissione per la Riorganizzazione dello Stato, che terminò i propri lavori nel 1955 con la pubblicazione di un Rapporto nel quale si proponeva la divisione dell'India in 14 Stati, sulla base delle «comunità etno-linguistiche». L'idea principale della riforma, approvata dal Parlamento con lo *State Reorganization Act* del 1956, era quella di equilibrare il riconoscimento delle identità culturali con una buona *governance* degli Stati e con la difesa dell'unità della Nazione. Per questi motivi, i nuovi Stati non erano mono-linguistici (anche se tutti avevano una maggioranza linguistica) e coprivano territori molto estesi. Secondo Chadda, «la prima riorganizzazione creò un originale modello di *governance*», in grado di gestire con successo l'eterogeneità sociale indiana. La caratteristica principale di questo modello era la creazione di un sistema di «equilibri interconnessi» tra le diverse nazionalità basato su tre elementi: il rafforzamento del ruolo dello Stato centrale quale «agenzia pan-indiana imparziale» (aspetto garantito dai forti poteri riconosciuti all'Unione dalla Costituzione), la creazione di un «ordinamento stratificato» (attraverso significativi processi di decentramento anche all'interno degli Stati membri), il rafforzamento dell'autonomia degli Stati membri, soprattutto grazie al riconoscimento degli Stati linguistici, «che intendevano condurre politiche autonome sulla base della loro peculiare identità culturale e politica»<sup>44</sup>. La costruzione di un significativo spazio politico ed istituzionale a livello degli Stati membri è forse il risultato più importante di questa prima riforma, in quanto ha aperto la strada alla trasformazione del sistema politico indiano attraverso l'emersione dei cosiddetti «partiti regionali» (formazioni politiche molto forti in uno o due Stati ma pressoché assenti altrove), in grado di influenzare anche la forma di governo federale. Le successive fasi di

---

<sup>41</sup> H. BHATTACHARYYA, *Federalism and regionalism in India. Institutional strategies and political accommodation of identity. Working Paper n. 27*, South Asia Institute, University of Heidelberg, 2005, p. 2.

<sup>42</sup> M. CHADDA, *Integration through internal reorganization: containing ethnic conflict in India*, in *The global review of Ethnopolitics*, vol. 2, n. 1, 2002, pp. 44-61.

<sup>43</sup> G. SINGH, *Critical reflections on celebrating success: a response to Maya Chadda*, in *The global review of Ethnopolitics*, vol. 2, n. 2, 2003, p. 52.

<sup>44</sup> M. CHADDA, *op. cit.*, pp. 49-50.

riorganizzazione, che hanno portato agli attuali 29 Stati e 7 Unioni Territoriali, hanno confermato sostanzialmente tale tendenza, nonostante si siano verificate in periodi e contesti politici differenti, fino al 2014, con la recente istituzione dello Stato del Telangana<sup>45</sup>.

## 6. Il contributo del multiculturalismo indiano al dibattito sull'evoluzione dello Stato contemporaneo

In un mondo globalizzato, in cui le società stanno diventando sempre più multiculturali, le aggregazioni sociali e politiche “geneticamente multiculturali”, come l’India, rappresentano oggetti privilegiati di studio delle scienze sociali. In effetti, dopo la prima fase di globalizzazione “aggressiva”, lo Stato, pur dovendo rinunciare al carattere assoluto della sovranità intesa in maniera tradizionale, permane pur sempre come l’elemento di aggregazione principale ed ineliminabile per le comunità politiche a tutte le latitudini. In quest’ottica, l’esperienza costituzionale indiana, con la sua capacità di fornire soluzioni concrete al problema della diversità, può rappresentare un prototipo di Stato multiculturale, utile non solo per le democrazie nuove o in via di consolidamento, ma anche per le democrazie occidentali e in particolare per gli Stati europei, con la loro tradizione essenzialmente monoculturale. In altra sede<sup>46</sup> ho individuato in maniera analitica i contributi specifici che questa esperienza istituzionale, poco presente sinora nel dibattito dottrinale e scarsamente “teorizzata” dagli stessi studiosi indiani, può offrire per una costruzione dello *status* teorico dello Stato multiculturale. Può essere utile in questa sede ripercorrere alcune di quelle considerazioni, accennando sinteticamente ai due filoni nei quali determinare il contributo dell’esperienza indiana: un primo riguardante soprattutto aspetti di metodo (come costruire una nozione di Stato multiculturale), un secondo inerente più specificamente a indicazioni di carattere istituzionale (che consentono di individuare le “fondamenta” dello Stato multiculturale).

Sotto il primo profilo va ribadito un dato iniziale che riguarda, per così dire, l’*an* dello Stato multiculturale: l’esperienza della “più grande democrazia del mondo” dimostra la percorribilità di un processo di costruzione e stabilizzazione dello Stato in un contesto multiculturale che si basi non sulla ricerca dell’uniformità (raggiunta o simulata in passato anche ad un alto prezzo in termini sociali), ma sull’accettazione e sulla valorizzazione della diversità culturale. In tal senso, va sottolineato come, senza esser declamato in altisonanti enunciazioni, l’*ethos* della Costituzione indiana del 1950 sia concentrato tutto nel motto spesso riferito all’Unione di *Unity in diversity*, che illustra una compagine statale non solo e non tanto “tollerante” rispetto alle diversità (secondo un approccio legato ad una versione tutta novecentesca del pluralismo), quanto basata sulla diversità sociale come elemento imprescindibile dello stesso tessuto connettivo dello Stato.

La considerazione della diversità come componente strutturale della Stato comporta però una scelta metodologica di fondo: l’abbandono delle tradizionali concezioni moniste della sovranità (tipiche dell’approccio *westfaliano*) in quanto incapaci, nel loro riduzionismo, di governare società complesse, a favore di un pluralismo non solo politico, ma anche sociale (riconoscimento di gruppi e comunità culturali) ed istituzionale.

Dal punto di vista della teoria dello Stato un simile approccio comporta il riconoscimento del declino dello Stato-nazione monoculturale e il profilarsi di una nuova forma di Stato, definibile come Stato multiculturale (attualmente declinato in vario modo, attraverso le locuzioni Stato aperto, o *State-Nation* nella versione anglosassone). Per quanto

---

<sup>45</sup> Dopo un lungo processo di gestazione il ventinovesimo Stato dell’India è stato creato nel marzo 2014. La legge istitutiva del nuovo Stato è l’*Andhra Pradesh Reorganisation Act*, del primo marzo 2014, che modifica il territorio del vecchio Stato dell’*Andhra Pradesh*, di cui il *Telangana* faceva parte.

<sup>46</sup> D. AMIRANTE, *Lo Stato multiculturale*, cit., capitolo V.

riguarda la teoria giuridica *tout court* ciò comporterà anche la valorizzazione di un “pluralismo giuridico” volto a prendere in considerazione la pluralità delle fonti di produzione giuridica che in un ordinamento multiculturale possono manifestarsi, senza escludere forme di coordinamento e di gerarchizzazione fra le stesse. Esse non potranno però seguire uno schema astratto, ma dovranno adattarsi alle modalità del contesto in cui si trovano ad operare. In termini generali, quindi, la prospettiva dello Stato multiculturale tende ad evitare ogni aprioristica esclusione di norme e precetti provenienti da ordinamenti giuridici diversi da quello statale<sup>47</sup>.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, l'individuazione delle “fondamenta” su cui edificare lo Stato multiculturale, si possono trarre almeno tre utili indicazioni in tema di *forma di Stato*: la preferenza per lo «Stato composto», la necessità di articolare i rapporti fra sovranità e territorio secondo il principio dell'asimmetria (federalismo o regionalismo “asimmetrici”, per intenderci), una tutela dei diritti che valorizzi al contempo le identità individuali e quelle collettive (operando una sintesi della vecchia contrapposizione fra *liberals* e *communitarians*).

Per quanto riguarda la preferenza per lo Stato composto come struttura tipica della Stato multiculturale non è necessario spendere molte parole, in quanto la sua grande diffusione deriva da una trasformazione di rapporti fra sovranità e territorio ampiamente consolidata, ma bisogna invece sottolineare come l'esempio dell'Unione indiana, sulla cui definizione come Stato federale ancora oggi si discute, invita a non attardarsi in controversie nominalistiche e definitorie, ed in tal senso gli stessi teorici dello *State-Nation* sottolineano come lo Stato federale e lo Stato regionale siano sostanzialmente fungibili ai fini di una efficace gestione della diversità etnico-culturale.

Difficilmente prescindibile appare invece, venendo al secondo punto, il requisito dell'asimmetria, ovvero della potenziale differenziazione, sia nell'articolazione territoriale che nelle competenze assegnate alle diverse unità territoriali, all'interno delle strutture dello Stato multiculturale. Fondamentale appare anche, alla luce del successo del federalismo “dinamico” o “contrattuale” in India, la previsione di meccanismi costituzionali che consentano una potenziale flessibilità nelle procedure di riorganizzazione territoriale dello Stato, dipendenti dal riconoscimento di identità di tipo culturale con rilevanza territoriale, ovvero forme di negoziazione centro-periferia in merito al riparto di funzioni e competenze (del tipo dell'art. 116 della Costituzione italiana, per intenderci).

In base a queste due prime indicazioni appare evidente come uno Stato-nazione di carattere unitario (costruito sul modello francese) avrà grandi difficoltà a rispondere in maniera efficace alle istanze della società multiculturale, anche se non è da escludere che un'attenta utilizzazione di strumenti di asimmetria e di negoziazione con le comunità culturali possa garantire una certa stabilità, evitando o contenendo processi disgregativi. In tal senso anche l'assetto costituzionale del governo locale può svolgere un ruolo importante in tale direzione, se orientato verso l'applicazione di principi di diversificazione organizzativa adattata ai contesti locali (va superata però, anche in questo caso, la rigida simmetria del *pouvoir municipal* ereditata in molti ordinamenti di *civil law* dal modello francese).

Per quanto riguarda il terzo aspetto (quello relativo al sistema dei diritti) la sfida che lo Stato multiculturale deve raccogliere è quella di raggiungere una sintesi fra i contrapposti approcci *liberal* e *communitarian*, che rappresentano un'antitesi radicale fra una tutela dei diritti intesa in senso individualistico ed una concezione organicistica della società volta a privilegiare la dimensione comunitaria e collettiva. Anche in questa direzione l'esperienza recente del sub-continente indiano fornisce utili indicazioni attraverso il suo peculiare approccio, volto non tanto (secondo la tipica *forma mentis* del diritto occidentale) a

---

<sup>47</sup> Sulle modalità di riconoscimento delle norme non-statali negli ordinamenti contemporanei cfr. S.P. DONLAN, L. HECKENDORN (eds), *Concepts of Law*, London, Ashgate, 2014.

“neutralizzare” i conflitti fra dimensione individuale e comunitaria, quanto a garantire forme di eguaglianza sostanziale attraverso il riconoscimento, ma soprattutto il sostegno, di gruppi e comunità culturali (si veda il caso del laicismo celebrativo o *ameliorative secularism* in India, che ha contribuito a limitare la conflittualità fra le molte comunità religiose presenti).

In merito va sottolineato come l’approccio dell’ordinamento indiano abbia consentito peraltro di ridurre parzialmente il ruolo dei giudici che risultano attualmente, nel multiculturalismo di impronta occidentale, i principali soggetti cui spetta il compito di risolvere i conflitti fra dimensione individuale e collettiva (laddove quest’ultima sia riconosciuta). Una situazione, quest’ultima, nella quale sono non di rado costretti a vestire panni altrui (situazione illustrata paradigmaticamente dalla definizione di «giudice antropologo») <sup>48</sup>. Naturalmente nell’approccio aperto e pluralistico dello Stato multiculturale il ruolo delle Corti rimane importante, sebbene esse non siano più l’unica istanza verso cui si incanalano i conflitti della società multiculturale. Inoltre, nello Stato multiculturale i giudici possono giovare anche dell’elaborazione di principi di diritto positivo o rifarsi a prassi ordinamentali, riducendo in tal modo l’alto grado di soggettività che caratterizza oggi gli interventi giurisdizionali in materia di multiculturalismo, fortemente criticati, ad esempio, dai teorici della *cultural defense* <sup>49</sup>.

Sul piano della forma di governo l’esempio indiano indica una preferenza per il parlamentarismo, soprattutto in considerazione delle maggiori possibilità di mediazione assicurate dal modello parlamentare che favorisce, come ricorda A. Lijphart, una gestione consociativa delle problematiche multiculturali. Qui, però, l’elemento centrale appare soprattutto la necessità di un riconoscimento “politico” della soggettività delle comunità etnico-culturali, con le dovute precauzioni in termini di scelta fra tipi di comunità e strumenti di riconoscimento. Ad esempio in India si è optato per una partecipazione “protetta” (attraverso seggi riservati ai diversi livelli della rappresentanza politica) per le comunità tribali e per le classi svantaggiate, mentre si è evitato di assegnare un ruolo politico alle comunità religiose alle quali, nel contempo, è stato assicurato un pieno sviluppo a livello sociale.

Tirando le somme, mi sembra che il contributo più interessante in termini pratico-teorici che il prototipo indiano possa fornire all’elaborazione di una nozione di Stato multiculturale riguardi l’elemento fondante di questa forma di Stato: il riconoscimento delle diversità culturali come punto di partenza per l’elaborazione dell’ordinamento costituzionale e come strategia istituzionale volta a garantire la coesione della stessa compagine statale. Nella versione indiana tale riconoscimento è stato declinato in termini di un vero e proprio “investimento” sulla diversità culturale; una scelta forte che comporta un’estensione dell’approccio multiculturale dalla semplice sfera dei diritti a quella dell’assetto delle istituzioni dello Stato, sia sotto il profilo territoriale che sotto quello politico.

Lungi dall’essere un modello preconstituito, da riprodurre automaticamente in altri contesti, il multiculturalismo costituzionale indiano va visto invece come uno dei rari esempi di costruzione plurale di uno Stato basato su molteplici identità e su un’idea di coesione nazionale che radicata nel riconoscimento delle diversità, ben illustrato dal motto «Unità nella diversità», così lontano da quell’ «E pluribus unum» sul quale si fondava il modello federale di maggior successo dell’età moderna.

---

<sup>48</sup> I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, FrancoAngeli, 2012.

<sup>49</sup> Cfr. A. DUNDES RENTELN, *The cultural defense*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

# POST-MULTICULTURALISM AND THE RISE OF CULTURE IN EUROPE

Kyriaki Topidi

SUMMARY: 1. Introduction: Law without culture? – 2. What is Multiculturalism in Europe? – 3. Conflict Resolution and Multiculturalism: What is the role of the State? – 4. Can we drop the “M” word? – 5. What is post-multiculturalism? – 6. Why is post-multiculturalism necessary? – 7. Conclusion. – 8. Bibliography.

## 1. Introduction: Law without culture?

The starting point of any analysis about multiculturalism and the law involves a preliminary consideration of the relationship between law and culture. Culture may no longer be taken for granted or be ignored by law. More than that, law should assume that culture is not a static and linear factor that the former should neglect or consider as uniform, settled or even unproblematic. This is a particularly challenging task for the law in many respects: to begin with, there are too many and too varied contents for the concept of ‘culture’. For the purposes of legal analysis, and if law is to regulate everyday conditions of co-existence, it needs to understand and relate more directly to beliefs, values or tradition<sup>1</sup>. Cultural difference, however, carries the burden of too many assumptions: typically, criticism of cultural practice is likely to evoke the dichotomy of universalism vs. relativism, or more plainly the “outsider do-gooder” argument. Similarly, there is always the danger that culture evolves into a discourse that denies human agency<sup>2</sup>. Moreover, discourses in favour or against multiculturalism suffer *ab initio* from an additional and considerable conceptual setback: it is hard to separate race, culture, religion and/or immigration within such discourses.

A very vivid debate remains in that respect as to whether multiculturalism can be critically assessed also as a disguised and toned-down manner to shift the debate from race to culture<sup>3</sup>. Any discussion about multiculturalism hides in the background the assumption that some differences, such as culture or ethnicity or even religion, should be addressed at all costs, while others, such as class or race, are nowadays less relevant<sup>4</sup>. While cultural segregation raises eyebrows and provokes public hysteria, class segregation is considered less controversial, perhaps because it is also less the object of public scrutiny and examination.

An assumption that can be made with relative safety is that law and culture do not necessarily co-exist harmoniously. Whether it is because of population movements, the technological environment, economic interactions, evolution of morals and/or practices or even simple changes of circumstances, culture is not only no longer invisible to law, it is also increasingly contested.

---

<sup>1</sup> For more on this point see ROGER COTTERRELL, *Law and Culture – inside and beyond the Nation State*, in *Retfaerd Årgang*, vol. 31, n. 4/123, 2008, pp. 23-36, at p. 25.

<sup>2</sup> Both points are made by ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism without Culture*, Princeton NJ, Princeton University Press, 2009. She explains that culture may be instrumentalized as a discourse that denies human agency, as it may shape, constrain or influence behaviour but it is not in itself an explanation for one’s actions or lack of.

<sup>3</sup> See in this respect, ALANA LENTIN, *Post-race, post-politics: the paradoxical rise of culture after multiculturalism*, <http://www.libcom.org/>, 23 August 2013, last accessed 24.02.2016.

<sup>4</sup> KENAN MALIK, *What is wrong with multiculturalism?*, in *Pandemonium*, <https://kenanmalik.wordpress.com/2012/06/04/what-is-wrong-with-multiculturalism-part-1/>, last accessed 27.09.2016. Malik takes his argument a step further by claiming that European immigrants have been primarily concerned with political equality and not cultural identity (*ibid.*).

If we, therefore, accept that, in the context of this relationship, law is responsible to regulate what Cotterrell labels the “arenas of co-existence”, it is not difficult to foresee how the biggest challenge within this task is the definition of the boundaries and the resolution of conflicts between different cultures but also between state-centric law and cultural practices.

In that respect, one of the dimensions of culture that law has most difficulty in addressing relates to the shared emotional attachments and rejections: culture as a «matter of loves and hatreds, attractions and repulsions, definitions of ‘us’ and ‘them’»<sup>5</sup> is often hard to explain in terms of beliefs/values and traditions and therefore quasi-impossible to explain through law. This is perhaps one of the less explored areas of overlap between law and culture, where there is resistance to consider that law may indeed be activated by culturally rooted emotion.

The advice that Cotterrell gives us in this discussion is to accept that there is no single relationship between law and culture<sup>6</sup>. More concretely, he also suggests that within culture, we should include the following components: beliefs/traditions, instrumental (economic/technological) matters and matters of affect (emotion)<sup>7</sup>.

With this framework in mind, and conscious of the complexities that emerge as a result of normative conflicts between ‘official’ legal norms and cultural/religious normative practices, the present paper will revisit the concepts of multiculturalism and post-multiculturalism, as problematized in the European context. In doing so, the analysis will address successively multiculturalism and its proclaimed failures, before turning to post-multiculturalism and the expectations that different actors (politicians, citizens and academic scholarship among others) have placed on it as an improved diversity management strategy against an increasingly complex phenomenon of immigration in Europe.

## 2. What is Multiculturalism in Europe?

Multiculturalism is one of the possible theoretical expressions of the configurations for the joint space between law and culture. It is currently projected and perceived as «the cause of Europe’s myriad ills»<sup>8</sup>. It remains a very ambiguous term in the European continent: it is used to refer to a demographic condition, a set of policy arrangements, a constitutional principle or a political movement, to name a few possible options. Much similar to terms such as modernity, globalization or identity, it has been stretched to hold many (perhaps too many) meanings.

To a great extent, it is also associated with the (in)-tense rethinking of the balancing of the relationship between the majority and the minorities in many countries of the continent. What seems to attract, however, most attention and public opinion visibility is the debate on the restriction of visible manifestations of minority religious identity as well as the issues of security and public order<sup>9</sup>.

Among the many attempts at defining multiculturalism, Andrew Heywood in his work approaches the concept in both *descriptive* as well as *normative* terms. Descriptively, it denotes the phenomenon of community diversity arising from racial, ethnic or language differences. Normatively, it describes the endorsement of communal diversity through legal guarantees

---

<sup>5</sup> ROGER COTTERRELL, *op. cit.*, p. 25.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>8</sup> KENAN MALIK, *op. cit.*

<sup>9</sup> AYELET SHACHAR, *Squaring the Circle of Multiculturalism? Religious Freedom and Gender Equality in Canada*, in *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 10, n. 1, 2016, pp. 31-69, at p. 34.

promoting the approval of those that are different from the majority<sup>10</sup>. In teleological terms, Charles Taylor's vision of multiculturalism adds that the process of 'recognition of difference' ought to lead to a better understanding of the cultural heritage of the minority by the majority<sup>11</sup>.

Kenan Malik also identifies two 'readings' of the concept: the first refers to the lived experience of diversity. This type of multiculturalism is deemed important to defend, in his opinion. The second 'reading' approaches multiculturalism as a political process, i.e. as a set of policies the aim of which is to institutionalize diversity by defining people according to 'boxes' in connection with their identity and needs. This latter type, according to Malik, relies on the confusion between political equality and cultural identity, to the extent that latter may undermine the former<sup>12</sup>. As such, it produces closure, instead of openness and ignores, even fears, potential clashes that inevitably different value systems may bring about. Diversity, in his words, «ends at the margins of each minority community», given that communities are treated as homogenous, authentic wholes without acknowledgement or account of dissent or non-mainstream views within those communities<sup>13</sup>.

Ideology aside and in more general terms, the initial aim of multiculturalism is to maintain, therefore, different cultural traditions within a given society. Within multiculturalism itself, however, there is also great variation: the range of options covers equal respect/equal treatment to active promotion of diversity. Also, different European countries have developed their own versions of the policy, with the common outcome of fragmentation of communities within each country. The common underlying *rationale* has nevertheless been the respect of customs, beliefs and value systems of groups with different cultural traditions<sup>14</sup>, establishing the so-called 'right to be different'.

In comparison to other models or 'versions' of multiculturalism<sup>15</sup>, Europe's idea of the concept has rejected the notion of a core set of values and has not demanded that immigrants accept pre-designated values. The basic idea of European multiculturalism is that immigrants can retain their fundamental values living side by side, without the need for the creation of a common core of values. Europeans, thus, have pretended that multiculturalism is a form of tolerance. The practice, however, of the policy in question has resembled in reality more a «ghetto without walls»<sup>16</sup>.

### 3. Conflict Resolution and Multiculturalism: What is the role of the State?

Emile Durkheim's *moral individualism*, understood as the universal respect for others as individual human beings has provided a useful and necessary philosophical platform for

---

<sup>10</sup> ANDREW HEYWOOD, *Politics*, London, Palgrave MacMillan, 2006.

<sup>11</sup> CHARLES TAYLOR, *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton NJ, Princeton University Press, 1992, p. 67.

<sup>12</sup> KENAN MALIK, *op. cit.*

<sup>13</sup> *Ibidem.*

<sup>14</sup> LELA E. BUIS, *The politics of multiculturalism*, 18 March 2016, <http://www.lelaebuis.wordpress.com>.

<sup>15</sup> I am referring here to the North American model, in particular in the US that works in the opposite direction of requiring a core set of values. *American-ness* is essentially derived from shared political values. Nathan Glazer finds that: «Multiculturalism, whatever the degree of its acceptance in one or another formulation (...) does not mean the new Americans should be different from the others who preceded them in loyalty, in language, in commitment to the common Constitution and the laws». [as quoted in PATRICK HYDER PATTERSON, *A Kinder, Gentler Europe? Islam, Christianity and the Divergent Multiculturalisms of the New West*, in DEREK RUBIN and JAAP VERHEUL (eds), *American Multiculturalism after 9/11: Transatlantic Perspectives*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2009, pp. 147-164, at p. 149].

<sup>16</sup> GEORGE FRIEDMAN, *Merkel, Muslims and the Problem of Multiculturalism*, 15 December 2015, in *Geopolitical Futures*, <http://www.geopoliticalfutures.com>.



the recognition and respect for cultural differences in contemporary European societies<sup>17</sup>. It represents an idealistic, quasi-utopian depiction of how law should approach the multicultural phenomenon. But what happens when it fails to be maintained? And what to do when the individual claim becomes a collective one?

The response of human rights' theory to these concerns is the principle of equality. Is equality, however, a sufficient legal tool for conflict management? Formal equality, in the sense of equal citizenship before the law, is clearly no longer enough. The consideration of culture within law enlarges the *majority vs minorities* discussion on the forms that group life takes within national political societies. It also highlights the impact of these 'cultural' conflicts on expectations and the situation of those concerned by them. In this respect, in the European context, the recurring question on multiculturalism is based on the clash between freedom(s) and the prevention of harm, through the lenses of equality, accommodation and social cohesion<sup>18</sup>.

The attractiveness of multiculturalism has traditionally relied on the conceptualization of historically marginalized immigrants as equals into the existing frameworks. It has also relied heavily on making the respect of differences a ground and a criterion of good governance. As a policy, it has aimed to encourage (albeit nominally in some instances) the participation of the various groups so as to create conditions of social cohesion. In that context, tolerance has been elevated to a key principle, with the implication that the different communities «agreed to disagree»<sup>19</sup>.

In more abstract terms, multiculturalism relies theoretically on the idea that confidence in one's identity facilitates integration and inclusion, provided that a solid framework is in place<sup>20</sup>. As a perceived accomplice to a State's cohesiveness, multiculturalism is expected to integrate diversity as the basis for living together. It operates as the normative framework and the set of state policies, which advance tolerance and advocate the recognition of cultural difference. Ultimately, the multicultural ideal claims that by celebrating our uniqueness, we realize what we have in common. The role of the State, in this context, is to contribute actively towards the protection and promotion of all groups composing society.

While a single, widely accepted definition of multiculturalism is impossible to find, as already mentioned, Vertovec has listed in a quite comprehensive manner the policy objectives of multiculturalism. He outlines the elements of State action as follows:

«(...) providing opportunities for group representation to local and national government authorities; restructuring institutions towards pluralistic public service provision; putting in place measures to promote equality, respect, or tolerance, particularly among the dominant population towards minorities; and providing resources to support continuity of traditions and identities among immigrant groups»<sup>21</sup>.

Further theorizing of the role of the State proposes to adjust State policies according to the degree of cultural distance between the cultural groups concerned in a given space: for groups confined to separate residential neighbourhoods, with separate schools and with distinct social services, multiculturalist policies should sustain separate public domains, while for cultural groups where the cleavage is not so deep, shared public spaces should be

---

<sup>17</sup> ROGER COTTERRELL, *op. cit.*, p. 32.

<sup>18</sup> The typical illustration of this clash is trans-national debate on the regulation of Muslim female dress in the public space (*burqa, niqab, burkini*, etc...).

<sup>19</sup> AUGIE FLERAS, *Multicultural Media in a Post-Multicultural Canada? Rethinking Integration*, in *Global Media Journal*, vol. 8, n. 2, 2015, pp. 25-47, at p. 33.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>21</sup> STEVEN VERTOVEC, *Towards Post-Multiculturalism? Changing Communities, Conditions and Contexts of Diversity*, in *International Social Science Journal*, vol. 199, 2010, pp. 83-95, at p. 84.

organized expressing the heritage of all groups present<sup>22</sup>. This approach is taking into account (and is implicitly accepting) the fact that culture does not belong exclusively to one's private life. As Taylor also points out, both the state and politics are, after all, culturally embedded<sup>23</sup>.

In stricter legal terms, claims based on the multiculturalist agenda have taken shape in the following basic forms:

1. as requests for *exemption* (e.g. Turban of Sikh motorcyclists);
2. as claims for *assistance* to operate culturally related services (e.g. funding of faith schools in Britain in accordance with the perfect symmetry principle, where schools of all denominations receive analogous support);
3. as policies installing *ethnic quotas* (e.g. pre-defined percentage of students belonging to specific groups being admitted to university);
4. as *recognition of legal codes* belonging to specific cultural/religious communities (e.g. work of *sharia* courts in the UK)<sup>24</sup>.

These types of claims relied on the urge proclaimed by multiculturalist policies to progress from an *equality of sameness* to an *equality of difference*<sup>25</sup>. A liberal vision of neutrality would run the risk of conflating equality with sameness, leading to a clear assimilationist trajectory, at the very opposite of the roots and intentions of multiculturalism. A remedial strategy, in that respect, conceives equality of difference as closer to the public recognition of difference. To paraphrase Patterson, every controversy over culture in Europe, has the potential to become a governmental controversy, precisely due to the way that European States have assumed heightened competencies<sup>26</sup>. This is clearly another fundamental difference with multiculturalist policies, as conceived and implemented across the Atlantic.

The public respect of difference, an early ideal of the whole vision surrounding multiculturalism, has been nevertheless gradually transformed to an *equality of indifference* in the European context, leading to the persistence of the exclusion of certain groups, the reinforcement of conservatism and the further development of conservatism<sup>27</sup>. It has essentialized communities by silencing internal conflicts and dissent and by empowering 'community leaders', instead of communities themselves<sup>28</sup>.

Multiculturalism on the ground has masked social inequality, including economic inequality, as well as the toleration of cultural practices that often undermined the rights of certain categories of individuals (e.g. women). What multiculturalism failed to account for was the relational, dynamic composition of identity, understood as a *process* and not as an *outcome*<sup>29</sup>.

The process of identity composition is in reality constructed and re-negotiated according to how communities defined 'who they are' at a given time<sup>30</sup>. In line with Berry's

---

<sup>22</sup> YOSSI YONAH, *The Palestinian minority in Israel: When common core curriculum in education meets conflicting national narratives*, in *Intercultural Education*, vol. 19, n. 2, 2008, pp. 105-117, at p. 111.

<sup>23</sup> Cfr. GER MENNENS, *Multiculturalism and postmodernity: a challenge to our political structures*, <http://ww.opendemocracy.net/ger-mennens/multiculturalism-and-postmodernity-cahllenge-to-our-political-structures>, last accessed 12.03.2016.

<sup>24</sup> NELI DEMIREVA, *Multiculturalism: Wanted, Dead or Alive*, in *Independent TEDx Talk*, University of Essex, 2014, available at <http://tedxtalks.ted.com/video/Multiculturalism-wanted-dead-or>, last accessed 18.09.2016.

<sup>25</sup> CHARLES TAYLOR, *op. cit.*, 1992.

<sup>26</sup> PATRICK HYDER PATTERSON, *op. cit.*, p. 159. «The State in Europe has taken upon itself the tasks to engage, sponsor and control religion, and to protect religious sensibilities and social order» [*ibid.*, p. 160].

<sup>27</sup> CAROLINE HOWARTH & ELENI ANDREOULI, *Has multiculturalism failed? The importance of lay knowledge in everyday practice*, Institute of Social Psychology Research Paper, The London School of Economics and Political Science Publications, 2012, p. 3.

<sup>28</sup> Malik speaks of a «competition between (...) ethnic communities for resources», in a quest to claim political power and financial resources solely on the basis of ethnicity (KENAN MALIK, *op. cit.*)

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>30</sup> CAROLINE HOWARTH & ELENI ANDREOULI, *op. cit.*, p. 7.

model on *acculturation*, immigrants need to address two sets of questions, when entering a new cultural environment: first, whether they wish to maintain their affiliation with the culture of their country of origin and second, whether they wish to engage and relate to the dominant culture of the host society<sup>31</sup>. Answers to those questions, nevertheless, are not stable, fixed or determinant, as immigrant communities evolve in host societies and provide different responses at different times.

Ultimately, immigration within multiculturalism in Europe has become a one-way linear progression, with ethnicity gradually transformed to a dated, bounded concept and identity a static political niche of belonging, masking white Euro-centricity within implicitly monocultural States. In other words, it has operated as ‘a structure of control’ for managing minorities, without however, shifting the identities of the majority in any meaningful way<sup>32</sup>.

#### 4. Can we drop the “M” word?<sup>33</sup>

Angela Merkel in a recent speech declared: «Multiculturalism leads to parallel societies and therefore remains a ‘life-lie’»<sup>34</sup>. It is further argued that multiculturalism in Europe, as a policy, has provided only lip service to change.

As mentioned, one of the essential criticisms that has led to the consideration of multiculturalism as «a policy of the past»<sup>35</sup> is its implementation as a *control structure* with the aim of managing minorities, without, however, any (ex)-change with the identities of the dominant majority. The majority, in fact, never becomes part of the cultural mosaic of a multicultural society: it remains outside, separate and most importantly, in control<sup>36</sup>. The development of the concept of *leitkultur* (leading culture, in German) in the early 2000s reflects the agony of a certain part of the majority and its intention to impose «the generally applicable standards of our values»<sup>37</sup> on immigrants as the roadmap to co-existence.

As importantly, integrating diversity as a *modus vivendi* for living together is one thing but achieving engagement between diverse communities in cooperative co-existence raises a different level of challenge and requires other policies<sup>38</sup>.

As a reaction to the mitigated effects of multiculturalist policies, a paradigm shift is currently being observed across Europe that insists on *social cohesion* and the affirmation of *shared values*, instead of multiculturalism and the celebration of differences<sup>39</sup>. The way that multiculturalism is experienced on the ground shows the mitigated impact it has had on intergroup relations and political participation.

This is so because in its effects, multiculturalism maintained:

- *the political and economic exclusion* of ethnic minorities (unemployment, housing segregation, inadequate language skills, low levels of education among immigrants);

---

<sup>31</sup> See indicatively JOHN W. BERRY, *Immigration, acculturation and adaptation*, in *Applied Psychology: An International Review*, vol. 46, n. 1, 1997, pp. 5-34.

<sup>32</sup> VIJAY MISRA, *What was Multiculturalism? A Critical Perspective*, Melbourne, Melbourne University Press, 2012, p. 37.

<sup>33</sup> Expression borrowed from STEVEN VERTOVEC, *op. cit.*

<sup>34</sup> RICK NOACK, *Multiculturalism is a sham, says Angela Merkel*, in *Washington Post*, 14 December 2015.

<sup>35</sup> WILLIAM BRADLEY, *Is There a Post-Multiculturalism?*, African Research Centre, Ryukoku University, Working Paper Series-Studies on Multicultural Societies, n. 19, 2013, p. 2.

<sup>36</sup> LELA E. BUIS, *More on Multiculturalism as a Policy*, 20 March 2016, <http://www.lelaebuis.wordpress.com>.

<sup>37</sup> The quote belongs to FRIEDRICH MERZ, *Einwanderung und Identität*, in *Die Welt*, 25 October 2000, borrowed from PATRICK HYDER PATTERSON, *op. cit.*, p. 152. These values include democracy, human dignity, individual rights and freedoms, the mastery of the German language, a market economy and a social welfare State.

<sup>38</sup> AUGIE FLERAS, *op. cit.*, p. 32.

<sup>39</sup> See for example the Cattle Report (2001) in the UK context that suggested that it was the lack of social cohesion that led to racial tensions in the north of England.

- *hermetically closed, static groups* of ethnic minorities bound to their traditions, culture, religion and reluctant to change (cultural conservatism);
- *a closed society*, incapable of critical evaluation of all traditions (“exist with each other, not next to each other”);
- *essentialized conceptions of culture that limit one’s scope for defining self-identity*<sup>40</sup>.

There is, however, disagreement on whether multiculturalism should continue to be used, with emphasis on the contexts where it is successful, continue to be used while “fixing” its current deficiencies, or be placed in a local context and evaluated on the basis of its effectiveness in the specific local contexts<sup>41</sup>. More fundamentally, there is discussion as to whether multiculturalism has been even ‘properly’ applied in the first place and whether it represents in fact an ‘instrument’ to shift the debate away from race<sup>42</sup>

The conditions for the recognition of the rights of minorities have not changed in the way expected: there is still resistance by majorities (active or passive) and the impression/assumption that multiculturalism has not produced the promised results is sustained. Furthermore, the threat of re-newed forms of mono-culturalism bound up with nationalist ideas is felt in a variety of European countries.

What seems to be required at present is something different: a State must engage with *super-diversity* or *diverse diversities* or *multi-versities* in order to advance the model of *cooperative co-existence*<sup>43</sup>. Where multiculturalism failed was in its quasi-obsession with ethnicity as «essentialistic, bounded and deterministic, with immigration perceived as mono-directional and linear and identities as fixed, static, predictable»<sup>44</sup>. What this implies is the maintenance of a mono-cultural State that utilizes majoritarian features as the standard and as the “*unmarked norm*” against which to measure non-dominant cultures and norms, *pathologizing* thus *differences*. A sort of clash between ‘ruling elites’ and ‘unruly ethnics’.

Ulrich Beck notes, in that respect, the challenge (and danger) of finding a new analytical frame to manage the new complex diversities:

«(O)ver the last decades the cultural, social, and political landscapes of diversity are changing radically, but we still use old maps to orient ourselves. In other words, my main thesis is: we do not even have the language through which contemporary super-diversity in the world can be described, conceptualized, understood, explained and researched»<sup>45</sup>.

The acknowledged (or alleged) failure of multiculturalism in Europe presents two fundamental challenges: the first one questions the feasibility of a reconciliation of historically oriented grievances between communities (e.g. Muslims v. Christians). The second touches upon the concept of citizenship and may be summarized in the following question: how does one become a citizen of a State? Both questions are connected to multiculturalism insofar as they demonstrate the difficulty and inadequacy of an exclusive focus on cultural identity.

To add complexity to the matter, «members of minority cultures are increasingly demanding not only equality and non-discrimination when integrating into the dominant culture but also that their collective identity be made a matter of public importance and accommodation. Claims can be complex and confusing; distinctions between groups and

---

<sup>40</sup> WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success, Failure and the Future*, Migration Institute/MPI Europe, Washington DC, 2012.

<sup>41</sup> WILLIAM BRADLEY, *op. cit.*, p. 7.

<sup>42</sup> See for example, ALANA LENTIN, *op. cit.*

<sup>43</sup> AUGIE FLERAS, *Multicultural Media in a Post-Multicultural Canada? Rethinking Integration*, cit., p. 32.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>45</sup> ULRICH BECK, *Multiculturalism or cosmopolitanism: How can we describe and understand the diversity of the world?*, in *Social Sciences in China*, vol. 32, n. 4, pp. 52-58, at p. 53.

individuals muddled»<sup>46</sup>. Across the Atlantic, in Canada, the recent Ontario *sharia* controversy in Canada on the debated amendment to the Arbitration Act to include religious arbitration, illustrated well the complexity surrounding multiculturalism by opposing devout Muslims to more moderate Muslims.

In Europe, however, the reification of culture through the isolation of cultural communities produced an additional side effect: it has promoted conservatism within those communities and has silenced more progressive/dissenting voices within these same groups. Such cultural conservatism may only lead to resistance to changes while disempowering the more vulnerable segments within those groups (e.g. women, dissenters, children). Resistance to change moves against not only the claims of European immigrants but also the aims of multiculturalism as a policy of recognition of difference.

Connected to the idea that multiculturalism has failed is also the argument that growing suspicion towards culture and cultural difference denotes a disguised return of racialism. The current type of racialism, however, is one where culture and culturalism become synonymous, almost interchangeable, with race and racism. Culturalism, in this respect, denotes the idea that the majority is exposed to too much of 'Others' culture provoking thus calls for more of 'Own' culture. What is assumed here is that culture has always been racial and vice versa<sup>47</sup>. The call for more of 'Our' culture takes the shape and form of more citizenship and integration. A typical demonstration of the trend is found in the discourses used by far right political parties in Europe at the moment, in the UK, the Netherlands or France, among others, that preach intolerance against immigrants on the basis of cultural incompatibility, not race<sup>48</sup>.

## 5. What is post-multiculturalism?

With multiculturalism declared (or perceived) to have failed in Europe but also under scrutiny in Canada and in Australia, it is legitimate to wonder what comes next: its continuation through transformation or its complete retreat?

In response to this question, Tariq Modood has proposed a reformed multiculturalism that should aim at «civic integration that respects [people's] right to difference» instead of «integration while preserving their own identity»<sup>49</sup>. Clearly, this is a solution that does not endorse the complete failure of multiculturalism but relies on the need for its re-adjustment.

Kymlicka, in his more recent work, has also acknowledged the need for a new model of multiculturalism that moves beyond the reification of culture and that shifts towards the respect of human rights, with the intention to place more emphasis on how cultures evolve. At the same time, he is suggesting higher degrees of participation of minorities in social, political and economic life in order to build a 'new common identity' and a more 'informed citizenship'<sup>50</sup>. The whole evolution of the concept hides, in this case too, a clear intention to maintain multiculturalism, yet in conjunction with the maintenance of national identities. The element of national identities conventionally takes the form of citizenship and/or language tests in this case.

Similar to multiculturalism, there is an equivalently clear transatlantic divide on the meanings of *post-multiculturalism*. The European ideal in academic discourse alludes to a

---

<sup>46</sup> FAISAL BHABHA, *Between exclusion and assimilation: Experimentalizing multiculturalism*, in *McGill Law Journal*, 2009, pp. 45-90, at p. 48.

<sup>47</sup> ALANA LENTIN, *op. cit.*, p. 4.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> TARIQ MODOOD, *Multiculturalism and integration: Struggling with confusions*, Bristol, 2011, EUI Accept Pluralism/Robert Schuman Centre for Advanced Studies, pp. 7-10.

<sup>50</sup> WILL KYMLICKA, *op. cit.*, pp. 15-17.

model that operates on the basis of a paradigm shift towards more civic integration, social cohesion and citizenship. In other words, it proposes the combination of a strong national identity combined with the official recognition of cultural diversity (e.g. citizenship tests, language tests, etc...) with emphasis on integration and cohesion. The political agenda in Europe on what should be the follow-up to the failure of multiculturalism is an entirely different project: it relies on the complete departure from the recognition of the value of cultural diversity, as will be discussed further below.

In Canada, the shift operates within a very different dynamic: the focus on cultural recognition is re-imagined in terms of the re-distribution of equality and social justice along with increased representation of the various cultural groups in civic and political terms<sup>51</sup>. This type of post-multiculturalism is not, however, one that escapes all criticism<sup>52</sup>.

Variations of post-multiculturalism such as *cosmopolitanism* (the idea that all humans belong to the same community) and *inter-culturalism* (emphasizing interaction and cultural exchange) have also been put forward as alternatives. Interculturalism is based on the premises that a policy should not be introduced from the top-down. It should attempt a 'synthesis' of elements in society yet with a degree of more criticism towards illiberal cultural practices. It fails, nevertheless, to convincingly deconstruct multiculturalism in an efficient manner, avoiding its pitfalls<sup>53</sup>. Cosmopolitanism, on the other hand, relies on three basic principles: a core concern for the whole of humanity, an entitlement to enter into the global community of discussion and the recognition of the right to participation in public deliberations for all<sup>54</sup>. Again, it is unclear how it fits in the current European configuration of identity politics and policies.

In broader terms, the dilemma for (post)-multiculturalism within Europe can be summarized as follows: neither a fixed national identity nor a limitless commitment to diversity for fear of losing control of the agenda. Also, a rejection of a 'one size fits all' approach to normalize diversity, given the developing complexity of the new forms of identity and belonging.

The aim of a more efficient form of post-multiculturalism should, therefore, target the balance of unity within hyper-diversity along inclusivity lines by using a multi-versal model that acknowledges ethnicity as one component of a multidimensional identity. Diversity of ethnicity is thus framed as an advantage rendering differences (even within differences) as fruitful incentives to include all of these hyper-diverse identities and belongings.

## 6. Why is post-multiculturalism necessary?

While multiculturalism might have been helpful to raise awareness for equality among cultures, we are currently missing a full account and a good understanding on how it works in practice, in order to advance policies based on people's real experiences and needs. This lack of information also justifies in part the condemnation of the multicultural policy in the European continent. It also produces an obvious contradiction: cultural diversity meets its limits when faced with mutually exclusive values orders that cannot be recognized as equal<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> AUGIE FLERAS, *Moving Positively Beyond Multiculturalism: Toward a Postmulticultural Governance of Complex Diversities in a Diversifying Canada*, in *Zeitschrift für Kanada-Studien*, vol. 35, n. 8, 2015, pp. 63-89, at p. 73.

<sup>52</sup> See indicatively WILL KYMLICKA, *op. cit.*, and TARIQ MODOOD, *op. cit.*, that claim that this type of post-multiculturalism proposed is based on a critique to a largely imaginary multiculturalism that never really existed in Canada.

<sup>53</sup> WILLIAM BRADLEY, *op. cit.*, p. 8.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>55</sup> VIOLETTA GUL-RECHLIWICZ, *Are We Facing Post-Multiculturalism? An Attempt at an Analysis*, in *Politické vedy/ Studies*, n. 4, 2015, pp. 59-75, at p. 72.

At the same time, we are facing *de facto* a new type of immigrant experience that neither cuts ties with the home country nor passively assimilates into the host country but relies on the positives of this ambivalence. In more concrete terms, this leads to immigrant groups that in reality operate as ‘trans-migrants’ between multiple universes, without being at all times attached to territorially defined realities<sup>56</sup>. Such movements have also concrete repercussions on our conceptions of citizenship that also become less unitary and accordingly less susceptible of being efficiently disciplined through traditional, State-centric citizenship rules<sup>57</sup>.

At the core of any new attempt to devise a post-multiculturalist approach to diversity governance seems to be the need to reinforce the concept of inclusivity into our management of super-diversity. While multiculturalism was successful in introducing the need to protect historically marginalized cultural communities, there seem to be great doubts at the moment on the way to strike a balance between an approach that proposes a rigid national identity and that of a limitless commitment to diversity.

The direction of the European conception of post-multiculturalism is nevertheless currently challenged by a number of trends denoting a very different and perilous approach to conflict management. According to Gozdecka et al.<sup>58</sup>, these are:

(a) the excessive focus on gender inequality within minority cultures with the consequence that culturalised women are denied agency and seen as inferior subjects who need to be “appropriately corrected” and are in need of “rescue”. Such practices are ultimately blamed for the lack of cohesion within societies. The current debate of the prohibition of *burkinis* in French towns/cities is an indicative example of such practices.

(b) A notable shift from culture to religion: there is a strong tendency of islamization of identities with the consequence that Islamic religious symbols (minarets/*burqas*) have become contested and contrasted with democracy, as “fearful symbols”, even within purely legal discourses. National court decisions have aptly picked up this rhetoric and so have populist politicians in a variety of countries and circumstances.

(c) Emphasis on social cohesion and security: the prevalent discourse in European politics about social cohesion and security has led from “parallel societies” (ghettoization) to language tests and citizenship practices that emphasize the stated need for a common national identity and civic integration. It is interesting to note in that respect that in Australia, the term *multiculturalism* has been replaced in government documents by *citizenship*.

The consequence of this trend is obviously the securitization of migration and the tightening of migration laws and the gradual limitations of migrants’ rights.

(d) New forms of racism have emerged: new ethno-centric race-thinking has shifted beyond issues of race. It has introduced *culture* and *power*, introducing a new type of ethnocentric racism. For example, *whiteness* is no longer related to colour but has become a set of power relations.

(e) Relativization of human rights law: the European Court of Human Rights, reluctant to intervene in the resolution of cultural conflicts, has adopted a very different attitude towards such issues. The decisions of *Lautsi v. Italy* and *SAS v. France* showcase the swift<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> AUGIE FLERAS, *Moving Positively Beyond Multiculturalism: Toward a Postmulticultural Governance of Complex Diversities in a Diversifying Canada*, cit., p. 74.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> DOROTA A. GOZDECKA, SELEN A. ERCAN AND MAGDALENA KMAK, *From multiculturalism to post-multiculturalism: Trends and Paradoxes*, in *Journal of Sociology*, vol. 50, n. 1, 2014, pp. 51-64, at pp. 52-53.

<sup>59</sup> European Court of Human Rights, *Lautsi v. Italy* (Grand Chamber), Appl. n. 30814106, 18 March 2011; European Court of Human Rights, *SAS v. France* (Grand Chamber), Appl. n. 43835/11, 1 July 2014.

This kind of post-multiculturalism makes a moral judgment on the ‘inferiority’ of its newly racialized subjects with discourses on religious, cultural and political origins<sup>60</sup>. It also enhances the centrality of national constitutional regimes, instead of providing greater contextuality and human rights embeddedness. It clearly moves completely away from any notion of respect of culture while transforming rights from a tool of protection for minorities to a tool of control of the same minorities, as instruments for the protection of local traditions of the majorities.

The post-multicultural agenda, thus, needs to overcome the proliferation of identity politics and the politicization of faith communities, especially those that rely on confusing inward-looking commitments, in order to propose the choice of a new citizenship connected to rights and obligations bearing in mind that in the 21<sup>st</sup> century it is no longer possible to speak of a withdrawal from multiculturalism<sup>61</sup>. In the meantime, academic scholarship is still, however, exploring instances of mutually exclusive value orders and rules that cannot be recognized as equal within post-multicultural settings, in search of the best balancing act.

Whichever policy model prevails for the future, whether labelled multiculturalism or post-multiculturalism, it needs to address the societal co-existence of individuals and groups that carry cultural commitments and connections that are transnational and at the same time multidimensional and overlapping. For these actors, “fixed” and essentialized ethnic/cultural categorizations are not appropriate. Quite to the opposite, diverse societies should promote and sustain conditions where cultural webs are constantly negotiated and navigated. Differences, after all, can also be assets, rather than strict social problems<sup>62</sup>.

If one accepts that ethnicity can only be one of many components within a multi-dimensional identity, the center of gravity of (post-)multicultural policies shifts in a different direction: it addresses disadvantages and equality in more frontal ways, by accepting, recognizing and remedying the ways that ethnicity plays, also in connection to gender and class to the disadvantage of some. *A contrario*, it treats social identities not as ethnic identities, trapped into ‘framed’ conceptions of ethno-cultural differences, but rather as socially constructed and often contested parts of one’s identity.

## 7. Conclusion

National jurisdictions post-9/11 are concerned with disciplining new pluralities that challenge conventions of morality/acceptability/mono-vocality. At the same time, migrant notions of identity are gradually delinked from residency and singular citizenship<sup>63</sup>, despite a noted European tendency for tougher conditions for access to citizenship and a return of common values.

The challenge for the conceptualization of a new diversity management policy is a very ambitious one insofar as it has to ensure that differences are respected, reflected and addressed in the public sphere, without excessive emphasis on ethnicity tags. Ethnic identity certainly carries value but this value needs to be acknowledged while providing individuals and groups with possibilities for full participation in political and economic life, so as to develop for them a distinct sense of belonging and commitment towards the community and country where they have settled.

---

<sup>60</sup> DOROTA A. GOZDECKA, SELEN A. ERCAN AND MAGDALENA KMAK, *op. cit.*, p. 59.

<sup>61</sup> AUGIE FLERAS, *Moving Positively Beyond Multiculturalism: Toward a Postmulticultural Governance of Complex Diversities in a Diversifying Canada*, cit., p. 79.

<sup>62</sup> AUGIE FLERAS, *Multicultural Media in a Post-Multicultural Canada? Rethinking Integration*, cit., p. 36.

<sup>63</sup> AUGIE FLERAS, *Moving Positively Beyond Multiculturalism: Toward a Postmulticultural Governance of Complex Diversities in a Diversifying Canada*, cit., p. 66.



Diversity should not be therefore treated as a problem to solve but rather as an asset to value, not forgetting that societies are neither neutral nor value free. As a result of this effort, dominant groups would no longer be entitled to establish the agenda for minority protection unilaterally. True willingness to listen to the 'story' of the Other presupposes, however, the willingness of the listener to revise his own narrative<sup>64</sup>.

## 8. Bibliography

BECK U., *Multiculturalism or cosmopolitanism: How can we describe and understand the diversity of the world?*, in *Social Sciences in China*, vol. 32, n. 4, 2011, pp. 52-58.

BERRY J.W., *Immigration, acculturation and adaptation*, in *Applied Psychology: An International Review*, vol. 46, n. 1, 1997, pp. 5-34.

BHABHA F., *Between exclusion and assimilation: Experimentalizing multiculturalism*, in *McGill Law Journal*, 2009, pp. 45-90.

BRADLEY W., *Is There a Post-Multiculturalism?*, African Research Centre, Ryukoku University, Working Paper Series-Studies on Multicultural Societies, n. 19, 2013.

BUIS L.E., *More on Multiculturalism as a Policy*, 20 March 2016, <http://www.lelaebuis.wordpress.com>.

BUIS L.E., *The politics of multiculturalism*, 18 March 2016, <http://www.lelaebuis.wordpress.com>.

COTTERRELL R., *Law and Culture – inside and beyond the Nation State*, in *Retfærd Årgang*, 31, 2008, n. 4/123, pp. 23-36.

DEMIREVA N., *Multiculturalism: Wanted, Dead or Alive*, in *Independent TEDx Talk*, University of Essex, 2014, available at <http://tedxtalks.ted.com/video/Multiculturalism-wanted-dead-or->

FLERAS A., *Multicultural Media in a Post-Multicultural Canada? Rethinking Integration*, in *Global Media Journal*, vol. 8, n. 2, 2015, pp. 25-47.

FLERAS A., *Moving Positively Beyond Multiculturalism: Toward a Postmulticultural Governance of Complex Diversities in a Diversifying Canada*, in *Zeitschrift für Kanada-Studien*, vol. 35, 2015, pp. 63-89.

FRIEDMAN G., *Merkel, Muslims and the Problem of Multiculturalism*, 15 December 2015, *Geopolitical Futures*, <http://www.geopoliticalfutures.com>.

GOZDECKA D., ERCAN S.A. AND KMAK M., *From multiculturalism to post-multiculturalism: Trends and Paradoxes*, in *Journal of Sociology*, vol. 50, n. 1, 2014, pp. 51-64.

GUL-RECHLIWICZ V., *Are We Facing Post-Multiculturalism? An Attempt at an Analysis*, in *Politické vedy/Studies*, 2015, pp. 59-75.

HEYWOOD A., *Politics*, London, Palgrave MacMillan, 2006.

HOWARTH C. & ANDREOULI E., *Has multiculturalism failed? The importance of lay knowledge in everyday practice*, Institute of Social Psychology Research Paper, The London School of Economics and Political Science Publications, 2012.

KYMLICKA W., *Multiculturalism: Success, Failure and the Future*, Migration Institute/MPI Europe, Washington DC, 2012.

LENTIN A., *Post-race, post-politics: the paradoxical rise of culture after multiculturalism*, <http://www.libcom.org/>, 23 August 2013.

MALIK K., *What's the problem with multiculturalism?*, in *Pandaemonium*, <https://kenanmalik.wordpress.com/2014/10/16/whats-the-problem-with-multiculturalism/>.

---

<sup>64</sup> ROGER SIMON, *The poverty of the present and the pedagogical force of public memory*, paper presented at Ben Gurion University, Beer Sheva, 25 February 2002, as quoted in YOSSE YONAH, *op. cit.*, p. 112.

MENNENS G., *Multiculturalism and postmodernity: a challenge to our political structures*, <http://www.opendemocracy.net/ger-mennens/multiculturalism-and-postmodernity-challenge-to-our-political-structures>.

MISRA V., *What was Multiculturalism? A Critical Perspective*, Melbourne, Melbourne University Press, 2012.

MODOOD T., *Multiculturalism and integration: Struggling with confusions*, EUI Accept Pluralism/Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Bristol, 2011.

NOACK R., *Multiculturalism is a sham, says Angela Merkel*, in *Washington Post*, 14 December 2015.

PATTERSON HYDER P., *A Kinder, Gentler Europe? Islam, Christianity and the Divergent Multiculturalisms of the New West*, in DEREK RUBIN and JAAP VERHEUL (eds), *American Multiculturalism after 9/11: Transatlantic Perspectives*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2009, pp. 147-164.

SHACHAR A., *Squaring the Circle of Multiculturalism? Religious Freedom and Gender Equality in Canada*, in *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 10, n. 1, 2016, pp. 31-69.

TAYLOR C., *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton NJ, Princeton University Press, 1992.

VERTOVEC S., *Towards Post-Multiculturalism? Changing Communities, Conditions and Contexts of Diversity*, in *International Social Science Journal*, vol. 199, 2010, pp. 83-95.

YONAH Y., *The Palestinian minority in Israel: when common core curriculum in education meets conflicting national narratives*, in *Intercultural Education*, vol. 19, n. 2, 2008, pp. 105-117.

# PLURALISMO GIURIDICO E DIRITTO COMPARATO NELLE SOCIETÀ OCCIDENTALI DI IMMIGRAZIONE

Maria Chiara Locchi

SOMMARIO: 1. – Pluralismo giuridico e diritto comparato: alcune questioni metodologiche. – 2. La dimensione giuridica dell'Islam europeo in una prospettiva di pluralismo giuridico. – 3. Bibliografia.

## 1. Pluralismo giuridico e diritto comparato: alcune questioni metodologiche

Tra le molteplici implicazioni giuridiche del crescente pluralismo culturale e religioso dei paesi occidentali di immigrazione, il profilo metodologico risulta di grande interesse per il giuscomparatista, con particolare riferimento alla riflessione sulle categorie di analisi e sulla funzione stessa del diritto comparato nelle società pluraliste contemporanee.

In un articolo del 1999 Nora Demleitner aveva acutamente identificato il potenziale “rigenerante” che le dinamiche di interazione tra i molteplici gruppi sociali, culturali e religiosi all'interno dei diversi ordinamenti giuridici dispiegano rispetto al diritto comparato, consentendo a quest'ultimo di superare definitivamente i limiti connessi alla ristrettezza del suo scopo originario in vista dell'assunzione di una nuova e più ambiziosa funzione. Se in origine, infatti, il diritto comparato si era proposto di facilitare il commercio transnazionale europeo attraverso la comparazione e l'avvicinamento delle regole giuridiche, con una prospettiva positivista largamente incentrata sulle differenze inter-statali, oggi nuove e più stimolanti sfide sollecitano i comparatisti, chiamati a giocare un ruolo importante nella mediazione dei conflitti culturali e giuridici connessi alla mobilità transnazionale<sup>1</sup>. L'apertura di nuovi orizzonti tematici e metodologici, secondo Demleitner, può realizzarsi nella misura in cui il diritto comparato si mostri attento a due sviluppi significativi nella riflessione giuridica sulle società contemporanee: da un lato, la sempre più intensa interconnessione e reciproca “fertilizzazione” tra gli ordinamenti giuridici nazionali e internazionale (a causa della globalizzazione economica, delle migrazioni e della diffusione dei diritti umani) con la conseguente creazione di diversi sistemi giuridici sovrapposti nel tempo e nello spazio; dall'altro lato, l'affermarsi di approcci interdisciplinari “domestici” (come l'analisi economica del diritto, il femminismo giuridico e la *critical race theory*), che hanno prodotto una diversa concettualizzazione del diritto e del suo ruolo nella società.

Un diritto comparato che sappia tener conto di queste diverse sollecitazioni potrà più proficuamente svelare «the differential impact of law and varying conceptions of legal order at home and abroad»<sup>2</sup>, illuminando le differenze tra sistemi giuridici e all'interno di uno stesso sistema giuridico. A quest'ultimo scopo, in particolare, la riflessione sul pluralismo giuridico, pur nella sua complessità, diventa un passaggio obbligato per il comparatista che si proponga di approfondire la ricchezza delle diverse forme giuridiche, ufficiali e non ufficiali, esistenti entro i confini di uno Stato interessato dalle migrazioni transnazionali e dalle connesse trasformazioni della fisionomia sociale, culturale e religiosa della popolazione.

Nell'ambito del diritto pubblico comparato il tema del riconoscimento giuridico del pluralismo culturale e religioso non rappresenta certo una novità e, anzi, può dirsi ormai oggetto di un'attenzione consolidata.

---

<sup>1</sup> Cfr. N.V. DEMLEITNER, *Combating Legal Ethnocentrism: Comparative Law Sets Boundaries*, in *Arizona State Law Journal*, 31, 1999, p. 745, che puntualizza: «comparative law can reveal how another person perceives the world, and how law contributes to and reflects the culture of a country».

<sup>2</sup> Cfr. N.V. DEMLEITNER, *op. cit.*, p. 747.

La letteratura costituzional-comparatistica sul tema si è tradizionalmente sviluppata all'insegna di alcuni approcci dominanti: da un lato, l'attenzione alle risposte degli Stati costituzionali contemporanei alle domande di riconoscimento della propria identità culturale e religiosa da parte di singoli e gruppi; dall'altro, la valorizzazione del profilo relativo ai principi e ai diritti fondamentali riconosciuti a livello costituzionale e sovranazionale.

In riferimento al primo aspetto, sono molti gli studi che propongono modelli ed elaborano classificazioni al fine di analizzare e comparare le politiche e i meccanismi di protezione giuridica delle differenze culturali e religiose da parte degli Stati occidentali di immigrazione<sup>3</sup>.

Quanto al secondo aspetto, legato ai principi e ai diritti fondamentali, le riflessioni dei comparatisti pubblicisti si sono articolate nella direzione tanto dell'individuazione dei punti di tensione tra determinate pratiche culturali e/o religiose rispetto a principi e diritti costituzionali o sovranazionali (es. principio di uguaglianza di genere, principio di laicità, libertà di religione e coscienza, difesa della sicurezza pubblica) quanto della valorizzazione dei diritti fondamentali degli stessi membri di gruppi culturali e religiosi minoritari (es. libertà religiosa, diritto al libero sviluppo della personalità, divieto di discriminazioni) quali altrettanti limiti nei confronti delle misure restrittive degli Stati<sup>4</sup>.

Il ricorso alla comparazione, nell'ambito di questa impostazione "tradizionale", è evidentemente incentrato sul diritto positivo di produzione statale (Costituzioni, leggi, fonti infra-legislative) e sovrastatale (convenzioni internazionali, diritto dell'UE) e sul diritto di fonte giurisprudenziale (statale e sovranazionale), mentre l'"oggetto" di tali interventi giuridici (pratiche, consuetudini, istituti riconducibili alla diversa appartenenza culturale e/o religiosa) è generalmente considerato esterno all'indagine del comparatista, che solo eventualmente, e lateralmente, se ne interessa attingendo a studi di antropologi e sociologi del diritto.

---

<sup>3</sup> Si pensi ai tanti lavori che hanno identificato e descritto i diversi modelli di trattamento giuridico delle differenze culturali e religiose (ad es. un modello "etno-culturale", un modello "assimilazionista" e un modello "multiculturale" – cfr., S. CASTELS, M.J. MILLER, *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Palgrave Macmillan, London, 1993; L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 45 ss.; R. KOOPMANS, P. STATHAM, M. GIUGNI, F. PASSY, *Contested Citizenship. Immigration and Cultural Diversity in Europe*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2005) o alle riflessioni sul diverso ruolo assegnato, nei diversi ordinamenti, al legislatore o al giudice nella risoluzione dei "conflitti culturali" (ad es. contrapponendo il modello francese, caratterizzato da "blindature legislative", e il modello tedesco, maggiormente orientato a pronunce giurisdizionali "aperte" – cfr. E. OLIVITO, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2011, <https://goo.gl/5oohYk>). Per una critica della modellistica in tema di gestione della diversità religiosa cfr. J-F. GAUDREAU-DESBIENS, *The Legal Treatment of Religious Claims in Western Multicultural Societies: Limits and Challenges*, in C. DECARO BONELLA (ed.), *Religious Claims in Multicultural Societies. The Legal Treatment*, Luiss University Press, Centro Studi sul Parlamento, Roma, 2014, pp. 21-28.

<sup>4</sup> Molti studi sono stati, ad es., dedicati ai problemi giuridici sollevati da pratiche e istituti riconducibili all'Islam (quali la poligamia e il ripudio) oppure all'analisi e/o alla comparazione delle diverse soluzioni elaborate dalle Corti costituzionali e sovranazionali rispetto al bilanciamento tra diritti e interessi fondamentali potenzialmente in conflitto (es. giurisprudenza sui simboli religiosi). Particolarmente ampia è anche la letteratura sui diversi orientamenti, nell'ambito del diritto internazionale privato, in tema di riconoscimento di effetti giuridici ad atti, istituti, norme dell'ordinamento giuridico di provenienza dello straniero; in quest'ultimo settore merita una segnalazione la ricerca condotta presso l'Università di Trento su "Jurisdiction and Pluralisms", che dedica particolare attenzione al carattere pluralistico dell'ordinamento giuridico di provenienza dello straniero quale fattore che complica non poco la vita del giudice occidentale, cfr., in particolare, E. GIUNCHI, *Secular judges and sacred law. Court practice and family law in Muslim countries*, in R. TONIATTI, D. STRAZZARI (eds), *Legal Pluralism in Europe and the Ordre Public Exception: Normative and Judicial Perspectives*, Proceedings of the International Workshop held in Trento, 16 and 17 April 2015, Università degli Studi di Trento, July 2016, pp. 9-15.

Negli ultimi anni, tuttavia, si sono diffuse anche in ambito giuspubblicistico altre letture delle trasformazioni giuridiche prodotte dall'accresciuta complessità (sociale, culturale, religiosa) indotta dalle migrazioni; come già accennato, si tratta di letture che, pur originandosi nell'alveo della riflessione antropologica, sociologica, storica, sul diritto, sono in grado di produrre un impatto significativo sullo stesso diritto comparato. Pur con un'inevitabile semplificazione, si possono ricondurre questi diversi approcci e interpretazioni alla galassia del "pluralismo giuridico": una categoria particolarmente complessa e articolata internamente, di cui è però possibile identificare la cifra costitutiva nella presa in carico del carattere non solo "ufficiale" del diritto, nell'idea, cioè, che il fenomeno giuridico non possa essere ricondotto esclusivamente al diritto dello Stato ma debba necessariamente essere compreso in stretta correlazione con tutte le realtà sociali in grado di produrre norme giuridiche.

Il pluralismo giuridico è caratterizzato da una molteplicità di declinazioni e varianti interne, che attengono alla pluralità di apporti disciplinari (di carattere antropologico, sociologico, filosofico e teorico, storico, comparatistico)<sup>5</sup>, all'ambito geografico e geopolitico di riferimento (es. realtà coloniali e post-coloniali in Africa, Asia, America Latina, società occidentali industriali e post-industriali e, più di recente, globalizzazione giuridica e dimensione transnazionale), all'ambito soggettivo di riferimento (con la distinzione tra pluralismo giuridico "oggettivo" e "soggettivo"), al diverso ruolo riconosciuto all'ordinamento giuridico dello Stato (si parla in questo caso di pluralismo giuridico "forte" o "debole")<sup>6</sup>, all'approccio nei confronti dell'oggetto di studio (in relazione, in particolare, all'attitudine "prescrittiva" di alcuni autori pluralisti, che si dedicano allo studio del pluralismo giuridico all'insegna della sua "desiderabilità" come soluzione ai problemi sollevati dalla coesistenza di molteplici sistemi giuridici o culture giuridiche all'interno di uno stesso territorio).

Un profilo particolarmente interessante, in generale e con specifico riguardo al tema del pluralismo culturale e religioso, è quello relativo al *focus* sul soggetto, con la già ricordata identificazione di un pluralismo "oggettivo" e uno "soggettivo"; tale distinzione corrisponde al cambiamento di prospettiva da un approccio classico («applicato a tentativi di descrizione di un "sistema" che consti di più ordini di norme (eventualmente antagonistici)») ad un approccio critico (nel quale il concetto pluralistico diventa «uno strumento adottabile dall'individuo per traguardare le differenti realtà giuridiche»)<sup>7</sup>.

Il pluralismo "oggettivo", infatti, risultando incentrato sulla dimensione del "gruppo", è volto a tracciare il funzionamento – sul piano istituzionale, procedurale e normativo – dei molteplici gruppi sociali, concepiti come altrettanti ordinamenti giuridici, all'interno di un medesimo territorio, con particolare riferimento al rapporto che può instaurarsi tra i diritti prodotti da tali ordinamenti e il diritto ufficiale dello Stato.

---

<sup>5</sup> Tra gli autori variamente riconducibili alla prospettiva giuridica pluralista cfr. M. Hauriou, S. Romano, G. Gurvitch, L. Pospisil, J. Gilissen, A. Watson, J. Griffiths, S. Engle Merry, S. Falk Moore, R. Macdonald, J. Vanderlinden, B. de Sousa Santos, N. Rouland, M. Chiba, G. R. Woodman, W. Menski, B. Tamanaha, W. Twining. Per una ricostruzione delle traiettorie teoriche e dei risultati analitici dei principali orientamenti interni alla "galassia" del pluralismo giuridico cfr. R. MOTTA, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2004, pp. 345-362 e C. FARALLI, *Vicende del pluralismo giuridico. Tra teoria del diritto, antropologia e sociologia*, in A. FACCHI-M. P. MITTICA (a cura di), *Concetti e norme. Teoria e ricerche di antropologia giuridica*, FrancoAngeli, Milano, 2000, pp. 89-102.

<sup>6</sup> La distinzione è stata elaborata da J. GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, 24, 1986, pp. 1-55, che identifica come pluralismo giuridico "debole" un sistema giuridico unitario caratterizzato da un pluralismo giuridico "interno", riconducibile ad unità per mezzo di apposite norme e meccanismi di raccordo, mentre sarebbe più corretto parlare di pluralismo giuridico "forte" quando non tutto il diritto è diritto statale né è amministrato da un unico corpo di istituzioni giuridiche statali, con la conseguenza che, all'interno di un territorio di riferimento, il diritto non risulta né sistematico né uniforme.

<sup>7</sup> Cfr. R. MOTTA, *op. cit.*, p. 355.

Il pluralismo “soggettivo” appare piuttosto interessato, da un lato, ad indagare il ruolo del singolo individuo nella scelta del foro e/o della norma giuridica che ritiene migliore – 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”) e, dall’altro, 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”)<sup>8</sup>.

Il canadese Roderick Macdonald ha cercato di chiarire ulteriormente il punto di vista del pluralismo giuridico soggettivo nei termini di un contributo “critico” (o “radicale”) alla riflessione giuridica:

«Dans nos rapports avec les autres, nous choisissons constamment laquelle de nos identités nous voulons privilégier, tout comme les autres nous assignent également les identités qu’ils veulent privilégier. Nous faisons appel à des critères de cohérence pour nous auto-évaluer dans le contexte des diverses possibilités qui nous sont ouvertes, et pour choisir l’ordre juridique qui nous convient davantage à un moment donné. Ce processus d’auto-évaluation se déroule comme la médiation entre nos identités multiples»<sup>9</sup>.

Per i teorici del pluralismo giuridico soggettivo, quindi, il problema fondamentale del diritto contemporaneo sembra situato al livello della “mediazione” di norme, procedure e istituzioni dei diversi ordinamenti giuridici che gli individui riconoscono (e creano); tale mediazione, prima di essere esterna, si configura come una mediazione “interna” allo stesso soggetto, del quale si riconoscono le identità multiple: ciascun individuo, infatti, è considerato in quanto sito irriducibile di internormatività, composto da una molteplicità di “sé”<sup>10</sup>. Non sono mancate, anche in Italia, le prese di posizione a favore del pluralismo giuridico soggettivo in quanto paradigma pluralista maggiormente in grado di spiegare il funzionamento delle interazioni tra individui e gruppi nelle società multiculturali occidentali. La ricerca empirica in ambito sociologico e antropologico, infatti, ha mostrato come le dinamiche caratterizzanti il rapporto dei migranti con il diritto siano fluide ed estremamente variabili: a prescindere dall’applicazione formale delle norme giuridiche dell’ordinamento del paese di origine per il tramite del diritto internazionale privato, gli stranieri residenti in Europa (così come, spesso, i “nuovi” cittadini di origine straniera) regolano “autonomamente” determinati rapporti giuridici, che risultano spesso sottratti al controllo delle istituzioni statali sebbene dotati di rilevanza giuridica. Il pluralismo giuridico connesso alle migrazioni transnazionali, quindi, ha un carattere irrimediabilmente eterogeneo e precario, con gli individui che si ritrovano al centro di una fitta trama di norme: «not only the positive laws of their country of origin, but also religious, customary, transnational and infranational rules that often have a personal or ethnic, rather than territorial, validity»<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 323.

<sup>9</sup> Cfr. R. MACDONALD, *L’hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées*, in *Revue de droit de l’Université de Sherbrooke*, 33, 2002-2003, pp. 141-142.

<sup>10</sup> Per alcune considerazioni sull’utilità del pluralismo giuridico soggettivo per la riflessione sulla complessità delle società occidentali di immigrazione sia consentito il rinvio a M.C. LOCCHI, *A partire da Les pluralismes juridiques di Jaques Vanderlinden: alcune riflessioni sull’utilità dell’ipotesi pluralista per il diritto contemporaneo*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 1, 2015, pp. 1-25, e M.C. LOCCHI, *Legal pluralism in multicultural societies: new perspectives for comparative constitutional law*, in A. ALABRIAN-O. MORETEAU (sous la direction de), *Le droit comparé et...*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2016, pp. 139-148.

<sup>11</sup> Cfr. A. FACCHI, *Customary and Religious Law: Current Perspectives in Legal Pluralism*, in *Jura gentium*, 2007, (goo.gl/Pc2fVX).

Se si tiene ferma l'idea dell'apertura di nuovi spazi e nuove funzioni per il diritto comparato, emerge con tutta evidenza il rapporto fecondo che si instaura tra la riflessione (multidisciplinare) sul pluralismo giuridico e l'analisi comparatistica, con la condivisione di presupposti, obiettivi, ambiti di indagine, strumenti operativi<sup>12</sup>. Guido Smorto, a questo proposito, ha identificato alcuni tratti della prospettiva comparatistica sul diritto che più di altri si dimostrano funzionali a tale dialogo: il «diritto come fenomeno transnazionale» (con il connesso superamento dei limiti del positivismo e dello statualismo, in relazione tanto alla dimensione sovranazionale quanto allo studio dei fenomeni interni ai diversi ordinamenti giuridici); il «diritto come ordine spontaneo» (in analogia con quanto accade con il linguaggio, si arriva a riconoscere l'esistenza di limiti alla capacità di progettazione dell'ordine sociale e, quindi, il carattere “mitologico” della stessa onnipotenza del legislatore); il «diritto come misurazione di somiglianze e differenze» (il *focus* sulla rilevazione e la misurazione delle differenze e delle variazioni è particolarmente funzionale a cogliere la dimensione plurale del fenomeno giuridico); la «separazione tra analisi descrittiva e analisi prescrittiva» (che identifica un elemento di dibattito comune tra comparatisti e pluralisti); una «visione contro positivismo, dogmatismo, statalismo del diritto» (a supporto, invece, di un approccio storico, sociale, culturale e politico al diritto); le origini della disciplina nel «progetto coloniale» (il cui studio ha consentito, sia ai comparatisti che ai pluralisti, di osservare la stratificazione dei diversi sistemi giuridici e delle diverse fonti del diritto nonché le forme di resistenza locale in termini di sopravvivenza di forme giuridiche, anche non ufficiali)<sup>13</sup>.

Il contributo del pluralismo giuridico all'analisi comparatistica è caratterizzato, evidentemente, dal riconoscimento e dalla valorizzazione delle differenze, piuttosto che delle similitudini, in questo senso riconnettendosi a quegli orientamenti del diritto comparato post-moderno<sup>14</sup> che hanno sottoposto al vaglio critico la concezione tradizionale della comparazione giuridica incentrata sull'esaltazione delle identità<sup>15</sup>. Con la contestazione radicale di tali tendenze omologanti nella postmodernità, per mezzo della promozione dell'identità culturale collettiva e individuale e del pluralismo come valore e principio fondamentale, alcuni comparatisti si sono mostrati più interessati a comprendere l'articolazione plurale degli ordinamenti giuridici, svelandone la “diversità interna” in termini di coesistenza di molteplici culture giuridiche entro uno stesso sistema. A partire dalla distinzione tra “diritto” e “regole” Pierre Legrand ha rimarcato più volte la difficoltà di comparare diversi sistemi giuridici – al fine, ad es., di rilevarne la convergenza –

---

<sup>12</sup> Cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Presentazione*, in M. GUADAGNI, *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996, XXV, il quale, da una prospettiva sistemologica, osserva quanto segue in merito al rapporto tra pluralismo giuridico e comparazione: «Il pluralismo giuridico attraversa trasversalmente tutti i modelli, anche quelli appartenenti alla tradizione occidentale o all'area del diritto post-socialista, e permette di scomporre e di studiarne dinamicamente la struttura e le caratteristiche fisionomiche determinanti, sia nel tempo, sia nello spazio, nell'evoluzione storica e nella loro attuale configurazione. In tal senso la prospettiva pluralistica implica l'adozione di un metodo comparativo che tende ad individuare, in ogni ordinamento, la molteplicità delle fonti, anche non statuali, di legittimazione delle norme e a descrivere la loro mutevole interazione, a scoprire le regole operazionali palesi e occulte, a delineare la circolazione dei modelli e, sulla loro base, a procedere a corrette misurazioni tassonomiche».

<sup>13</sup> Cfr. G. SMORTO, *Diritto comparato e pluralismo giuridico*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 107-108, che identifica nelle fonti del diritto, nella classificazione dei sistemi giuridici e nella circolazione dei modelli altrettanti temi di studio che dimostrano i benefici della integrazione tra analisi comparatistica e pluralismo giuridico.

<sup>14</sup> Riconduce gli studi sul pluralismo giuridico nell'ambito del diritto comparato postmoderno M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 107 ss.

<sup>15</sup> Cfr. A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 65, che rileva come – coerentemente con la lotta della modernità contro la tradizione e il pluralismo delle identità, e la connessa attribuzione alla comparazione del «compito di assecondare l'etnocentrismo e il darwinismo sociale chiamato a potenziare e diffondere il nuovo corso» – le differenze tra sistemi giuridici erano presentate come meramente apparenti.

considerando le sole regole formali; secondo Legrand, infatti, la comparazione che si concentra sulle sole regole giuridiche formali si dimostra fallace, nella misura in cui, in primo luogo, «the ‘ruleness’ of the ‘rule’ is a more intricate notion than it appears in that a rule embodies a whole culture» e, in secondo luogo, «rules are not the whole of law» e «there is much law to be found beyond rules»<sup>16</sup>. Anche Vivian Curran ha ribadito con forza la propensione costitutiva del diritto comparato al riconoscimento delle differenze, ricollegando la tradizionale resistenza dei comparatisti nei confronti di tale riconoscimento, soprattutto negli Stati Uniti, all’assunto secondo il quale l’*alterità* fosse inesorabilmente connessa alla violenza della delegittimazione o dell’esclusione<sup>17</sup>. A questo proposito – se negli ultimi anni la scienza giuridica è stata generalmente caratterizzata da un cambiamento di paradigma, con la progressiva accettazione della compatibilità tra tutela dell’uguaglianza e riconoscimento delle differenze – il diritto comparato è sembrato più refrattario a tale cambio di passo, registrandosi ancora una forte tendenza alla ricerca e alla valorizzazione degli elementi comuni tra le diverse culture giuridiche. Tuttavia, secondo Curran, tale attitudine, pur potendo contribuire a creare ponti tra diversi sistemi giuridici, comporta altresì dei rischi, nel senso di compromettere la recettività del diritto comparato nei confronti delle peculiarità delle espressioni umane, comprese quelle «irreducible differences» che i comparatisti hanno il dovere di identificare<sup>18</sup>.

L’ambito del pluralismo culturale e religioso delle società occidentali di immigrazione, da questa prospettiva, si dimostra particolarmente idoneo ad esaltare il contributo del pluralismo giuridico rispetto agli studi comparatistici, con riferimento soprattutto alle critiche, mosse dai pluralisti, all’approccio monista, centralista, positivista e statualista al diritto. Svelando alcuni limiti di quella che si è qui definita come impostazione “tradizionale” dei comparatisti (e, in particolare, dei comparatisti pubblicisti), la lente pluralista consente, infatti, di “illuminare” lo spazio giuridico nel quale siamo quotidianamente immersi, facendo emergere dalla penombra attori, norme, meccanismi di regolazione dei rapporti sociali che diventa allora possibile – e, anzi, necessario – recuperare alla riflessione giuridica.

---

<sup>16</sup> Cfr. P. LEGRAND, *European Legal Systems Are Not Converging*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1, 1996, p. 54 ss. In relazione alla prima osservazione, Legrand puntualizza come la nozione di “cultura” rinvii a strutture intangibili nell’ambito delle quali operano comunità interpretative e che sono dotate di forza normativa per tali comunità; la cultura, inoltre, ha a che fare con “programmi mentali collettivi”, ovvero con *Weltanschauung*, che si sono formati «as a function of the community to which we belong». La comunità a cui Legrand si riferisce in questo contesto può essere costituita in relazione all’appartenenza etnica, linguistica o di altra natura, come ad esempio ad uno stesso sistema giuridico o tradizione giuridica. Quanto alla seconda osservazione, Legrand concepisce il diritto come un sotto-sistema sociale, ritenendo quindi necessario, al fine di penetrare il “giuridico”, comprendere il “sociale” che lo sostiene, a pena di non poter assegnare al “giuridico” alcun reale significato.

<sup>17</sup> Cfr. V.G. CURRAN, *Dealing in Difference: Comparative Law’s Potential for Broadening Legal Perspectives*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 666. Secondo Curran, come è noto, tale assunto sarebbe stato alimentato dalle generazioni passate di studiosi (di comparatisti, in particolare) operanti negli Stati Uniti, molti dei quali rifugiatisi in America per sfuggire alle persecuzioni del regime nazionalsocialista hitleriano; l’approccio di tali studiosi al diritto comparato era fortemente marcato da una sorta di equazione tra “differenza” ed “esclusione”, e quindi orientato alla costruzione di culture giuridiche tolleranti e inclusive mediante la valorizzazione delle somiglianze tra diversi, cfr. V. CURRAN, *Cultural Immersion, Difference and Categories in US Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 43.

<sup>18</sup> Cfr. V.G. CURRAN, *Dealing in Difference*, cit., p. 666, che suggerisce – come antidoto al rischio di creare stereotipi ed escludere l’Altro – un «preexisting ethical commitment to inclusiveness»: se si considera che la lente con la quale si guarda all’Altro è essa stessa frutto della contingenza storica e culturale, le potenziali implicazioni negative del riconoscimento delle differenze dei diversi gruppi culturali e religiosi possono essere neutralizzate nella misura in cui si consideri positivamente l’alterità, pp. 666-667.



Un primo limite è riconducibile al “nazionalismo metodologico”<sup>19</sup> connesso al costituzionalismo come ideologia stato-centrica, nella misura in cui, per i comparatisti che osservano le problematiche connesse al pluralismo culturale e religioso delle società occidentali, il riferimento al bagaglio di principi e diritti e ai caratteri stessi del costituzionalismo viene sviluppato “naturalmente” entro l’orizzonte del (solo) diritto dello Stato<sup>20</sup>. Ormai da tempo, peraltro, gli stessi comparatisti pubblicisti sono costretti a confrontarsi con quei fenomeni giuridici che contribuiscono all’erosione della dimensione costituzionale dello Stato nazionale; si tratta di fenomeni che, come è noto, incidono sulla sovranità statale tanto “dall’alto” (con l’internazionalizzazione del diritto costituzionale, la costituzionalizzazione dell’Unione europea e del diritto internazionale, le conseguenze del diritto transnazionale e globale a livello costituzionale) quanto “dal basso” (con l’emersione di un tessuto normativo complesso, stratificato, ibrido, composto da norme giuridiche di varia provenienza e pratiche sociali)<sup>21</sup>.

La critica mossa da una prospettiva pluralista all’approccio del comparatista pubblicista, tradizionalmente incentrato sul diritto ufficiale dello Stato, è quindi nel senso della difficoltà di riconoscere che tale diritto ufficiale è soltanto uno dei contesti normativi rilevanti entro i quali gli individui vivono le proprie vite: uno tra i molteplici contesti, potenzialmente in conflitto tra loro. Proprio tali relazioni conflittuali, così come l’individuazione dei “confini” del diritto statale in rapporto a questi altri ordinamenti giuridici, rappresentano un ambito di ricerca stimolante per il comparatista pubblicista, che nel pluralismo giuridico potrà trovare motivi di interesse in relazione, ad es., alla questione della sovranità, alla teoria del federalismo, ai problemi dei diritti delle minoranze, alla stessa definizione del concetto di “comunità”<sup>22</sup>. D’altra parte, quelle ricostruzioni che pure si propongono di valorizzare l’istanza pluralista all’interno del discorso del costituzionalismo occidentale finiscono spesso per rimanere ancorate ad un presupposto “monista”, così che il costituzionalismo, in quanto “legge suprema”, acquista le qualità, quasi metafisiche, di un’autorità semi-sacra e indiscutibile, richiamando ironicamente quegli ordini religiosi contro i quali voleva rappresentare un’alternativa<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. U. BECK, *La società cosmopolitica. Prospettive dell’epoca post-nazionale*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 35 ss. – secondo il quale il “nazionalismo metodologico” identifica la prospettiva degli osservatori scientifici della società, permeati da una concezione per la quale la “Nazione”, lo “Stato” e la “Società” sono le forme sociali e politiche “naturali” del mondo moderno – e A. WIMMER, N. GLICK SCHILLER, *Methodological Nationalism and Beyond: Nation-State Building, Migration and the Social Sciences*, in *Global Networks*, 2, 2002, pp. 301-334.

<sup>20</sup> Per una disamina delle resistenze opposte alla concettualizzazione del costituzionalismo “oltre lo Stato” cfr. N. WALKER, *Taking Constitutionalism Beyond the State*, in *Political Studies*, 56, 2008, p. 520 ss.

<sup>21</sup> Cfr. P. ZUMBANSEN, *Carving out Typologies and Accounting for Difference across Systems: Towards a Methodology of Transnational Constitutionalism*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 96. Per un approccio al pluralismo che tiene conto della natura policentrica del costituzionalismo contemporaneo cfr. anche N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern Law Review*, 65, 2002, p. 317; N. WALKER, *Late Sovereignty in the European Union*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 3-4; J-F. GAUDREAU-DESBIENS, *op. cit.*, pp. 17-39.

<sup>22</sup> Cfr. R. DE LANGE, *Divergence, Fragmentation, and Pluralism. Notes on Policentricity and Unity in Law*, in H. PETERSEN, H. ZAHLE (eds), *Legal Policentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth, Aldershot, 1995, p. 113 ss. Il contributo di de Lange, così come l’intero volume che lo ospita, è, più precisamente, dedicato alla “policentricità”, un termine con il quale gli autori intendono ricomprendere tre fenomeni diversi ma strettamente interrelati: la “divergenza” nel diritto (diversi ambiti giuridici, come ad es. il diritto civile e amministrativo, che si sviluppano in direzioni differenti), la “frammentazione” nel diritto (intesa come mancanza di unità “morale” del diritto) e il “pluralismo giuridico”, p. 105 ss.

<sup>23</sup> Cfr., in questo senso, le argomentazioni di A. SHACHAR, *The return of the repressed: Constitutionalism, religion, and political pluralism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2010, p. 670, a proposito del volume di M. ROSENFELD, *The identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, Abingdon, 2010.

Un altro, fondamentale, aspetto investito dall'azione critica del pluralismo giuridico è la separazione netta, nell'ambito dello stesso diritto comparato, tra "privato" e "pubblico". La "complicazione" dell'oggetto e del metodo di studio del comparatista, infatti, ha come conseguenza un offuscamento di tale confine, nella misura in cui il nesso tra cultura e diritto – investendo i piani della produzione delle regole giuridiche e dell'interazione tra sistemi e culture giuridiche – si ripercuote necessariamente anche su quello dei principi e dei diritti fondamentali, e, in ultima analisi, della stessa forma di Stato.

Un secondo limite dell'impostazione tradizionale è connesso all'attitudine, alla "posizione" assunta dallo studioso che si accosta al tema, che è spesso quella di chi, dall'interno di una determinata tradizione giuridica, propone analisi ed esprime giudizi sulla compatibilità di pratiche "altre" rispetto alla "propria" tradizione; ciò pare verificarsi soprattutto quando la prospettiva adottata è quella della protezione dei diritti fondamentali sanciti a livello costituzionale e sovranazionale. Tale attitudine "normativa", o "prescrittiva", sembra riscontrarsi più frequentemente quando analisi che pure si presentano come comparatistiche sono svolte da studiosi di diritto costituzionale, che spesso procedono con il metodo e la sensibilità propri del giurista "interno"<sup>24</sup>. La distinzione tra piano descrittivo e piano prescrittivo, come già accennato, identifica del resto un tratto delicato e controverso all'interno degli stessi studi sul pluralismo giuridico, che si caratterizzano per le frequenti prese di posizione sulla desiderabilità e opportunità dell'ipotesi pluralista in funzione del superamento del monismo statualistico: il dibattito sul pluralismo giuridico, sotto questo aspetto, si dimostra spesso «emotivamente carico»<sup>25</sup>.

Il contributo del pluralismo giuridico agli studi comparatistici che sembra più utile valorizzare è piuttosto quello di immaginare lo spazio giuridico come popolato non soltanto dal diritto dello Stato (o di altre istituzioni assimilabili allo Stato sul piano delle forme istituzionali e dei processi di produzione del diritto), ma anche da norme giuridiche di diversa provenienza (ad es. prodotte nell'ambito di ordinamenti di matrice culturale e/o religiosa) che sono considerate tali anche in assenza di un riconoscimento da parte del diritto ufficiale dello Stato; il pluralismo giuridico, per un comparatista, può fungere quindi da lente attraverso la quale decifrare l'esistenza e osservare l'interazione o, addirittura, l'ibridazione tra regole giuridiche di diversa derivazione.

L'abbandono delle certezze – delle "mitologie", per riprendere la formula di Paolo Grossi<sup>26</sup> – del giuspositivismo non è certo privo di insidie, che attengono innanzitutto al piano metodologico.

Una prima, fondamentale, obiezione all'ipotesi pluralista riguarda l'esatta individuazione dello stesso oggetto di studio – il diritto – e la distinzione tra norme "giuridiche" e norme "sociali". A questo proposito, c'è chi ha esplicitato la propria ostilità nei confronti del pluralismo giuridico, che porterebbe ad un preoccupante «ampliamento del campo giuridico» in un «clima epistemologico e metodologico instabile»: ciò che diventerebbe inevitabilmente problematico, in particolare, è «tentare di fissare un concetto di diritto che vada oltre le forti autodefinizioni di diritto statale»<sup>27</sup>.

L'orientamento più recente rispetto al problema della delimitazione del campo giuridico, peraltro, sembra essere quello della rinuncia ad una risposta netta e generale, e tantomeno

---

<sup>24</sup> Sul diverso "accostamento culturale" dei comparatisti e dei giuspubblicisti, o costituzionalisti, interni cfr. L. PEGORARO, *Diritto costituzionale e diritto pubblico comparato: una convivenza more uxorio?*, in M. CARBONELL, J. CARPIZO, D. ZOVATTO (coord.), *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, Unam, México, 2009, pp. 798-799. Anche A. SOMMA, *op. cit.*, p. 25 – nel rimarcare come l'analisi comparatistica punti a «descrivere il funzionamento delle comunità, piuttosto che a prendere parte al momento della prescrizione circa le modalità del suo funzionamento» – attribuisce al comparatista un punto di vista "esterno" sul diritto.

<sup>25</sup> Cfr. F. VON BENDA-BECKMANN, *Who's afraid of legal pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, 47, 2002, p. 37.

<sup>26</sup> Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>27</sup> Cfr. S. ROBERTS, *Contro il pluralismo giuridico. Alcune riflessioni sull'attuale ampliamento del campo giuridico*, in A. FACCHI, M. P. MITTICA (a cura di), *op. cit.*, p. 243.

definitiva: il diritto, infatti, non potrebbe essere concettualizzato adeguatamente a fini scientifici e l'unica strada percorribile è quella di assumerne il carattere stipulativo, «limitandosi a cercare nozioni con capacità operativa nei singoli ambiti di ricerca»<sup>28</sup>. In questa direzione – a fronte dei problemi analitici posti, nell'alveo delle teorie pluraliste, dalle definizioni essenzialiste di diritto – Brian Tamanaha ne ha proposto una versione “non essenzialista”. Dovendo tener conto che il diritto è eminentemente un costrutto culturale, si arriva a concepirlo come qualcosa di vuoto, che non presuppone un contenuto determinato o una particolare natura: ciò che diventa necessario fissare, da questa prospettiva, non è quindi un “concetto” di diritto, ma dei criteri per la sua identificazione e delimitazione. La preferenza di Tamanaha è per un approccio convenzionale – «law is whatever people identify and treat through their social practices as ‘law’ (or recht, or droit, and so on)»<sup>29</sup> – nel quale il riferimento alle “pratiche sociali”, e quindi a concezioni sufficientemente condivise di cosa sia “diritto”, è in grado di controbilanciare il rischio di arbitrarietà insito nell'impianto soggettivistico. I significati stipulativi attribuiti dagli attori sociali, peraltro, non devono essere intesi come “gabbie” da parte degli studiosi, che sono liberi di elaborare categorie e modelli, in quanto strumenti analitici, per mezzo di processi di astrazione, comparazione e classificazione; la differenza rispetto al tradizionale approccio fondato su definizioni essenzialiste e *top-down* di “diritto” è che in questo caso le categorie analitiche prodotte da teorici e scienziati sociali sono il punto di arrivo di un processo che parte necessariamente dalla molteplicità di concezioni e pratiche sociali riscontrabili nella realtà<sup>30</sup>.

Si è già chiarito come il pluralismo giuridico – implicando l'identificazione, da parte degli stessi attori sociali, di molteplici ordinamenti giuridici all'interno di un determinato contesto sociale – consenta di aprire un canale di comunicazione con il diritto comparato, il cui oggetto è costituito non soltanto dalle norme qualificabili come “giuridiche” dal punto di vista “interno”, ma anche da quelle, eventualmente qualificate come “sociali”, “culturali”, “religiose”, che risultano però idonee ad orientare il comportamento degli individui e la loro appartenenza ai diversi gruppi<sup>31</sup>. Per questa via l'analisi comparatistica si carica inevitabilmente di connessioni e intersezioni multidisciplinari, potenziando ulteriormente i rapporti con tutte quelle altre scienze sociali in grado di fare luce sui fattori sociali, culturali, storici, economici e politici che interagiscono con il diritto e le istituzioni giuridiche.

In relazione al contributo degli studi giuscomparatistici all'analisi del pluralismo culturale e religioso negli Stati occidentali di immigrazione il dialogo si dimostra particolarmente fecondo con l'antropologia giuridica – una disciplina che, nata all'inizio del Novecento al pari del diritto comparato, si proponeva di approfondire «le norme, le pratiche, i fatti con caratteristiche giuridiche presso popolazioni lontane, caratterizzate da una cultura orale e un'organizzazione sociale semplice»<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. C. FARALLI, A. FACCHI, *Pluralità delle fonti e modelli teorici: dalle premesse storiche agli sviluppi attuali*, in E. PATTARO, *Problemi della produzione e dell'attuazione normativa*, Ricerca Murst ex 40%, 1997.

<sup>29</sup> Cfr. B. TAMANAHA, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in *Journal of Law and Society*, 2, 2000, p. 313. Per un tentativo di classificazione dei molteplici ordinamenti giuridici che compongono lo scenario del pluralismo giuridico contemporaneo a livello globale cfr. B. TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in *Sydney Law Review*, 30, 2008, pp. 375-411.

<sup>30</sup> Anche P. ZUMBANSEN, *Lochner sradicato: le inquietudini del diritto nel contesto globale*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 3, 2016, p. 326, riflettendo sulle sfide che William Twining ricollega all'impatto della globalizzazione sul diritto e la teoria giuridica, sottolinea che la sfida di una «migliore comprensione empirica di come le dottrine, le istituzioni e le pratiche giuridiche funzionano nel mondo reale è quella cruciale». Per Zumbansen, infatti, «nella ricerca di una cornice analitica per il diritto in questo inedito passaggio transnazionale di nuovi attori, norme e processi, è una migliore comprensione empirica che rimanda ad una dimensione del diritto che lega strettamente il vecchio e il nuovo, il nazionale, il transnazionale e il globale».

<sup>31</sup> Cfr. A. SOMMA, *op. cit.*, pp. 13-17.

<sup>32</sup> Cfr. L. MANCINI, *Introduzione all'antropologia giuridica*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 5, che rileva come la visione pluralistica sia in qualche misura connaturata allo studio antropologico del diritto.

Il rapporto tra diritto comparato e antropologia giuridica, per quanto ricco di stimoli e indubbiamente indispensabile alla comprensione del nesso tra diritto e cultura, è caratterizzato dai tradizionali problemi definatori e confinari che attraversano le scienze sociali<sup>33</sup>. Rodolfo Sacco, a tal proposito, sembra segnalare che in certi punti la linea di confine tra le due discipline può apparire labile, in quanto entrambe forme di «conoscenza comparante»<sup>34</sup>. L'antropologia giuridica, infatti, si occupa di diritto necessariamente rifiutandone un punto di vista "interno", riconducibile alla concezione giuspositivista occidentale, e identificandone invece i tratti minimi nella «percezione, da parte dei soggetti, di ciò che il diritto dispone (ordina, permette, vieta) in quel caso concreto», nella presenza di un margine di scelta, da parte dei soggetti, dei propri comportamenti e, infine, nella previsione, all'interno della comunità, di una reazione alla deviazione del soggetto dalla regola<sup>35</sup>. Per Sacco, dunque, diritto comparato e antropologia giuridica si presentano integrati e le differenze, in relazione all'oggetto e alla funzione, paiono relative<sup>36</sup>; ciò che

---

<sup>33</sup> In merito alla distinzione tra sociologia del diritto e antropologia giuridica, ad es., può dirsi ormai superata la concezione fondata sull'ambito geografico e sul grado di sviluppo delle società oggetto di studio (le società industriali per la sociologia e quelle tradizionali per l'antropologia); il *proprium* dell'antropologia sembra piuttosto risiedere nell'attenzione alle «strutture inerenti alle culture esaminate», cfr. U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997, pp. 129-130. Quanto alla differenza tra sociologia del diritto e diritto comparato, per alcuni si tratta più dell'approccio iniziale che del metodo utilizzato: mentre il diritto comparato è volto alla comparazione delle norme "giuridiche", il sociologo del diritto è infatti interessato al rapporto tra diritto e fatti sociali, cfr. A.J. VAN DER HELM, V.M. MEYER, *Comparer en Droit. Essai Méthodologique*, Cerdic-Publications, Strasbourg, 1991, pp. 92-93. Sull'eterogeneità degli studi socio-scientifici sul diritto cfr. G. ANDERS, *Law and its limits: interdisciplinarity between law and anthropology*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 3, 2015, pp. 411-422.

<sup>34</sup> Cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 23. La distinzione tra "etnologia" e "antropologia" giuridica consente a Sacco di specificare la qualità "comparante" di questa seconda disciplina: mentre l'etnologia «raccolge e descrive atti e comportamenti umani (regole giuridiche, se si tratta dell'etnologo giurista)», l'antropologo «tenta di spiegare le qualità, le ragioni, i modi, il senso e i problemi delle diversità che esistono tra gli umani», p. 32.

<sup>35</sup> Cfr. R. SACCO, *ibid.*, p. 18 ss. Mattei e Monateri chiariscono che «il dominio dell'antropologia giuridica è il regno dei formanti profondi, dei dati impliciti, dei crittotipi, dei fenomeni di *path dependency*, nascosti a chi mette in pratica le regole, e pur tuttavia dominanti la vita quotidiana», specificando poi che «questa dimensione tacita del diritto è ben lungi dall'appartenere solo alle società tradizionali», cfr. U. MATTEI, P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 124.

<sup>36</sup> Quanto all'oggetto, infatti, Sacco segnala che – mentre la comparazione giuridica «tende ad ignorare società "senza scrittura" e senza strutture di potere centralizzato» – l'antropologia giuridica «ha dato i suoi frutti più vistosi studiando culture lontane da quelle occidentali»; lo stesso Autore osserva, del resto, che negli ultimi anni lo sguardo dell'antropologo si è sempre più spesso rivolto alle dinamiche culturali, sociali, giuridiche delle stesse società occidentali, cfr. R. SACCO, *op. cit.*, p. 23. Rispetto alle funzioni, l'antropologia giuridica non conosce una "funzione pratica" assimilabile a quella che Lucio Pegoraro ricollega al diritto comparato, che può configurarsi come strumento volto ad «offrire al legislatore e ai giudici il materiale comparatistico commentato, ordinato, classificato, perché essi possano utilizzarlo con piena conoscenza», cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Introduzione metodologica*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, V ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 22; per Sacco l'antropologo è piuttosto interessato ad analizzare le diversità e a constatare i conflitti, tracciando «tavole di correlazione sistematiche o genetiche fra le diverse esperienze dell'uomo», senza consigliare il «principe» o il «giudice», cfr. R. SACCO, *op. cit.*, p. 24. Pegoraro, peraltro, distingue chiaramente tra una comparazione che rappresenta il fine della ricerca (e per la quale eventuali funzioni pratiche sono da intendersi come sussidiarie e aggiuntive) e una comparazione la cui finalità è quella di «guardare fuori per capire meglio il proprio diritto» (atteggiandosi quindi a mero ausilio della conoscenza del diritto nazionale). Il piano della finalità, come è noto, è poi strettamente legato al dibattito sul diritto comparato come "scienza" o come "metodo": infatti, «se il fine della comparazione è la conoscenza, o meglio la creazione di un sistema di conoscenze, e lo strumentario apprestato sinora è riconosciuto dal mondo scientifico, si tratta di una scienza»; mentre «chi usa la comparazione come metodo, si vale del raffronto per dare giudizi valutativi sul proprio ordinamento (o su un altro non suo)», cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Cedam, Padova, 2013, p. 21.

merita di essere valorizzato è l'apporto dell'antropologia rispetto all'esistenza e all'importanza dei dati non verbalizzati. Il giuscomparatista, infatti, mostra di aver prestato ascolto all'insegnamento dell'antropologo nella misura in cui si interessa non solo delle norme giuridiche espresse in forma verbalizzata, ma anche delle norme criptotipiche in quanto «regole che esistono e sono rilevanti, ma che l'operatore non formula (e anche volendo, non saprebbe formulare)»<sup>37</sup>.

Se storicamente, dunque, l'antropologia ha contribuito ad una più corretta comprensione del pluralismo giuridico delle società coloniali e post-coloniali così come del fenomeno giuridico nella preistoria, illuminando inoltre la dimensione fattuale e sociale del giudizio, oggi lo sguardo dell'antropologo continua ad essere indispensabile per decodificare i tratti culturali del nostro modo di percepire gli altri<sup>38</sup>. Il concetto di “cultura giuridica”, ad es., pur con tutti i limiti connessi all'ampiezza e sfuggevolezza dell'oggetto<sup>39</sup>, mantiene una sua utilità per il comparatista che voglia comprendere appieno i caratteri di un diritto straniero o l'articolazione pluralistica del proprio sistema giuridico. Il tema cruciale, di nuovo, sembra essere quello del riconoscimento e del trattamento delle differenze da parte del diritto, e del diritto comparato in particolare: la categoria di cultura giuridica, sotto questo aspetto, segnala l'impossibilità per la scienza giuridica di disinteressarsi al sociale, lasciandone lo studio e la comprensione ai soli sociologi e antropologi. Roger Cotterell ha espresso molto efficacemente il potenziale del concetto di “cultura giuridica”, per quanto problematico, nell'analisi dei fenomeni del pluralismo culturale e religioso delle società occidentali:

«After all, multiculturalism is primarily a challenge *within* legal systems. And legal pluralism, in so far as it focuses on various kinds of unofficial 'law' which many lawyers might not recognize as law at all, is a special concern of legal sociologists and legal anthropologists rather than comparative lawyers. But the appeal in comparative law to ideas of culture and legal culture directs attention far beyond the boundaries of legal positivism's view of law (...) the appeal to culture in comparative law denies any strict limitation of comparative law's concerns to the positive law of nation states. It makes possible a recognition that different legal cultures can exist inside the boundaries of a single nation state, and the legal cultures may transcend these boundaries (...)»<sup>40</sup>.

Nell'ottica di elaborare una definizione operativa di “cultura giuridica”, utile ad analizzare empiricamente i casi concreti di due gruppi di migranti di origine egiziana a Reggio Emilia e a Bologna, Letizia Mancini ha proposto di distinguere tra una cultura giuridica “oggettiva” – che «rimanda al diritto positivo adottato da una collettività (...) ma anche alle istituzioni giuridiche, all'attività degli operatori del diritto» – e “soggettiva” – relativa invece «all'individuo, portatore di una cultura giuridica, ai suoi legami con il diritto positivo, ma anche alla sua concezione del diritto e alle rappresentazioni, alle strategie, al comportamento, e soprattutto alla pluralità di norme che costituiscono il suo orizzonte giuridico e che non necessariamente (...) trovano negli ordinamenti giuridici la propria

---

<sup>37</sup> Cfr. R. SACCO, voce *Crittotipo*, in *Dig. disc. priv. Sezione civile*, V, UTET, Torino, 1989, p. 39.

<sup>38</sup> Cfr. L. ROSEN, *Comparative Law and Anthropology*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds), *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 84, che osserva come «faced with contending parties or challenges to the clarity of a society's assumptions, law-like settings confront a people with having to articulate their deepest orientations».

<sup>39</sup> Segnala questa difficoltà definitoria D. NELKEN, *Legal culture*, in J.M. SMITHS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, II ed. Edward Elgar, Cheltenham, 2012, p. 480 ss.

<sup>40</sup> Cfr. R. COTTERELL, *Comparative Law and Legal Culture*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 728.

fonte»<sup>41</sup>. Se, dunque, nel caso dei migranti di origine egiziana studiati da Mancini, la cultura giuridica oggettiva a cui fare riferimento viene identificata nel diritto islamico<sup>42</sup>, sul piano della cultura soggettiva occorre chiedersi «quale rapporto esista tra appartenenza dell'individuo all'Islam, religiosità individuale, e percezione del diritto»<sup>43</sup>.

## 2. La dimensione giuridica dell'Islam europeo in una prospettiva di pluralismo giuridico

Con riferimento alla realtà pluralistica delle società occidentali di immigrazione, la prospettiva del pluralismo giuridico potrebbe dunque consentire al comparatista di approfondire la conoscenza di quei gruppi minoritari che, a prescindere dal *background* migratorio dei propri componenti, risultano caratterizzati da una fisionomia culturale e religiosa che si configura anche in termini di appartenenza ad una determinata cultura giuridica (es. comunità islamiche, ma anche, per alcuni aspetti, quelle cinesi e rom)<sup>44</sup>.

Il caso dell'Islam europeo è senza dubbio quello maggiormente indagato dagli studiosi che adottano la prospettiva pluralista, nel tentativo di cogliere le peculiarità della cultura giuridica delle nuove comunità islamiche diasporiche e di tracciare le interazioni tra tali comunità e il diritto ufficiale<sup>45</sup>.

L'impresa, com'è noto, si rivela particolarmente ardua, soprattutto in contesti, quale quello italiano, caratterizzati dalla difficoltà di determinare i confini della “comunità islamica”, tanto sul piano quantitativo quanto su quello qualitativo. In relazione al primo aspetto, gli studi statistici hanno da tempo segnalato i limiti di indagini che, da un lato, si poggiano sul discutibile binomio origine nazionale/appartenenza religiosa (non tenendo conto della distinzione tra credenti e non credenti e, in secondo luogo, tra praticanti e non

---

<sup>41</sup> Cfr. L. MANCINI, *Percezione del diritto e impatto tra culture giuridiche nell'esperienza migratoria*, in A. FACCHI, M.P. MITTICA (a cura di), *op cit.*, p. 109. I risultati della ricerca empirica sono illustrati dettagliatamente in L. MANCINI, *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, Giuffrè, Milano, 1998.

<sup>42</sup> Mancini rileva come lo stesso diritto positivo egiziano – che indubbiamente contribuisce a plasmare la cultura giuridica oggettiva – sia permeato dai principi della *shari'a*, nella misura in cui questi ultimi sono considerati una fonte preminente della legislazione (tale riconoscimento, già affermato all'art. 2 della Cost. egiziana del 1971, è stato ribadito nell'art. 2 dell'attuale Cost., approvata nel 2014), cfr. L. Mancini, *Percezione del diritto*, cit., p. 112.

<sup>43</sup> Cfr. L. MANCINI, *ibid.*, p. 114.

<sup>44</sup> Sui casi delle comunità cinesi e rom cfr., tra gli altri, B. CHEN GOH, *Law without lawyers, justice without courts: on traditional Chinese mediation*, Ashgate, Aldershot, 2002; S.G. DRUMMOND, *Mapping Marriage Law in Spanish Gitanos Communities*, UBC Press, Vancouver, 2005; 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, pp. 92-109.

<sup>45</sup> Nell'ambito della letteratura giuridica britannica, ad es., molti studi sono stati dedicati allo studio dell'interazione tra i sistemi giuridici delle minoranze musulmane e il diritto ufficiale dello Stato, con particolare riferimento all'ibridazione tra concetti giuridici africani o asiatici, “importati” dai migranti o dai cittadini delle ex-colonie, e quelli occidentali, cfr. P. SHAH, W. MENSKI (eds), *Migration, diasporas and legal systems in Europe*, Routledge-Cavendish, London, 2006; W. MENSKI, *Angrezi Shariat: Glocalised plural arrangements by migrants in Britain*, in *Law Vision*, 10, 2008, pp. 10-12; W. MENSKI, *Islamic law in British courts: Do we not know or do we not want to know?*, in J. MAIR, E. ÖRÜCÜ, (eds), *The place of religion in family law: A comparative search*, Intersentia, Mortsel, 2011, pp. 15-36; P. SHAH, *Between God and the Sultana? Legal pluralism in the British Muslim diaspora*, in S. JØRGEN NIELSEN, L. CHRISTOFFERSEN (eds), *Shari'a as Discourse: Legal Traditions and the Encounter with Europe*, Ashgate, Farnham, 2010, pp. 117-139; P. SHAH, *Shari'a in the West: Colonial consciousness in a context of normative competition*, in E. GIUNCHI (ed.), *Islamic family law in the courts: experiences from Europe, Australia and North America*, Routledge, London, 2014, pp. 14-31. A dimostrazione dell'importanza del filone di studi di cui si discute, la prestigiosa casa editrice Routledge ha dedicato una collana a *Cultural Diversity and Law*, che ospita saggi accomunati dal *focus* sulla diversità culturale in termini di pluralismo giuridico, inter-normatività o inter-legalità.

praticanti) e, dall'altro, solo approssimativamente riescono ad intercettare la realtà degli stranieri musulmani che acquistano la cittadinanza tramite naturalizzazione e degli italiani convertiti<sup>46</sup>. Sul piano qualitativo, d'altra parte, le insidie per lo studioso che si proponga di analizzare le culture giuridiche dei musulmani europei sono legate all'eterogeneità, dal punto di vista della provenienza geografica e culturale, delle comunità diasporiche, al «mimetismo giuridico» delle forme associative interne all'Islam<sup>47</sup>, alla fluidità e porosità dell'identità culturale e religiosa dei musulmani di seconda e terza generazione<sup>48</sup>.

Le questioni giuridiche sollevate dalla stabile presenza, nei paesi europei di immigrazione, di circa 13 milioni di musulmani<sup>49</sup> sono caratterizzate da una marcata complessità, legata non soltanto all'articolazione interna della stessa tradizione giuridica islamica, ma anche ai diversi meccanismi e ambiti interessati dall'interazione tra questa e il diritto occidentale. Nel tentativo di ricostruire schematicamente forme e condizioni della rilevanza giuridica di fattispecie connesse all'appartenenza all'Islam, Giancarlo Anello ha identificato tre principali ipotesi: la prima è relativa all'applicazione, per il tramite del diritto internazionale pubblico e privato, della legge personale dello straniero, nel caso di provenienza da un paese in cui il diritto islamico classico (*fiqh*) costituisce, in tutto o in parte, il diritto positivo dello Stato; una seconda ipotesi fa sempre riferimento ai criteri di collegamento della cittadinanza e del diritto privato, per mezzo dei quali si possono riconoscere effetti giuridici ad istituti (ad es. in ambito familiare e successorio) modellati sulle norme del diritto islamico classico in quegli ordinamenti nei quali la *shari'a* è qualificata come «fonte principale dell'ordinamento»; in un ultimo caso «le norme di diritto islamico possono rilevare, indirettamente e culturalmente, come principi religiosi che dettano comportamenti individuali e di gruppo», con riferimento alla «dimensione interiore ed esperienziale dei singoli soggetti»<sup>50</sup>. Questa terza ipotesi – che può riguardare una gamma molto ampia di situazioni e rapporti giuridici<sup>51</sup> – è quella che il giurista potrebbe proporsi di indagare con gli strumenti dell'analisi comparatistica orientata all'emersione del pluralismo giuridico; in questa direzione possono essere individuati, senza pretesa di completezza e organicità, alcuni ambiti di studio di sicuro interesse per il diritto comparato.

La lente del pluralismo giuridico «oggettivo», come già detto, può risultare di grande utilità nell'osservazione delle dinamiche di interazione tra il diritto ufficiale dello Stato e gli ordinamenti giuridici dei gruppi culturali e religiosi minoritari, quali quelli di fede islamica. I meccanismi di funzionamento e gli ambiti materiali di tale interazione possono essere assunti come criteri di analisi delle diverse esperienze nazionali, in vista dell'elaborazione di una modellistica che superi la prospettiva, unilaterale, della gestione statale del pluralismo culturale. La prospettiva del pluralismo giuridico, in tal modo, consentirebbe di dar conto,

---

<sup>46</sup> Cfr. A. SPREAFICO, *La presenza islamica in Italia*, in *Instrumenta*, SSAI, IX, n. 25, 2005, p. 174.

<sup>47</sup> Cfr. E. CAMASSA, *Caratteristiche e modelli organizzativi dell'Islam italiano a livello locale: tra frammentarietà e mimetismo giuridico*, in C. CARDIA, G. DALLA TORRE (a cura di), *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 123 ss.

<sup>48</sup> Cfr., tra gli altri, E. CANEVA, *Mix Generation. Gli adolescenti di origine straniera tra globale e locale*, FrancoAngeli, Milano, 2011; A. SPANÒ, *Dare la voce ai figli dell'immigrazione: per uno sguardo "limpido" sulla seconda generazione*, in A. SPANÒ (a cura di), *Esistere, coesistere, resistere. Progetti di vita e processi di identificazione dei giovani di origine straniera a Napoli*, FrancoAngeli, Milano, 2011; V. LANUTTI, *Identità sospese tra due culture. Formazione identitaria e dinamiche familiari delle seconde generazioni nelle Marche*, FrancoAngeli, Milano, 2014.

<sup>49</sup> Il dato fa riferimento alle ultime rilevazioni del *Pew Research Center*, relative al 2010 (<https://goo.gl/CGNAJt>).

<sup>50</sup> Cfr. G. ANELLO, *Passato e futuro della minoranza musulmana in Italia, tra islamofobia e pluralismo pragmatico-giuridico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 32, 2016, pp. 4-5 (<https://goo.gl/nSfG3D>).

<sup>51</sup> Con riferimento alla realtà italiana, Anello cita ad es., le questioni dei modelli organizzativi a livello centrale e locale delle varie associazioni islamiche, dei modelli familiari e di filiazione; dei trattamenti sanitari e dei processi di giuridificazione delle questioni alimentari e bioetiche; delle festività al lavoro; dei ministri di culto e della varietà di luoghi ed edifici di culto, dei riti religiosi e della lingua da utilizzare, cfr. G. ANELLO, *ibid.*, p. 6 e C. CARDIA, G. DALLA TORRE (a cura di), *op. cit.*

ad es., dell'assenza di interazione sotto forma di un divieto di riconoscimento delle regole giuridiche di matrice culturale e/o religiosa oppure del riconoscimento, da parte dell'ordinamento giuridico statale, della possibilità di regolazione giuridica di alcuni ambiti da parte del gruppo minoritario, con la conseguente "separazione" tra i due; si potrebbe inoltre approfondire lo studio delle diverse forme di *governance* condivisa, o comunque di "dialogo", tra i molteplici ordinamenti giuridici, analizzando i meccanismi di raccordo e il ruolo dell'*agency* individuale nel "navigare" da un ordinamento all'altro<sup>52</sup>. Questo approccio andrebbe nella direzione, già auspicata da alcuni comparatisti anche in Italia, della valorizzazione delle tematiche connesse al multiculturalismo e all'interculturalismo nell'elaborazione di nuove declinazioni e classificazioni delle esperienze costituzionali contemporanee e nella riarticolazione della stessa forma di Stato democratico-pluralistico<sup>53</sup>.

Il pluralismo giuridico potrebbe inoltre consentire di misurare più efficacemente il grado di "complessità" del diritto ufficiale (ad es. di un intervento legislativo o di una pronuncia giurisprudenziale), in termini di emersione o disconoscimento della pluralità di contesti normativi e culture giuridiche implicati nei casi di "conflitto culturale". A tale scopo la dimensione "soggettiva" dell'approccio pluralista, in quanto incentrata sull'idea del diritto come "*agency*" piuttosto che come "artefatto", sarebbe utile per tentare di valutare se e in che misura legislatore e giudice si mostrino recettivi rispetto all'apporto del soggetto nella scelta e/o nella creazione del "diritto" alla luce del quale orientare i propri comportamenti. In questo senso contributi stimolanti sono stati dedicati alla questione del velo islamico, che si è rivelato un caso di studio particolarmente efficace nell'ottica del riconoscimento della complessità degli ordinamenti giuridici coinvolti (ufficiale e non ufficiali) e della coesistenza e sovrapposizione delle diverse "ragioni" soggettive che conducono una donna musulmana a considerare "giuridicamente" vincolante il gesto di coprirsi il capo<sup>54</sup>. Altre riflessioni, in un'ottica prescrittiva, si muovono nella direzione dell'elaborazione di un «diritto interculturale», ovvero di «un vocabolario – le parole, le categorie, i concetti – per poter superare le barriere della differenza culturale»<sup>55</sup>; a questo scopo il diritto comparato svolge un ruolo cruciale, poiché si tratta di realizzare delle operazioni ermeneutiche in grado di far «interagire creativamente la dimensione positiva ed enunciativa del diritto, cioè le statuizioni normative, con le corrispondenti *parti mute* di matrice culturale»<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> In chiave prescrittiva risultano particolarmente interessanti, a questo riguardo, le riflessioni intorno ad una *transformative accomodation* proposte da A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, e, in chiave critica rispetto alla praticabilità di tale "circolo virtuoso" tra istituzioni statali e istituzioni del gruppo minoritario, l'idea di *cultural voluntarism* elaborata da J. EEKELAAR, *From Multiculturalism to Cultural Voluntarism: A Family-based Approach*, in *The Political Quarterly*, 3, 2010, pp. 344-355.

<sup>53</sup> Cfr. D. AMIRANTE, *Lo Stato multicultural. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, BUP, Bologna, 2014, e S. BAGNI, *Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del estado intercultural*, in questo volume.

<sup>54</sup> Cfr., con particolare riferimento al caso *Begum* deciso dalla *House of Lords* nel 2006, cfr. A. JACKSON, *A Critical Legal Pluralist Analysis of the Begum Case*, Osgoode Hall Law School – Comparative Research in law & Political Economy, Research Paper, n. 46, 2010, pp. 1-25; A. JACKSON, D.A. GODZEDCKA, *Caught between different legal pluralisms: women who wear Islamic dress as the religious "other" in European rights discourses*, in *Journal of Legal Pluralism*, 64, 2011, pp. 91-120; A. CODLING, *What Do You Believe? Taxonomy of a Subjective Legal Pluralism*, in R. SANDBERG (ed.), *Religion and Legal Pluralism*, Routledge, Abingdon, 2015, pp. 199-213. In relazione alla presa in carico delle ragioni dei soggetti interessati nell'ambito dei processi di "iterazione democratica" nelle democrazie contemporanee (con riferimento all'*affaire du foulard* francese) cfr. S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2004, p. 143 s.; S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Egnaglianza e diversità nell'era globale*, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 159-160.

<sup>55</sup> Cfr. M. RICCA, *Sul diritto interculturale. Costruire l'esperienza giuridica oltre le identità*, in *Daimon*, 8, 2008, p. 11.

<sup>56</sup> Cfr. M. RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013, p. 357, n. 17. In particolare, Ricca identifica tre principali modalità tecniche attraverso le quali sarebbe possibile realizzare la «modulazione semantica in chiave interculturale delle generalizzazioni normative»: lo «spostamento infranormativo delle richieste di riconoscimento», così che «i singoli comportamenti potranno



Una terza area di studio riguarda più propriamente quella che potrebbe essere definita la “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. Studiosi delle diverse scienze sociali si interrogano da tempo sui tratti caratteristici di questo Islam europeo, un Islam “domestico” senza dubbio differente da quello dei paesi di origine dei migranti musulmani, ma che presenta altresì peculiarità e variabilità interne in relazione alle diverse aree del continente europeo<sup>57</sup>.

In questo contesto un osservatorio di particolare interesse è costituito dai meccanismi di ADR (*Alternative Dispute Resolution*), che da sempre sono oggetto di un’attenzione privilegiata da parte di coloro che guardano al diritto da una prospettiva pluralista in quanto strumenti di emersione dei diversi ordinamenti giuridici esistenti entro i confini dello Stato. In Europa il caso inglese è quello che offre maggiore materiale di studio, con l’esistenza di alcuni organismi variamente denominati e caratterizzati (*Islamic Shari’a Councils*, *Muslim Arbitration Tribunal*) che possono emettere pareri su diverse questioni di diritto civile e familiare nonché operare come mediatori<sup>58</sup>. Gli atti adottati da tali Consigli non sono generalmente produttivi di effetti giuridici nell’ordinamento britannico, anche se, in relazione ad alcuni rapporti di natura commerciale o a profili patrimoniali in ambito familiare, i Consigli possono operare come arbitri ai sensi della legge inglese sull’arbitrato<sup>59</sup>. La funzione di mediazione e conciliazione svolta da questi organismi nell’area dello statuto personale si dimostra importante all’interno della comunità, con particolare riferimento ai casi di donne musulmane che, pur avendo ottenuto un divorzio valido ai sensi del diritto inglese, chiedono anche la pronuncia di un *talaq* (scioglimento del rapporto matrimoniale) secondo il “diritto islamico”, al fine di assicurarsi l’accettazione da parte della comunità di appartenenza o del paese di origine. I Consigli possono essere aditi dalle mogli, indipendentemente dall’avvio di un procedimento davanti al giudice inglese, anche per ottenere una pronuncia “informale” nel caso in cui i mariti si rifiutino di concedere il

---

acquisire rilevanza normativa o transitare nell’ambito del meritevole di tutela attraverso la loro ricollocazione all’interno di una categoria normativa piuttosto che in un’altra; la «rimodellazione categoriale delle generalizzazioni normative a forte connotazione assiologica», con i «diritti umani e/o fondamentali nella veste di trasformatore/traduttore dell’Alterità»; l’«uso interculturale del sistema giuridico», affidato all’*ars combinatoria* degli operatori del diritto, supportati da antropologi, psicologi culturali, linguisti.

<sup>57</sup> Si pensi ai paesi con una storia di migrazioni post-coloniali (come Regno Unito e Francia), agli Stati di più recente immigrazione (come Spagna e Italia) o ai territori di antico insediamento di minoranze musulmane (come Albania e Bosnia). Sull’eterogeneità della presenza islamica in Europa cfr. J. CESARI (ed.), *The Oxford Handbook of European Islam*, Oxford University Press, Oxford, 2014, che propone per la prima volta un’analisi sistematica delle più importanti questioni connesse alla configurabilità di un Islam europeo.

<sup>58</sup> La letteratura sugli *Islamic Councils* inglesi è ormai vasta: cfr., tra i lavori più recenti, S. BANO, *Muslim Women and Shari’ab Councils. Transcending the Boundaries of Community and Law*, London, 2012; J. BOWEN, *On British Islam. Religion, Law, and Everyday Practice in Shari’a Councils*, Princeton University Press, Princeton, 2016; T. WALKER, *Shari’a Councils and Muslim Women in Britain. Rethinking the Role of Power and Authority*, Brill, Leiden, 2017. Sull’esperienza canadese (in particolare, della provincia dell’Ontario) di giurisdizioni di matrice religiosa nell’ambito dell’arbitrato cfr. P. FOURNIER, *Please Divorce Me! Subversive Agency, Resistance and Gendered Religious Scripts*, in E. GIUNCHI (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Abingdon, 2014, pp. 32-55.

<sup>59</sup> La legge inglese sull’arbitrato (*Arbitration Act* del 1996) consente alle parti di rivolgersi ad un arbitro religioso, che applichi un diritto di derivazione religiosa: l’art. 46 – nel sancire che il tribunale arbitrale può decidere la disputa secondo la legge (*law*) scelta dalle parti oppure secondo «*other considerations as are agreed by them or determined by the tribunals*» – apre infatti le porte all’ingresso di norme di matrice religiosa. Mentre, infatti, in base al paradigma positivista largamente consolidato, il “diritto” (*law*) è da intendersi sicuramente come la legge di uno Stato, le norme di derivazione religiosa potranno trovare applicazione in sede arbitrale – in quanto “*law*” – nei casi in cui integrino formalmente il diritto sostanziale di uno Stato (art. 46.2), mentre saranno richiamabili in virtù dell’inciso “*other considerations*” nel caso si tratti di norme non ricollegabili ad un ordinamento statale (come può accadere nel caso del diritto ebraico e islamico).

divorzio o in vista del pagamento della dote (*mahr*). Tale fenomeno si dimostra interessante dal punto di vista comparatistico sotto almeno due profili. Un primo profilo riguarda l'interazione con il diritto ufficiale dello Stato: il caso inglese, sotto questo aspetto, risulta paradigmatico delle trasformazioni a cui sono sottoposti istituti giuridici preesistenti (es. arbitrato), così come, più in generale, della necessità per le stesse corti statali di tener conto dell'esistenza di un diritto informale considerato vincolante da uomini e donne di fede islamica<sup>60</sup> e delle tensioni rispetto all'ipotesi di riconoscimento di tali diritti non ufficiali<sup>61</sup>. Un secondo profilo attiene più strettamente al funzionamento interno di tali organismi e al ruolo che essi svolgono, o possono svolgere, nella risoluzione delle controversie interne alla comunità islamica, in riferimento, ad es., all'interpretazione adottata dagli esperti di diritto in relazione ai casi concreti sottoposti al Consiglio e all'impatto delle decisioni di tali organismi sulla condizione sociale e giuridica delle donne musulmane<sup>62</sup>.

In connessione con quest'ultimo aspetto, lo studio delle comunità islamiche diasporiche secondo la lente del pluralismo giuridico consentirebbe altresì di osservare, da una prospettiva comparatistica, i caratteri della cd. *shari'a de minorité*<sup>63</sup>, formula utilizzata per indicare l'insieme di principi e precetti che orientano il musulmano in un contesto laico, nel quale la comunità islamica sia minoranza religiosa<sup>64</sup>. Tale produzione normativa ha nella *fatwa* – che nel diritto islamico identifica il responso legale relativo ad una questione sottoposta al *mufiti* – lo strumento privilegiato, in vista dell'interpretazione e applicazione della legge islamica per risolvere un caso concreto<sup>65</sup>. In Francia l'idea di una *shari'a de minorité* è stata sviluppata dall'intellettuale e teologo Tareq Oubrou, imam di Bordeaux, che ha ripreso il concetto di *dar-al-ahd* (terra del “patto” tra musulmani e non musulmani) al fine di superare la tradizionale ricostruzione del rapporto tra Islam e principio territoriale<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 220 ss.

<sup>61</sup> Cfr. la campagna *One Law for All* e il progetto di legge, presentato dalla Baronessa Cox, *Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill*. La proposta di legge, in particolare, introduce il divieto, per coloro che prestano servizi di arbitrato, di operare realizzando discriminazioni, molestie o abusi per motivi di genere, stabilendo inoltre che in nessun caso una convenzione o un procedimento di arbitrato possano avere contenuto discriminatorio; oltre al potenziamento della facoltà, per i giudici, di rifiutare di dar seguito ad ordini basati su accordi negoziali, in ambito familiare, che si ritengono viziati in relazione al consenso di una delle parti, il *bill* contiene anche la previsione di un nuovo reato, nel quale incorre chi pretende falsamente di esercitare i compiti di un tribunale o, nel caso di un presunto arbitrato, di rendere decisioni legalmente vincolanti in assenza di alcun fondamento ai sensi dell'*Arbitration Act*.

<sup>62</sup> Per uno studio degli *Islamic Councils* da una prospettiva di critica femminista, cfr. S. Bano, *op. cit.*, che osserva come molte donne musulmane contestano tanto la legge dello Stato, non percepita come “neutra”, quanto la legge islamica applicata dai consigli islamici.

<sup>63</sup> In letteratura si parla anche – con riferimento a fenomeni e proposte teoriche non sovrapponibili – di *fiqh for minorities* o, con termine arabo, di *fiqh al-aqalliyat*. Sul *fiqh al-aqalliyat* cfr. A. CAEIRO, *The Power of European Fatwas: the Minority Fiqh Project and the Making of an Islamic Counterpublic*, in *International Journal of Middle East Studies*, 42, 2010, pp. 435-449; C. ANGELO, *L'adattamento del diritto islamico alle realtà occidentali. La nascita e i primi sviluppi del diritto delle minoranze musulmane*, in *Studi Magrebini*, IX, 2011, pp. 65-111; D.M. TAHA, *Muslim Minorities in the West: Between Fiqh of Minorities and Integration*, tesi di MA in *International Human Rights Law*, The American University in Cairo, School of Global Affairs and Public Policy, 2012; T.A. PARRAY, *The Legal Methodology of “Fiqh al-Aqalliyat” and its Critics: An Analytical Study*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, 1, 2012, pp. 88-107.

<sup>64</sup> Cfr. T. OUBROU, *La shari'a et la fatwa en “terre laïque”: réflexion pour une intégration canonique de l'Islam*, in M. YOUNÈS (dir.) *La fatwa en Europe, droit de minorité et enjeux d'intégration*, CECR, Lyon, 2010, pp. 45-84.

<sup>65</sup> Cfr. W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 15, che specifica come in epoca classica, pur non avendo carattere vincolante, la *fatwa* era di prassi accolta e applicata dal giudice (*qadi*) grazie all'autorevolezza dell'interprete.

<sup>66</sup> La dicotomia tradizionale è tra un *dar-al-Islam* (territorio nel quale vige la sovranità della legge islamica) e *dar-al-harb* (lett. “casa della guerra”, dove la sovranità dell'Islam non è riconosciuta). Per l'uso della formula *dar-al-ahd* come zona “intermedia” tra le due, nella quale governanti non musulmani esercitano la propria

Nella necessità di tener conto della stabile presenza di milioni di musulmani in Europa, Oubrou propone l'elaborazione di una "geoteologia", caratterizzata dall'interpretazione e dal costante aggiornamento dei testi sacri alla luce del contesto nel quale la minoranza musulmana è insediata; attraverso la geoteologia si arriva a relativizzare ed "eticizzare" lo stesso diritto islamico, per mezzo dell'incorporazione delle norme giuridiche francesi nel "metabolismo" e nell'"economia" della *shari'a*<sup>67</sup>. Ciò che rappresenta una sfida entusiasmante per il comparatista interessato a fare luce sul carattere pluralista dello scenario giuridico dei paesi occidentali – oltre allo studio dei soggetti, degli strumenti, dei contenuti di tale "giurisprudenza di minoranza" – è provare a ricostruire le linee di influenza delle categorie concettuali e giuridiche occidentali sulle soluzioni elaborate dall'interprete musulmano in un paese europeo, mettendo alla prova l'idea di un diritto interculturale anche dalla prospettiva dell'Altro.

### 3. Bibliografia

- AMIRANTE D., *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bologna, BUP, 2014
- ANDERS G., *Law and its limits: interdisciplinarity between law and anthropology*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 3, 2015
- ANELLO G., *Passato e futuro della minoranza musulmana in Italia, tra islamofobia e pluralismo pragmatico-giuridico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 32, 2016, (<https://goo.gl/nSfG3D>)
- ANGELO C., *L'adattamento del diritto islamico alle realtà occidentali. La nascita e i primi sviluppi del diritto delle minoranze musulmane*, in *Studi Magrebini*, IX, 2011
- BABES L.-OUBROU T., *Loi d'Allah, loi des hommes: liberté, égalité et femmes en islam*, Albin Michel, Paris, 2002
- BAGNI S., *Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del Estado intercultural*, in questo volume
- BANO S., *Muslim Women and Shari'ah Councils. Transcending the Boundaries of Community and Law*, London, 2012
- BECK U., *La società cosmopolitica. Prospettive dell'epoca post-nazionale*, il Mulino, Bologna, 2003
- BENHABIB S., *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, il Mulino, Bologna, 2005
- BENHABIB S., *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2004
- BOWEN J., *On British Islam. Religion, Law, and Everyday Practice in Shari 'a Councils*, Princeton University Press, Princeton, 2016
- CAEIRO A., *The Power of European Fatwas: the Minority Fiqh Project and the Making of an Islamic Counterpublic*, in *International Journal of Middle East Studies*, 42, 2010
- CAEIRO A., *An Imam in France: Tareq Oubrou*, in *Isim Review*, 15, Spring 2005
- CAMASSA E., *Caratteristiche e modelli organizzativi dell'Islam italiano a livello locale: tra frammentarietà e mimetismo giuridico*, in C. CARDIA, G. DALLA TORRE (a cura di), *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015
- CANEVA E., *Mix Generation. Gli adolescenti di origine straniera tra globale e locale*, FrancoAngeli, Milano, 2011

---

sovranità riconoscendo forme di autonomia alle comunità islamiche presenti sul territorio cfr. B. LEWIS, *The Political Language of Islam*, University of Chicago Press, Chicago, 1988, p. 80.

<sup>67</sup> Cfr. L. BABES, T. OUBROU, *Loi d'Allah, loi des hommes: liberté, égalité et femmes en islam*, Albin Michel, Paris, 2002, p. 95; T. OUBROU, *Un imam en colère: intégration, laïcité, violences*, Bayard Press, Paris, 2012. Sul pensiero di Oubrou cfr. A. CAEIRO, *An Imam in France: Tareq Oubrou*, in *Isim Review*, 15, Spring 2005, pp. 48-49; M. HASHAS, *Pluralism within European Islam: Secularizing Theology, Sacralizing Modernity*, in C. DECARO BONELLA (ed.), *op. cit.*, pp. 78-80.

- CASTELS S.-MILLER M.J., *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Palgrave Macmillan, London, 1993
- CESARI J. (ed.), *The Oxford Handbook of European Islam*, Oxford University Press, Oxford, 2014
- CHEN GOH B., *Law without lawyers, justice without courts: on traditional Chinese mediation*, Ashgate, Aldershot, 2002
- CODLING A., *What Do You Believe? Taxonomy of a Subjective Legal Pluralism*, in R. SANDBERG (ed.), *Religion and Legal Pluralism*, Routledge, Abingdon, 2015
- COTTERELL R., *Comparative Law and Legal Culture*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006
- CURRAN V.G., *Cultural Immersion, Difference and Categories in US Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998
- CURRAN V.G., *Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998
- DE LANGE R., *Divergence, Fragmentation, and Pluralism. Notes on Policentricity and Unity in Law*, in H. PETERSEN, H. ZAHLE (eds), *Legal Policentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth, Aldershot, 1995
- DEMLEITNER N.V., *Combating Legal Ethnocentrism: Comparative Law Sets Boundaries*, in *Arizona State Law Journal*, 31, 1999
- DRUMMOND S.G., *Mapping Marriage Law in Spanish Gitano Communities*, UBC Press, Vancouver, 2005
- EEKELAAR J., *From Multiculturalism to Cultural Voluntarism: A Family-based Approach*, in *The Political Quarterly*, 3, 2010
- FACCHI A., *Customary and Religious Law: Current Perspectives in Legal Pluralism*, in *Jura gentium*, 2007 (GOO.GL/PC2FVX)
- FARALLI C., *Vicende del pluralismo giuridico. Tra teoria del diritto, antropologia e sociologia*, in A. FACCHI, M. P. MITTICA (a cura di), *Concetti e norme. Teoria e ricerche di antropologia giuridica*, FrancoAngeli, Milano, 2000
- FARALLI C., FACCHI A., *Pluralità delle fonti e modelli teorici: dalle premesse storiche agli sviluppi attuali*, in E. PATTARO, *Problemi della produzione e dell'attuazione normativa*, Ricerca Murst ex 40%, 1997
- FOURNIER P., *Please Divorce Me! Subversive Agency, Resistance and Gendered Religious Scripts*, in E. GIUNCHI (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Abingdon, 2014
- GAUDREAU-DESBIENS J.-F., *The Legal Treatment of Religious Claims in Western Multicultural Societies: Limits and Challenges*, in C. DECARO BONELLA (ed.), *Religious Claims in Multicultural Societies. The Legal Treatment*, Luiss University Press, Centro Studi sul Parlamento, Roma, 2014
- GIUNCHI E., *Secular judges and sacred law. Court practice and family law in Muslim countries*, in R. TONIATTI, D. STRAZZARI (eds), *Legal Pluralism in Europe and the Ordre Public Exception: Normative and Judicial Perspectives*, Proceedings of the International Workshop held in Trento, 16 and 17 April 2015, Università degli Studi di Trento, July 2016
- GRIFFITHS J., *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, 24, 1986
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007
- HALLAQ W.B., *Introduzione al diritto islamico*, il Mulino, Bologna, 2013
- HASHAS M., *Pluralism within European Islam: Secularizing Theology, Sacralizing Modernity*, in C. DECARO BONELLA (ed.), *Religious Claims in Multicultural Societies. The Legal Treatment*, Luiss University Press, Centro Studi sul Parlamento, Roma, 2014
- JACKSON A., *A Critical Legal Pluralist Analysis of the Begum Case*, Osgoode Hall Law School – Comparative Research in law & Political Economy, Research Paper, n. 46, 2010
- JACKSON A., GODZEDCKA D.A., *Caught between different legal pluralisms: women who wear Islamic dress as the religious "other"*, in *European rights discourses*, in *Journal of Legal Pluralism*, 64, 2011

- KOOPMANS R., STATHAM P., GIUGNI M., PASSY F., *Contested Citizenship. Immigration and Cultural Diversity in Europe*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2005
- LANUTTI V., *Identità sospese tra due culture. Formazione identitaria e dinamiche familiari delle seconde generazioni nelle Marche*, FrancoAngeli, Milano, 2014
- LEGRAND P., *European Legal Systems Are Not Converging*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1, 1996
- LEWIS B., *The Political Language of Islam*, University of Chicago Press, Chicago, 1988
- LOCCHI M.C., *Legal pluralism in multicultural societies: new perspectives for comparative constitutional law*, in A. ALABRIAN, O. MORETEAU (sous la direction de), *Le droit comparé et...*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2016
- LOCCHI M.C., *A partire da Les pluralismes juridiques di Jaques Vanderlinden: alcune riflessioni sull'utilità dell'ipotesi pluralista per il diritto contemporaneo*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 1, 2015
- MACDONALD R., *L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées*, in *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 33, 2002-2003
- MANCINI L., *Introduzione all'antropologia giuridica*, Giappichelli, Torino, 2015
- MANCINI L., *Percezione del diritto e impatto tra culture giuridiche nell'esperienza migratoria*, in A. FACCHI, M.P. MITTICA (a cura di), *Concetti e norme. Teoria e ricerche di antropologia giuridica*, FrancoAngeli, Milano, 2000
- MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, Giuffrè, Milano, 1998
- MATTEI U., MONATERI P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997
- MELICA L., *Lo straniero extracomunitario*, Giappichelli, Torino, 1996
- MENSKI W., *Islamic law in British courts: Do we not know or do we not want to know?*, in J. MAIR, E. ÖRÜCÜ (eds), *The place of religion in family law: A comparative search*, Intersentia, Mortsel, 2011
- MENSKI W., *Angrezi Shariat: Glocalised plural arrangements by migrants in Britain*, in *Law Vision*, 10, 2008
- MOTTA R., *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2004
- NAFSTAD I., *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
- NELKEN D., *Legal culture*, in J.M. SMITHS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, II ed. Edward Elgar, Cheltenham, 2012
- OLIVITO E., *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2011, <https://goo.gl/5oohYk>
- OUBROU T., *Un imam en colère: intégration, laïcité, violences*, Bayard Press, Paris, 2012
- OUBROU T., *La shari'a et la fatwa en "terre laïque": réflexion pour une intégration canonique de l'Islam*, in M. YOUNÈS (dir.) *La fatwa en Europe, droit de minorité et enjeux d'intégration*, CECR, Lyon, 2010
- PAROLARI P., *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Giappichelli, Torino, 2016
- PARRAY T.A., *The Legal Methodology of "Fiqh al-Aqalliyat" and its Critics: An Analytical Study*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, 1, 2012
- PEGORARO L., *Diritto costituzionale e diritto pubblico comparato: una convivenza more uxorio?*, in M. CARBONELL, J. CARPIZO, D. ZOVATTO (coord.), *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, Unam, México, 2009
- PEGORARO L., RINELLA A., *Introduzione metodologica*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, V ed., Giappichelli, Torino, 2016
- PEGORARO L., RINELLA A., *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Cedam, Padova, 2013

- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Presentazione*, in M. GUADAGNI, *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996
- RICCA M., *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013
- RICCA M., *Sul diritto interculturale. Costruire l'esperienza giuridica oltre le identità*, in *Daimon*, 8, 2008
- ROBERTS S., *Contro il pluralismo giuridico. Alcune riflessioni sull'attuale ampliamento del campo giuridico*, in A. FACCHI, M. P. MITTICA (a cura di), *Concetti e norme. Teoria e ricerche di antropologia giuridica*, FrancoAngeli, Milano, 2000
- ROSEN L., *Comparative Law and Anthropology*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds), *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012
- SACCO R., *Antropologia giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007
- SACCO R., voce *Crittotipo*, in *Dig. disc. priv. Sezione civile*, V, UTET, Torino, 1989
- SHACHAR A., *The return of the repressed: Constitutionalism, religion, and political pluralism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2010
- SHACHAR A., *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001
- SHAH P., *Shari'a in the West: Colonial consciousness in a context of normative competition*, in E. GIUNCHI (ed.), *Islamic family law in the courts: experiences from Europe, Australia and North America*, Routledge, London, 2014
- SHAH P., *Between God and the Sultana? Legal pluralism in the British Muslim diaspora*, in S. JØRGEN NIELSEN, L. CHRISTOFFERSEN (eds), *Shari'a as Discourse: Legal Traditions and the Encounter with Europe*, Ashgate, Farnham, 2010
- SHAH P., MENSKI W. (eds), *Migration, diasporas and legal systems in Europe*, Routledge-Cavendish, London, 2006
- SIEMS M., *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014
- SMORTO G., *Diritto comparato e pluralismo giuridico*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Giappichelli, Torino, 2013
- SOMMA A., *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014
- SPANÒ A., *Dare la voce ai figli dell'immigrazione: per uno sguardo "limpido" sulla seconda generazione*, in A. SPANÒ (a cura di), *Esistere, coesistere, resistere. Progetti di vita e processi di identificazione dei giovani di origine straniera a Napoli*, FrancoAngeli, Milano, 2011
- SPREAFICO A., *La presenza islamica in Italia*, in *Instrumenta*, SSAI, IX, n. 25, 2005
- TAHA D.M., *Muslim Minorities in the West: Between Fiqh of Minorities and Integration*, tesi di MA in *International Human Rights Law*, The American University in Cairo, School of Global Affairs and Public Policy, 2012
- TAMANAH B., *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in *Sydney Law Review*, 30, 2008
- TAMANAH B., *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in *Journal of Law and Society*, 2, 2000
- VAN DER HELM A.J., MEYER V.M., *Comparer en Droit. Essai Méthodologique*, Cerdic-Publications, Strasbourg, 1991
- VANDERLINDEN J., *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2013
- VON BENDA-BECKMANN F., *Who's afraid of legal pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, 47, 2002
- WALKER N., *Taking Constitutionalism Beyond the State*, in *Political Studies*, 56, 2008
- WALKER N., *Late Sovereignty in the European Union*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003
- WALKER N., *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern Law Review*, 65, 2002
- WALKER T., *Shari'a Councils and Muslim Women in Britain. Rethinking the Role of Power and Authority*, Brill, Leiden, 2017
- WIMMER A., GLICK SCHILLER N., *Methodological Nationalism and Beyond: Nation-State Building, Migration and the Social Sciences*, in *Global Networks*, 2, 2002

ZUMBANSEN P., *Lochner sradicato: le inquietudini del diritto nel contesto globale*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 3, 2016

ZUMBANSEN P., *Carving out Typologies and Accounting for Difference across Systems: Towards a Methodology of Transnational Constitutionalism*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012

# GLOBALISATION AND THE NEW UTOPIA OF MULTICULTURAL/INTERCULTURAL AND PLURILEGAL STATES: SOME METHODOLOGICAL REMINDERS

Werner Menski

SUMMARY: 1. Abstract-cum-introduction. – 2. The pluralist predicament. – 3. Basic legal structures and the kite of law as a tool for pluralist understanding. – 4. The practical implications of the kite methodology. – 5. The scope for pluralist harmonisation within a globalised context. – 6. Latin America. – 7. Multicultural/intercultural and plurilegal states in South Asia. – 8. Multicultural Europe as a new plural space with fresh challenges. – 9. Conclusions.

## 1. Abstract-cum-introduction

This overview article identifies that plurilegality, although ubiquitous all over the world, seems to be unfairly blamed for many nasty violations of justice, while protective blankets of silence are kept over convenient fictions regarding state laws, international laws and their claimed advantages of legal formality and uniformity. The main point of this article is, therefore, to highlight that in lived reality, individual human legal actors, everywhere on the globe and at all times, are not only performing law-related tasks throughout their life, they are also hiding as legal stakeholders behind various institutional smokescreens powered by ideologies. Questions thus arise whether one can simply blame certain approaches such as legal pluralism, or whether one should rather scrutinise the actions and intentions of all legal actors, anywhere and at any time. Traditional doctrinal methods of legal analysis, as we increasingly realise, have been covering up unpleasant evidence about hidden, often abusive powers of official discretion, while exciting new questions concerning the globally present living realities of plurilegality arise, yet seem to generate fresh irritations. Recent developments in comparative law may help identify why there is so much negativity about certain voices in the global chorus of plurality-conscious theorising, an activity that needs to stand up to the challenges of practical demands.

The article introduces and explores the so-called kite methodology of legal pluralism as a tool for better understanding about why there continues to be so much disagreement over virtually everything in relation to ‘law’ and legal management. The key argument is not merely that value pluralism lies at the root of this messiness over the identification of competing *Grundnorms*. The use of different lenses, recently also in comparative constitutional law, confirms that the ambivalent effects of both informal and formal legal and law-related discretionary powers in all spheres can be more systematically and effectively scrutinised today. This methodology, then, becomes immensely helpful for global and glocal efforts to secure better justice.

Connecting the various contributions of the Ravenna Conference on 21 March 2016, this article also compares the methods and experiences of comparative constitutional thinking and practice in relation to the three scenarios of Latin America, India and multicultural Europe today. The aim here is to identify briefly why, before a backdrop of globalised analysis, assessments of certain legal developments differ so widely. An inspiring element for this comparative enterprise was the central idea of a ‘new utopia’, a pluralist vision marked by intercultural respect and multicultural interaction at various levels of law-related management. The article suggests that whether one gazes at Latin America, the Indian subcontinent, or multicultural Europe today, there is always a need to account responsibly for the possibilities of flexible rights-conscious pluralist management, since



simplistic, top-down approaches everywhere risk generating fresh terror in the name of some kind of state-centric law.

## 2. The pluralist predicament

In the context of globalisation and linked to meditations over a new utopia, this article identifies, first of all, the harsh pluralist predicament that the virtually limitless and highly liquid interconnected diversity and plurality of law-related phenomena still causes much heartburn and irritation to many scholars, lawyers and non-lawyers alike. While studies on legal pluralism can no longer be dismissed as arcane, and are everywhere about power<sup>1</sup>, this highly contested, messy debate continues to raise considerable reservations about dreaming of a better world through pluralist bottom-up methodology, in competition with top-down uniformising, centralising visions. I therefore expand here on some of my recent work, relating to reforms in South Asian laws worldwide<sup>2</sup>, on the basis of state-centric interventions designed to miraculously cure certain perceived bottlenecks of justice. Since utopia cannot be just decreed, it has to be imagined as a vision, first of all, and then any specific programme for development needs to be operationalised. Everywhere on the globe, however, the complex interconnected diversity and plurality of law-related phenomena, in what one might summarily call ‘living laws’ in a rather wide sense<sup>3</sup>, finds itself challenged as potentially toxic and is widely perceived and presented as a major risk factor for good governance. Diversity and pluralism, thus, continue to be blamed unfairly for persistent shortfalls in securing better justice. Privileging uniformity and certainty over diversity and flexibility, many legal scholars still tend to claim that respect for plurilegality causes harm for securing justice. The vision of a new plurality-conscious utopia diametrically opposes that stance.

While respect for plurality and diversity is certainly not a panacea for all ills, it is not really new that such respect has become acknowledged as an increasingly critical and essential precondition for informed discussions and interactions<sup>4</sup>. Rather than following doctrine-centric approaches that privilege the central state and increasingly today various global or regional international bodies, responsible and critical legal realism confirms that it remains unwise to blindly trust ‘the law’ and various actors hiding behind its formal manifestations. Even supposedly democratic outcomes, like the BREXIT referendum and its fallouts and the recent US elections, are now shown to be stage-managed, highly manipulated processes of dubious validity, not to speak of fears for global sustainability. Indeed, one should go further and ask if we can even trust ourselves and our preconceived notions, as well as those of the people closest to us, to contribute towards sustainable forms of utopia and better justice. There is no comprehensive insurance or inoculation against viral strains of self-righteousness of various kinds, including racism and hatred of

---

<sup>1</sup> F. VON BENDA-BECKMANN, *Human rights cultural relativism and legal pluralism: Towards a two-dimensional debate*, in F. VON BENDA-BECKMANN, K. VON BENDA-BECKMANN, A. GRIFFITHS (eds), *The power of law in a transnational world: Anthropological enquiries*, Berghahn Books, New York and Oxford, 2012, pp. 115-134.

<sup>2</sup> W. MENSKI, *Justice, epistemic violence in South Asian Studies and the nebulous entity of caste in our age of chaos*, in *South Asia Research*, vol. 36, n. 3, 2016, pp. 299-321; ID., *Still asking for the moon? Opening windows of opportunity for better justice in India*, in *Verfassung und Recht in Übersee*, Special Issue, vol. 49 n. 2, 2016, pp. 125-147; see also P. SHAH, *Against caste in British law*, Palgrave, London, 2015.

<sup>3</sup> On this important concept, see E. EHRlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, München and Leipzig, 1913 and ID., *Fundamental principles of the sociology of law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1936. More recently, see R. COTTERRELL, *Living law. Studies in legal and social theory*, Ashgate, Aldershot, 2008.

<sup>4</sup> See B.Z. TAMANAHA, C. SAGE, M. WOOLCOCK (eds), *Legal pluralism and development. Scholars and practitioners in dialogue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

‘the other’, causing selective blindness at all levels of discourse, with potentially disastrous effects for the whole world.

Apart from deeper questions about the meaning of utopia and justice, to what extent are we thus, as individual social and legal actors, so involved in self-seeking self-gratification that the implications of our actions may ruin hopes of any kind of perfect utopia? For example, should one even arrange international conferences that might stroke our academic egos, if we know so well today that this involves damaging ecological footprints? How does one balance such competing visions within today’s globalised patterns of rationalisations? While many books have been written about ‘justice’<sup>5</sup>, their close reading may cause nihilist despair rather than hope. For justice, as not only Jacques Derrida told us earlier, is always in the making. This remains a constant challenge, as Amartya Sen has convincingly shown<sup>6</sup>, contrasting comparative and transcendental methodologies and focusing attention on the need for actual realisations in the societies involved, rather than merely insisting on the introduction of supposedly perfect institutions and rules. In clear text, as all too many people in Latin America, South Asia and also Europe experience first-hand on a daily basis, humans can give themselves perfect-sounding constitutions and other laws, but that does not mean that justice for all is thereby achieved and secured. This is only a first step. How depressing for those who rather impatiently, akin to small children, ask for the moon of perfect justice as their toy<sup>7</sup>!

History and also current events all around us indicate that we fool ourselves into believing that humanity makes consistent all-round progress. While there is indeed measurable progress, even in messy places like India, and some improvements are clearly visible<sup>8</sup>, there is also constant regression and the world continues to be tortured by much chaos. Utopia remains often a very distant dream, with cruel abuses of law and governance constantly reflected on our media screens. Current statistics indicate that the world has never seen so many desperate refugees, for example. Since the modalities of handling the many diverse challenges of diversity management, in particular, may cause fresh trouble rather than progress, humans continue to struggle, often violently disagreeing over basics<sup>9</sup>. This deeply troubling backdrop raises important considerations for any intercultural or multicultural analysis of comparative law. Even when dealing with constitutional laws, realisation will kick in fast that this kind of law, too, is never just purely state law. Moreover, in different cultural contexts all over the globe, there are significantly different patterns regarding how official and unofficial laws relate to each other. The next section aims to refresh our memory and aid realisation of some critical insights about this intense interconnectedness.

### **3. Basic legal structures and the kite of law as a tool for pluralist understanding**

In this context, the significant presence of three basic state-centric structures of legal systems, a model that I have used in comparative law teaching for many years, proved also helpful for the discussions during the Ravenna Conference.

---

<sup>5</sup> I have been much inspired by A. SEN, *The idea of justice*, Penguin, London, 2009. See also G. BORRADORI, *Philosophy in a time of terror. Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2003.

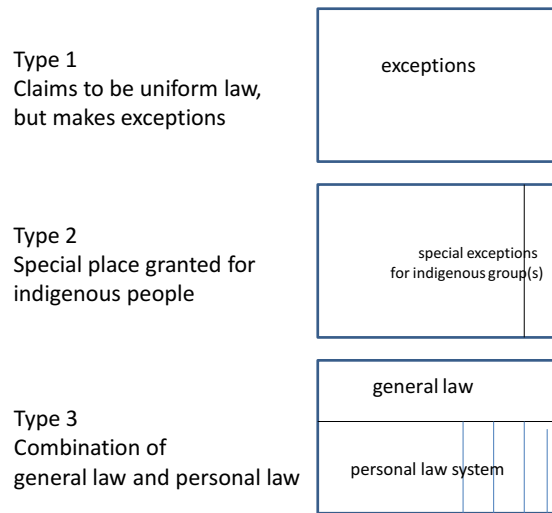
<sup>6</sup> A. SEN, *The idea of justice*, Penguin, London, 2009, p. 9.

<sup>7</sup> See on this W. MENSKI, *Still asking for the moon? Opening windows of opportunity for better justice in India*, cit., pp. 125-147.

<sup>8</sup> D. KUMAR, *The Trishanku nation*, Oxford University Press, New Delhi, 2016, p. x.

<sup>9</sup> For examples, see W. MENSKI, *Justice, epistemic violence in South Asian Studies and the nebulous entity of caste in our age of chaos*, cit., pp. 299-321.

### Three types of legal systems



Type 1 is found prominently in the Eurozone and some colonised territories, especially in Latin America. In many jurisdictions, including Turkey, it is a voluntarily accepted European transplant. Sometimes it grew indigenously and seeks to portray itself as a uniform law, as in Japan and China, perhaps because type 1 law is widely perceived as the gold standard for global norms. Whether specific states actually fall into that pattern requires careful scrutiny<sup>10</sup>. This model law is clearly state-centric and claims to produce uniform rules. In reality, however, such legal systems everywhere reserve for the respective lawmakers, administrators and bureaucrats huge discretions to create various exceptions for certain categories of persons or situational contexts, based on locality, specific socio-cultural groups, patterns of discrimination, and so on. These legal systems are therefore internally plural, but assiduously disguise this fact, often with considerable diligence. Efforts to maintain such fictions of legal uniformity match theoretically grounded denials of the validity of legal pluralism and efforts to prevent reference to its significant presence<sup>11</sup>.

Type 2, found in many countries with indigenous or ‘original’ people(s) living on their territory, accepts claims to some specific legal allowances for such groups and/or individuals. Relevant jurisdictions are the USA, Canada, Australia, New Zealand, Norway, and many others, including increasingly Latin American countries. Special legal arrangements may concern cultural rights, language issues or property rights; they may go much further. Such pluralist arrangements are now demanded for and in other states, too. Japan is a recent example, acceding to pressures for a special legal status regarding its Ainu people. That the recognition patterns of type 2 laws generate many fuzzy boundaries and more confusing pluralities is well-illustrated by the long-established Indian provisions for Scheduled Castes and Scheduled Tribes. Certain communities in post-Apartheid South Africa fall under this pattern, too, while rainbow nations like South Africa might actually wish to follow all three models at the same time.

<sup>10</sup> The Chinese Imperial system with its criminal law codes appears at first like such a uniform law. Modern China, too, tends to claim that it follows this pattern, which is unconvincing, as there have always been many different types of Chinese law beyond the formal codes.

<sup>11</sup> In that sense, too, the significant insights of Japan’s pioneering socio-legal scholar, Professor Masaji Chiba, discussed further below, contradict the officially stated norms.

Type 3 is actually the globally present majoritarian pattern, although it faces much aggressive ideological opposition<sup>12</sup>. It combines a pattern of general laws with personal laws for different communities, mainly apportioned on the basis of religion or community. The systemic protection of group rights here rubs against predilections for securing individual rights. General laws would be primarily a country's Constitution, criminal law, procedural laws, and so on. Even here, some constitutional provisions may apply specifically to certain minority groups, confirming again that general law itself is never really fully uniform. The co-existence of different personal law systems, varying from country to country and often from region to region within countries, offers ample scope for protective or discriminatory differentiations. In sophisticated plurality-sensitive systems, such as Indian law, a secular option exists in addition to various personal status laws, allowing individuals crucial choices in navigating their 'living laws', perhaps to avoid being tied to oppressive personal status laws that one might wish to escape. There may be certain penalties for exiting but, importantly, the option itself exists. Such rules may formally apply to mixed marriages, for example, or foreign nationals.

The inherent flexibility of all three types of legal models indicates, then, that law is everywhere a more or less plural entity that needs to be managed through sensitive recognition of situation-specificity. Unsurprisingly, type 3 legal systems are less fixated on judicial precedent and assumptions that 'rule of law' simply means one law for all. Here even concepts of precedent, where they seem to exist, hide in practice much internal plurality. Even where 'rule of law' claims suggest reliance on legal uniformity, this is frequently a convenient fiction, indicating rich scope for discretionary arrangements and creative use of exceptions. This confirms that crucial powers of legal management, everywhere, lie with those who have the knowledge and authority to navigate such exceptions. While this is hardly new for parliamentarians, bureaucrats or judges, we need to remember that such flexibility of authority and scope for exceptionalism extends right down to the level of individuals. Local people will make more or less informed choices. Whether such informal manipulations will be officially accepted as law is an entirely different issue and may not matter at all. That such complex scenarios lead to many conflicts and tensions is evident.

The above images also indicate that law comprises everywhere not just collections or systems of rules, but also concerns multiple processes and values of various kinds. Moreover, law involves many different domains of regulation, with all aspects of life somehow embroiled in this enterprise. If we add to this that law has concurrent effects on individuals, various kinds of social groups, communities or societies, states and the entire globe, too, we begin to envisage a complex and, as I shall suggest and present below, kite-like image of great plurality<sup>13</sup>.

I developed this particular model over many years, starting from early awareness about the concept of 'limits of law'<sup>14</sup>. Intercultural upbringing in post-war Germany and later experiences in different countries and cultural contexts, somehow, led to observations that law, everywhere, relates closely to culture and is not just state law. That such complex socio-legal structures, at all times, will need to be managed made increasingly good sense

---

<sup>12</sup> The ongoing Uniform Civil Code debates in India clearly reflect this. See much earlier V. DHAGAMWAR, *Towards the uniform civil code*, N.M. Tripathi, Mumbai, 1989, despite doubts whether this would ever be feasible without major public unrest. Contrast this with still rare, most precious studies of how local people manage their lives, such as M.A. CHAUDHARY, *Justice in practice. Legal ethnography of a Pakistani Punjabi village*, Oxford University Press, Oxford, 1999; G. SOLANKI, *Adjudication in religious family laws. Cultural accommodation, legal pluralism, and gender equality in India*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

<sup>13</sup> For an overview, see W. MENSKI, *Legal simulation: Law as a navigation tool for decision-making*, in *Report of Japan Coast Guard Academy*, 2014, vol. 59 n. 2.1, pp. 1-22. URL at <http://harp.lib.hiroshima-u.ac.jp/jcga/metadata/12172?l=en>.

<sup>14</sup> A.N. ALLOTT, *The limits of law*, Butterworths, London, 1980.

for a young interdisciplinary, partly German scholar, but did not suggest that state-centric 'law' was the only management tool, or indeed, could be blindly trusted to deliver justice. Self-controlled ordering processes, in particular, gained prominence through studying Indic cultures and traditions. Eurocentric reluctance to address such pluralist challenges and dogged insistence on privileging state law seemed increasingly counter-intuitive. Law's dynamic nature in so many different contexts, faced in addition with the relentless ticking of the global clock, made more sense. Even ancient Indians had been aware of this, millennia before currently prevalent loose talk of globalisation<sup>15</sup>. Very much at ease with Patrick Glenn's comments about multiple globalisations<sup>16</sup>, I observed everywhere how various forms of law occurred related to specific contexts, and never really in a value-neutral manner. Always subject to subjective assessment as good or bad, positive or negative, law had no hope of securing global agreement in this jungle of value pluralisms and interactive patterns. Looking back now, it seems that my search for legal pluralism began well before I knew and used the term itself.

But then, at SOAS in London from 1980 onwards, suddenly thrown into the deep water of teaching comparative law<sup>17</sup>, I soon encountered the work of Professor Masaji Chiba from Japan<sup>18</sup>. Chiba's tripartite model of law, excerpted in my own subsequent work after extended discussions with the master (*sensei*) himself<sup>19</sup>, soon became a prominent manifestation of what I understood as global legal realism and provided the foundation for my initial image of the triangle of law<sup>20</sup>. This depicted Chiba's three basic interconnected elements of 'official law', 'unofficial law' and what he came to call 'legal postulates', now turned into a triangular structure, through which it became immediately graphically obvious why so much of 'living law' was actually deeply plural.

Then, as the numerous possible combinations of such plural manifestations became more obvious, confirming earlier commonsensical intuitions about what came to be known as the liquidity of law<sup>21</sup>, it was rendered necessary to stress that all lines in this triangular structure were actually broken lines, allowing constant movement between different interconnected fields of law.

---

<sup>15</sup> For drastic ancient warnings about 'shark rule', see W. MENSKI, *Justice, epistemic violence in South Asian Studies and the nebulous entity of caste in our age of chaos*, cit., pp. 299-321.

<sup>16</sup> H.P. GLENN, *Legal traditions of the world. Sustainable diversity in law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006.

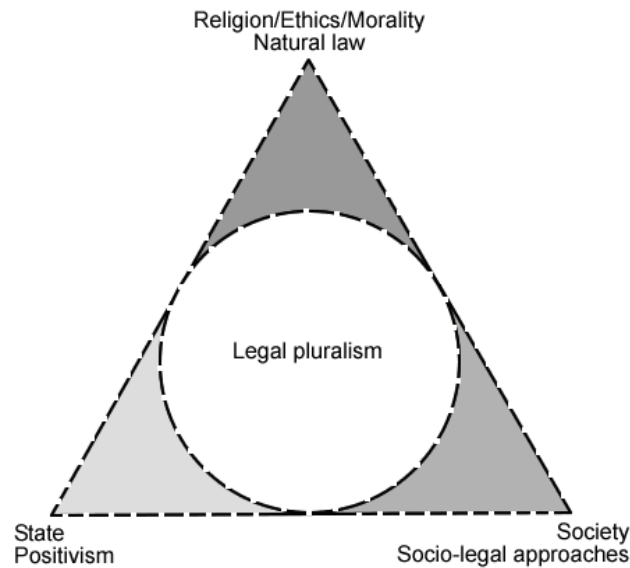
<sup>17</sup> How I came to SOAS and my early experiences as a comparative lawyer are recounted in W. MENSKI, *From Imperial domination to 'Bhaji on the Beach': Fifty years of South Asian laws at SOAS*, in I. EDGE (ed.), *Comparative law in global perspective*, Transnational, Ardsley, NY, 2000, pp. 121-144.

<sup>18</sup> See particularly M. CHIBA (ed.), *Asian indigenous law in interaction with received law*, KPI, London and New York, 1986; ID., *Legal pluralism: Towards a general theory through Japanese legal culture*, Tokai University Press, Tokyo, 1989.

<sup>19</sup> See W. MENSKI, *Comparative law in a global context: The legal systems of Asia and Africa*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 119-128.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 612.

<sup>21</sup> W. MENSKI, *The liquidity of law as a challenge to global theorising*, in *Jura Gentium*, vol. XI, *Pluralismo Giuridico*. Annuale 2014, pp. 19-42, at <http://www.juragentium.org>.



At this stage, numerous SOAS first year students from various departments, often deeply interested in the powers of international law and human rights activism, critically commented every year in the compulsory flagship law course on ‘Legal Systems of Asia and Africa’ that something important was missing in this triangular structure. Had something been lost in translation? Such criticism led to further research which uncovered that Chiba’s ‘legal postulates’ actually comprised traditional values and ethics, including traditional natural law, as well as the modern values of human rights in the same rubric, and thus also in the same corner of the triangle. This research into the genesis of Chiba’s terminology of ‘legal postulates’ also identified his skilful discourse management when faced with initial objections from Western commentators.

First of all, in pre-modern legal systems, the terminology of ‘official law’ and its distinction from ‘unofficial law’ does not really make sense if there is no developed formal state. This taxonomy depends on presumptions about the existence of a form of positive law in control of legal developments. This was not the reality in many ancient legal orders that connected themselves to natural law systems. Knowing this, Chiba observed that people and even scholars from non-Western countries «have not succeeded nor even attempted to present the achievements of their jurisprudence before the world circle of legal science forcibly enough to cause the proponents of Western jurisprudence to doubt their conviction of its universality»<sup>22</sup>. So were the globally subaltern non-Westerners even allowed to speak about their natural laws? Evidently, Chiba was engaged in highly contested early debates about global concepts of law in which Asians voices were not valued. Rather diplomatically, using a typically amoebic strategy, he hid his subtle response elsewhere, disclosing how he reacted to such criticism by changing his terminology, without modifying the substance:

«Later, in response to criticism that it was confusing to label the values and ideals of the third level as ‘law’ even limited to basic, I replaced the label ‘basic law’ first with ‘jural postulate’ in 1982 and again with ‘legal postulate’ since 1984, without substantial change in definition»<sup>23</sup>.

Having secured this clearer understanding of the internal plurality of Chiba’s ‘legal postulates’, the deliberately hidden conflict of values and/or powers now allowed splitting

<sup>22</sup> M. CHIBA (ed.), *Asian indigenous law in interaction with received law*, cit., p. 2.

<sup>23</sup> M. CHIBA, *Legal pluralism: Towards a general theory through Japanese legal culture*, cit., p. 174.

of this entity into two opposing corners, which resulted in a box-like image of law with four corners. At this point, apart from being influenced by the seminal work of Boaventura de Sousa Santos, William Twining's warnings against thinking about law in black boxes and failing to see it as a dynamic entity proved productive<sup>24</sup>. Concerned to find a suitable image for representing law as a dynamic multidimensional entity, whole cohorts of students tested several attractive candidates, including a Nordic snow flake with its internal crystal structure and a Buddhist *mandala* type structure. But these representations lacked a systematic structural frame that would permit further analytical interrogation. For the same reason, depicting legal pluralism as a ball of wool is really just too woolly and vague.

Then, one fine day, in a class full of South Asian students it suddenly struck us that we were culturally at ease and familiar with the attractive image of the kite (*patang* in Hindi/Urdu), a subtle structure flying in the air, but requiring a skilled navigator to steer it safely to avoid crashing. That was it! This was dynamic, it had four corners, yet was not a square black box, and it required constant vigilance on the part of those who managed the richly varied, somewhat choreographic and often improvised movements of this structure.

More recently it transpired that an earlier colleague at SOAS, Professor Sir Norman Anderson, a specialist in Anglo-Muhammadan law and thus Pakistani law, among others, had adopted the kite image from another scholar to critique law reform in Pakistan. Notably, Sir Norman concluded his assessment by comparing the people of Pakistan with boys flying a kite on a misty day: «They cannot see it; they cannot tell where it is going; but they certainly feel the pull»<sup>25</sup>. While Pakistan has meanwhile banned kite flying as an un-Islamic activity with Hindu cultural roots<sup>26</sup>, the deeper symbolism of banning social practices of skilful navigation in a spirit of friendly competition seems to be ignored where a theocratically founded version of traditional reliance on Qur'an and Sunna is imposed on a population of various Muslim and non-Muslim communities. The deeper message of such patriarchal state-centric value imposition is that pluralist negotiation of co-existence, even among kites in the sky, is intolerable. We learn from Khaled Hosseini's 2003 novel, *The Kite Runner*, how disastrously this worked out in Afghanistan, where only the singular authority of the dominant male counts at the end of the day. Since only one kite is supposed to remain in the sky, Kabul's brutal game in the skies causes deep trouble if the winner is the wrong person<sup>27</sup>. This fictional account of complete disrespect for pluralism and diversity, combined with religious doctrinal rigidity, yields extreme danger through intolerance for any form of diversity.

Related plurality-phobic approaches explain why currently Bangladesh risks similar self-destruction. Powerful Islamist opposition to the current Awami League leadership of Bangladesh, whose vision, not unlike that of Turkey, is based on the wish kite of nationalism, democracy, socialism and secularism<sup>28</sup>, portrays respect for pluralism and secularism, which involves acknowledgement of various forms of local religion, virtually as instruments of the devil.

Meanwhile, though, the kite, a globally known device for much fun-and-games, has become increasingly prominent as a tool for deeper plurality-conscious legal analysis,

---

<sup>24</sup> W. TWINING, *Globalisation and legal theory*, Butterworths, London, 2000.

<sup>25</sup> J.N.D. ANDERSON, *Pakistan: An Islamic state?*, in R.H.C. HOLLAND, G. SCHWARZENBERGER (eds), *Law, justice and equity*, Sir Isaac Pitman and Sons, London, pp. 127-136, at p. 136.

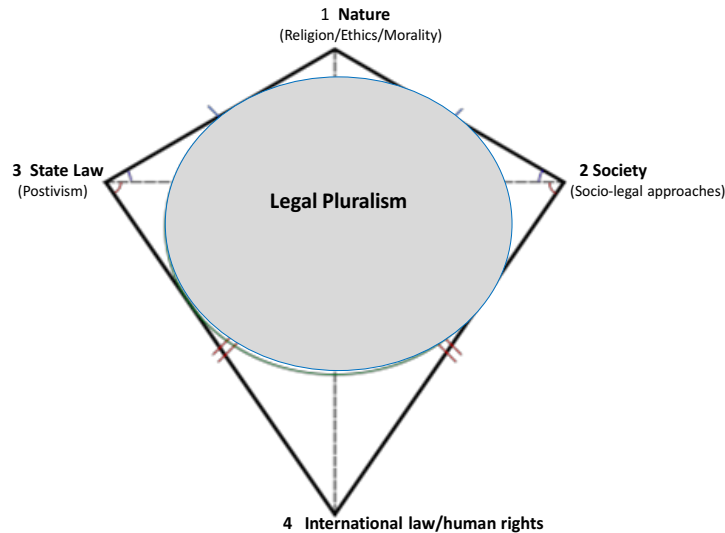
<sup>26</sup> W. MENSKI, *Flying kites in Pakistan: Turbulences in theory and practice*, in *Journal of Law and Social Research*, Multan, vol. 1, n. 1, pp. 41-57, at p. 42.

<sup>27</sup> In the novel, a Shia boy from the minority Hazara community helps his employer's son (actually his half-brother) to win, but is promptly captured and raped by authoritarian Muslims who claim control over the skies of Kabul.

<sup>28</sup> See W. MENSKI, *Bangladesh in 2015. Challenges of the icber ghuri for learning to live together*, in *Journal of Law and Politics*, University of Asia-Pacific, Dacca, vol. 1, n. 1, 2015, pp. 9-32.

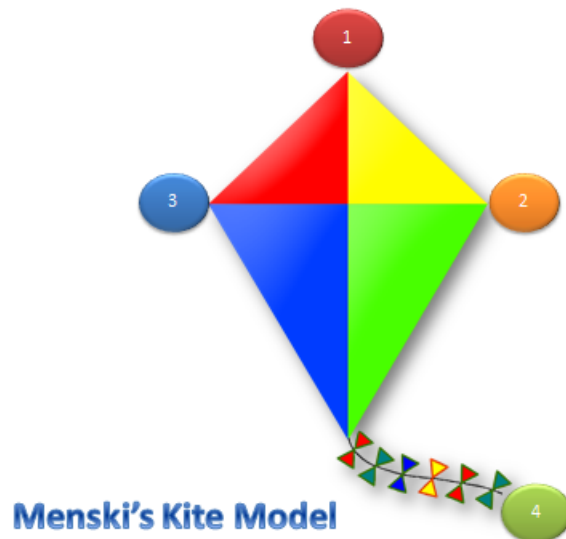
proving immensely fruitful for understanding how all kinds of law work (or may not work) in practice.

Menski's Kite (from about 2009)

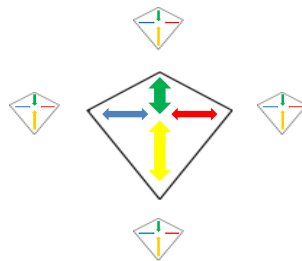


This simple basic structure inevitably connects the four constantly competing elements of law, now with the revised numbers 1, 2, 3 and 4 attached to them. This revised numbering does not signify a hierarchy of authority. Quite simply, the older types of law like Natural Law came historically first, while human rights law and international law joined the global picture much later, although it is also argued by Asian and African voices, in particular, that they were never really completely absent in non-Western legal cultures, it is just that the main focus of legal analysis has shifted over time from Natural Law towards New Natural Law. At the top, then, is corner 1, natural laws/ethics/morality, notably both religious and secular. This corner focuses (though certainly not exclusively) on individuals and it has strong connections with psychology. Corner 2 on the right side depicts the sphere of socio-legal normativities at various levels including, importantly, also various economic considerations. Since this is the arena of society and customs, major law-making entities here would be social groups and communities rather than individuals. Corner 3 on the left side depicts state law in its various forms, closely connected to politics and power. Corner 4 at the bottom adds international laws/human rights, another internally plural sphere, with positivistic structures in international relations as well as the conceptions of 'new natural law' that underpin human rights. Yet this kite image on our computer screens was still too static. It needed to be further dynamised to reflect the really dramatic and constantly changing almost choreographic experience of flying a kite in the air. This proved to be simple, and looks then perhaps like this:





In theory as well as practice, we found, these four interconnected sources of law and the resulting hybrid types of competing normativities will always need to be balanced, so that the kite may fly safely and sustainable development and ‘the right law’ become possible<sup>29</sup>, if often only for fleeting moments of bliss. This is, however, not yet the end of this brief introductory account of pluralistic navigation, as a second layer of more intense plurality, a kind of legal super-diversity, seems to operate at the same time within every single corner. This, in turn represents four mini-kites as part of the overall structure which I now call the power kite. This second level of internal pluralities offers much more sophisticated insights about the various processes of law-related decision making.



This deeper level of what I now call ‘plurality of pluralities’ (POP) implies that within every corner of this kite structure, elements of the other competing types of law are also present. These sub-entities are somewhat different from their main manifestation in the larger macro-central kite and are significantly influenced by their specific micro-environment. While it remains important to retain awareness of the wider global context, strategic law-related decision making through navigational movements takes place not primarily at the macro-level, but more specifically within any one of the micro-level kites. All these processes of decision-making and fine-tuning occur in specific, always contested sequences, creating many highly intense scenarios of competition and conflict within and between these micro-structures and with the larger macro-sphere, too. Everywhere, the respective legal actors, always certain humans hiding behind different legal labels, navigate the structure’s movements by picking up tools from various parts of the kite. In this way, more or less hidden, often invisible and virtually ‘faceless’ individuals frequently play their own selfish power games, exercising enormously far-reaching and potentially harmful discretion under some kind of ‘law’. Based on such realisations, plurilegal analysis becomes

<sup>29</sup> On this see W. MENSKI, *Plural worlds of law and the search for living law*, in W. GEPHART (ed.) *Rechtsanalyse als Kulturforschung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2012, pp. 71-88.

an important activist tool permitting closer scrutiny of potential abuses. Viewing legal processes in this manner then also helps to explain, to a large extent, why traditional non-Western legal systems tend to work from case to case and rely far less on fixed legislation, rigid precedent or *stare decisis* principles.

#### 4. The practical implications of the kite methodology

Building on this highly dynamic structural pattern, we can now turn to functionality, realising that a state-centric actor with deep respect for human rights, less concern for custom and not much love for religion would yield a decision sequence numbered 3-4-2-1. A religious 'fundamentalist' approach would generate a sequence 1-2-3-4 if the kite flyer felt comfortable with social norms, accepted state authority, but maybe had some reservations about human rights and/or international law. A human rights activist would normally start from corner 4 and would then probably go towards corner 3. Depending on whether such an actor dislikes society or religion more, this yields 4-3-2-1 or 4-3-1-2 sequences. This method provides instructive indications of how legal decision-making works at various levels, always in interactive patterns driven by the perceptions and agenda of the respective legal actors involved. Frequent value clashes will be ubiquitous, as later sections of this article will further illustrate.

The kite methodology makes it also possible to identify more clearly why a particular judge may have reached a specific conclusion, which might trigger an appeal as another attempt to rebalance the kite, or bring long-awaited justice<sup>30</sup>. Expanded possibilities for such navigation spearhead new critical work, yet to be developed and assessed, which needs to test the limits of such pluralist navigation. There is much new work to be done here, especially with regard to non-Western laws, which are often inadequately understood<sup>31</sup>.

Typically, diversity-conscious efforts based on law-related exceptions and exemptions, such as cultural defence<sup>32</sup>, are often blamed, and those who pursue pluralistic methodologies become presented as villains. Conversely, those who misuse hidden pluralist spaces within formal legal structures manage to claim excessive powers, often granting themselves legitimacy through entirely circular types of reasoning. Frequently this occurs in full awareness that such dodginess may not be morally right, often seen in Europe today in relation to immigration cases<sup>33</sup>. Deliberate refusal to take certain kinds of evidence into account, to listen carefully and with cultural sensitivity and competence, or blunt failure by officials to respond to an application for something that is sought to be withheld on the basis of some kind of perceived public interest, are typical examples. Experienced by many people as a form of state-created violence, not only in the highly contested immigration contexts of current European jurisdictions, all of this confirms that 'law' can never simply be equated with 'justice'.

---

<sup>30</sup> The pension rights case of a Sikh widow, fighting for recognition of her unregistered Sikh marriage in a *gurdwara* in London in 1956, in *Chief Adjudication Officer v. Kirpal Kaur Bath* [2000] 1 FLR 8 CA, went as far as the Court of Appeal (CA). This did not become a precedent, but is a model case of highly skilful judicial kite flying. It applies a presumption of marriage to achieve an equitable outcome.

<sup>31</sup> W. MENSKI, *Beyond Europe*, in E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN (eds) *Comparative law. A handbook*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 189-216.

<sup>32</sup> See A. RENTELN, *The cultural defense*, Oxford University Press, New York, 2004; M.-C. FOBLETS, J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, A. DUNDES RENTELN (eds), *Cultural diversity and the law. State responses from around the world*, Bruylant and Éditions Yvon Blais, Brussels, 2010.

<sup>33</sup> W. MENSKI, *Dodgy Asians or dodgy laws? The story of H*, in *Immigration, Asylum and Nationality Law*, vol. 21, n. 4, 2007, pp. 284-294.

While unresponsive or oppressive state structures remain a problem even in supposedly advanced conditions today, the colonialism of earlier times attracts of course much critique. Abuses occurred especially in relation to economic exploitation and the cruel subjugation of entire native populations. Law was only perceived and used as state law, corner 3 of the kite ruled absolutely. Colonialism also faces critique for having imposed certain religious and civilising messages in its wake, while brushing aside and silencing local voices of dissent, cutting corners 1, 2 and 3 off to secure the supremacy of ‘the law’. Of course, colonisers were often deeply convinced that what they did was entirely justified, and this was ‘the right law’. Here again, the ever-present subjectivity of assessments of what is ‘good’ or ‘bad’ surfaces as a major challenge for law-related diversity management.

The still much-heard obfuscating argument that liquefied critical thinking about law permits virtually everything, however, collapses on closer scrutiny. Indeed one often identifies ‘the law’ as a self-righteous and partial tool for seeking power and securing certain unfair strategic and other advantages. In earlier historical times, law and governance were of course perceived and operated differently from today, as typically democracies were not present. Today’s modernist focus on state-centric legal regulation should have learnt lessons about ‘good governance’, and now finds itself challenged by a return to value assessments of governance, involving new, mainly secular natural law principles, now combined with positivistic international law structures. Factoring in such diachronic perceptions, comparative lawyers need to pick up that in earlier times, specifically the long partly dark ages of natural law, but also in many parts of the Global South today, state-centric legal regulation was and remains either non-existent or tends to take different shapes, illustrated above through type 3 laws. Ancient non-Western notions of ‘rule of law’ emphasised the need to balance competing interests, generating early on, as we saw, particularly strong notions of self-controlled ordering and stressing the importance of avoiding chaos and ‘shark rule’<sup>34</sup>.

Such perceptions, especially in many jurisdictions of the Global South, but notably also in the USA, remain powerful today. All these models and related discourses about ‘best practice’ ultimately concern power, offering again the increasingly familiar lesson: Whether we talk about natural law, socio-legal normativities, various forms of state law, or the new norms of human rights and international law, these are all always interconnected, operated by certain human actors from particular perspectives and with certain agenda that will not entirely match those of others. In all of this, how to find the right balance and sustainable stability in any particular scenario is the million dollar question. The Ravenna Conference, at first sight an incoherent mixed bag of papers, actually provided rich food for thought, precisely because the contributions were so diffuse. Ultimately they all concerned a common theme, the utopia of pluralist co-existence of many diverse law-related elements in the same time and space.

In such diffuse, pluralist contexts, mistakes or wrong choices will occur and may create risky, potentially intolerable or destructive imbalances and precariousness. What is most certainly dangerous and would be perceived as epistemic violence and thus often as intolerable, however, is to completely ignore and simply cut out one or two of the corners that the navigator does not like. This tells us why banning Shari’a law in certain parts of the world would be a grave error of judgment. It denies a place for ‘religion’ in corner 1, but also outlaws certain types of ‘culture’ or ‘tradition’ in corner 2, while imposing certain culture-specific perceptions of human rights in corner 4. The systemic requirement that all four corners need to be considered, albeit in a certain sequence, offers thus graphic confirmation for how easily, and why, the deliberate or thoughtless exclusion of any one of the kite corners will be perceived as violence or even a form of terror. If such terror then generates counter-terror, the current shockingly precarious scenario of global chaos, with

---

<sup>34</sup> W. MENSKI, *Justice, epistemic violence in South Asian Studies and the nebulous entity of caste in our age of chaos*, cit.

more than 65 million people fleeing from disaster in their home locations, appears in a different light.

In current efforts to control and curb global terror in the name of whatever conviction, it remains of course tempting to simply ignore and outlaw what one hates. Once we realise how subjective all of this is, and how easy – and frightfully simplistic – it is to generate illiberality by claiming to be liberal, or imposing a vision of ‘pure’ religion through modern means of law-related control, re-balancing will need to occur. Otherwise, in such highly contested scenarios, kites of law will simply crash, generating yet more chaos. This global disaster scenario not only concerns kites as state structures, but seems to operate at all four levels of law-related analysis. Thus, individuals who cannot handle the management tasks of their own existence may commit suicide, or agree to become suicide bombers. A social group of whatever description may erupt in internal conflict. A state structure may start failing and/or falling apart, and the international order may easily slip into chaos and terror. Finding the right balance at the right moment evidently becomes an immensely crucial survival skill, a major task for any entity seeking acceptance of its claims to legal agency.

Clearly, in any state-centric system, it is the major official task of legal positivism to control the kite’s navigation. To that extent, Hart’s theorising of the concept of law remains highly instructive<sup>35</sup>. From a state-centric legal perspective, one starts the decision making process from corner 3, for example as a judge or Hartian or Weberian bureaucrat. But since this corner itself contains semi-hidden elements of the other corners, internal discourses and intractions in that domain pose grave risks to navigational strategies and POP cannot be ignored. Experimentation with this mind-boggling pluri-legal versatility in relation to decision-making practices, whether among judges, legislators, or in terms of bureaucratic administration and policy making, swiftly clarifies that good positivist law can everywhere never really develop without some form of input from the other types of law. Hart quite evidently realised this in his theorising, but remained too influenced by his state-centric *mentalité*, agenda and times, preventing himself from expanding his analysis into meditations on legal pluralism<sup>36</sup>.

Indeed, it remains quite plausible to argue today that legal monism, as state-centric positivist law, can still claim to be the guiding norm. However, this is somewhat dishonest unless one admits that plurality-conscious legal monism is no longer purely monist law, since the process of navigation itself has pluralised its manifestations. While all law, then, is still about power and – very importantly – enormous discretion in navigation, plurality-conscious lawyering seems always constrained by the need to factor in and manage constantly negotiated compromises between different types of legal or normative orders. It seems unproductive to have to decide whether to call this ‘legal’ or ‘normative’, given the absence of a global agreement about ‘law’ itself<sup>37</sup>. In some instances, the actual effect or outcome of considering the perspective of the legal ‘other’ may effectively be a statistical zero, but due diligence checks to test whether this particular entity is or is not relevant would still need to be undertaken. We actually do all this all the time in split seconds, though sometimes we face long agonised debates, often invisibly within ourselves, prevaricating over certain issues that may never get finally resolved. Here, too, there is no perfect ever-lasting bliss.

Much will depend on specific contexts. Where this decision making process occurs in a spirit of democratic tolerance and altruistic care for ‘the other’, even unwanted, reviled, disliked and more or less intolerable ‘others’ may slip in and then pose the risk that their

---

<sup>35</sup> H.L.A. HART, *The concept of law*, Clarendon Press, Oxford, 1994 [1961].

<sup>36</sup> On Hart’s reluctant approach to pluralism see W. MENSKI, *Comparative law in a global context*, cit., p. 98-103.

<sup>37</sup> On this, see W. MENSKI, *Comparative law in a global context*, cit., p. 32 and B.Z. TAMANAHA, *Law*, in S.N. KATZ (ed.), *Oxford International Encyclopedia of Legal History*, New York, Oxford University Press, vol. 4, 2009, p. 17.

claims for constructive accommodation may upset a familiar *status quo*. We shall see further below that earlier ground-level effects of colonialism and current mass migrations from the Global South to the Global North introduced many such deeply irritating and potentially negative side-effects. That this intricate management of diversity and legal plurality constantly requires circumspect management and sophisticated negotiation skills should by now be beyond doubt. The simple phrase that law as kite flying is deeply dynamic thus captures only a small glimpse of the complexity of pluralist challenges, always risking regression into precariousness. Notably, though, this highly volatile scenario clearly endorses POP, rather than the all-too-familiar mechanisms of make-belief in the form of purportedly stable, monist state-centric regulation which often hides control freakism and certainly offers vast room for discretion under the cover of democratic platitudes or plain abuses of power.

Recent intensive human rights discourse analysis has rightly identified that the ultimate aim is to avoid various kinds of harm. However, since expecting or simply demanding a harm-free world is another form of asking for the moon of perfect justice, subjective assessments and predilections will continue to haunt global scholarship on such issues. In this regard, after intense discussions with four Southern human rights experts, William Twining concluded that what these scholar-activists were most concerned about in their pluralist efforts to be open and liberal was to avoid ‘tolerating the intolerable’<sup>38</sup>. This tests corner 4 and human rights. In addition one still needs to test more diligently what are the limits of law with regard to the other three corners. It is already known from bitter experience that a state legal system anywhere may formally be perfectly ‘legal’, yet may lead to completely pernicious and precarious outcomes. Tests of kite corner 1 perceptions may focus on ‘credibility’ or ‘authenticity’<sup>39</sup>, while corner 2 may be tested for ‘sociability’ or ‘economic sustainability’.

At this moment, of significant relevance for the present article, it needs to be reiterated that it is just not good enough to simply dismiss corners 1 and 2 as toxic legal components, especially if their manifestations are ‘religion’ and ‘custom’ or ‘tradition’. They are potentially as good or bad as other components in this pluralist kite structure. Every entity must prove its worth in lived experience. Therefore, and this leads over to the next section, the highly politicised strategies of privileging state law and – increasingly today – human rights and international law in corners 3 and 4 of the kite, cannot get us off the hook. In the more complex POP power kite model, depicted and discussed above, elements of those other corners are always an integral part of any dominant or ideologically privileged corner. No law, this means, is purely of one kind. The challenges to make the deeply entwined pluralist integration of the various hybrid components work, all the time, makes POP a well-established fact.

This constant testing and challenging stretches everyone’s patience, so we have to remain prepared to acknowledge that there are indeed some limits to tolerance. At this point one could weigh balances between death penalty and lifelong sentencing in hotly contested global debates. Deeper, philosophically oriented analysis of dynamic pluri-legal balancing shows that basic concepts such as ‘democracy’ and ‘public space’, well-known from political and social theory<sup>40</sup>, are often not translated into sustainable legal practices.

---

<sup>38</sup> W. TWINING (ed.), *Human rights, southern voices*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 218 is extremely helpful in this regard.

<sup>39</sup> For an interesting effort by one of my former students concerning Islamic finance, which of course in its global manifestations is no longer (if it ever was) purely Islamic, see Z. HUSSAIN, *A search for authenticity*, in *SOAS Law Journal*, vol. 1, n. 1, 2014, pp. 1-29.

<sup>40</sup> The originally rather blue-eyed concept of the public sphere developed by Habermas now includes explicit recognition that in this market place of power negotiation the voice of ‘religion’ is never completely absent. This brought corner 1 of the kite back into fuller view. See G. BORRADORI, *Philosophy in a time of terror. Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, cit.

Legal processes, literally, constantly seek to cut corners and aim to exclude certain perspectives. The temptation to side with myopic monism and exercise plain power remains an ever-present immense risk.

Even in the most advanced and supposedly rich countries of the world careful observation may, within minutes, identify law-related management problems that trouble only certain people, generating selective precariousness which negatively impacts on some people's well-being and their social and legal standing<sup>41</sup>. Such constantly ongoing battles, observable everywhere, confirm the intense connectedness of law and life. Reminders of the need to always find the right balance between free access to facilities and user charges, for example, are not empty rhetoric; they identify significant bottlenecks of justice and access to basic facilities<sup>42</sup>. Plurality-conscious meditations about fairer and equitable outcomes and best practice, then, rather than demands for absolute quality, cannot be dismissed as idle talk. They identify real day-to-day challenges. Discussing them openly becomes fuel for the global engine of law-related management, an auspicious form of wind that allows kites of law to fly more safely. Incarcerating and/or fining people who have no money to use a public toilet may seem at first like an unimportant little matter. In countries like India, however, this currently generates major public policy debates, given the dimensions of pollution involved. Scholars seeking to compare the law-related systems of whole continents would continue to waste precious time and energy – and would really just be playing petty power politics – if they failed to remember the tool box of plurality-conscious legal analysis.

## 5. The scope for pluralist harmonisation within a globalised context

A few additional words on globalisation are pertinent here. Scholars all over the world are now recognising and acknowledging with increasing clarity that whatever globalisation was meant or assumed to be, it has not led to, and will never result in, a globally uniform legal order<sup>43</sup>. Rather, the locality-specific diversities and pluralities of law-related phenomena have been brought out in more sharply visible contours, with the effect that «the interrelationships between divergent laws have become one of the principal academic concerns not only in comparative law, but also in legal philosophy»<sup>44</sup>. All these pluralities have given rise to much new law-related research, while tricky challenges persist in different academic disciplines. Since everywhere people marry and divorce, and form states or try to break them up, situation-specificity and constant volatility always demand alert attention to glocal patterns as parts of reality-checks about how general theorising and diffuse lived experience go together. While various hopes for perfect justice, also in the plural age of globalisation, are entirely legitimate, it remains problematic to simply expect global uniformity as a result of scholarly efforts and impact. Visions of uniformised perfection

---

<sup>41</sup> On precariousness, see L. WACQUANT, *Marginality, ethnicity and penalty in the neo-liberal city: An analytic cartography*, in *Ethnic and Racial Studies*, vol. 3, n. 10, 2014, pp. 1687-1711. Simply having a beer at the main station in Helsinki (I thought) recently involved me within minutes in observing constant violations of basic 'civilised' rules about using the public lavatory of this station. This unmanned facility was not accessible free of charge, which caused some discomfort to numerous individuals who engaged in various practices of bending and breaking the law to gain free access. It was surprising, to say the least, to observe such 'living law' samples in one of the richest countries of the world.

<sup>42</sup> Current debates about 'Clean India' and the provision of basic toilet facilities for all citizens as a matter of fundamental rights guarantees are evidently of direct relevance here.

<sup>43</sup> See earlier W. TWINING, *Globalisation and legal theory*, cit.; now B.Z. TAMANAHA, C. SAGE, M. WOOLCOCK (eds), *Legal pluralism and development. Scholars and practitioners in dialogue*, cit.

<sup>44</sup> K. HASEGAWA, *Normative translation in the heterogeneity of law*, *Transnational Legal Theory*, vol. 6, n. 3-4, 2015, pp. 501-517, at p. 501.

often constitute a new terror of elitist diktat, implying that globalised utopia needs to be cultivated through plurality-conscious respect for diversities of many kinds.

Much of my earlier work showed that awareness of such fluidities and liquidities is more strongly expressed in non-Western cultures and by scholars and people who do not normally write in English, rather than those who treat the anglophilic world as the centre of the universe or the driving force for global legal developments<sup>45</sup>. The precise academic orientation and the nomenclature one chooses do not really matter. Whether we refer to the global phenomenon of divergence rather than convergence as hybridity, diversity or pluralism (legal or normative) merely reflects specific idiosyncratic efforts to embellish particular scholarly profiles. I take inspiration from a new generation of highly skilled interdisciplinary scholars whose work demonstrates the power of local forces, particularly in ongoing debates about personal law systems<sup>46</sup>. The problem, however, if indeed diversity is a problem, remains the challenge that sophisticated legal theorising in postmodern times needs to account for sometimes quite unexpected new hybridities<sup>47</sup>. We have to remain open-minded about multiple possibilities of positive change.

Unsurprisingly, heuristic advances result in many irritated debates which are by no means closed. A review of such debates suggests that subjectivities of perceptions, determined by researchers' predilections, time and place, remain everywhere connected to very personal scholarly assessments of people's values and ethics. Underpinned by different ideologies, identities and belief systems, formal legal structures and scholarly discourses always leave scope for individual interpretation and navigation. Since anything may happen any time, globally broadcast new defining moments of global experience such as 9/11 may make their mark instantly, also through processes of law making. A frequent response to such moments of crisis has been calls for tougher laws. Indeed much recent debate in Europe and elsewhere focuses now on how to prevent terrorism.

Faced with violence all around us, increasing use of words like conflict or dispute, power and empowerment, or governance and management in relation to legal discourse are unsurprising. Such nomenclature, too, reflects growing the prominence of dynamic, latently violent volatility. In an age of media hype and computer-induced excesses of information overload, stressed academics with an eye on impact benchmarks may then be tempted to sacrifice serious comparative work for rhetoric warfare. In this context, the growing problem of self-righteousness in scholarly interactions appears to have become a new method, using sharp words as weapons. Yet this, too, is hardly new. Scholars who can follow ancient discussions in religiously plural ancient India, or the equally religiously plural medieval Middle East with growing Muslim domination are familiar with discursive arenas packed with explosive polemics, with frequently nasty personal attacks among protagonists of different perspectives. The only new feature today is that we can hear competing voices and soundbites from many different corners of the world within seconds of their production, making half-informed observers even more befuddled by contradictory assertions from people that assert the incompatibility of various perspectives and predilections. Hence it often seems that participants in such convoluted discourses move around in mad circles, talking past each other.

Yet, as soon as one acknowledges the multiple impacts of globalisation as a pluralising and glocalising influence, deeper understanding of POP elements, everywhere, should actually become a reassuring starting point for deeper analysis and further constructive

---

<sup>45</sup> Apart from D. AMIRANTE, *Lo stato multiculturale*, Bononia University Press, Bologna, 2015, see the Special Issue of *Jura Gentium*, Vol. XI, *Pluralismo Giuridico*. Annuale 2014, edited by Mariano Croce, at <http://www.juragentium.org>.

<sup>46</sup> For example G. SOLANKI, *Adjudication in religious family laws. Cultural accommodation, legal pluralism, and gender equality in India*, cit.; see also the Special Issue of *Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 49, n. 2, 2016.

<sup>47</sup> S. NATH, *Accommodating religious demands and gender-justice concerns: Indian state practices after the Shab Bano judgment*, in *Asien*, vol. 126, January, 2013, pp. 45-67.

engagement. If, in principle, there is nothing wrong with pluralism, but we have to make it work, then we simply have to work harder at intercultural communication, also in relation to law. It does not matter, whether what one uses the image of Chiba's earlier amoeba, his three-level structure of law, Örüçü's ship<sup>48</sup>, or my triangles or the kite model of law, the basic methodological message is remarkably similar: since legal pluralism is everywhere a fact, symbiotic interaction between interconnected law-related entities is needed, otherwise gaps between official laws and unofficial laws will become even wider and more violence in the name of the law may result.

## 6. Latin America

The Ravenna Conference, as one such effort to make further progress, helped to connect dots on a confusingly complex global map of comparable elements in very different space-time contexts. It illustrated with what ease the epistemic violence of partial theorising, strongly underpinning the undue weightage given to legal centralist doctrines in colonial times, impeded the free flow of plurality-conscious rights-based analyses. In colonial contexts, typically, this was designed to disregard local laws and disempower bottom-up perspectives. Opposing this, deeper theorizing, critical academic work and activist judicial creativity may form new alliances, aiming for more progressive law-making, in the spirit of what not only in South Asia has prominently been called 'public interest litigation'.

While not an expert on Latin America, I am familiar with the impacts of colonialism and colonisation on indigenous and pre-existing legal systems in various colonised territories. I had many students from Latin America and helped supervise research on Latin American jurisdictions, especially Brazil. When in 1999, preparations began for the six volumes of the Oxford International Encyclopedia of Legal History<sup>49</sup>, I joined as area editor for South Asia and Hindu Law. During preparatory meetings, it became clear that certain colonised parts of the world were simply subsumed under common law and civil law. This raised critical questions about the role of local legal cultures and plurilegality in a global legal history project. Originally there was no plan for separate entries on Latin America, the Caribbean, Africa, South East Asia and Oceania, which seemed inappropriate for a truly global project. My protests were accepted, but this meant that I became Area Editor also for these colonised territories. Fortunately, Professor M.C. Mirow was added as Advisory Editor to support an immensely complex editorial process over the next ten years, leading to a final project with overviews and many country entries, ranging from Argentina to Venezuela.

When the various entries appeared as drafts, often in Spanish, a pattern soon became visible. Virtually every Latin American entry recorded first the largely violent impacts of mostly Hispanic colonialism between the fifteenth and eighteenth centuries. Later legal developments, often under military regimes, gradually focused on rediscovery of indigenous legal orders, a democratising and pluralising process, leading to significant constitutional amendments in many countries. For example, in Venezuela, universal suffrage was introduced in 1947, but democracy was only re-established in 1958<sup>50</sup>. It took many more years of often muddled law reforms until a new generation of popular leaders with indigenous roots, like Hugo Chávez in Venezuela or Evo Morales in Bolivia, emerged.

---

<sup>48</sup> E. ÖRÜÇÜ, *Judicial navigation as official law meets culture in Turkey*, in *International Journal of Law in Context*, vol. 4, n. 1, 2008, pp. 35-61; E. ÖRÜÇÜ, D. NELKEN (eds) *Comparative law. A handbook*, cit.

<sup>49</sup> S.N. KATZ (ed.), *Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford University Press, New York, 2009, especially vol. 5, with overview articles on South and Central America, pp. 284-302.

<sup>50</sup> R.P. PERDOMO, in S.N. KATZ (ed.) *Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford University Press, New York, 2009, vol. 6, pp. 73-75, at p. 74.



Under their inspiring leadership, the earlier colonial policy of almost complete disregard for existing local legal orders was significantly modified, virtually everywhere, to account better for patterns of plurality. Latin American laws developed into fuller kite structures legal kites with type 2 structural elements. For example, since 1991, Colombian legislators have at last acknowledged the existence of customary laws of indigenous communities. Under so-called ‘indigenous jurisdiction’, some official legal space was created for the application of customary norms<sup>51</sup>. Further complex transnational pluralist realities surfaced many years later, when another international research project studied the migration of Japanese Brazilians to Japanese towns dominated by the motor industry<sup>52</sup>.

In Ravenna, Prof. Bartolomé Clavero from Sevilla demonstrated the transformation of Latin America’s postcolonial laws following earlier violent insistence on the sole presence of the European model and state-dominated land ownership. Such legal orders, today, will recognise some resource-related claims of indigenous populations, following type 2 legal structures. But they would not tolerate formally recognised type 3 personal law systems for different communities, as continue to exist in many Asian and African legal systems despite long colonialism. In Latin America, the colonial focus had been entirely on uniformisation and complete disregard of the pre-colonial socio-legal sphere. Discretionary toleration of diversity began to re-emerge as an element of more sophisticated forms of governance once these various colonised territories became independent nation states and needed to prove their democratic credentials. By 1890, some laws on land and language rights were promulgated, claiming to be tolerant and multicultural, though much discrimination persisted. If many institutions today are plurinational, this seems partly due to electoral pressures, but reflects also globalising impacts of human rights activism and international law provisions. Ecuador, for example, began to recognise some native rights due to international law pressure, but such attempts appear more like reluctant toleration of some cultural elements. Overall, one observes a gradual process of structural and mental decolonisation, which according to many commentators does not go far enough, while Western state-centric models remain dominant.

In states like Bolivia, a country said to consist of more than 30 nations, some with only a few thousand people, serious efforts have been made to incorporate this local diversity. In Ravenna, Antolin Ayaviri emphasised the complementarity of the system with its official recognition of diversity. Land reforms were considered important by 1952, leading to a social movement, initially with a coca focus. Later, Evo Morales led these protests and grew in status as a result. Water conflicts became prominent, too. When in 2000 water was privatised, and prices rose, however, a new crisis arose and protesters demanded community ownership of water. One sees here how basic land rights are closely connected to other forms of rights over ownership of local resources that needed to be redefined to establish sustainable forms of interaction between perceptions of private and public ownership. Some of these power struggles between corners 2 and 3 of the kite have recently caused conflicts with neighbouring states, illustrating that particularly environmental concerns have not just local but wider regional and ultimately global dimensions, thus extending into corner 4.

Language rights have also been increasingly recognised, so that one can now speak of multilingual governance also in Latin America. While only some linguistic groups were recognised earlier, now this seems to be much more comprehensive. The paradigm of *vivir bien*, seen by some commentators as a new type of ethically based secular law, would appear like a vision of natural law provenance, with its *Grundnorm* elements of wider public interest, embodied now through nationalisation of many companies, and thus involving

---

<sup>51</sup> V.M. URIBE-URAN, in S.N. KATZ (ed.) *Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford University Press, New York, 2009, vol. 2, pp. 62-63, at p. 63.

<sup>52</sup> See H. TAKENOSHITA, *Labour market flexibilisation and the disadvantages of immigrant employment: Japanese-Brazilian immigrants in Japan*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 39, n. 7, pp. 1177-1195.

complex power struggles between all corners of the kite. The integrated nature of development, too, is reflected in much official concern about GDP growth and the redevelopment of several domestic Constitutions. Significantly, such reform efforts explicitly acknowledge intercultural laws and political and other pluralism. While the right to water became seen as a human rights issue, women's rights and matters of succession, in countries like Bolivia, show the close connections of legal reform efforts to electoral benefits for the government of Evo Morales and other popular leaders. Everywhere, all kite elements and corners are needed for rebalancing efforts.

When Pablo Moreno Cruz spoke on constitutional court cases from Colombia, this identified multiple levels and conflicts, since developmental priorities and electoral concerns are closely connected. Constitutional complexities of governance and management processes, always with tensions between uniformity and specificity, reflect increasing roles for pluralism and multiculturalism as positive and productive ingredients today. While there may still be lack of power and representation of the subalterns in many respects, those 'in charge' have been forced to acknowledge that recognition of power sharing and pluralist accommodations is essential for future positive developments. After all, Latin America is now a legal arena dominated by democratic ambitions.

While present tensions seem still insufficiently theorised, and the Latino memory of older patterns of abuses of state-centric powers is strong, it is highly significant that Latin American evidence, too, highlights that courts, as we find in India and Turkey, but also in multicultural Europe, are now increasingly faced with finding the right balances between competing interests and power claims. This competitive scenario raises questions about consulting experts in various fields, including indigenous cultures and languages. Increasing evidence of intensive intercultural communication and plurivocality, points to consolidated efforts to harmonise all kite corners and manage their interaction with a view to achieving 'best practice'.

## 7. Multicultural/intercultural and plurilegal states in South Asia

This huge topic, on which many more books will be written in the coming years, was dominated by the launch of an admirable Italian study<sup>53</sup>, an account of how the Indian state manages pluralist multicultural challenges. This confirmed that new comparative law scholarship from non-anglocentric sources is now making increasingly sustained contributions to such debates. The key argument, that South Asia's ancient multiculturalism, which predated literacy, can still be identified today as a structural and functional necessity for post-colonial India's governance systems, is confirmed by rich evidence of semi-hidden but strong ancient conceptual roots<sup>54</sup>. Contrary to many negative predictions, especially now that India has since 2014 a Hindu nationalist government<sup>55</sup>, India's uniquely messy and highly flexible model of a state-nation is constantly tested and challenged, but has proven durable<sup>56</sup>. Muslim/Islamic laws are an important element of Hindu-dominated India and huge tensions arise in the interplay of the secular Indian state and the notable presence of a vast internally plural population of Indian Muslims, now

---

<sup>53</sup> D. AMIRANTE, *op. cit.*

<sup>54</sup> See W. MENSKI, *Justice, epistemic violence in South Asian Studies and the nebulous entity of caste in our age of chaos*, cit.; ID., *Still asking for the moon? Opening windows of opportunity for better justice in India*, cit.

<sup>55</sup> I saw in January 2015 that one can now buy kites with the Prime Minister's picture on them, so that Indians, as passionate kite flyers who intuitively understand the impossibility of complete control over kites, can now make their leader crash. Lack of sympathy with any leader figure is a separate matter from acknowledging the charisma of anyone daring enough to become the kite flyer for a mega-nation.

<sup>56</sup> By now there are 29 states in India, raising intriguing questions about whether this is a nation state or a state nation.

numbering almost 180 million people, 14.23% of the Indian population according to the Census of 2011. Additionally, substantial communities of various kinds of Christians, Parsis, some Jews and numerous large tribal communities co-exist in India. Living largely in borderland regions, prominently in India's Northeast, tribals often resent central state control, which has led to highly explosive scenarios, in which the nation state's integrity may be at stake if the federal Centre seeks to exercise too much control<sup>57</sup>.

In India everything is present in superlatives of demographic and other massifications, putting the postmodern multicultural state of India in a league of its own. Survival skills involve much balancing and pragmatic realism through providing fluid broad guidelines rather than fixed legal rules. Continuation of massive hunger and under-nourishment, coupled with lack of even most basic facilities creates enormous challenges. This has also provided an intriguing environment in which formal recognition of both individual rights and group rights, not one or the other, becomes an important management tool. This exonerates the state from directly delivering many welfare promises that can only be supplied by co-operative action at the informal, interpersonal private level<sup>58</sup>. Formal legal structures, then, in very different ways from Eurocentric visions of 'rule of law', imply that the main task of the state and its various agents is to create conditions conducive for more efficient interaction of the state's various components, including of course 'the people'<sup>59</sup>. The resulting indirect welfare state, a deliberately delegated system, still needs to be guided by policy directives, often provided by India's highly activist courts.

The so-called Shah Bano episode in Indian law becomes relevant here, closely connected to politicised pressures for a Uniform Civil Code<sup>60</sup>. In my view, India already has a uniform civil law, with a harmonised personal law system, but just does not realise this<sup>61</sup>. The uniformising agenda have recently received fresh rhetoric support of the current Hindu nationalist government, with completely misguided and dangerous agenda about getting rid of Muslim law. Even a cursory look at today's multicultural Europe and its struggles with Sharia would expose India's dreaming about type 1 laws as a wildly unrealistic and in fact dangerous agenda. This deliberate blindness misleads an unsuspecting misguided electorate, in the largest democracy of the world, into believing that copying Western models of law will benefit the country and its people. In this context, too, democratic elections and their fallouts must increasingly be seen as critical components of pluralist navigation. While citizens' multifarious expectations of the state and its power structures need to be accounted for, the safety net of the basic structure of the Indian Constitution, which reads in many ways like a catalogue of *dharmic* principles, needs to prevail to maintain plurality-conscious balancing.

The situation in the other major countries of South Asia is even more explicitly connected to competing understandings and manifestations of Islamic law, a highly complex challenge. Presently, the Muslim-dominated states of South Asia, too, are painfully learning that it is not sustainable to insist on pure 'religious' law or any monofocal pattern of management and governance. Unfortunately, in South Asia, too, humans do not only learn good things from history or through legal education. The traumatic experience of

---

<sup>57</sup> T. NGAHTE, *Armed forces in India's Northeast: A necessity review*, in *South Asia Research*, vol. 35, n. 3, 2015, pp. 368-385.

<sup>58</sup> For details, see W. MENSKI, *Modern Indian family law*, Curzon Press, Richmond, 2000; ID., *Hindu law. Beyond tradition and modernity*, Oxford University Press, New Delhi, 2003; ID., *Comparative law in a global context*, cit., as n. 19, chapter 4.

<sup>59</sup> Postmodern Western systems are now rediscovering this strategy. See E.L. RUBIN, *Soul, self & society: The new morality & the modern state*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

<sup>60</sup> W. MENSKI, *The uniform civil code debate in Indian law: New developments and changing agenda*, in *German Law Journal*, vol. 9, n. 3, 2008, pp. 211-250; ID., *Ancient and modern boundary crossings between personal laws and civil law in composite India*, in J.A. NICHOLS (ed.) *Marriage and divorce in a multicultural context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 219-252.

<sup>61</sup> W. MENSKI, *Still asking for the moon? Opening windows of opportunity for better justice in India*, cit.

falling prey to colonial rule over centuries, not to speak of the cruelties around Independence in 1947, generated throughout South Asia a tendency towards non-alignment and nationalist posturing. Additionally, when religion is involved, the intensity of feelings quickly generates multiple distortions in discourse management on all sides. While, through a silent revolution in India<sup>62</sup>, the electorally critical masses of low-caste Dalit voters and their agenda have introduced crucial changes, predicted to spearhead further democratic upsurges, current struggles in all South Asian countries involve serious turbulences with diversity management.

Humans often pick up more tricks of nastiness from past experience and learn how easy it may be to get away with murder and worse atrocities, so that, collectively, South Asians seem to be doing shockingly well at violating utopian ideals of justice. Sometimes, impunity at the highest levels may generate further dangers for justice and peace. This is presently experienced in Bangladesh, an important country with a bright vision of a Golden Future, ruining itself by internal struggles over the direction in which this purportedly liberal and modern Muslim majority country should go<sup>63</sup>. Actually, Bangladesh experienced its own 9/11, on 17 August 2005<sup>64</sup>, when 500 bombs went off simultaneously across the country, with pamphlets left at every spot demanding an Islamic state. The world does not even know about this<sup>65</sup>, while 9/11 has entered the global vocabulary. Bangladesh has now turned into a case study illustrating how many legal and political actors do everything possible not to find viable solutions and instead cultivate vested interests in perpetuating chaos. Human masters of manipulation and abusers of laws, trumpeting loudly about certain myopically envisioned ideals and asking for a specific kind of moon, thus make hay even while the sun does not shine and the heavens cry. Pakistan and Afghanistan, too, are struggling to acknowledge their internal differences and the pluralist spaces within Islam, Islamic laws, and the various South Asian populations connected to this major global faith system, which are now a major part of the global south Asian diaspora, too. In all these scenarios, tensions between ‘tradition’ and ‘modernity’, ‘secularism’ and ‘religion’, and not only ‘Islam’, remain a hugely important factor. Everywhere, it is far too simple to just blame ‘religion’ or ‘tradition’ for the prevailing chaos.

## 8. Multicultural Europe as a new plural space with fresh challenges

There is no space here to go into much detail of the manifold multicultural challenges faced by European states today as immigration countries, which for many is a new experience. Federica Sona identified in the context of Muslim immigration to Europe how public perceptions of Muslim presence, in particular, are often very different from what actually exists within these communities in lived reality. Human rights-inspired claims

---

<sup>62</sup> C. JAFFRELOT, *India's silent revolution: The rise of low castes in North Indian politics*, Permanent Black, Delhi, 2003.

<sup>63</sup> Briefly, prolonged slackness in holding perpetrators of mass atrocities at the nation's birth in 1971 responsible for these gruesome acts has been causing trouble to the current government in defending itself against onslaughts from the very same destructive forces that wanted to turn back the wheels of history in 1971. At that time, Bangladesh, then East Pakistan, had to free itself from brutal colonial subjugation by so-called Muslim brothers in West Pakistan. Even today, despite the majoritarian commitment to Islam by both major political parties, there is violent disagreement over pluralist accommodation of minorities, with anti-pluralist forces systematically undermining the clearly stated founding visions of the ‘wish kite’ of this important Muslim majority nation. See W. MENSKI, *Bangladesh in 2015. Challenges of the icber ghuri for learning to live together*, cit., pp. 9-32.

<sup>64</sup> M. HASAN, *Democracy and political Islam in Bangladesh*, in *South Asia Research*, vol. 31 n. 2, 2011, pp. 97-117, at p. 98.

<sup>65</sup> Similar comments could be made about India, which has also been subjected to terrorist attacks, often sponsored by Islamist agents in Pakistan.

about the need to save some Muslims against their own co-religionists are not entirely misguided, but strong patterns of self-controlled management among minority groups also contains many protective features for needy individuals. Often perceived as actions devised to undermine the state, Muslim methods of self-regulation in Europe, including use of Shari'a Councils, risk criminalisation, which seems in many respects a completely misguided, far too state-centric approach. Manifestly, the European kites of plurilegality are struggling to keep themselves safely in the sky of hope for better justice.

Kyriaki Topidi, too, identified clearly that culture is no longer invisible to the law in multicultural Europe, raising critical questions about whether activist human rights focus on equality adequately addresses the continuing needs for rights protection in multicultural contexts. As culture is clearly present in both private and public spheres, maybe one should think harder about the notion, familiar from South Asia, of equalities of difference. At the same time, abandoning the terminology of multiculturalism and diversity management in a post-multiculturalism scenario risks regression into petty, anguished exceptionalism. Given the strength of the personal law structures in the legal cultures of Asia and Africa, with which so many of Europe's new migrants are deeply familiar, necessitates fresh thinking about tolerably managing structural inequalities. Further, observing a shift from culture towards religion as a major identity marker raises questions whether religion should and could actually be perceived as a form of empowerment<sup>66</sup>.

Overall, there is no doubt that Europe, faced with mass migration from other parts of the world, needs to pluralise<sup>67</sup>. The question is how this may be done. There is now growing agreement that judges are the most important creative actors in managing the accommodation of cultural diversity and multiple normative orders<sup>68</sup>, crucial legal agents of change in the new age of plurality-conscious navigation. How to turn them into skilled kite flyers is an emerging challenge that is beginning to be tackled with more sophistication also in Europe. While the era of big codification projects is long gone, the key task now is everywhere to make existing hybrid legal structures produce meaningful justice for very diverse local citizens, if necessary by providing more exceptions and making innovative case-by-case allowances.

While some excellent examples of 'best practice' already exist, numerous mutual assertions of cultural incompatibility have meant that further conflicts over the relativism of human rights law and of justice more generally are programmed into multicultural Europe's DNA. Following terrorism-focused laws after 9/11 that have sought to discipline and control, unsuccessfully imposing more uniform *Grundnorms* for all persons present in Europe, we now find further attempts to introduce a new grammar of law which is more receptive to plurivocality.

## 9. Conclusions

A wise legal scholar, many years ago, stated that «[i]n law as elsewhere, we can know and yet not understand»<sup>69</sup>. The continuing worldwide prominence of noxious misuses of law suggests that unless one accounts for the various interconnected dimensions of constant value judgement and manipulation, critical legal analysis and rights-focused jurisprudence is

---

<sup>66</sup> K. TOPIDI, L. FIELDER (eds) *Religion as empowerment. Global legal perspectives*, Routledge, London and New York, 2016.

<sup>67</sup> E. ÖRÜCÜ, *Judicial navigation as official law meets culture in Turkey*, in *International Journal of Law in Context*, vol. 4, n. 1, 2008, pp. 35-61, at p. 41.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>69</sup> H.L.A. HART, *Definition and theory in jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1953, p. 3. This is his Inaugural Lecture, delivered at the University of Oxford on 30 May 1953.

not doing a good enough job. We know this also from Hart's most important book<sup>70</sup>, with its central message that discretionary use of the law is inevitably part of any legal system. Hence it will always be necessary to create further safeguards, though this then introduces further layers of discretion. While the leaking tap of complete justice will never be fully closed, we should not succumb to Frankenstein images of chaos scenarios. Since it remains true that law has many limits<sup>71</sup>, we should not just shrug our shoulders and pretend this is the end of the matter. The realisation that there remain serious roadblocks on the path to better justice, following the inspiring methodological advice of Amartya Sen, should power fresh analytical endeavours in searching for better justice and seeking to chart sustainable kite journeys of balanced progress. While there will never be complete agreement about what is most desirable, more attention to the voices of 'the other' at all levels of manifestation and analysis of plurilegality is clearly needed.

The comparative constitutional framework of reference used here identified that Latin America has freed itself to a large extent from the mental shackles of colonialism by moving from type 1 law structures to type 2 laws, but does not really endorse type 3 laws, at least officially. This indicates that excessive state centrality remains a potential roadblock to better justice on that continent. In contrast, South Asian countries continue to embrace type 3 legal structures, which were also, however reluctantly, endorsed by colonialism. Although India even now still proclaims a desire to move from type 3 laws towards type 1, that kite journey, full of barbed wires, would clearly end in disaster. Such an assessment suggests that India is doing rather well not to listen too closely to eurocentric guidance, for Europe visibly struggles with how to handle multicultural challenges adequately. Today, it suffers probably more than any other part of the world from the resulting predicaments, which include much wanton violence. Globally, all regions of the world could and should learn from each other, and none should pompously presume to have a right model that can be applied throughout the globe. After all, as acknowledged here from the very start, law is everywhere dynamic, culture-specific and dependent on context. The constant systemic tensions between the much-cherished principles of legal certainty or uniformity and situation-specific justice are manifest all over the world in different ways. The case for more skilled kite flying constitutes thus a pressing need and a globally present challenge. This poses rich agenda for further research that needs to overcome, first of all, the current irritated petty misgivings over persistent differentiations of value judgements. Only then will it become possible to talk to each other openly, to clear minds of certain pet phobias, and to move with fuller speed towards the globally desirable gold standard of the best possible justice for all. That, however, cannot be based on individualised principles of atomised absolute equality, but needs to be constructed on solid foundations of interconnectedness and altruistic mutual responsibility for a safer better future.

In this deeply plural, challenging endeavour, despite many global misgivings, India seems to show the way. While Muslim majoritarian, purportedly liberal Turkey and Bangladesh struggle today to balance nationalism and secularism, for Hindu-dominated India, a country whose strong Constitution prohibits it from becoming a Hindu state, secularism could not mean French-style laicism. It suggested an intensely plural policy of equidistance between all religions and various other types of minorities. To the consternation of those who hate 'religion' and 'tradition', India thus insists that Hindu-influenced majoritarianism does play a legitimate role, yet also needs to be kept in wider perspective. Some other countries, notably now Muslim-dominated Brunei with its new Islamic criminal law, play similar risky games of skilful balancing of completely contradictory, yet supplementary elements. Significantly, such examples of balancing kites come from Asian jurisdictions, suggesting that one of the major lessons of comparative constitutional law may be to remain open-minded about alternative methods of 'doing' and

---

<sup>70</sup> See H.L.A. HART *The concept of law*, cit.

<sup>71</sup> A.N. ALLOTT, *The limits of law*, cit.

managing constitutional law in interaction with other legal aspects in any given jurisdiction. Such plurality-conscious realisations, relying on the seminal work of our academic forebears like Ehrlich, Chiba and many others, whose memory and work should not be forgotten by subsequent generations of scholars, lawyers and politicians, form solid foundations for the methodological reminders produced here.

## AUTORI

Domenico Amirante è Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Scienze politiche Jean Monnet, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli (Italia): do.amirante@gmail.com

Silvia Bagni è Ricercatrice confermata in Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Bologna (Italia): silvia.bagni@unibo.it

Federica Botti è Ricercatrice a tempo determinato tipo a) (junior) in Diritto ecclesiastico, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Bologna (Italia): federica.botti2@unibo.it

Bartolomé Clavero è Professore ordinario di Storia del diritto, Università di Siviglia (Spagna): clavero@us.es

Olaf Kaltmeier è Professore ordinario di Storia Iberoamericana e Direttore del *Center for Inter-American Studies* (CIAS), Università di Bielefeld (Germania): olaf.kaltmeier@uni-bielefeld.de

Maria Chiara Locchi è Ricercatrice a tempo determinato in Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Perugia (Italia): maria.locchi@unipg.it

Werner Menski è Professore Emerito di Diritto dei Paesi asiatici, *School of Law*, SOAS, Università di Londra (UK): wm4@soas.ac.uk

Pablo Moreno Cruz è Professore di Diritto comparato, Universidad Externado de Colombia e docente di Diritto delle Americhe, Università degli Studi di Ferrara (Italia): pabloa.moreno@uexternado.edu.co

Kyriaki Topidi è *Senior Lecturer* e *Associate Director* del *Center for Comparative Constitutional Law & Religion, School of Law*, Università di Lucerna (Svizzera): kyriaki.topidi@unilu.ch