

Gruppo di Pisa  
**La dis-eguaglianza nello stato costituzionale**  
Termoli 19 e 20 giugno 2015

**Dis-eguaglianza e identità culturale: tolleranza e multiculturalismo**

di Ilenia Ruggiu  
(Università di Cagliari)  
iruggiu@unica.it

Sommario: 1. *La dis-eguaglianza culturale tra giurisprudenza multiculturalista e silenzio costituzionale e legislativo.* – 2. *Cultura come diritto, cultura come consuetudine.* – 3. *L'insostenibile dis-eguaglianza di trattamento dei conflitti culturali rispetto a quelli religiosi.* – 4. *I limiti alla dis-eguaglianza multiculturale. Il genere: dal giudice antropologo al giudice femminista?* – 5. *Come governare la dis-eguaglianza culturale? Alcune modifiche processuali e l'introduzione del test culturale.*

**1. La dis-eguaglianza culturale tra giurisprudenza multiculturalista e silenzio costituzionale e legislativo.**

Una donna Rom va con il proprio bambino a mendicare<sup>1</sup>. Un Sikh si reca al supermercato con il proprio coltello rituale appeso al collo<sup>2</sup>. Un membro della religione rastafariana fuma marijuana, l'erba sacra per la meditazione<sup>3</sup>. Genitori nigeriani praticano l'infibulazione alla propria figlia<sup>4</sup>. Genitori nigeriani praticano la circoncisione al proprio figlio<sup>5</sup>. Un sardo picchia e sevizia, in Germania, la compagna<sup>6</sup>. Un cittadino del Marocco maltratta e violenta la moglie che si rifiuta di assolvere il "debito coniugale"<sup>7</sup>. Un padre pakistano uccide, con l'aiuto dei cognati, la figlia che è andata a convivere con un italiano<sup>8</sup>. Due pakistani violentano una donna<sup>9</sup>. Una donna afgana si reca in un'aula di tribunale indossando il burqa<sup>10</sup>. Una padre marocchino fa lavorare con sé nella vendita di fazzoletti e fiori il proprio figlio minore<sup>11</sup>. Il Consolato italiano rifiuta il visto d'uscita dal Marocco ad un bambino che deve raggiungere lo zio il quale lo ha preso in affidamento tramite l'istituto della *kafalah* adducendo che in tal modo si aggirano le norme sull'adozione<sup>12</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. sez. VI penale sent. 45516/2008.

<sup>2</sup> Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15.

<sup>3</sup> Cass. sez. VI penale, sent. 923/2008.

<sup>4</sup> Trib. dei minori Torino, 17 luglio 1997.

<sup>5</sup> Cass. sez. VI penale, sent. 43646/2011.

<sup>6</sup> Tribunale di Bückeburg, sent. 25 gennaio 2006.

<sup>7</sup> Cassazione sez. VI penale, 1520/2008.

<sup>8</sup> Cass. sez. I penale, sent. 6587/2010.

<sup>9</sup> GUP Bologna, 16 novembre 2006.

<sup>10</sup> Cons. Stato, sez. VI, sent. 19 giugno 2008, n. 3076.

<sup>11</sup> Cass. sez. VI penale, 30 gennaio 2007, n. 3419.

<sup>12</sup> Cass. sez. I civile, sent. 1843/2015.

I casi sopra citati hanno in comune il fatto che nelle argomentazioni cui i giudici hanno fatto ricorso per deciderli ha assunto un ruolo rilevante la cultura dei protagonisti. Generalmente evocato dalla difesa, ma anche introdotto autonomamente dal giudice, il parametro extra-sistemico “cultura” è ormai entrato nell’argomentazione giudiziale anche in Italia<sup>13</sup>, portando, spesso, alla applicazione di trattamenti e regole diseguali<sup>14</sup> rispetto a quelle che il giudice avrebbe applicato se protagonista del caso fosse stato un cittadino italiano.

Quella culturale è tra le più recenti dis-eguaglianze<sup>15</sup> ad aver fatto ingresso nello Stato costituzionale. Essa consiste nell’accordare un trattamento giuridico differenziato in virtù dell’appartenenza del soggetto ad un gruppo culturale diverso rispetto a quello della maggioranza. E’ anche una delle dis-eguaglianze il cui fondamento giustificativo ancora vacilla (*infra* par. 2) comportando spesso un’assenza costituzionale di strumenti con cui realizzarla: diritti culturali, clausole multiculturali, principio di diversità o di pluralismo culturale etc. Anche per queste ragioni la dis-eguaglianza culturale è un prodotto principalmente giurisprudenziale e l’emergente diritto multiculturale è essenzialmente un diritto pretorio. L’uso esplicito dell’argomento culturale, noto in sede penale come *cultural defence*, ha preso avvio nella giurisprudenza inglese nel 1970<sup>16</sup> e statunitense nel 1980<sup>17</sup> e può dirsi ormai un fenomeno diffuso in tutti gli ordinamenti e le società che sono, di fatto o di diritto, multiculturali<sup>18</sup>.

Viceversa, il riconoscimento normativo della cultura come elemento degno di protezione giuridica, che assurge al rango di diritto soggettivo in grado di produrre trattamenti differenziati, ha avuto pienamente luogo soltanto nel diritto internazionale dove, sin dal 1966 i diritti culturali si annoverano nel catalogo dei diritti umani (*infra* par. 2), mentre nel diritto interno lo *status* dei diritti culturali o del principio multiculturalista o della diversità culturale, sono ancora incerti e variano da Stato costituzionale a Stato costituzionale.

Ad esempio, la parola “cultura” ricorre testualmente nella Costituzione italiana nei seguenti articoli: art. 9<sup>19</sup>, art. 33<sup>20</sup>, art. 117<sup>21</sup>, art. 118<sup>22</sup>, ma si tratta di usi del concetto notevolmente distanti

---

<sup>13</sup> Una ricognizione di un gran numero di conflitti multiculturali nella giurisprudenza italiana è presente in F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Cedam, Padova, 2010, mentre per la giurisprudenza comparata i lavori più esaustivi sono: A. DUNDES RENTELN, *The cultural defence*, Oxford University Press, Oxford, 2004 e J.A.R. NAFZIGER, R. KIRKWOOD PATERSON, A. DUNDES RENTELN, *Cultural law. International, comparative, and indigenous*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

<sup>14</sup> M. NICOLINI, F. PALERMO, *La semantica delle differenze e le regole diseguali: dall’egualitarismo nel diritto all’eccezione culturale*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Napoli, 2014, 513 ss.

<sup>15</sup> In questo lavoro userò il termine diseguaglianza che è quello che meglio rende l’effetto diversificante nell’applicazione del diritto che la risoluzione dei conflitti multiculturali spesso produce. Tuttavia, è importante notare che tale fenomeno più che produttore di diseguaglianza potrebbe anche essere letto come riaffermativo di una eguaglianza di trattamento della minoranza con il resto della maggioranza in quanto corregge e adatta le fattispecie giuridiche a contesti culturali altri, disvelando, a sua volta, la natura culturale e situata di ogni norma giuridica. In questo senso, il lavoro potrebbe anche intitolarsi “Uguaglianza culturale”.

<sup>16</sup> S. POULTER, *English law and ethnic minority customs*, Butterworth, London, 1986; S. POULTER, *Ethnicity, law, and human rights. The English experience*, Clarendon press, Oxford, 1998; G.R. WOODMAN, *The cultural defence in English common law: the potential for development*, in M.C. FOLETS, A. DUNDES RENTELN, (a cura di) *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defence*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2009, 7 ss.

<sup>17</sup> Con qualche anticipazione sin dal 1930, anche se ai tempi ancora i giudici non invocavano l’argomento culturale.

<sup>18</sup> Ciò non significa ancora che il tipo di uso che il giudice fa della cultura in funzione della soluzione della controversia sia omogeneo: ci sono casi in cui la cultura non rileva, altri in cui è usata come aggravante, altri in cui è usata come attenuante, se non addirittura come scriminante, o, ancora, in cui il giudice considera la cultura utile a determinare l’elemento psicologico del reato.

<sup>19</sup> Art. 9 c. 1 “La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica”.

<sup>20</sup> Art. 33, c. 6 Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato.

<sup>21</sup> Art. 117 c. 2 lett. s) tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali; art. 117 c. 3 valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; art. 117 c. 7 “Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive”.

dal suo significato antropologico, sottinteso alle argomentazioni dei giudici nei casi richiamati nell'*incipit* di questo articolo.

Una definizione del concetto di “cultura” è d’obbligo per capire lo *status* del suo riconoscimento giuridico-costituzionale in Italia. Ci troviamo, infatti, di fronte ad un termine polisenso. In particolare, il significante “cultura” assume nei testi costituzionali (e legislativi) almeno tre diversi significati, corrispondenti, peraltro, al suo uso anche fuori dal linguaggio giuridico<sup>23</sup>.

In una prima accezione esso indica una conoscenza specializzata, tecnica, superiore, che si consegue attraverso un percorso di istruzione ufficiale. Ben espressa in frasi quali “è una persona di cultura”, ha una “grande cultura”, tale accezione è, ad esempio, quella cui fa riferimento l’art. 33 Cost., parlando di istituzioni di “alta cultura”. Il precipitato giuridico di tale accezione tecnico-specialistica di cultura è il riconoscimento del diritto sociale all’istruzione.

In un secondo significato, pure ricorrente nei testi giuridici, la parola cultura indica “la vita intellettuale di una comunità”, che ruota intorno ad attività di tipo artistico e letterario, a scambi di idee e dibattiti. In questa accezione, la cultura può portare alla produzione di beni materiali (opere artistiche, film, romanzi) e immateriali (idee, visioni della società) all’interno di una comunità. Ben espressa in frasi quali “i tagli alla cultura”, una città con “una vita culturale ricca”, la tutela del “patrimonio culturale”, dei “beni culturali” e via enumerando, è questa l’accezione presente negli artt. 9, 117 e 118 Cost.

Risulta assente nella Costituzione italiana una terza accezione di cultura, che è quella usata nell’ambito del multiculturalismo, ossia la cultura in senso antropologico. Fornire una definizione di cultura in senso antropologico è impresa complessa, avendo la stessa antropologia elaborato, allo stato attuale, oltre 600 definizioni di cultura<sup>24</sup>.

La prima definizione di cultura fu data da Edward Tylor nel 1871 secondo cui cultura è “quell’intero complesso (*that complex whole*) che comprende la conoscenza, le credenze, l’arte, la morale, il diritto, i costumi e qualsiasi altra capacità o abito acquisito dall’uomo come membro di un gruppo”<sup>25</sup>. Tra le ultime definizioni di cultura vi è quella fornita da Clifford Geertz nel 1973, nell’ambito dell’antropologia interpretativa, secondo cui cultura è “una rete di significati”<sup>26</sup> (*web of meanings*). Tale definizione tratta la cultura come un sistema semiotico, di segni materiali o immateriali, dotato di un proprio codice: chi vi appartiene sa come orientarsi nella rete perché conosce le regole interpretative dei segni e è in possesso del codice comunicativo per decodificarli; chi è esterno a questa rete di significati potrebbe fraintenderla interamente. Da qui l’importanza della “traduzione culturale” ossia la capacità di riportare un comportamento alla dimensione che esso avrebbe nel contesto di chi lo interpreta<sup>27</sup>.

Nonostante la babele definitoria che regna in antropologia è possibile rinvenire alcuni elementi ricorrenti nelle molteplici definizioni: a) la cultura è un qualcosa che l’uomo eredita socialmente in quanto componente di un gruppo sociale, distinto, dunque, da ciò che gli è trasmesso naturalmente per via genetica e tramite l’istinto; b) la cultura è trasmessa intergenerazionalmente; c)

---

<sup>22</sup> Art. 118 c. 3 “La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell’articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali”.

<sup>23</sup> Per un’analisi di ulteriori accezioni G. FAMIGLIETTI, *Diritti culturali e diritto della cultura. La voce “cultura” dal campo delle tutele a quello della tutela*, Giappichelli, Torino, 2010, 2.

<sup>24</sup> J.D. MOORE, *Visions of culture. An introduction to anthropological theories and theorists*, Altamira Press, Oxford, 2004.

<sup>25</sup> E.B. TYLOR, *Il concetto di cultura. I fondamenti teorici della scienza antropologica*, trad. it. *Primitive culture* (1871), Einaudi, Torino, 1975. Secondo A.L. KROEBER, *The nature of culture*, Chicago University Press, Chicago, 1952, 118-120 è questa la prima definizione di cultura in senso antropologico.

<sup>26</sup> C. GEERTZ (1973) 11 così definisce la nuova idea di cultura: “il concetto di cultura che espongo... è essenzialmente un concetto semiotico. Convinto, con Max Weber, che l’uomo è un animale sospeso in reti di significato che lui stesso ha tessuto, considero la cultura come una di quelle reti, e la sua analisi non come una scienza sperimentale in cerca di leggi, ma come una scienza interpretativa in cerca di significati”.

<sup>27</sup>

è cultura il comportamento che è dotato di un qualche valore. A tal proposito, è importante notare che perché un comportamento possa essere considerato culturale non è sufficiente che esso sia una mera regolarità, ossia che accada con una certa frequenza dentro un gruppo. Esso deve anche essere approvato e condiviso dal gruppo, considerato in qualche modo dotato di valore o di una funzione sociale adattativa utile alla sopravvivenza del gruppo<sup>28</sup>.

Come si diceva, in Italia, così come in molti stati costituzionali, manca un riconoscimento espresso della cultura nel suo significato antropologico. Si potrebbe obiettare che questa dimensione della cultura, pur non esplicitata, potrebbe ricondursi a diverse disposizioni costituzionali: l'art. 2, in quanto il gruppo culturale potrebbe essere considerato una "formazione sociale"; l'art. 3, nel riferimento alle "condizioni personali e sociali"; l'art. 6, in quanto la lingua è una componente della cultura; l'art. 19, in quanto la religione è una componente della cultura; l'art. 21, in quanto la libertà di manifestazione del pensiero coprirebbe anche la manifestazione di diverse visioni del mondo. Tuttavia, a mio avviso, tali fondamenti risultano fragili e incerti, soprattutto se paragonati ad altre Costituzioni che incorporano esplicitamente diritti culturali. Che il silenzio costituzionale sul concetto di cultura in senso antropologico non sia eludibile trova anche conferma nel fatto che la Corte costituzionale italiana non ha mai esplicitato né annoverato i diritti culturali tra i cosiddetti nuovi diritti<sup>29</sup>. D'altra parte, che il Costituente del 1948 non guardasse ancora alla cultura in senso antropologico non deve stupire. I diritti culturali appartengono alla quarta generazione dei nuovi diritti e fanno il loro ingresso ufficiale nei testi giuridici soltanto nel 1966.

Se muoviamo dal versante costituzionale a quello legislativo la situazione non è molto diversa. L'approccio del legislatore italiano alla dis-eguaglianza multiculturale è stato finora occasionalista, ossia caratterizzato da interventi mirati generalmente a proibire singole pratiche ricorrendo ad un diritto penale simbolico che punisce, ad esempio, con forza le mutilazioni genitali femminili (l. 7/2006) e l'accattonaggio con minori (l. 94/2009) fin quasi a violare il principio di proporzionalità e che per il resto lascia ingovernato il fenomeno culturale. Manca una legge generale sul multiculturalismo, sulla scia del *Multicultural Act* canadese o britannico, così come uno strumento generale del diritto penale, quale l'attenuante culturale o l'eccezione culturale. Se è vero che, nel panorama comparato, soltanto il codice penale peruviano ha introdotto formalmente l'eccezione culturale, costruendo la scriminante dell'"errore di comprensione culturalmente condizionato"<sup>30</sup>, è pur vero che rispetto ad altri ordinamenti che hanno normato la diseguaglianza culturale, l'Italia si caratterizza per un'assenza di interventi normativi.

Tutti questi silenzi concorrono nel rafforzare il ruolo dei giudici nell'affrontare la diversità culturale e li rendono protagonisti quasi indiscussi, almeno *rebus sic stantibus*, delle trasformazioni della società italiana in senso multiculturale. Sono state, infatti, la giurisprudenza di merito e la Cassazione a costruire, attraverso uno stratificarsi di decisioni, un assetto di riferimento alla risoluzione dei conflitti multiculturali. Tale assetto ancora non si è stabilizzato, ma comunque offre alcune risposte e indicazioni su quello che è lo stato della dis-eguaglianza culturale in Italia. Osservando la giurisprudenza è possibile capire qual è la qualificazione della cultura nell'ordinamento italiano (par. 2-3), quali sono i limiti alla sua operatività (par. 4) e quali potrebbero essere le condizioni per un uso più persuasivo dell'argomento culturale, attualmente spesso affidato alla soggettività del singolo giudice (par. 5).

---

<sup>28</sup> In questo senso, come meglio vedremo, molti giudici errano nell'accostarsi ai comportamenti delle minoranze con un approccio pan-culturalista che usa la cultura per spiegare qualsiasi tipo di comportamento dotato di una certa frequenza, senza verificare se esso rientri o meno nel codice di comportamento condiviso dal gruppo.

<sup>29</sup> F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994.

<sup>30</sup> L'art. 15 del codice penale peruviano, introdotto nel 1991, così stabilisce: "colui che per la sua cultura o tradizioni commette un fatto punibile senza capire il carattere delittuoso del proprio comportamento o determinarsi conformemente a tale comprensione, sarà esente da responsabilità. Quando per la stessa ragione, tale possibilità sia diminuita, si attenuerà la pena". Per un commento all'articolo si veda J. HURTADO POZO, *Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?*, in [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2003\\_15.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_15.pdf), 2003.

## 2. Cultura come diritto, cultura come consuetudine.

La cultura, nell'accezione antropologica oggetto di questo lavoro, è, come accennato, un parametro extra-sistemico che ormai dal 1970 viene utilizzato dai giudici. Il suo ingresso nel diritto ha visto l'elaborazione di due inquadramenti per quanto concerne la configurazione giuridica della cultura. Il primo la costruisce come un diritto fondamentale e tende, quindi, a incorporarla nell'ordinamento, il secondo la costruisce come consuetudine, conservandone la natura extra-sistemica di norma esterna all'ordinamento, che interagisce con esso.

Il primo orientamento è prevalente a livello internazionale e in 50 Costituzioni delle 190 esistenti al mondo. Come detto, esso tende a ricostruire il comportamento culturale nell'ambito della teoria dei diritti fondamentali e la arricchisce di una nuova categoria di diritti: i diritti culturali, necessari al singolo o al gruppo (essendo ancora discusso se si tratti di diritti individuali o collettivi, anche se il diritto internazionale propende per tale ultima qualificazione) per tutelare la propria identità. Chi aderisce a tale posizione sostiene che il comportamento riconducibile alla cultura del soggetto ha luogo nell'esercizio di un diritto culturale ed entra quindi nel bilanciamento con altri diritti, potendo, anche in sede penale, usufruire della scriminante dell'esercizio del diritto, sempre che non intacchi beni giuridici essenziali quali la vita, l'integrità fisica, la dignità della donna (par. 4).

Nutrito di diverse giustificazioni filosofiche che vanno dalle teorie del riconoscimento<sup>31</sup>, alle teorie della giustizia simbolica<sup>32</sup>, alle teorie della diversità come valore per l'intera comunità, maggioranza inclusa<sup>33</sup>, tale orientamento che guarda alla cultura come un diritto prende l'abbrivio normativo con l'art. 27<sup>34</sup> del Patto internazionale dei diritti civili e politici, che per la prima volta separa il concetto di cultura da quello di lingua e religione (le uniche due articolazioni del più vasto concetto di cultura che fino ad allora avevano trovato spazio nei testi costituzionali) e lo articola non più come cultura della maggioranza<sup>35</sup> (nella duplice declinazione di conoscenza specializzata e di vita intellettuale della comunità) riconoscendone, viceversa, la sua titolarità in capo a minoranze.

---

<sup>31</sup> Secondo tali teorie, elaborate nella nuova Scuola di Francoforte e dai filosofi canadesi, il mito cartesiano del soggetto auto-legittimantesi è morto, per lasciare il posto ad una soggettività che si costruisce nella relazione con l'altro e tramite il riconoscimento reciproco: A. HONNETH, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto*, trad. it. *Kampf um Anerkennung. Grammatik sozialer Konflikte* (1992), Il Saggiatore, Milano, 2002; A. HONNETH, *Riconoscimento e disprezzo. Sui fondamenti di un'etica post-tradizionale*, trad. it. *Anerkennung und Mißachtung. Ein formales Konzept der Stittlichkeit* (1991), Rubbettino, Soveria Mannelli, 1993; J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo: lotte per il riconoscimento*, trad. it J. HABERMAS, *Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat* (1996); C. TAYLOR, *The politics of recognition* (1992), Feltrinelli, Milano, 2002.

<sup>32</sup> Rispetto alla rawlsiana definizione di giustizia come equità o come problema di distribuzione della ricchezza, I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, Feltrinelli, Milano, 1996 (in particolare cap. II) ha sostituito una definizione di ingiustizia come oppressione simbolica, come situazioni di dominio presenti nella società. Tra le vari forme di dominio vi è quella culturale, che consiste in una forma di imperialismo della cultura della maggioranza che tende a rendere invisibili o denigrare tutte le altre.

<sup>33</sup> Si tratta delle teorie antropologiche sulla etnodiversità che sostengono l'importanza di conservare le culture in quanto in tal modo si conservano diversi modi di essere umani, W. DAVIS, *Vanishing Cultures*, in [www.nationalgeographic.com](http://www.nationalgeographic.com), June 28, 2002.

<sup>34</sup> Art. 27 "In quegli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche le persone che appartengono a tali minoranze non saranno private del diritto, in comunità con gli altri membri del loro gruppo, di godere della loro propria cultura, di professare e praticare la loro religione o di usare la loro lingua".

<sup>35</sup> E' interessante osservare come lo stesso Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, del 16 dicembre 1966, faccia riferimento ad un concetto di cultura interno a una comunità omogenea e ancora priva di quella dimensione antropologica che è tipica delle società multiculturali. Si veda l' Art. 15: "1. Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo: a) a partecipare alla vita culturale".

Una terza accezione del significante cultura è quella di cultura in senso antropologico. Qui è difficile dare una definizione poiché

Se il 1966, segna la data di nascita dei diritti culturali a livello internazionale<sup>36</sup>, il 1971 vede il conio del termine multiculturalismo a livello politico<sup>37</sup> e il 1982 segna l'ingresso del principio multiculturalista in un testo costituzionale, con l'approvazione dell'art. 27 della Costituzione canadese che si impegna a proteggere il patrimonio multiculturale di tutti i canadesi. Da allora circa 50 costituzioni al mondo<sup>38</sup> hanno dato riconoscimento o a diritti culturali rivolti a specifiche minoranze (popoli indigeni o altre minoranze nazionali) o a diritti culturali riconosciuti all'individuo in quanto tale, aperti quindi ad incorporare qualsiasi tipo di gruppo (anche migranti) e di pratica. Il fenomeno riguarda prevalentemente il Sudamerica e l'Africa e coinvolge meno il continente europeo con l'eccezione delle nuove costituzioni dell'Europa dell'est.

La parola cultura intesa in senso antropologico non sempre entra nei testi costituzionali sotto forma di diritto, ma, come detto, può farlo anche sotto forma di principio multiculturale o di principio di diversità culturale. Alle 50 Costituzioni che riconoscono diritti culturali vanno, infatti, aggiunte circa 30 Costituzioni che hanno introdotto tali principi. In alcuni casi il principio multiculturalista assume una funzione definitoria della stessa forma di stato, per cui uno Stato può qualificarsi come sociale, democratico e multiculturalista.

Il quadro descritto ci consente di affermare che se a livello internazionale lo *status* dei diritti culturali è ormai assodato e c'è un consenso intorno al loro riconoscimento, a livello costituzionale, la maggior parte degli Stati contemporanei continua a non prevedere alcuna forma di riconoscimento.

Le incertezze che frenano il dibattito costituzionale intorno al recepimento dei diritti culturali che aprirebbe a pieno titolo le porte a questa diseguaglianza sono molteplici. Le tre forse più significative sono rappresentate dalla decostruzione del concetto di cultura che sta avendo luogo all'interno della stessa disciplina antropologica; dalle critiche avanzate dal femminismo giuridico; dalle critiche avanzate dal post-colonialismo.

Negli ultimi decenni il concetto di cultura è stato sottoposto ad una intensa critica interna alla stessa disciplina che lo ha forgiato, l'antropologia, che ha portato taluni a decretarne la fine imminente<sup>39</sup>. L'entusiasmo per le politiche dell'identità e il loro potenziale liberatorio che ha imperversato dal 1980 fino al 2000, ha attualmente ceduto il passo a un'ondata contro-identitaria dove l'individuo non è più percepito come ancorato a una o più identità, ma è capace di viaggiare e liberamente negoziare con esse<sup>40</sup>.

Il concetto di cultura diventa non solo inadatto a spiegare il soggetto post-moderno, in costante viaggio auto-definitorio, ma perde anche il suo potenziale liberatorio e progressista in altri due movimenti.

---

<sup>36</sup> L'art. 27, sancisce la nuova categoria del "diritto ad una vita culturale propria" riconosciuto a tutte le minoranze, nazionali, ma anche immigrate, come avrà modo di chiarire il *General Comment* n. 23, *The rights of minorities*, dell'8 aprile 1994.

<sup>37</sup> Il termine fu forgiato dall'allora premier canadese Pierre Elliott Trudeau per uscire da un impasse politico. Nel 1963 il Canada aveva istituito la *Royal commission on bilingualism and biculturalism* chiamata ad analizzare la composizione dei conflitti tra le due "culture" inglese e francese presenti in Canada. Tuttavia, ben presto le altre componenti culturali del Canada, dai Nativi agli immigrati, avevano contestato l'uso del termine biculturalismo sostenendo che rappresentava le due solitudini canadesi e che tagliava fuori gli altri gruppi che contribuivano a comporre il mosaico culturale del Paese. Per uscire strategicamente dall'impasse, Trudeau trasformò nel successivo uso del linguaggio politico il termine biculturalismo in multiculturalismo.

<sup>38</sup> Per un'analisi dettagliata di tutte le formule con cui le Costituzioni recepiscono i diritti culturali o il principio multiculturalista, rinvio a I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano, 2012, Cap. IV.

<sup>39</sup> J. COMAROFF, *The end of anthropology. Again: on the future of an in/discipline* in *American Anthropologist*, Vol. 112, issue 4, 2010, 524 ss.

<sup>40</sup> F. REMOTTI, *Contro l'identità*, Laterza, Roma-Bari, 1996; M. AIME, *Eccessi di culture*, Einaudi, Torino, 2004. *Contra* P. Giglioli, P. RAVAIOLI, *Bisogna davvero dimenticare il concetto di cultura? Replica ai colleghi antropologi*, in *Rassegna italiana di Sociologia*, 2004, 267 ss.

Il primo è il femminismo giuridico che da tempo<sup>41</sup> vuole rompere quel matrimonio frettoloso fatto con gli aspetti progressisti del multiculturalismo. In particolare, il femminismo giuridico intende sostituire alla cultura il patriarcato come prisma per rileggere molti conflitti multiculturali che diverrebbero pertanto conflitti patriarcali<sup>42</sup>.

Analoga situazione sta accadendo all'interno degli studi post-coloniali<sup>43</sup> che, avendo in un primo tempo visto la cultura come un concetto liberatorio, ora vi scorgono un nuovo sostituto della razza che tende ad allontanare l'altro<sup>44</sup>.

Titoli di lavori quali *Multiculturalismo senza cultura*<sup>45</sup>, *Dopo il multiculturalismo*<sup>46</sup>, *Addio al multiculturalismo*<sup>47</sup> testimoniano che il concetto di multiculturalismo è sempre più discusso. Sono anche queste incertezze teoriche che hanno portato a un blocco nel processo di costituzionalizzazione dei diritti costituzionali di tipo culturale: l'ultima decade ha visto pochissime costituzioni aprirsi a tale riconoscimento, soprattutto se paragonate al fermento che si ebbe tra il 1980 e il 1990.

In questo contesto, l'inquadramento della cultura come diritto perde forza teorica, a vantaggio del secondo orientamento ricostruttivo. Questo nega alla cultura la natura di diritto, tanto meno costituzionale, costruendola piuttosto come norma esterna all'ordinamento giuridico, precisamente come consuetudine, che entra in interazione con esso in base ai principi della teoria delle fonti. Questo orientamento, pur non trascurando la dimensione di valore che una pratica culturale può avere per la minoranza che vuole conservarla, trova la sua principale giustificazione nella ineluttabilità del comportamento culturale, nella sua natura compulsiva, cogente che, in sede penale, può influire sull'elemento psicologico del reato. In base a questa ricostruzione la cultura si presenta all'attenzione dei giudici come "norma" di comportamento prodotta fuori dal sistema giuridico statale. Parafrasando Clifford Geertz secondo cui la cultura è una "rete di significati", un "*web of meanings*", potremmo dire che la cultura appare come una "rete di regole". E' immediato cogliere in tale ricostruzione un'eco della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. La cultura ci appare come un ordinamento giuridico, un sistema di regole nella tradizione italiana di Santi Romano e Antonio Pigliaru<sup>48</sup> o nella tradizione statunitense di Thorsten Sellin<sup>49</sup> che parla di conflitti multiculturali come "conflitti normativi" e di Alan Dundes e Alison Renteln che parlano di

---

<sup>41</sup> S. OKIN, *Is multiculturalism bad for women?*, in J. COHEN, M. TOWARD, M. C. NUSSBAUM, (a cura di), *Is multiculturalism bad for women? Susan Moller Okin with respondents*, Princeton University Press, 1999, (trad. it.) *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Milano, 2007, 9. ss

<sup>42</sup> R. REDDY, *Gender, culture and the law: approaches to 'Honour Crimes' in the UK*, in *Fem. Leg. Stud.*, n. 16, 2008, 305 ss., ad esempio, suggerisce di abbandonare la classificazione degli omicidi d'onore ricorrendo alla categoria "cultura" a favore della categoria "patriarcato", considerandoli "violenza di genere". Sul punto anche R. COOMARASWAMY, *Violence against women and 'crimes of honour'*, in L. WELCHMAN and S. HOSSAIN (a cura di), *Honour': Crimes, paradigms and violence against women*, London: Zed Books, 2005, xi-xiv.

<sup>43</sup> Le critiche in questo senso erano partite sin dal 1950, quando diversi antropologi avevano criticato le modalità della scrittura etnografica che tendevano a esotizzare l'altro. E' celebre l'articolo di H. MINER, *Body rituals among the Nacirema*, in *American Anthropologist* 58 (1956), 503 ss. che applica agli americani (i Nacirema letti al contrario) lo stile e il metodo della descrizione etnografica creando un effetto perturbante in grado di rilevare l'artificialità che assume la descrizione etnografica. Da allora l'antropologia ha dilatato i suoi confini andando a studiare non soltanto i popoli cosiddetti primitivi, ma diventando antropologia della contemporaneità.

<sup>44</sup> E. BALIBAR, *Is there a "Neo-Racism"?* in E. BALIBAR, I.M. WALLERSTEIN, (a cura di) *Race, Nation, Class, Ambiguous Identities*, London, Verso, 1991, 17-28.

<sup>45</sup> A. PHILLIPS, *Multiculturalism without culture*, Princeton University Press, Princeton, 2007.

<sup>46</sup> J.F. WELSH, *After multiculturalism: the politics of race and the dialectics of liberty*, Lexington Books, Lanham, 2008.

<sup>47</sup> R. BAUBOCK, *Farewell to multiculturalism? Sharing values and identities in societies of immigration*, in *Journal of international migration and integration*, 2003, n. 3, 1 ss.

<sup>48</sup> A. PIGLIARU, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1959.

<sup>49</sup> T. SELLIN, *Culture and conflict in crime*, Social Science Research Council, New York, 1938.

“folk law”<sup>50</sup>, di diritto popolare appunto ravvisando nella cultura non tanto un diritto soggettivo quanto un vero e proprio diritto in senso oggettivo.

E’ importante notare che anche secondo tale ricostruzione l’ordinamento “culturale” ha dei “confini” e non può ricomprendere al suo interno tutti i comportamenti, tutte le regolarità, ma soltanto ciò che ha il crisma della regola.

È stata la Corte di Cassazione italiana, nel panorama comparato, ad aderire in modo più costante nelle sue decisioni a tale ricostruzione: da un lato la Cassazione riconosce alla cultura la dignità di un sistema normativo autonomo, nel contempo la inserisce all’interno del più complesso sistema delle fonti italiano e offre dei meccanismi di risoluzione delle antinomie che si producono tra norme italiane e norme culturali esterne. In Italia la cultura non è un diritto in senso soggettivo, ma è un reato culturalmente motivato<sup>51</sup> in sede penale, o un comportamento motivato dall’obbedienza ad una norma esterna in sede civile.

Il fatto che i giudici italiani non trattino mai la cultura come un diritto, bensì come consuetudine, non ci esime però dal notare che da molte delle argomentazioni sviluppate emerge che alla cultura i giudici assegnino in qualche modo un “valore”. Sebbene le motivazioni offerte per la risoluzione dei conflitti multiculturali si muovano al di fuori delle tecniche del bilanciamento tra diritti, per rientrare in quelle tipiche della teoria delle fonti, la consuetudine culturale, che dovrebbe in astratto occupare sempre l’ultimo livello della piramide, è spesso presa in considerazione come un qualcosa da proteggere.

A titolo esemplificativo si vedano questi estratti argomentativi che ben rivelano la componente valoriale, positiva che si assegna alla cultura e, nel contempo, la sua difficoltà a derogare norme dell’ordinamento statale. Infatti, il fatto che la cultura assuma nella giurisprudenza di Cassazione e di merito il rango di consuetudine la colloca in una posizione tendenzialmente “perdente” rispetto alle altre fonti dell’ordinamento. Nelle parole della Cassazione, pronunciate nella risoluzione di diversi conflitti multiculturali:

*“E’ necessario prestare attenzione alle situazioni reali al fine di non criminalizzare condotte che rientrino nella tradizione culturale di un popolo... fermo restando, però, che se determinate pratiche, magari anche consuetudinarie e tradizionali, mettano a rischio diritti fondamentali dell’individuo garantiti dalla nostra Costituzione o confliggano con norme penali che proprio tali diritti cercano di tutelare, la repressione penale è inevitabile. E’ fin troppo evidente, infatti che consuetudini contrarie all’ordinamento penale non possano essere consentite”<sup>52</sup>;*

*“Le tradizioni etico-sociali di coloro che sono presenti nel territorio dello Stato, di natura essenzialmente consuetudinaria benché nel complesso di indiscusso valore culturale, possono essere praticate solo fuori dall’ambito di operatività della norma penale. Il principio assume particolare valore morale e sociale allorché – come nella specie – la tutela penale riguardi materie di rilevanza costituzionale”<sup>53</sup>;*

---

<sup>50</sup> A. DUNDES RENTELN, A. DUNDES, *Folk law. Essays in the theory and practice of lex non scripta*, Garland publishing Inc., New York and London, 1994.

<sup>51</sup> La formula “reati culturalmente motivati” è stata teorizzata da J. VAN BROECK, *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, 5, che li definisce come «il comportamento realizzato da un membro appartenente ad una cultura di minoranza, che è considerato reato nell’ordinamento giuridico della cultura dominante. Questo stesso comportamento, tuttavia, all’interno del gruppo culturale dell’agente è condonato o accettato come comportamento normale o, addirittura, è sostenuto e incoraggiato in determinate situazioni». Per un’analisi dei reati culturalmente motivati da parte della dottrina penalistica italiana, cfr. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Pisa, 2010.

<sup>52</sup> Cass. sez. VI penale sent. 45516/2008. Il caso riguardava la pratica del manghel, l’accontonaggio praticato dai Rom, che la Cassazione, a mio avviso erroneamente, aveva classificato come pratica culturale.

<sup>53</sup> Corte di Cassazione sent. 22700, del 29 maggio 2009. Il caso riguardava un immigrato marocchino accusato di maltrattamenti in famiglia ai danni della moglie. La difesa chiedeva le attenuanti generiche in quanto i soggetti “erano



*“Si è in presenza, sotto il profilo della materialità, di un reato, per così dire, culturalmente orientato, quello che gli americani definiscono cultural offence. Nel reato culturalmente orientato non viene in rilievo il conflitto interno dell’agente, vale a dire l’avvertito disvalore della sua azione rispetto alle regole della sua formazione culturale, bensì il conflitto esterno, che si realizza quando la persona, avendo recepito nella sua formazione le norme della cultura e della tradizione di un determinato gruppo etnico, migra in un’altra realtà territoriale, dove quelle norme non sono presenti. Il reato commesso in condizione di conflitto esterno è espressione della fedeltà dell’agente alle norme di condotta del proprio gruppo, ai valori che ha interiorizzato sin dai primi anni della propria vita”<sup>54</sup>.*

Altre volte la Corte di Cassazione non fa riferimento al valore intrinseco della pratica culturale, ma ad un nuovo criterio interpretativo ispirato al relativismo antropologico che impone al giudice, per dirla con Boas, di “indossare le lenti culturali altrui”<sup>55</sup> nel leggere le norme:

*“Una società multietnica, che accetta più o meno consapevolmente il multiculturalismo, non può ignorare una certa dose di relativismo culturale, che consenta di guardare ad altre civiltà senza giudicarle secondo i propri parametri. Ne consegue che l’approccio alla delicata questione in esame, per le implicazioni di carattere etico e giuridico che vengono in rilievo, deve essere guidato da una prudente e illuminata interpretazione delle norme di riferimento, senza sottovalutare la peculiare posizione del soggetto coinvolto nell’atto rituale incriminato”<sup>56</sup>.*

Se nei brani appena riportati la Cassazione assegna alla cultura un valore, di cui l’ordinamento è chiamato a tener conto, o comunque le assegna un ruolo interpretativo, in altri casi questa componente non emerge e prevale un ragionamento rigoroso di dogmatica delle fonti che pone la consuetudine culturale di per sé in posizione perdente nella gerarchia delle fonti. Come in questo caso:

*“La consuetudine può avere una valenza scriminante ai sensi dell’art. 51 c.p., solo quando sia richiamata da una legge... Anche un popolo allogeno come quello degli zingari, quando si insedia nel territorio italiano, deve osservare le norme dell’ordinamento giuridico vigente in questo territorio; e non può invocare i propri usi tradizionali per scriminare comportamenti che sono vietati dalle norme penali, eccetto il caso in cui questi usi siano richiamati, e quindi legittimati, dalle leggi territoriali”<sup>57</sup>.*

In alcuni casi, accanto alla norma costituzionale o penale protettrice di beni costituzionali che è in grado di prevalere sulla consuetudine culturale in base alla teoria delle fonti, la Corte di Cassazione ha evocato anche una sorta di contro-norma culturale, individuata nella cultura maggioritaria italiana:

*“né diverso criterio interpretativo può evidentemente essere adottato in relazione alla particolare concezione socio-culturale di cui sia eventualmente portatore l’imputato, posto che in materia vengono in gioco valori fondamentali dell’ordinamento (consacrati nei principi di cui agli artt. 2, 3, 30 e 32 Cost.), che fanno parte del visibile e consolidato patrimonio etico-culturale della*

---

*portatori di cultura, religione e valori differenti da quelli italiani, tali da influire sotto il profilo sia della gravità del reato che dell’entità della pena”.*

<sup>54</sup> Cassazione, sez. VI penale, 24 novembre 2011, n. 43646, il caso è quello della circoncisione praticata dalla madre ad un bambino nigeriano che aveva comportato un’emorragia al bambino.

<sup>55</sup> F. BOAS, *The mind of primitive man*, in *Journal of American Folklore*, n. 14, 1911, 11 ss.

<sup>56</sup> Cassazione sent. 43646/2011.

<sup>57</sup> Cassazione sez. III penale, 2841/2007, caso Djordjevic.

*nazione e del contesto sovranazionale in cui la stessa è inserita e, come tali, non sono suscettibili di deroghe di carattere soggettivo e non possono essere oggetto, da parte di chi vive e opera nel nostro territorio ed è quindi soggetto alla legge penale italiana, di valida eccezione di ignoranza scusabile*<sup>58</sup>.

Dal punto di vista pratico, la concettualizzazione della cultura nell'uno o nell'altro orientamento – cultura come diritto soggettivo o come diritto oggettivo in un'ottica di pluralismo giuridico, quindi consuetudine – produce conseguenze significative: se la cultura è riconosciuta come diritto essa viene in qualche modo incorporata nel nostro ordinamento, da parametro extra-sistemico diviene parametro sistemico e i comportamenti posti in essere nell'esercizio di pratiche culturali assumono il rango di diritti soggettivi. A livello penale, l'inquadramento della cultura come diritto potrebbe attivare la scriminante dell'esercizio del diritto di cui all'art. 51 c.p., che, ad esempio, viene frequentemente usata nella risoluzione dei conflitti di natura religiosa, coperti dall'art. 19 della Costituzione. La cultura come diritto soggettivo entrerebbe a pieno titolo nel bilanciamento con gli altri diritti costituzionali.

Viceversa secondo la teoria attualmente adottata dalla Cassazione italiana per cui la cultura è consuetudine, questa conserva il rango di una regola esterna, che il giudice può essere incline a considerare, ma che si colloca in una posizione tendenzialmente subordinata alle altre fonti e non in grado di “competere” con quasi nessun altro diritto. A livello penale, la cultura non è in grado di attivare la scriminante dell'esercizio del diritto, ma tutt'al più attiva altri strumenti quali le attenuanti.

Un'altra importante differenza tra la concettualizzazione della cultura come diritto o come consuetudine si pone rispetto al principio di rieducazione del condannato stabilito all'art. 27 Cost. norma tesa ad un reinserimento del reo nei valori della società. L'autore di un reato culturalmente motivato sia da rieducare. Se la cultura è un diritto costituzionale, ossia un qualcosa cui assegnare un valore, non ci sarebbe alcuno da rieducare, ma semmai da esentare dall'applicazione del diritto penale; se viceversa, la cultura è semplicemente un fatto normativo esterno a cui l'ordinamento riconosce rilevanza (nella misura in cui intacca beni giuridici penalmente rilevanti) è ipotizzabile un trattamento rieducativo.

Nell'ordinamento britannico e statunitense, che non riconoscono la cultura come un diritto, ma si incanalano sulla scia del modello italiano, negli anni 1980-90 si sono registrati numerosi casi in cui il reo beneficiava di sconti significativi di pena in ragione della sua motivazione culturale, tuttavia contestualmente, riceveva una misura alternativa al carcere che consisteva o nel supporto psicologico obbligatorio<sup>59</sup> o in affidamenti in prova che avevano lo scopo di far conoscere al migrante i fondamenti della nuova cultura e di rieducarlo. Viceversa, nell'ordinamento canadese, che pure non riconosce formalmente nessuna eccezione culturale, queste azioni di “recupero” e di “rieducazione” non si svolgono.

Come sopra evidenziato, la Cassazione italiana è ambivalente sul punto perché da un lato costruisce la cultura come consuetudine, però nel contempo le assegna un valore, per cui è complesso allo stato attuale capire in che modo l'art. 27 possa trovare applicazione.

Se da un lato la difficoltà di costituzionalizzare o anche solo legificare diritti culturali può spiegarsi con le crescenti incertezze ontologiche intorno al concetto di cultura e politiche intorno ad un modello di società culturale, il permanere della cultura a livello di consuetudine desta delle perplessità in quanto produce, indirettamente, una forte dis-eguaglianza: quella relativa alle diverse modalità di risoluzione dei conflitti religiosi rispetto a quelli culturali in senso stretto, ossia non coinvolgenti alcuna componente religiosa. A tale questione dedicherò il successivo paragrafo.

---

<sup>58</sup> Cassazione, 48272/2009, riguardante un caso di maltrattamenti inflitti da un padre originario del Marocco sul figlio, su cui L. PEDULLÀ, *Principi fondamentali e reati culturali: il criterio d'imparzialità versus le soggettive convinzioni religiose*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2009.

<sup>59</sup> *The People v. Fumiko Kimura*, n. A-091133, California Superior Court, 1985.

### **3. L'insostenibile dis-eguaglianza di trattamento dei conflitti culturali rispetto a quelli religiosi.**

Il silenzio costituzionale italiano intorno ad un diritto alla cultura (in senso antropologico) e la conseguente scelta "obbligata" della Cassazione di concettualizzare la cultura come consuetudine assume una grande rilevanza nel momento in cui ci si trova di fronte alla differenza tra i conflitti religiosi e i conflitti culturali in senso stretto. Generalmente con l'espressione conflitti multiculturali si fa riferimento ad un formula onnicomprensiva di entrambe le tipologie di conflitti, tuttavia a livello giuridico la presenza di una componente religiosa consente al comportamento di essere investito di un valore superiore di quello che ha un comportamento meramente culturale. Questo è particolarmente vero nel contesto della giurisprudenza italiana<sup>60</sup>. Come detto, infatti, in Italia la cultura non ha copertura costituzionale, né legislativa non avendo lo Stato italiano adottato nessuna legislazione generale sul multiculturalismo, né mutato il codice penale per riconoscere forme di *cultural defence*. Viceversa l'Italia, come tutte le Costituzioni esistenti, riconosce all'art. 19 la libertà religiosa. Ciò consente al giudice, in presenza di un conflitto religioso, di poter utilizzare la scriminante dell'esercizio del diritto nel processo penale e più in generale di poter ricorrere a tecniche argomentative più consolidate, quali il bilanciamento dei diritti.

Esempio di questa asimmetria e dis-eguaglianza che si produce, in Italia ma non solo, tra conflitti religiosi e conflitti culturali senza alcuna componente religiosa, sono i casi del *kirpan* dei Sikh, della marijuana dei rastafariani e della circoncisione ebraica.

Il *kirpan* è il coltello rituale che deve essere obbligatoriamente indossato dai Sikh come simbolo di protezione dal male. Tale pratica religiosa confliggendo con le norme sulle armi in vigore in diversi ordinamenti occidentali ha determinato numerosi conflitti, risolti tendenzialmente in modo analogo nel senso di consentire la pratica. Anche l'Italia ha visto diverse denunce per porto abusivo d'arma rivolte ai Sikh. A titolo esemplificativo si consideri il caso deciso dal Tribunale di Cremona<sup>61</sup> che, dopo aver ampiamente descritto nella sentenza che il *kirpan* è uno dei 5 simboli che un sikh deve sempre portare con sé e che non è percepito in tale religione come un'arma, bensì come un simbolo di protezione dal male così decide:

*se tali sono le coordinate motivazionali che ebbero a guidare la condotta dell'imputato, si deve allora inevitabilmente riconoscere come esse intercettino un valido supporto normativo, siccome obiettivamente collocabili all'interno della tutela della libertà di fede religiosa. È questa una protezione giuridica di assoluta rilevanza, una volta che risulta assicurata, in tutte le sue possibili esplicazioni, sia dall'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 10 dicembre 1948, sia dall'art. 9 della legge 4 agosto 1955, n. 848, di ratifica della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, sia dall'art. 19 della nostra Costituzione.*

Un secondo caso di uso dell'argomento religioso riguarda un rastafariano colto con un quantitativo di marijuana superiore all'uso personale. L'imputato si difendeva sostenendo che la marijuana rappresenta l'erba sacra per i rastafariani che ne fumano diverse quantità per collegarsi con il divino. La Corte di Cassazione<sup>62</sup> ha annullato la condanna richiamandosi al bilanciamento con la libertà religiosa. E' bastato alla Corte evidenziare che la pratica è "suggerita" dalla religione rastafariana per consentirla. Mentre quando si tratta di pratiche culturali in genere il giudice evidenzia l'obbligatorietà della pratica, la sua natura essenziale alla sopravvivenza del gruppo, la sua natura contingente, nel caso di una pratica religiosa è sufficiente anche una natura facoltativa e opzionale. Anche tale elemento evidenzia la dis-eguaglianza di trattamento tra i due tipi di conflitti.

---

<sup>60</sup> Anche in Canada e negli Stati Uniti, tuttavia, va segnalato che esistono separati trattamenti giuridici a seconda che il conflitto abbia ad oggetto una pratica religiosa o una pratica culturale.

<sup>61</sup> Tribunale penale di Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15.

<sup>62</sup> Cassazione, sez. VI penale, 923/2008.

Il terzo caso emblematico di quanto la componente religiosa di una pratica ne elevi la dignità emerge in questa motivazione di fronte ad un caso di circoncisione maschile<sup>63</sup>:

*“Questa (la circoncisione) è solitamente percepita da un medico occidentale come una mutilazione genitale per il bambino e una palese violazione del fondamentale comandamento che deve ispirare l’attività del sanitario: primum non nocere... Tale percezione, però, non è, di per sé, decisiva per la soluzione della questione sottoposta all’attenzione di questa Corte, in quanto non tiene conto della complessa problematica connessa alle ragioni e al forte carico simbolico che connotano la pratica della circoncisione rituale in determinati contesti. Non può essere sottaciuto, infatti, il significato che tale pratica assume da parte di aderenti ad una determinata fede religiosa, che è propria di due tra le religioni monoteiste, l’ebraismo e l’islamismo”.*

Il diverso tipo di argomentazione utilizzabile spesso produce delle anomalie. Esempio emblematico in tal senso è la diversità di trattamento da circoncisione ebraica da un lato e circoncisione africana dall’altro. Il giudice lo ammette candidamente:

*non può omettersi di considerare... che il significato della circoncisione non terapeutica è spesso riconducibile a motivazioni che esulano da esigenze religiose e identitarie e affondano le loro radici soltanto in tradizioni culturali ed etniche, assolutamente estranee alla cultura occidentale e non sempre compatibili, sul piano operativo, con la nostra legislazione.*

Se la circoncisione ebraica è un diritto religioso, nel caso della circoncisione nigeriana:

*“si è in presenza, sotto il profilo della materialità, di un reato, per così dire, culturalmente orientato, quello che gli americani definiscono cultural offence. Nel reato culturalmente orientato non viene in rilievo il conflitto interno dell’agente, vale a dire l’avvertito disvalore della sua azione rispetto alle regole della sua formazione culturale, bensì il conflitto esterno, che si realizza quando la persona, avendo recepito nella sua formazione le norme della cultura e della tradizione di un determinato gruppo etnico, migra in un’altra realtà territoriale, dove quelle norme non sono presenti. Il reato commesso in condizione di conflitto esterno è espressione della fedeltà dell’agente alle norme di condotta del proprio gruppo, ai valori che ha interiorizzato sin dai primi anni della propria vita”.*

Anche se la Corte conclude nel senso che, mancando il dolo specifico, la donna non è punibile<sup>64</sup>, è comunque inevitabile chiedersi perché uno stesso fatto in un caso è un diritto costituzionale, nell’altro un reato culturalmente motivato.

Questa differenza costituzionale tra libertà religiosa e diritti culturali necessita, a mio avviso, di essere risolta: infatti, le questioni relative al livello di disegualianza tollerabile sono comuni ai conflitti culturali e religiosi e non si dovrebbe lasciare al mero dato storico dato dal fatto che quella religiosa è una diversità più risalente in Europa la disparità di trattamento. Con ciò non intendo dire che la distinzione tra religione e cultura debba scomparire dalla Costituzione, ma che si dovrebbe o introdurre un’equivalente libertà culturale o spostare l’attenzione anziché sulla natura religiosa o culturale di un comportamento su altri elementi quali quelli che già stanno emergendo come *topoi*, temi comuni nei modi in cui i giudici risolvono i conflitti multiculturali e che ho provato a sintetizzare nel test culturale che illustrerò a fine di questo lavoro.

Per risolvere tale differenza di trattamento la via più lineare sarebbe quella di una revisione costituzionale che inserisse un diritto all’identità culturale. Ma sul punto pesa indubitabilmente il fatto che la conversazione costituzionale su eventuali modifiche alla prima parte della Costituzione sia in Italia bloccata. Per inciso si osservi come non necessariamente è un bene il tabù su modifiche

<sup>63</sup> Cassazione, sez. VI penale, 24 novembre 2011, n. 43646 commentata da V. PUSATERI, *Escluso il reato di esercizio abusivo della professione medica se la circoncisione maschile cd. rituale è stata eseguita per motivi culturali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2012, 94 ss.

<sup>64</sup> “Ciò posto, *devesi escludere, tuttavia, alla luce di quanto emerge dalle due sentenze di merito, la sussistenza dell’elemento soggettivo del reato contestato all’imputata. Il reato di cui all’art. 348 cod. pen. è punito a titolo di dolo, consistente nella coscienza e volontà di concorrere nel compimento di un atto di abusivo esercizio della professione medica.*

alla prima parte. Per quanto motivate da una giustificabile paura di strappi alla Costituzione, tale tabù avvallato dagli stessi costituzionalisti ha avuto l'effetto di chiudere una necessaria conversazione costituzionale in diversi settori: dal multiculturalismo, al tema del matrimonio, della famiglia, del ruolo della donna etc.

#### **4. I limiti alla dis-eguaglianza multiculturale. Il genere: dal giudice antropologo al giudice femminista?**

Che la cultura venga costruita come consuetudine o come diritto fondamentale, vi è un problema comune rispetto al quale quarant'anni di giurisprudenza comparata di matrice multiculturale comincia a fornire qualche risposta: quali sono i limiti al multiculturalismo? Dove si ferma la tolleranza verso la diversità? «La società aperta: di quanto?»<sup>65</sup>.

La stratificazione di decisioni giurisprudenziali, sia italiane che comparate, pur nel loro carattere magmatico e frammentario, consente di registrare alcuni aspetti che sembrano consolidarsi. Mentre alcuni dei primi esempi di conflitti multiculturali vedevano il giudice attuare in modo puramente relativista, quasi che l'evocazione del mantra "è la mia cultura che mi ha portato a fare ciò" paralizzasse il ragionamento ponderativo, isonomico tipico del processo e del ragionamento *more juridico*<sup>66</sup>, più di recente il giudice evita un ragionamento ispirato al puro relativismo antropologico.

E' possibile affermare che alcuni limiti al multiculturalismo sono ormai consolidati. Si tratta in primo luogo di quello che riguarda il bene "vita". Se l'Italia non ha mai visto un giudice concedere le attenuanti per i cosiddetti "omicidi d'onore", in una prima fase del multiculturalismo la cultura era in grado di prevalere anche sul bene vita<sup>67</sup>. Ciò non è ormai più pensabile.

Più problematico è il rispetto del limite dell'"integrità fisica". Negli anni '90 non sono mancati in Italia giudici che hanno archiviato casi di mutilazioni genitali femminili<sup>68</sup> con un atteggiamento relativista. La situazione è poi cambiata, ma a differenza del bene vita, rispetto all'integrità fisica la giurisprudenza italiana non è omogenea. Il dato balza subito agli occhi se pensiamo che in Italia la circoncisione maschile è ammessa, pur comportando una alterazione permanente all'integrità fisica. Sul punto è possibile affermare che in Italia la linea di confine è

---

<sup>65</sup> G. SARTORI, *Pluralismo multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Milano, 2000, p. 15.

<sup>66</sup> Sul rapporto tra conoscenze e valutazioni tecniche e giudice G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico* 2/2000, 411-438.

<sup>67</sup> Il caso di scuola è *The People v. Dong Lu Chen*, No. 87-7774, N.Y. Sup. Ct. Dec. 2, 1988, occorso negli Stati Uniti agli albori dell'uso della *cultural defence*. Questo aveva visto come protagonista il signor Chen, proveniente dalla Cina che, alla notizia che la moglie lo tradiva, l'aveva uccisa a colpi di martello. Al processo era stato sentito il dottor Pasternak, esperto di cultura cinese, che aveva svolto una ricostruzione del diverso senso dell'onore in Cina. Nella sua relazione antropologica, l'esperto aveva scritto che "in termini generali... ci si può aspettare che un cinese reagisca in quelle circostanze in modo più volubile e violento di come reagirebbe un soggetto appartenente alla nostra società", la sua reazione, pertanto, non va misurata con lo standard del "marito medio americano". Il giudice si è mostrato sensibile a questo argomento e ha deciso di condannare il signor Chen soltanto a 5 anni di una misura alternativa al carcere, senza detenzione, ma con supporto psicologico obbligatorio. Questa l'argomentazione del giudice: "se questo reato fosse stato commesso da un soggetto nato e cresciuto in America o anche nato altrove, ma cresciuto principalmente in America, anche nella comunità cinese, la Corte non avrebbe avuto difficoltà a riconoscere l'imputato colpevole di omicidio doloso. Ma questa Corte non può ignorare... la grande influenza e la forte pressione della testimonianza del dott. Pasternak, che è forse il maggior esperto in America di relazioni inter-familiari nella cultura cinese".

<sup>68</sup> Ad esempio di tale orientamento si veda sentenza di archiviazione emessa dal Tribunale dei minori di Torino, 17 luglio 1997, con cui il giudice assolse i genitori che avevano praticato una mutilazione genitale femminile alla propria figlia negando che in questo caso fosse applicabile il reato di lesioni in quanto in quel contesto culturale, in quella rete di significati, quel taglio non era una lesione, ma aveva un significato rituale di matrice culturale. È il caso della in relazione ad un caso di escissione su una bambina nigeriana portata dai genitori nel Paese d'origine per compiere tale rituale. Al rientro in Italia, questi erano stati denunciati dai medici della ASL per lesioni gravissime. Secondo il Tribunale i genitori avevano sottoposto "la figlia a pratiche di mutilazione genitale femminile pienamente accettate dalle tradizioni locali (e parrebbe, dalle leggi) del loro Paese". Da qui le ragioni per non condannarli.

quella che attiene alla “funzionalità” dell’organo o della parte del corpo la cui integrità è compromessa per ragioni culturali a svolgere la propria funzione. Tale limite è stato fissato dal Comitato etico nazionale nel 1989 in relazione alla circoncisione maschile.

Gli altri limiti al multiculturalismo emergenti dalla attivazione di altri diritti costituzionali compromessi da pratiche culturali sono meno netti e sono spesso sottoposti ad una valutazione casistica. Si pensi ai “diritti del minore” che sono spesso valutati in relazione al contesto culturale come avvenuto, ad esempio, nel recente caso della *kafalah* islamica<sup>69</sup>, consentita, ma anche in casi più problematici come il mendicare, rispetto al quale la Cassazione ha talvolta ritenuto prevalente la dimensione culturale, talaltra ha condannato con una forte attenzione alla dimensione concreta del trattamento del minore, o il lasciare soli e incustoditi i bambini<sup>70</sup>.

Un altro limite al multiculturalismo su cui vorrei soffermarmi più diffusamente, in quanto – sebbene sia stato teorizzato sin dal 1980<sup>71</sup> – è di più recente applicazione da parte dei giudici è dato dall’argomento di genere o anti-patriarcale.

La generale preoccupazione che il multiculturalismo rischi di creare “isole di tirannia locale”<sup>72</sup> è particolarmente avvertita soprattutto, quando un conflitto multiculturale coinvolga le donne, tanto che potremmo dire che in diversi casi il giudice antropologo si è trasformato in giudice femminista. Con tale espressione si vuole sinteticamente esprimere la tendenza che vede anche il giudice potenzialmente attento all’argomento culturale non restare insensibile alla dimensione di genere di una controversia. Insieme al danno al bene vita e all’integrità psico-fisica, il genere sta diventando, sia nell’argomentazione giudiziale che per il legislatore, un elemento, sempre più usato in modo autonomo, in grado di bloccare l’attivazione della eccezione culturale. Se alcune decisioni pronunciate nel 1980 negli Stati Uniti vedevano la cultura dominare indiscussa anche sul genere<sup>73</sup>, nell’Italia di oggi e in quasi tutti gli Stati multiculturali, anche più avanzati, ciò sarebbe impensabile.

Ma v’è di più. Oltre alla tendenza ad usare il genere come contro-limite al multiculturalismo, va registrato un fenomeno nuovo, che ha visto l’Italia pioniera: il fenomeno consiste in una operazione riclassificatoria che i giudici compiono rileggendo una pratica non più come culturale, bensì direttamente come patriarcale. Ci troviamo in sostanza di fronte ad un abbandono del concetto di cultura a favore di altri discorsi e classificazioni.

Un esempio molto evidente si rinviene in alcune recenti decisioni italiane in tema di mutilazioni genitali femminili. Questo classico *hard case* del multiculturalismo ci consente di testare quanto appena detto. Infatti, in un primo momento il genere ha operato come contro-limite alla cultura, per poi passare ad una lettura della pratica come violenza di genere.

Com’è noto quello in esame (insieme a quello del *manghel* dei Rom represso con la l. 94/2009) è uno dei pochi casi in cui il legislatore italiano non ha voluto lasciare ingovernata la diversità culturale, ma è intervenuto per reprimerla. La legge 7/2006 ha introdotto l’art. 583 bis<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> Cass. sez. I civile, sent. 1843/2015.

<sup>70</sup> Zingarella sola per strada: «È abituata». Padre assolto dall’abbandono di minore, in *L’eco di Bergamo*, 19 dicembre 2014, in cui si riportano parti della decisione del Gup di Bergamo: «l’abbandono di minore non può configurarsi in un semplice, e programmaticamente momentaneo, “lasciare solo” un bambino, quando tale circostanza non espone quest’ultimo a nessun pericolo».

<sup>71</sup> S. OKIN, *Is multiculturalism bad for women?*, cit.

<sup>72</sup> W. KYMLICKA, *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future*, Washington, 2012.

<sup>73</sup> Si pensi al sopra richiamato caso *The People v. Chen* 1988, che aveva visto il giudice assolvere il marito cinese che aveva ucciso la moglie che lo tradiva per il fatto, testimoniato in processo dall’antropologo, che nella cultura cinese l’onta del tradimento portava il marito ad un forte senso di vergogna.

<sup>74</sup> Per inciso, si osservi che, allo stato attuale, tale articolo è stato applicato una sola volta in Italia. La prima sentenza di condanna è stata quella del *Tribunale Verona 14 aprile 2010* poi smentita dalla Corte d’Appello di Venezia 23 novembre 2012 (dep. 21 febbraio 2013), n. 1485. Sulle due decisioni si vedano rispettivamente C. PECORELLA, *Mutilazioni, genitali femminili: la prima sentenza di condanna (nota a Trib. Verona 14 aprile 2010)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2011, 861 ss. e F. BASILE, *Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell’art. 583 bis c.p.*, in *www.statoecheme.it*, n. 24/2013.

Alla sua entrata in vigore tale norma era stata accusata di sproporzionalità nella previsione delle pene<sup>75</sup>. Una mutilazione compiuta in ossequio alle tradizioni culturali di un gruppo può, infatti, portare a 12 anni di carcere, mentre una lesione inflitta con odio e consistente nella privazione di un arto al massimo di 8 anni. Tuttavia, altra parte della dottrina aveva ravvisato la *ratio* della differenziazione di pena nell'emersione di un bene giuridico, la parità di genere: “nella volontà di conferire rilevanza penale all’offesa alla dignità delle donne e non soltanto alla lesione della loro integrità fisica”<sup>76</sup>. In questo trovava il fondamento il notevole aumento delle pene per questo tipo di lesione e la necessità di creare una figura di reato *ad hoc*, non essendo l’art. 583 bis idoneo a proteggere questo emergente bene giuridico.

Tale ricostruzione è stata in qualche modo convalidata a livello internazionale. Il 20 dicembre 2012 l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite nella sua 67° sessione ha approvato la risoluzione A/Res/67/146 contenente un divieto globale nei riguardi di tutti i tipi di mutilazioni genitali femminili<sup>77</sup>. La posizione espressa dal diritto internazionale consolida, in qualche modo, l'emersione di un nuovo bene giuridico da proteggere: la dignità delle donne, la loro parità, il divieto di oppressione da strutture patriarcali, che con le MGF si manifestano in modo dirompente. La Risoluzione ONU del 2012 fa però qualcosa di più: non costruisce soltanto l’argomento di genere come contro-limite al multiculturalismo, ma tende proprio ad uscire dal discorso culturalista. Le mutilazioni genitali femminili, infatti, non sono mai definite come pratica culturale, bensì come “violenza di genere”<sup>78</sup>.

L’inquadramento internazionale ha avuto un immediato impatto sull’ordinamento giuridico italiano, con conseguenze in tema di decisioni relative al diritto di asilo.

In una sentenza della Corte d’Appello di Catania<sup>79</sup>, il giudice decide di accogliere il ricorso della difesa contro il respingimento di una domanda di asilo nei confronti di una donna che aveva subito l’infibulazione. Il ricorso era motivato con il fatto che la donna avesse “*subito atti persecutori legati alla appartenenza al genere femminile*”. Il giudice concede l’asilo motivando che le MGF:

costituiscono una forma di *violenza*, morale e materiale *discriminatoria di genere*, legata cioè alla appartenenza al genere femminile... La MGF viene inflitta a ragazze e donne perché sono di genere femminile, per affermare potere su di loro e per controllare la loro sessualità. La pratica quindi fa parte di un più ampio modello di discriminazione contro ragazze e donne in una specifica società.

In un dialogo multilivello, la Corte opera un richiamo proprio alla Risoluzione ONU del 2012, ai tempi in corso di approvazione<sup>80</sup>. L’accoglimento della domanda della ricorrente poggia

---

<sup>75</sup> Su questo e altri profili critici della legge: G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge* e G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, entrambi in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, rispettivamente 203 ss. e 179 ss.

<sup>76</sup> R. FATTIBENE, *Verso una Risoluzione dell’Onu per l’abolizione delle mutilazioni genitali femminili a livello mondiale. il trattamento giuridico di questa pratica tra atti internazionali, modelli culturali e normative nazionali*, in [www.aic.it](http://www.aic.it), 4/2012, 8.

<sup>77</sup> Tali forme erano già state classificate nel 1995 dall’Organizzazione mondiale della sanità, che aveva previsto, una quadripartizione delle MGF in: I tipo, circoncisione; II tipo, escissione; III tipo, infibulazione e IV tipo, non classificato, comprensivo di qualunque alterazione compiuta al di fuori di ragioni mediche.

<sup>78</sup> Il termine pratica culturale non ricorre mai, sostituito da quello di “pratica dannosa” “*harmful practice*” che ricorre per cinque volte e dal termine “violenza” che ricorre nove volte, accompagnati da un lessico simile, che descrive le MGF come una “minaccia” e un “abuso”.

<sup>79</sup> Del 27 novembre 2012, con nota di B. CATTELAN, *Mutilazioni genitali femminili rilevanti per status di rifugiato*, in <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=135>.

<sup>80</sup> Ibidem: “*Di recente la questione, come risulta da un report pubblicato sul sito del Ministero degli Affari Esteri, è stata esaminata da parte della Terza Commissione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che ha adottato la Risoluzione sull’“Intensificazione degli sforzi sul piano globale per l’eliminazione delle mutilazioni genitali femminili”*”.

sul quadro internazionale e sulle letture che diversi organi internazionali hanno dato del fenomeno: violenza di genere, tortura, persecuzione politica<sup>81</sup>.

Analoga decisione ha adottato il Tribunale di Cagliari<sup>82</sup>, ribadendo che “*gli atti di mutilazione genitale femminile costituiscono atti di persecuzione per motivi di appartenenza ad un determinato gruppo sociale*”.

L'uscita dall'argomento culturale a favore di quello anti-patriarcale o di genere è, peraltro, diffusa, anche a livello di diritto sovranazionale regionale<sup>83</sup> e riguarda diversi altri conflitti multiculturali che vengono riscritti come conflitti patriarcali: la poligamia<sup>84</sup>, il *burqa*<sup>85</sup>, gli omicidi d'onore<sup>86</sup>. In relazione a questi ultimi, la giurisprudenza italiana rileva un altro interessante esempio di abbandono dell'argomento culturale a favore di quello patriarcale nel noto caso di omicidio d'onore della giovane Hina Saleem da parte del padre. Si trattava di un tipico caso di omicidio d'onore motivato dal fatto che la figlia andata a convivere con un italiano e rifiutando di comportarsi come una buona musulmana avesse infangato l'onore della famiglia. La difesa del padre chiedeva l'applicazione dell'attenuante dei motivi di superiore valore morale, considerato il movente del padre e il suo *background* culturale. Ma il giudice ha rifiutato di leggere il comportamento del padre sotto le lenti della cultura, riscrivendolo sotto il prisma del patriarcato. Nella motivazione del giudice di appello<sup>87</sup> è ben marcato il passaggio dall'argomento culturale a quello patriarcale. Il giudice contesta la motivazione della difesa volta ad inquadrare l'omicidio tra i reati culturalmente motivati che potevano determinare una valutazione più favorevole quanto meno in termini di attenuanti. Il ricorso all'argomento culturale è in questo caso, secondo il giudice:

---

*All'adozione definitiva del documento dovrà procedere l'Assemblea Generale nella sessione plenaria”.*

<sup>81</sup> Ibidem: “*La nota dell'UNHCR mette inoltre in evidenza che anche se una donna è riuscita a sottrarsi alla MGF, ovvero si rifiuta di sottoporre a tale pratica le sue figlie, ella corre il rischio concreto, anche se riesce a sfuggire alla mutilazione, di essere considerata, nel Paese ove essa è praticata, un oppositore politico ovvero come un soggetto che si pone fuori dai modelli religiosi e dai valori sociali, e quindi essere perseguitata per tale motivo*”.

<sup>82</sup> Ordinanza 3 aprile 2013, in [www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Tribunale\\_Cagliari\\_ordinanza\\_12-08192.pdf](http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Tribunale_Cagliari_ordinanza_12-08192.pdf).

<sup>83</sup> Anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (caso *Emily Collins and Ashley Akaziebie v. Sweden*, n. 23944/05, 8 marzo 2007) ha affrontato la questione con l'argomento di genere. Inoltre, la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa, ha definito la violenza contro le donne come *species* della più ampia fattispecie della violenza di genere, e le MGF (insieme con la violenza domestica, le molestie sessuali, lo stupro, il matrimonio forzato, i delitti commessi in nome del cosiddetto “onore”) come grave violazione dei diritti umani delle donne e delle bambine e principale ostacolo al raggiungimento della parità tra i sessi.

<sup>84</sup> Proibita dalla Corte suprema della British Columbia in quanto ritenuta pregiudizievole per le donne *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada* [2011] BCSC 1588, commentata da I. Spigno, *Tra le tessere del mosaico culturale canadese non c'è la poligamia*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), gennaio 2012.

<sup>85</sup> Va però a tal proposito osservato che la lettura del burqa come pratica oppressiva di genere è stata recentemente rigettata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *S.A.S vs France*, 1° luglio 2014. Sostenuto dalla Francia, che difendeva la sua legge con cui nel 2010 aveva vietato il burqa, con l'argomento che per gli uomini non esiste un'equivalente pratica vestuaria volta a coprire il volto e che il *burqa* è in sé simbolo di una inferiorità della donna, l'argomento di genere è stato rifiutato dalla Corte EDU sia rivendicando l'importanza di non mettere sotto tutela paternalistica le donne (sul punto ex plurimis S. MANCINI, *Patriarchy as the exclusive domain of the other: The veil controversy, false projection and cultural racism*, in *International Journal of Constitutional Law [ICON]* vol. 10, n. 2, 2012, 411-428), sia richiamando la loro capacità di *agency*. La Corte ha affermato che “*uno Stato membro non può invocare la parità di genere per proibire una pratica che è difesa dalle stesse donne, inclusa la ricorrente*” (par. 119). Ovviamente ciò non impedisce che alcuni ordinamenti interni vietino il burqa usando l'argomento di genere, ma questa autorevole posizione sovranazionale mostra che lo stesso non è più persuasivo.

<sup>86</sup> Sia il femminismo italiano che anglossassone hanno proposto di sottrarre gli omicidi d'onore alla classificazione culturale per considerarli “violenza di genere”: I. DOMINIANNI, *Patriarcato trasversali*, in *Il Manifesto*, 22 agosto 2006, contestando la lettura culturale del delitto di Hina Saleem, uccisa dal padre perché era andata a convivere con un uomo disonorando la famiglia, osserva “la morte di Hina non è un delitto islamico, ma un delitto patriarcale”; si veda anche R. REDDY, *Gender, culture and the law: approaches to 'Honour Crimes' in the UK*, in *Fem. Leg. Stud.*, n. 16, 2008, 305 ss.

<sup>87</sup> Corte d'appello di Brescia 5 dicembre 2008, che conferma la condanna a 30 anni.



*fuorviante... sia perché un delitto come quello commesso non risulta giustificato nel Pakistan, sia perché (Saleem) si trova residente in Italia dal 1989 ed ha avuto tutto il tempo e la possibilità di conoscere e vivere i costumi nazionali e le nostre regole, sia infine perché addurre la motivazione culturale nella fattispecie appare piuttosto il tentativo di celare quello che è soltanto l'atteggiamento del padre-padrone che si vendica di un grave affronto subito da parte della figlia, come potrebbe avvenire per qualunque soggetto dotato del medesimo carattere e della medesima indole, qualsiasi sia la sua appartenenza etnica o culturale.*

La Corte di Cassazione conferma questa lettura e il radicale rigetto della lettura culturalista<sup>88</sup>:

*la motivazione assorbente dell'agire dell'imputato è scaturita da un patologico e distorto rapporto di 'possesso parentale'.*

Quelli finora enunciati sono alcuni primi segnali che anticipano uno scenario futuro in cui potremmo assistere alla de-rubricazione di tutti i conflitti di genere dal catalogo dei conflitti multiculturali: le donne, in tal modo, uscirebbero dallo scenario multiculturale per entrare in una nuova configurazione dei conflitti patriarcali.

Tale scenario, apparentemente progressista, presenta tuttavia diversi aspetti problematici.

Il primo consiste nel fatto che l'argomento di genere (riassumibile nell'assunto le donne sono vulnerabili e quindi da proteggere dalla loro stessa cultura di appartenenza) perpetui esso stesso uno stereotipo: quello che, con brutale sintesi, chiamerò della donna-bambina. Le donne appaiano al diritto come una categoria unitaria, monolitica e generalmente associata ai bambini<sup>89</sup>. L'endiadi "donne e bambini" visti come soggetti vulnerabili, è la classica formula che si oppone all'opzione multiculturalista, quasi che le donne fossero incapaci di *agency* o di differenziarsi al loro interno in modo consapevole tra chi vuole vestirsi in un certo modo o in un altro (con il *burqa* o con i tacchi, altro terribile strumento patriarcale a ben vedere e dagli effetti ben più dannosi del *burqa*!) e tra chi vuole usare il proprio corpo in un modo o in un altro (facendosi una mutilazione al seno tramite la chirurgia plastica, piuttosto che alla clitoride).

Il secondo aspetto problematico dell'introduzione dell'argomento di genere nell'orizzonte del diritto è che, nella sua vulgata, esso determina spesso un allontanamento da alcuni principi o diritti assodati del costituzionalismo, portando a incoerenze costituzionali. Qualche esempio: penso che tutti fossimo convinti, fino a qualche tempo fa, che la scelta di quale capo di abbigliamento indossare rientrasse nell'abbicci del diritto costituzionale, ma se su un capo di abbigliamento come il *burqa*, o persino il semplice velo, grava il sospetto che sia oppressivo delle donne, ecco che le certezze vacillano e che le stesse donne che lo vogliono indossare si vedono poste sotto tutela dello Stato francese o belga.

Un terzo rischio che l'ingresso dell'argomento di genere o anti-patriarcale potrebbe comportare è quello di paralizzare il dibattito intorno a pratiche culturali che violerebbero soltanto questo bene giuridico. Un'altra pratica culturale che, se non fosse evocato il genere, il patriarcato e i rischi per le donne, non lederebbe alcun bene giuridico e sulla quale si potrebbe aprire un sereno dibattito culturale che trasformi l'idea di coppia o almeno la renda plurale<sup>90</sup>, è la poligamia. Quando comprensiva anche di poliandria, il suo riconoscimento sarebbe un allargamento di altri

<sup>88</sup> Cassazione, sez. I penale, 6587/2010.

<sup>89</sup> M. MINOW, *About Women and Culture: About Them, About Us*, 129, No. 4 *Daedalus* 2000, 125 ss. Con ciò non voglio certo negare la componente di vulnerabilità delle donne, ben evidenziata da E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Roma, Aracne, 2006, ma evidenziare come non sia la sola.

<sup>90</sup> Come quello che vogliono avviare i "poliamorosi", un movimento nato in occidente che, partendo dall'idea che è impossibile trovare appagamento emotivo e interiore una sola persona sostiene la poligamia sia sincronica che diacronica nel corso della vita, si veda [www.poliamore.org](http://www.poliamore.org).

principi costituzionali: la libertà sessuale, da un lato, e il principio di autodeterminazione, dall'altro. Se, infatti, fondiamo il matrimonio sul principio di auto-determinazione che cosa impedisce la creazione di una famiglia allargata? Tuttavia, l'argomento che la poligamia danneggia le donne, sostenuto esplicitamente in una decisione canadese<sup>91</sup> e sotteso a tutto il dibattito europeo, blocca l'attivazione di questi diritti e principi costituzionali. Siccome la poligamia è un istituto patriarcale è coerente proibirlo. Vorrei, peraltro, notare, come in tale vulgata, l'argomento di genere fa cadere il giudice in un paradosso. In *Le origini della famiglia*, Engels<sup>92</sup> e dopo di lui, gran parte del pensiero femminista<sup>93</sup> hanno, infatti, ravvisato proprio nel matrimonio monogamico un tipico istituto patriarcale, che intrappolava la donna privandola della libertà sessuale sancendo un contratto sessuale e una divisione del lavoro a tutto vantaggio dell'uomo. Il ragionamento è paradossale: difendendo la monogamia si crede di proteggere le donne dal patriarcato e non ci si accorge che, viceversa, lo si sta consolidando. Trovo, in quest'ottica, che l'adesione dei giudici e la sensibilità verso il tema della protezione delle donne non debba portare ad un radicale abbandono del concetto di cultura che, ad esempio, nel caso della poligamia, mi sembra più consono a spiegare una diversità di visioni che appare pienamente sostenibile.

In conclusione, mi sembra che il quadro descritto consenta di affermare che, nonostante la materia sia ancora in evoluzione, il diritto giurisprudenziale multiculturale presenti degli orientamenti abbastanza definiti su quali siano i limiti al multiculturalismo che andrebbero consolidati e tenuti presenti nella risoluzione dei futuri conflitti multiculturali.

Nel prossimo paragrafo conclusivo proverò ad avanzare alcune ipotesi di come questa stratificazione e accumulazione giurisprudenziale possa essere trasformata in strumenti operativi utili a governare la dis-eguaglianza culturale.

### **5. Come governare la dis-eguaglianza culturale? Alcune modifiche processuali e l'introduzione del test culturale.**

Se la natura multiculturale sarà una caratteristica permanente delle nostre società, appare opportuno che il diritto si attrezzi per governarla. Nell'economia del presente scritto mi atterrò ai due suggerimenti che mi sembrano più rilevanti: l'introduzione di alcune modifiche processuali che meglio integrino sapere giuridico e sapere antropologico e un ripensamento delle tecniche argomentative dei giudici di fronte a conflitti multiculturali, per sottrarle all'attuale occasionalità e procedimentalizzarle in un test culturale.

Una fondamentale modifica processuale che dovrebbe essere adottata riguarda la consapevolezza della necessità e la possibilità di attivare perizie tecniche di un antropologo o altro esperto culturale al fine di una più corretta configurazione delle pratiche culturali che si presentano al giudice. Non sono pochi, infatti, i casi in cui il giudice chiamato a risolvere un conflitto multiculturale non avverte la necessità di far ricorso al sapere antropologico, ma sente, piuttosto, di potersi fidare del senso comune, della conoscenza generale o della propria, spesso maturata in modo occasionale.

Questo atteggiamento svalutativo che sembra implicare che l'antropologia non sia in realtà un sapere tecnico, deriva in parte dall'appartenenza di questa al nucleo delle scienze sociali<sup>94</sup>. Ciò la espone al pregiudizio a favore delle scienze dure o vere. In tal senso, se un giudice sente di non poter prescindere da una perizia medica, psicologica o ingegneristica, non è raro che senta di poter "fare da sé" quando è in gioco una pratica culturale, improvvisandosi lui stesso antropologo.

---

<sup>91</sup> Corte suprema della British Columbia su cui nota n. 82.

<sup>92</sup> F. ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato* (1884), Editori riuniti, Roma, 2005.

<sup>93</sup> S. Firestone, *The dialectic of sex*, Bantam, NY, 1970; C. Pateman, *The sexual contract*.

<sup>94</sup> Che non a caso, in molte ricostruzioni del rapporto tra scienza e diritto, non sono nemmeno annoverate come "scienza". Si vedano: M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, I, 2/2012, 313 ss.; M. BUCCHI, *La democrazia alla prova della scienza*, in *Osservatorio italiano*, 1050 ss.

A differenza di altre discipline che hanno conquistato un loro prestigio ormai assodato in sede processuale, l'antropologia, in Italia, ancora fa fatica ad affermarsi non solo per il pregiudizio negativo verso le scienze sociali, ma anche per questioni organizzative interne alla disciplina (es. l'assenza di un albo degli antropologi) e a causa di consolidate interpretazioni delle norme che regolano il dialogo tra saperi tecnici e giudice. Tali norme sono gli artt. 61<sup>95</sup>-64 c.p.c. e gli artt. 220<sup>96</sup>-232 e 508 c.p.p. Esse, invero, sono costruite in modo tale da non precludere il dialogo con l'antropologia a priori, tuttavia, ad esempio, nel dare preferenza a periti ed esperti iscritti a precisi albi professionali (pur se non precludono al giudice la possibilità di scegliere l'esperto anche al di fuori di essi) gli antropologi incontrano problemi non essendo dotati di un apposito albo professionale. Nel caso del processo penale, va poi rilevata una risalente – anche se ormai criticata e in via di superamento – interpretazione dell'art. 220 c. 2 c.p.p. ritenuto a lungo vietare il ricorso a perizie antropologiche. La dottrina penalistica ha obiettato a tale interpretazione rilevando come il divieto va riferito ad analisi di tipo lombrosiano e non può ritenersi impedire l'analisi di un parametro extra-sistemico qual è la cultura secondo i crismi di una scienza neutra e non ideologica<sup>97</sup>. Tuttavia, le resistenze permangono e ancora oggi è generalmente tramite l'avvocato diligente e attento, più che tramite il giudice, che il parere di un antropologo o più in generale di un esperto culturale riesce ad entrare nel processo e a illuminare la pratica culturale (o religiosa) in esame<sup>98</sup>. Nel sopra richiamato caso del Sikh, era stato l'avvocato ad esibire in giudizio un documento da lui richiesto al Consolato indiano dove si descriveva minuziosamente le caratteristiche della religione Sikh e della pratica di indossare il *kirpan*. Ma se l'avvocato può essere diligente e arricchire il processo con gli elementi che apporta per illuminare la natura della pratica culturale, spesso accade che lo stesso si avvalga dell'argomento culturale in modo strategico per ottenere un certo risultato processuale e che il giudice non sia in grado di disvelare un falso o poco accurato uso della *cultural defence*.

Un esempio di uso strategico dell'argomento culturale si è verificato nel caso di due pakistani accusati di stupro, difesi con l'argomento che la donna in Pakistan era un oggetto e che, pertanto, i rei non percepivano il disvalore del fatto<sup>99</sup>. Anziché evidenziare come l'argomento della difesa fosse del tutto pretestuoso, il giudice ha sostenuto che “*il criterio fissato dall'art. 133 c. 2, n. 4 c.p. ha di contro valenza esattamente contraria, poiché sta a significare che tanto più le condizioni di vita individuale, familiare, sociale rispecchiano un sistema di regole antitetico a*

<sup>95</sup> Art. 61 c.p.c. “Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica. La scelta dei consulenti tecnici deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione al presente Codice”.

<sup>96</sup> Art. 220 c.p.p. “1. La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. 2. Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche”.

<sup>97</sup> C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 157 osserva che “la perizia culturale non è una perizia criminologica, in quanto non ha ad oggetto la personalità dell'imputato, le sue tendenze o le sue qualità psichiche” e può, pertanto, essere espletata.

<sup>98</sup> G. UBERTIS, *Multiculturalismo e processo penale*, in P. BONETTI, A. SIMONI, T. VITALE (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, Giuffrè, Milano, 2011, 1127 ss. ritiene necessario procedere ad un accertamento culturale che non sia fatto in solitudine dal giudice: “quando si riscontrasse un nesso significativo tra l'addebito e la cultura originaria dell'accusato, dovrebbero potersi ammettere testimonianze di componenti della minoranza di appartenenza e pareri di antropologi o etnologi sull'esistenza e sul contenuto del comportamento asseritamente culturale (*profilo oggettivo* della questione), cui dovrebbe accompagnarsi una verifica dell'effettiva adozione dell'imputato al sistema di valori affermato come ispiratore della sua condotta attraverso deposizioni di suoi familiari o conoscenti ovvero produzione di documenti concernenti, ad esempio, il suo percorso scolastico o le sue attività lavorative (*profilo soggettivo*)”, 1134.

<sup>99</sup> GUP Bologna, 16 novembre 2006.

*quelle cui si ispira la tutela penale, tanto più deve essere severa la sanzione*<sup>100</sup>. In tal modo il giudice ha introdotto una sorta di aggravante culturale, senza considerare che l'argomento della difesa (lo stupro è una pratica culturale pakistana) non reggeva in quanto si appellava ad una presunta pratica culturale (lo stupro) inesistente. Il giudice non può confondere quella che è una mera regolarità di un comportamento, se non una stessa devianza o patologia, dalle pratiche che godono di consenso del gruppo e deve essere attrezzato per "resistere" agli usi strategici della difesa. La previsione di un esperto culturale che lo aiuti a svelarli è, pertanto, un punto centrale nel processo.

Il secondo strumento utile a governare la dis-eguaglianza culturale va rinvenuto in nuovi strumenti argomentativi per il giudice, strumenti che in qualche modo tecnicizzino e rendano più accurata la stessa motivazione. Nel caso dei conflitti multiculturali ho individuato uno di questi possibili strumenti in un test culturale. Si tratta di un modo per proceduralizzare l'iter argomentativo del giudice, una sorta di guida, per tappe obbligate verso la decisione, che incorpora alcuni standard antropologici dentro il processo mettendoli in dialogo con le caratteristiche proprie del ragionamento *more juridico* e che, più in generale, aspira a rendere certi i passaggi argomentativi da affrontare.

Il test sintetizza le molteplici esigenze sottese al ricorso ad un sapere esterno quale quello antropologico, ma anche i suoi rischi. Se il giudice deve chiedere aiuto all'antropologo nel risolvere una controversia culturale – ed è bene che lo faccia, anche se il senso comune gli presenta una conoscenza pre-confezionata e quasi certa – è pur vero che, come visto, lo stesso giudice non deve fermarsi alle risultanze che l'antropologia gli presenta. In questo senso, il test che propongo combina sia elementi "tecnici" strettamente pertinenti all'antropologia, sia elementi "ponderativi" più tipici del ragionamento *more juridico*. I due elementi sono distribuiti nella seguente sequenza di passaggi logico-argomentativi che, a mio avviso, ogni giudice dovrebbe percorrere quando si trova di fronte ad un conflitto multiculturale:

1. La categoria "cultura" è utilizzabile?
2. Descrivere la pratica culturale e le caratteristiche del gruppo.
3. Inserire la singola pratica nel più ampio sistema culturale.
4. Quanto la pratica è essenziale e obbligatoria?
5. Quanto la pratica è condivisa dal gruppo o è contestata?
6. Come si comporterebbe la persona media appartenente a quella cultura?
7. Quanto è sincero il soggetto?
8. La ricerca dell'equivalente culturale.
9. La pratica arreca un danno?
10. Che impatto ha l'altrui pratica sulla cultura ospite?
11. Il gruppo è discriminato nella società?
12. Che buone ragioni presenta la minoranza per continuare la pratica? Il criterio della scelta di vita ugualmente valida.

Le prime sei domande del test coagulano le questioni tecnico/scientifiche e la loro risposta dovrebbe essere affidata all'esperto culturale, che possiede la conoscenza antropologica a meno che, per la vicinanza culturale della minoranza e per un facile accesso a fonti scientifiche (riviste, manuali, report, dibattiti nazionali o internazionali etc.) il giudice possa lui stesso svolgere l'analisi. L'ipotesi di fare autonome ricerche culturali, di tipo interdisciplinare, rischia di trasformare il *iura novit curia* in una sorta di *omnia novit curia*, ponendo in capo al giudice uno sforzo tantalico. In ciò il giudice potrebbe essere aiutato dal fatto che le conoscenze antropologiche vengano incorporate,

---

<sup>100</sup> La decisione, non è pubblicata, B. DESI, *Diversità culturale e principio di uguaglianze nel processo penale*, relazione al convegno *Multiculturalismo e processo penale*, Bologna, 13 aprile 2007, in [www.giuristidemocratici.it](http://www.giuristidemocratici.it), 2007.

attraverso la dottrina giuridica e il cosiddetto diritto dei professori, nel dibattito giuridico<sup>101</sup>, anche se ovviamente la possibilità di coinvolgere un esperto, pur con i problemi di selezione che questo pone<sup>102</sup>, si rivela l'opzione più certa e preferibile.

Piuttosto che affidare la risoluzione dei conflitti multiculturali a motivazioni che talvolta danno primazia ad un elemento ignorandone altri, il test culturale ha il vantaggio di apportare una certezza almeno di tipo argomentativo, se non per quanto attiene alle soluzioni del caso. Decisioni meno aleatorie, basate su accertamenti e moduli argomentativi più stabili favorirebbero una maggiore legittimazione del giudice di fronte al suo uditorio e attenuerebbero le critiche sull'incertezza delle soluzioni che i giudici forniranno, incertezza che è forte nella giurisprudenza multiculturale italiana. Anche in assenza di un intervento del legislatore, mi sembra che i giudici potrebbero, comunque, porre rimedio sviluppando una riflessione su un modo comune di risolvere i conflitti multiculturali. I tempi sono maturi: la circolazione dei modelli, le esperienze comparate, la stessa quantità e spesso qualità delle sentenze italiane consentono di avere un materiale abbondantissimo su cui lavorare per tracciare i fondamenti di un diritto giurisprudenziale multiculturale comune. Il test proposto tenta una sintesi dei *topoi* più persuasivi e ricorrenti negli accertamenti fatti dall'antropologia e dai giudici.

In quarant'anni di risoluzione di conflitti multiculturali i giudici si sono sforzati, spesso con un approccio *case by case*, che non partiva da un pre-esistente sistema, ma che, in qualche modo, sta producendo un sistema. E' a mio avviso arrivato il tempo di consolidare questa tradizione traducendola in strumenti concreti cui il giudice possa fare riferimento.

---

<sup>101</sup> Sulla difficoltà del dialogo tra diritto e antropologia come scienza anche a livello accademico rimando alle riflessioni di R. MOTTA, *Problemi e sviluppi possibili dell'antropologia giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXVII, n. 1, giugno 1997, 239 ss.

<sup>102</sup> G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza*, cit., 422 osserva al proposito: "Incombe... sul giudice un dovere di selezionare in modo adeguato gli esperti chiamati a consulenza".