



Rita Benigni

(ricercatore di Diritto canonico ed ecclesiastico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tre)

Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi

SOMMARIO: Premessa - 1. Identità culturale, diritti umani e principi costitutivi delle democrazie occidentali. Gli interventi europei e la Carta dei valori e della cittadinanza italiana - 2. La regolazione della famiglia tra diritto all'identità e modello socio-giuridico europeo. La poligamia, il ripudio, la dote - 3. Il motivo culturale nell'interesse della prole e del minore. I rapporti di filiazione e la *kafalah* - 4. (Segue) Il ricongiungimento familiare. L'abbandono ed i maltrattamenti del minore - 5. *Cultural defenses* e reati culturali: la tendenza all'esclusione nella giurisprudenza europea - 6. (Segue) Linee evolutive: l'accoglienza del motivo culturale nel sistema penale italiano e l'impegno internazionale contro i "crimini d'onore".

Premessa

*"L'ultima parte del XX secolo è stata descritta come 'l'età delle migrazioni'. Grandi quantità di persone attraversano i confini internazionali e di fatto rendono polietnico quasi ogni paese"*¹. L'Europa in particolare si è trovata a confrontarsi con una nuova immigrazione proveniente dall'Asia e dall'Africa che ha dato progressivamente vita a minoranze etniche portatrici di un grado di specificità fino ad ora ignoto. Il vecchio continente infatti non ha nel suo passato prossimo esperienza di un confronto tra ordinamenti nazionali e minoranze etniche ad alta potenzialità conflittuale. Qui si perde nella notte dei tempi l'esistenza di minoranze autoctone paragonabili agli inuit canadesi, agli aborigeni australiani, o agli indigeni di alcuni Stati dell'America latina come il Perù, la Colombia ed il Cile, le quali, generate dalla sostituzione degli invasori vincitori alle popolazioni native, vivono come comunità separate soggette a proprie leggi e giurisdizioni in alcune materie².

¹ **W. KIMLICKA**, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999, 335.

² Attraverso interventi legislativi in Canada, Nuova Zelanda e Australia si è dato riconoscimento ad ordinamenti consuetudinari di tipo sanzionatorio-conciliativo, le cd. sentencing circle; in Colombia, Perù e Cile si riconoscono invece giurisdizioni penali indigene che pronunciano in base al diritto consuetudinario indigeno; in argomento cfr. **V. SACCO**, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007; **A. BERNARDI**, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006, 64 ss., con ampia bibliografia; i



L'Europa ha conosciuto piuttosto un pluralismo culturale essenzialmente religioso, linguistico, di usi e tradizioni locali. Non a caso il legislatore europeo tutela e promuove le minoranze nazionali attraverso una serie di atti e documenti³ che fanno generalmente riferimento alla definizione di *Capotorti*, per il quale la minoranza è "un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione non dominante, i cui membri - essendo di nazionalità dello Stato - possiedono caratteristiche etniche, religiose, o linguistiche che differiscono da quelle del resto della popolazione, e mostrano, anche solo implicitamente, un senso di solidarietà diretta a preservare la loro cultura, tradizioni, religione o lingua"⁴. Le minoranze cui ci si rivolge sono insomma caratterizzate dalla appartenenza alla popolazione dello Stato-nazione e da un altro elemento essenziale: la presenza storica del gruppo in una porzione determinata di territorio. Requisiti entrambi non soddisfatti dalle comunità di immigrati che giuridicamente vanno considerati "stranieri"⁵.

Tutto ciò ha imposto alle nazioni europee la ricerca di una nuova politica della differenza culturale, di non pronta soluzione. Non appare infatti risolutivo definire gli immigrati "minoranze nuove" ed estendere loro la disciplina prevista per quelle nazionali, come suggerito da una parte della dottrina⁶. La tutela assegnata a tali minoranze si concretizza essenzialmente in diritti linguistici e di conservazione della memoria

contributi di **B. FAEDDA**, *Nunavut, il nuovo Stato degli Inuit del Canada. Quando una minoranza diventa autonoma; I Maori della Nuova Zelanda: la colonizzazione europea e il Trattato di Waitangi; Il diritto aborigeno e l'Australia* (in www.diritto.it).

³ Si tratta in particolare della Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali firmata a Strasburgo nel 1995, di poco preceduta dalla Carta Europea delle lingue regionali o minoritarie (1992), ed affiancata dalla normativa contro le discriminazioni per motivi di razza e cultura, offerta dal Trattato CE (artt. 12-13) e dalla Carta di Nizza (artt. 21-22). Va ancora ricordata la Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose o minoritarie, adottata dall'Assemblea Onu (1992).

⁴ **F. CAPOTORTI**, *Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 1992, 102, 107.

⁵ Cfr. **P. THORNBERRY**, *International law and the rights of minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1992, per il quale la protezione degli stranieri fa parte delle relazioni inter-statali, ed è generalmente ricompresa nel diritto internazionale generale dei diritti dell'uomo.

⁶ Sul superamento dell'elemento territoriale cfr. **P. BARBERA**, *I diritti delle minoranze nel crepuscolo degli Stati nazionali*, in *Giornate biennali di studio in onore di Lelio Basso - Popoli, Minoranze, Stato-nazione*, Roma, 4-7 dicembre 1991; **E. ROSSI**, *Minoranze etnico-linguistiche* (voce per un'enciclopedia), in *Archivio giuridico*, 1993, 266. Sulla estensione dell'art. 6 della costituzione italiana alle minoranze immigrate cfr. **L. MELICA**, *Lo straniero extra-comunitario, Valori costituzionali e identità culturale*, Torino, 1996, 158.



della propria cultura; misure del tutto insufficienti a dare risposte alle domande identitarie degli immigrati e talora non richieste; imparare la lingua dello Stato ospitante è ad esempio una necessità per inserirsi nel mondo del lavoro ed il primo passo verso l'integrazione nella società ospitante⁷. D'altra parte le culture, anche giuridiche, che l'immigrazione soprattutto araba ed asiatica portano oggi con sé, presentano innumerevoli e profondi punti di divergenza con gli ordinamenti occidentali. Basti pensare alla legge coranica che regola per molti aspetti la vita degli immigrati musulmani, applicando differenze di genere tra i membri della comunità, nonché rapporti gerarchici e patriarcali all'interno della famiglia con conseguenti limitazioni dei diritti personali degli individui. Senza parlare del reato di apostasia o del divieto di matrimoni misti che limitano gravemente la libertà religiosa. Terreni non meno 'sensibili' sono del resto gli atteggiamenti culturali e sociali quali il matrimonio delle bambine, ancora assai diffuso nei paesi orientali, o l'impiego usurante di minori nel lavoro, largamente praticato nella comunità cinese o infine, l'avvio alla pratica dell'elemosina e in alcuni casi a condotte microcriminali, nel caso dei rom. Emergono insomma fattori identitari che non si esauriscono in usanze e tradizioni di natura locale, annoverabili talora addirittura al folklore, le quali operano sullo sfondo di valori condivisi con la maggioranza. Ci si muove al contrario in un quadro complesso che dà vita a problemi di "pluralismo normativo"⁸ innanzi al quale da anni ormai, i paesi europei si interrogano e vanno sperimentando nuove politiche della differenza culturale. Si susseguono con continuità Rapporti comunitari e nazionali sui flussi migratori e sulle politiche di immigrazione ed integrazione⁹, Risoluzioni, Direttive, leggi nazionali

⁷ Cfr. E. PALICI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, Torino, 2002, p. 198 ss., per il quale il legame con la cultura sorge più spesso a livello religioso che non linguistico.

⁸ Cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2001, 47, per la quale la locuzione indica al contempo "che siamo di fronte a una pluralità di norme, più che di ordinamenti o sistemi, e che queste norme hanno varie origini, non sempre qualificabili come giuridiche". Essa è più adeguata a descrivere le problematiche della multiculturalità rispetto a quella di pluralismo giuridico, poiché il quadro normativo in cui si muovono i migranti è costituito non soltanto da norme di diritto positivo degli Stati di provenienza, ma anche da regole religiose, consuetudinarie, e da norme transnazionali o infranazionali.

⁹ Cfr. le innumerevoli Comunicazioni adottate dal Consiglio dell'Unione europea, tra cui si ricordano la COM (2003) 336, Comunicazione della Commissione su immigrazione, integrazione e occupazione; la COM (2004) 508, Prima relazione annuale su immigrazione e integrazione; la COM (2004) 811, Libro verde sull'approccio della Unione europea alla gestione della migrazione economica; COM (2005) 389 un'Agenda comune per l'integrazione. Quadro per l'integrazione dei



sulla cittadinanza o su materie specifiche, come la condizione della donna, la poligamia, le mutilazioni genitali¹⁰. Non mancano poi studi scientifici sul multiculturalismo e le politiche di immigrazione, e sulle singole problematiche della polietnia, tematiche tutte, divenute oggetto di interventi quotidiani sui mass-media. Nel contempo le maglie larghe dei sistemi normativi europei, improntati al rispetto delle pluralità e della identità di gruppi ed individui, vanno determinando l'accoglienza di istituti giuridici e pratiche culturali talora non del tutto conformi alla tradizione giuridico-sociale dell'Europa. Va segnalata in tal senso una crescente attività giurisdizionale che, chiamata a fare i conti con le interferenze dell'identità culturale nell'applicazione del diritto comune, mostra come le specificità culturali, non solo islamiche, possono acquisire rilevanza giuridica indiretta, fino a forzare i principi fondamentali degli ordinamenti occidentali, ciò soprattutto in materia di famiglia. È questo infatti l'ambito più esposto all'incidenza etnico culturale, per ragioni, come vedremo, tanto antropo-sociologiche quanto giuridiche. Non a caso la recezione del diritto di famiglia islamico per via giurisprudenziale, nei paesi occidentali di più lunga immigrazione sostanzia in larga parte quel processo che alcuni hanno definito "*the formation of a European Shari'a*"¹¹. Le pronunce adottate risultano talora sconcertanti e sono perciò rese note dalla stampa, come quella di un Giudice australiano che nel dicembre 2007, in nome dell'appartenenza etnica ha assolto tre uomini e sei ragazzi aborigeni dal reato di stupro: la violenza sessuale sarebbe infatti talmente diffusa nelle aree indigene da non potersi percepire come reato¹². O quella del Tribunale tedesco di Buckeburg che nel marzo 2006, ha applicato uno sconto di pena per il reato di violenza carnale ai danni della moglie, ad

cittadini dei Paesi terzi nell'Unione europea. Per l'Italia, cfr. i Rapporti del Consiglio Nazionale dell'Economia del Lavoro, Indici di integrazione degli immigrati in Italia, (<http://www.portalecnel.it/Portale/homepagesezioniweb.nsf/vwhp/Areaimmigrazione?opendocument>); i dossier statistici Immigrazione 2006-2007 e 2008, di Caritas/Migrantes.

¹⁰ Tra le innumerevoli Direttive dell'UE si ricordano la 2003/86/CE sul diritto al riconciliamento familiare e la 2003/109/CE che definisce lo *status* dei cittadini dei paesi terzi. Tra le Risoluzioni del Parlamento cfr. la 2004/2267 sull'integrazione degli immigrati in Europa grazie alle scuole e a un insegnamento plurilingue; la 2004/2137 sulle connessioni tra migrazione legale e illegale e l'integrazione dei migranti; la 2006/2010 sull'immigrazione femminile: ruolo e condizione delle donne immigrate nell'Unione europea.

¹¹ **M. ROHE**, *The formation of a European Shari'a*, in J. Malik (Ed) *Muslim Minority Societies in Europe*, Leiden, 2003; **ID.**, *Muslim Minorities and the Law in Europe-Chances and Challenger*, New Delhi, 2007.

¹² Notizia in *Corriere della sera*, 11 dicembre 2007.



un cittadino italiano di origine sarda poiché i reati furono effetto di un esagerato pensiero di gelosia, in relazione al quale si deve tener conto *“delle particolari impronte culturali ed etniche dell'imputato”* e *“del ruolo dell'uomo e della donna esistente nella sua patria”*¹³. Ed ancora la pronuncia del marzo 2007, con cui il Tribunale di Francoforte ha respinto la richiesta di divorzio immediato presentata da una donna marocchina, quotidianamente picchiata e maltratta dal marito, e minacciata di morte; per il giudice non ricorreva l'estrema urgenza, presupposto di un divorzio lampo, poiché *“nel Corano, alla Sura quarta, verso 34, è previsto che l'uomo possa punire la moglie”*¹⁴. Non manca in tale panorama il giudice italiano, nota è la sentenza dell'agosto 2007, rimbalzata per giorni sulle pagine di importanti testate giornalistiche, con cui la Cassazione italiana ha confermato l'assoluzione del padre e del fratello di Fatima, una ragazza musulmana, sequestrata e malmenata per aver condotto una vita da 'occidentale', poiché si trattrebbe di episodi non abituali e comunque *“motivati da comportamenti della figlia ritenuti scorretti”*¹⁵. A tali pronunce più note, se ne affiancano tuttavia molte altre meno eclatanti, non solo penali, ma anche civili e dei Tribunali dei minori, che segnano, anche nel nostro ordinamento, una crescente accoglienza per via giurisprudenziale di alcune specificità culturali degli immigrati.

L'approccio giurisprudenziale alle problematiche identitarie nelle relazioni di famiglia, coinvolge vari ambiti: dai diritti derivanti da un matrimonio poligamico, alla disciplina dei ricongiungimenti, fino alle relazioni di "forza" all'interno della famiglia che generano talora comportamenti criminosi. Tali pronunce meritano un'analisi ed una trattazione specifica, poiché consentono di tracciare la casistica delle problematiche concrete poste dalla nuova immigrazione; di rilevare per così dire "sul campo", l'operatività dei limiti all'accoglienza dell'identità culturale iscritti negli ordinamenti occidentali, e soprattutto di individuare le aree e gli istituti giuridici sensibili ed esposti ad un travalicamento di detti valori.

¹³ Cfr. Tribunale di Buckeburg, 14 marzo 2006 (il testo può leggersi in http://www.cittadinolex.kataweb.it/article_view.jsp?idArt=73495&idCat=75).

¹⁴ La sentenza è stata riportata da tutti i quotidiani nazionali italiani tra il 22 ed il 27 marzo 2007, ed è stata ampiamente criticata dalla stampa tedesca; vedi in particolare l'articolo nel settimanale di Amburgo, *Der Spiegel*, dal titolo, *Ma qui è già in vigore la shari'a*, ripreso da *Il giornale*, 27 marzo 2007, *Islamizzazione silenziosa: la nuova paura della Germania*.

¹⁵ Cassazione pen. sez. V, 2 agosto 2007, n. 31510.



1 - Identità culturale, diritti umani e principi costitutivi delle democrazie occidentali. Gli interventi europei e la Carta dei valori e della cittadinanza, italiana

Per procedere all'analisi della più recente giurisprudenza in materia di famiglia e problematiche multiculturali è bene, preliminarmente, fare chiarezza su alcuni temi che animano il dibattito sulla multiculturalità e sono esposti a qualche fraintendimento. Si tratta da una parte, del rapporto tra il rispetto dell'identità e la garanzia dei principi fondanti gli ordinamenti occidentali, compresi i diritti umani, la cui vocazione universalistica è da alcuni contestata quale frutto del pregiudizio etnocentrico dell'occidente, fino a sostenere la loro applicabilità solo a quanti vi si riconoscano e ne chiedano l'attuazione¹⁶. Dall'altra parte vi è la questione in parte connessa degli "statuti personali", legata soprattutto all'adozione della legge sharaitica anche attraverso l'applicazione del diritto nazionale dell'immigrato musulmano. Ciò che noi definiamo statuto personale, corrisponde infatti a quella partizione del diritto dei moderni sistemi arabi e più in generale di ispirazione islamica, detta "legge personale", la quale comprende la disciplina del matrimonio, dei rapporti patrimoniali tra coniugi, dei rapporti di parentela e degli obblighi alimentari connessi, la curatela, la tutela, le donazioni, le successioni, "materie rispetto alle quali la šarī'a non ha mai cessato di pretendere effettiva applicazione".¹⁷

È noto ormai a tutti che le nazioni europee si confrontano con le istanze identitarie dell'immigrazione soprattutto araba, secondo modelli talora assai distanti, per cui convivono sullo stesso suolo europeo la c.d. legge francese sul velo (l. n. 228 del 15 marzo 2004), che vieta di indossare simboli religiosi e culturali se non di dimensioni "invisibili", nelle scuole e nelle altre strutture pubbliche, e la ammissione del marito agli assegni familiari per ogni moglie "aggiuntiva", di recente prevista dal Governo inglese¹⁸. La varietà di

¹⁶ Il dibattito sulla universalità dei diritti umani è assai ampio, per un primo esame cfr. **N. BOBBIO**, *L'età dei diritti*, Torino, 1990; **A. CASSESE**, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1998; **M. IGNATIEFF**, *Human rights as Politics and Idolatry*, Princeton, 2001 (trad. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003); **C. CARDIA**, *Genesi dei diritti umani*, Torino, 2003, 185 ss.; **D. ZOLO**, *Fondamentalismo umanitario*, in M. IGNATIEFF, *Human rights*, op. cit., 141.

¹⁷ **R. ALUFFI BECK PECCOZ**, *Statuto personale*, in *Dig. disc. priv.*, vol XIX, 53, 53.

¹⁸ La notizia è stata ampiamente diffusa dalla stampa mondiale nel febbraio 2008 (cfr. tra gli altri, *Corriere della Sera*, 8 febbraio 2008). La previsione è contenuta nelle *New guidelines on income support*, del Department for Work and Pensions (DWP) State, per le quali: "Where there is a valid polygamous marriage the claimant and one spouse will be



politiche dell'immigrazione, di sistemi e regole di accoglienza o rifiuto dell'identità culturale, non deve tuttavia far dimenticare che esiste un quadro di valori fondanti la società e gli ordinamenti occidentali, comune e condiviso da tutte le nazioni europee, entro cui devono operare le politiche e le scelte settoriali del singolo paese. Sono i principi di pluralismo e democrazia; di uguaglianza delle persone e della loro pari dignità innanzi alla legge; di rispetto delle libertà fondamentali, prima tra tutte quella di religione, così come riconosciute e garantite dalle dichiarazioni internazionali e soprattutto dalla Convezione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tali principi, tutti condizioni *sine qua non* per l'adesione all'Unione europea, costituiscono sul suolo europeo, i confini dell'accoglienza culturale compatibile, anche definita "*multiculturalismo affievolito*" per contrapporlo a quelle pratiche e regole di multiculturalismo forte¹⁹, di difficile se non impossibile recezione. L'area coperta dall'una o l'altra categoria può essere indubbiamente più o meno ampia, a seconda dell'approccio assimilazionista o comunitario adottato dal singolo Stato, in ogni caso la linea estrema di demarcazione è inevitabilmente segnata dai predetti cardini della civiltà occidentale.

Il confronto con l'islam in particolare, ha fatto emergere una ferma risposta delle istituzioni europee a tutela dei diritti delle donne. Nel rispondere ad una Interrogazione parlamentare sul caso del divorzio rapido negato dal Tribunale tedesco, la Commissione europea ha rilevato che "*la parità di genere è un diritto fondamentale e un valore comune dell'Unione europea e la giurisprudenza o le prassi che sono discriminanti per le donne sono inaccettabili*"²⁰. L'uguaglianza tra uomo e donna è ribadita con maggior forza nella Risoluzione del Parlamento europeo sull'immigrazione femminile, dell'ottobre 2006²¹. Già nel 1998,

paid the couple rate (£ 92.80). The amount payable for each additional spouse is presently £ 33.65."

¹⁹ La definizione è di C. DAQUANNO, *Multiculturalismo e compatibilità (riflessi normativi e giurisprudenziali in Europa)*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 1, 171.

²⁰ Cfr. H-0246/07 del 2 aprile 2007, Violazione dei diritti umani fondamentali, con risposta del 26 aprile 2007 (che possono leggersi in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20070426&secondRef=ANN-01&language=IT&detail=H-2007-0246&query=QUESTION>).

La Commissione ricorda comunque che essa non può intervenire nei procedimenti giuridici degli Stati membri in cui non sia applicabile alcuna normativa comunitaria.

²¹ Risoluzione del Parlamento europeo sull'immigrazione femminile: ruolo e condizione delle donne immigrate nell'Unione europea (2006/2010INI), 24 ottobre 2006.



con la Risoluzione relativa alla presenza musulmana in Europa²², il Parlamento, nell'invitare gli Stati membri a rafforzare la conoscenza reciproca delle culture e civiltà del Mediterraneo, aveva condannato ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, nonché gli attentati alla loro libertà individuale e all'integrità fisica, nelle varie società, chiedendo che in tutte le politiche dell'Unione, di cooperazione con i paesi islamici, si tenesse conto delle pari opportunità tra uomo e donna. Il Parlamento europeo torna nel 2006 sul punto affrontando con severità e dettaglio le gravi discriminazioni cui le donne sono sottoposte a causa delle mentalità, di stereotipi negativi e di prassi prevalenti nei rispettivi paesi d'origine, e tratta specificamente le problematiche della emarginazione derivante dalla dipendenza della donna dallo *status giuridico* del coniuge o del padre, i matrimoni forzati, la mutilazione genitale, i cosiddetti crimini di onore, la poligamia. Nel registrare in modo censorio tali pratiche il Parlamento europeo ricorda espressamente che *"le violazioni dei diritti umani nei confronti di donne e giovani migranti, sotto forma di cosiddetti delitti d'onore, matrimoni forzati, mutilazioni genitali o altre violazioni, non possono essere giustificate in base ad alcun motivo culturale o religioso e non vanno in alcun modo tollerate."* Perciò dopo aver invitato gli Stati membri ad approntare campagne di informazione e sensibilizzazione sui propri diritti, rivolte alle donne, richiede più specificamente di *"adottare e dare attuazione a disposizioni giuridiche specifiche in materia di mutilazioni genitali"; "condanna i matrimoni forzati"* ed invita gli Stati membri ad introdurre nelle rispettive legislazioni misure volte a perseguire i cittadini che cerchino di contrarre tale matrimonio e contribuiscano ad organizzarlo; *"invita gli Stati membri a garantire il mantenimento dell'illegalità della poligamia,"* dopo avere notato *"con preoccupazione che i matrimoni poligami sono stati riconosciuti come legali negli Stati membri"* e da ultimo, esclude valide motivazioni culturali e religiose, non solo nei casi di violenza indotti dalla famiglia, ed in particolare per i cosiddetti delitti di onore, ma anche laddove *"i genitori delle giovani migranti proibiscano loro di partecipare alle attività sportive, ai corsi di nuoto e ad altri corsi*

²² Cfr. Risoluzione sull'Islam e la giornata europea di Averroè, 16 settembre 1998. Così testualmente gli artt 8-9: *"8. Condanna ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne e gli attentati alla loro libertà individuale e alla loro integrità fisica nella società, allorché esse subiscono costrizioni in materia di abbigliamento, punizioni corporali e mutilazioni sessuali, sono ripudiate e considerate esseri inferiori, vedono limitata la loro autonomia all'interno della vita di coppia, familiare e sociale, sono ostacolate nel loro impegno e nella loro volontà d'integrazione, e sono discriminate per quanto riguarda il lavoro e gli alloggi, nonché nell'esercizio dei diritti civili in genere. 9. Chiede un sistematico inserimento delle pari opportunità fra uomini e donne, nel senso del cosiddetto mainstreaming, in tutte le politiche dell'Unione europea concernenti la cooperazione con i paesi islamici.*



scolastici". È insomma evidente che le istituzioni europee rifiutano "tutte le forme di relativismo culturale e religioso che possano violare i diritti fondamentali delle donne", confermando la validità *erga-omnes* dei diritti umani, i quali "costituiscono un patrimonio universale che l'occidente ha accumulato e serve proprio ai più deboli per costruirsi una vita più ricca, più libera, più completa"²³. Del resto ammettere sul suolo europeo, e da parte degli ordinamenti statuali, una "non applicazione" dei diritti umani a quanti appartengono a gruppi etnico-culturali che non vi si riconoscono, significherebbe accedere ad un sistema di "leggi personali", che, come vedremo, è del tutto inconciliabile con lo Stato di diritto occidentale.

Il conflitto con i valori essenziali della civiltà occidentale è ancora più aspro laddove ci si confronti con il *sistema di diritto shariaitico*. In tal senso la Corte di Strasburgo, nelle due pronunce sul caso Refah Partisi, relative allo scioglimento di detto partito politico da parte delle autorità turche, poichè esso prevedeva tra l'altro l'introduzione della shari'a²⁴, ha dichiarato che i principi iscritti nella Convenzione non consentono alcun ingresso alla shari'a, è infatti "difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur la Charia, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses". A tali pronunce si è reiteratamente richiamata la Commissione europea nelle risposte alle molteplici Interrogazioni parlamentari rivoltegli circa l'applicazione ed applicabilità della shari'a nei paesi membri²⁵, tra cui quella generata dal nostro "caso Fatima"²⁶.

²³ C. CARDIA, *Libertà religiosa e multiculturalismo*, Relazione al Convegno "La dimensione giuridica della libertà religiosa", in occasione della presentazione del Volume degli atti del Convegno su "Il contributo di F. Scaduto alla scienza giuridica", Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo, Palermo, 11-12 marzo 2008, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it).

²⁴ Affaire Refah Partisi (Parti de la Prospérité), et autres c. Turquie, Richiesta n 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, Arrêt 31 luglio 2001 (cinque voti contro quattro), ed Arrêt 13 febbraio 2003 (Grande Chambre, unanimità).

Entrambe possono essere consultate nel sito della Corte (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>).

²⁵ Cfr. Interrogazione E-0888/06 del 7 marzo 2006, Musulmani britannici ed enclavi musulmane separate in Gran Bretagna, con risposta scritta dell'On. Frattini del 19 marzo 2006 (in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2006-0888+0+DOC+XML+V0//IT&language=IT>).

²⁶ Interrogazione E-4642/07 del 27 settembre 2007, Shari'a o leggi nazionali? con risposta scritta dell'On. Frattini del 17 dicembre 2007 (consultabili in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2007-4642&>



Nel ribadire l'incompatibilità registrata dalla CEDU, tra la shari'a ed i valori fondanti gli ordinamenti europei, la Commissione ha tuttavia precisato, non solo di non avere conoscenza di una applicazione della legge coranica da parte degli Stati membri, ma soprattutto di non potere considerare tale, la semplice attribuzione di effetti ad alcuni *status giuridici* o ad azioni compiute secondo il diritto dello Stato di provenienza, sulla base di norme del diritto occidentale. Interrogata sulla concessione da parte della autorità tedesche del permesso di soggiorno alla seconda moglie di un esule iracheno, e di assicurazioni di malattia alle secondi mogli, decisioni entrambe ritenute dall'interpellante un riconoscimento di fatto della poligamia, la Commissione ha risposto che *"the recognition of certain effects of a legal situation or practice of a third country in accordance with the rules of private international law does not signify the approval or adoption of these rules or practice in their entirety by Members States"*²⁷. Ciò vale peraltro non soltanto per gli effetti del matrimonio poligamico, ma anche per il riconoscimento del ripudio come valida forma di divorzio operata da alcuni Stati membri, laddove, ribadisce la Commissione, ciò accada in applicazione di regole del diritto privato internazionale o di accordi bilaterali. Si tratta di una precisazione importante, che mette in guardia dal rischio di gridare alla formazione di una shari'a europea o alla violazione di principi fondanti, ogni qualvolta si dà rilevanza giuridica ad una regolazione e/o ad un istituto giuridico distanti dai nostri, in applicazione di norme di diritto nazionale o internazionale²⁸.

Analoga distinzione si impone per la più ampia tematica degli statuti personali. Si rileva da più parti che molti immigrati, soprattutto musulmani stentano a riconoscersi nelle norme e nei sistemi giudiziari occidentali e, restando fedeli alle proprie pratiche e regole, vivono in condizioni di illegalità sommersa. C'è così chi sostiene che il riconoscimento della legge coranica almeno in alcune materie, tra cui il

language=IT).

²⁷ Cfr. Interrogazione E-3128/06 del 10 luglio 2006, rischio di un ingresso subdolo della shari'a nel sistema giuridico europeo, con risposta scritta del 5 settembre 2006 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2006-3128+0+DOC+XML+V0//IT&language=IT>).

²⁸ Resta fermo tuttavia, il valutare e l'interrogarsi sulla opportunità o necessità di una modifica di tali norme, in ragione degli effetti prodotti dalla loro applicazione a realtà dissimili dalla tradizione giuridico sociale dell'occidente. È infatti ben diverso rimettere la regolazione dei rapporti di famiglia alla legge dello Stato di origine, laddove la norma operi in un contesto giuridico-sociale omogeneo, ed il caso in cui l'ordinamento di provenienza preveda istituti agli antipodi di quelli dello Stato ospitante, quali ad esempio il matrimonio poligamico basato sulla disparità dei coniugi.



diritto di famiglia, consentirebbe loro di vivere nel rispetto della propria identità senza perciò entrare in conflitto con il paese ospitante²⁹. L'idoneità di una tale sistema a soddisfare le esigenze identitarie e soprattutto le attese di tutti gli immigrati e delle donne in particolare, resta invero tutta da verificare, certa è invece la risposta di assoluto rigetto di tale modello, che proviene dalle istituzioni e dalla maggior parte della dottrina. Con le già richiamate pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo, sullo scioglimento del Partito Refah Partisi³⁰, si è dichiarata inammissibile l'ipotesi di una società fondata su un "sistema multigiuridico"³¹, vale a dire di "statuti personali", in quanto contrario al principio irrinunciabile di unità legislativa e giudiziaria dello Stato. Tanto più ove il riconoscimento dei diritti fosse funzionale all'appartenenza religiosa. Tale modello di società appare incompatibile con la Convezione per due ragioni: "*D'une part, il supprime le rôle de l'Etat en tant que garant des droits et libertés individuels et organisateur impartial de l'exercice des diverses convictions et religions dans une société démocratique, puisqu'il obligeraient les individus à obéir non pas à des règles établies par l'Etat dans l'accomplissement de ses fonctions précitées, mais à des règles statiques de droit imposées par la religion concernée ... D'autre part, un tel système enfreindrait indéniablement le principe de non-discrimination des individus dans leur jouissance des libertés publiques, qui constitue l'un des*

²⁹ Sulla diffusione di tali posizioni, in particolare in materia di famiglia cfr. F. DASSETTO, *L'Islam in Europa*, Torino, 1994, 133; A. FACCHI, *Immigrati, diritti, conflitti*, Bologna, 1999, 3. Si ricorda più di recente la posizione favorevole, assunta dall'Arcivescovo di Canterbury, Rown Williams, in un discorso sulla legge civile e religiosa presso la Royal Court of Justice. Egli ha sostenuto che cittadini e leader politici del Regno Unito dovrebbero "prendere atto" di come molti immigrati e discendenti di immigrati di religione musulmana, non riconoscono la supremazia del diritto britannico, e che l'introduzione in Gran Bretagna di alcuni aspetti della 'sharia', la legge islamica, è "inevitabile", e sarebbe fattore di maggiore coesione sociale. Secondo l'Arcivescovo "sarebbe pericoloso sostenere che esiste un'unica legge per tutti e che qualunque altra cosa richieda fedeltà e rispetto sia del tutto irrilevante nei procedimenti giudiziari" e, pertanto, ai cittadini britannici di religione musulmana dovrebbe esser consentito di risolvere di fronte a tribunali che applichino la 'sharia' le proprie controversie finanziarie e in materia di divorzio.

Immediate e tutte negative le reazioni politiche. Il discorso può leggersi in http://www.olir.it/areetematiche/pagine/documents/News_1526_canterbury.pdf

³⁰ Interrogazione E-0888/06 del 7 marzo 2006, Musulmani britannici ed enclavi musulmane separate in Gran Bretagna, cit.

³¹ Per un primo esame di tali sistemi cfr M. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, voce in *Enc. dir.*, 1983, 1003; J. GRIFFITHS, «*What is legal pluralism?*», in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1986, n. 24; P. GANNAGÉ, *Le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires – Droit libanais et droits proche-orientaux*, Bruxelles, 2001.



*principes fondamentaux de la démocratie*³². Per le stesse ragioni la dottrina prevalente ha sottolineato che il *“fascino discreto degli statuti personali”* sarebbe fatale per gli ordinamenti europei³³, i quali così facendo sarebbero riportati indietro di secoli, alla vigenza del principio del *cuius regio et religio* della Pace di Augusta (1555). Ciò spazzerebbe via secoli di lotte per la libertà, spezzando *“l’unicità della giurisdizione e l’eguaglianza della legge per i cittadini, con l’aggravante che tali Statuti varrebbero soltanto per i fedeli appartenenti ad una confessione religiosa, mentre per gli altri il diritto comune elaborato sulla base del principio di laicità non conoscerebbe eccezioni”*³⁴.

Se il rifiuto di una sistema di *“legge personale”* appare quindi inevitabile, giova sottolineare che lo statuto personale fa capo ad un ordinamento basato sulla diversità formale degli individui, per cui ogni persona ha un *habitus* giuridico ed un connesso e completo insieme di diritti e doveri dipendenti dalla propria appartenenza ad una religione, etnia, lingua, e talora, all’interno di detti gruppi ulteriormente conseguente al proprio genere maschile o femminile³⁵. È insomma un

³² Affaire Refah Partisi (Parti de la Prospérité), et autres c Turquie, Richiesta n 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, Arrêt 31 luglio 2001, (cinque voti contro quattro); ed Arrêt 13 febbraio 2003 (Grande Chambre, unanimità), cit. Per un primo esame sulla pronuncia del 2001 cfr. **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Principio costituzionale di laicità e partiti islamici nell’ordinamento della Turchia*, in *Rivista di studi politici internazionali*, vol. 69, 2002, 4, 629. **S. CECCANTI**, *Anche la Corte di Strasburgo arruolata nella ‘guerra di civiltà’?*, in *Quad. cost.*, 2002, 81; **B. RANDAZZO**, *Democrazia e laicità a Strasburgo*, *ivi*, 83; sulla pronuncia del 2003 cfr. **M. PARISI**, *Il caso Refah Partisi*, in *Coscienza e libertà*, 2005, 63. La sentenza Refah Partisi, fu richiamata in Italia, dal Sottosegretario di Stato Antonio D’Alì, nella risposta alla interrogazione dell’On. Di Teodoro, circa l’annunciata nascita di un partito islamico d’Italia. Per il governo italiano appare *“difficilmente prevedibile l’introduzione in Italia di un diritto islamico in quanto esso sarebbe basato su un regime teocratico ispirato alla legge islamica detta «sharià» di cui alcuni principi potrebbero contrastare con norme fondamentali alle quali si ispira la Costituzione italiana e la Convenzione dei diritti dell’uomo.”* Testo in *Atti Parlamentari*, Camera dei Deputati, XIV legislatura, All. B, seduta del 19 novembre 2002, XXXIV.

³³ Cfr. **C. CARDIA**, *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, islam*, Milano, 2007, 183 ss.; vedi anche **L. MUSSELLI**, *Islam ed ordinamento italiano: riflessioni per un primo approccio al problema*, in *Dir.eccl.*, 1992, I, 621, 625.

³⁴ **C. CARDIA**, *Laicità dello Stato, appartenenze religiose e ordinamento giuridico. Prospettiva secolare*, in *Annuario DiREcom*, VII/2008, 21, 30.

³⁵ Nell’islam tale sistema trae le sue origini dalla dottrina religioso-politica del profeta, basata sulla personalità assoluta della legge, conformemente a tre principi fondamentali: Dio (Allah) è il legislatore della Nazione Musulmana (Umma); l’osservanza della Legge è nello stesso tempo un dovere civile e religioso; la personalità della legge è relativa alla confessione religiosa. Ne derivano tre norme basilari: a ciascuno la sua propria religione e quindi la sua legge; esistono sullo stesso suolo tante leggi quante religioni; ad ogni nazione religiosa le sue proprie leggi e i propri tribunali per giudicare le cause dei suoi membri. cfr. **BÉCHARA RAI**, Vescovo



sistema che non conosce una legge comune, ma tante leggi per quante sono le variabili del fattore identitario preso a base (religione, etnia, lingua, genere etc.) e non va quindi confuso con la diversità di trattamenti concessa dal moderno Stato di diritto occidentale in attuazione dell'uguaglianza e della pluralismo ideologico-religioso, i quali sono basati sulla logica dell'uguale in casi uguale, diseguale in casi diseguali. Ammettere la persona al godimento di diritti sostanzialmente diversi rispetto a quelli della collettività, quali ad esempio la celebrazione di matrimoni religiosi in luogo del civile, il riposo in occasione di festività diverse da quelle civili, regimi alimentari speciali, l'uso di corredi ed abbigliamenti rituali, o astensioni da obblighi comuni in aderenza alla propria fede o coscienza, non equivale quindi né a conferire né a riconoscere un regime di statuto personale³⁶, così come accogliere un istituto o l'effetto giuridico di atti e condotte, in attuazione del diritto internazionale privato, non comporta in automatico recezione della shari'a.

In entrambi casi ci si potrà invece interrogare sugli effetti indiretti della rilevanza assegnata ad una regolazione o ad un istituto straniero, oppure della ammissione di una regola o pratica identitaria.³⁷ Soprattutto poi, occorrerà valutare l'opportunità di una modifica delle nostre norme o l'adozione di misure utili a rimuovere quegli effetti. Va in tal senso rilevato che di recente il Parlamento europeo è stato investito di una più delicata questione: vale a dire la formazione di una area di *disapplicazione di fatto* del diritto nazionale in favore della shari'a. Ci si riferisce in particolare allo sviluppo di Tribunali islamici in Gran Bretagna ed in altri Stati europei, determinati dal massiccio insediamento di nuclei familiari che si regolamentano secondo la

di Jbeil (Byblos), *Gli Statuti personali nel sistema giuridico del Libano e nei Paesi Arabi del Medio Oriente e dell'Africa settentrionale*, intervento a *Il Seminario di Studi "Pietro Gismondi"*, Roma, 22 novembre 2004.

³⁶ Cfr. A. MANGIA, *Statuti personali e libertà religiosa nell'ordinamento italiano*, in *Les statuts personnels en droit comparé. Evolutions récentes et implications pratiques*, Leuven, 2008, Atti del convegno all'Università Robert Schuman di Strasburgo, 20-21 novembre 2006 (in corso di pubblicazione), *passim*, per il quale il processo di diversificazione che fa capo alle intese ex art. 8 Cost. non può tradursi in un sistema di statuti personali, poiché la normazione differenziata in essi contenuta è soggetta ai principi complessivi dell'ordinamento giuridico italiano, ai sensi degli artt. 8 e 19 Cost.

³⁷ Come vedremo, consentire l'ingresso in Italia della seconda moglie-madre in ricongiungimento al minore, comporta di fatto l'insediarsi di famiglie poligamiche sul nostro territorio; del pari non imporre restrizioni all'uso del velo islamico, potrebbe ad esempio generare nell'immigrato l'idea di una tolleranza del sistema di subordinazione e disparità della donna, cosicché nel volere dare attuazione ad una libertà si potrebbe incorrere in una violazione della garanzia di uguaglianza, omettendo di rimuovere una discriminazione.



shari'a. Ciò che si chiede al Parlamento è in tal caso di pronunciarsi sulla applicazione quotidiana della legge coranica, che *di fatto* verrebbe operata all'interno dell'Unione europea sebbene non direttamente dagli ordinamenti nazionali, e sulla capacità di tale applicazione "di minare gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, i diritti fondamentali dell'uomo e della donna e la stessa costruzione europea"³⁸. La risposta resa dalla Commissione appare in vero elusiva laddove si dichiara di "non essere a conoscenza dell'esistenza dei «Tribunali» a cui l'onorevole parlamentare fa riferimento," la presenza di forme di giustizia interna alla comunità islamica³⁹, è infatti al contrario innegabile e ben documentata non solo dalle inchieste giornalistiche all'origine dell'interrogazione, ma anche da studi e pubblicazioni accademiche⁴⁰. Di maggiore interesse è la seconda parte della risposta in cui la Commissione precisa che "In ogni caso, nessuna «decisione» emessa da «giurisdizioni» proclamate che non siano state create secondo le norme costituzionali degli Stati membri può e deve avere valore giuridico. Analogamente, tali «decisioni» non possono costituire la base per alcuna giurisprudenza. Spetta alle autorità degli Stati membri garantire che l'ordine giuridico interno sia pienamente rispettato". Il Parlamento rinvia così ad ogni singolo Stato membro il dovere di vigilare sul proprio ordinato assetto giuridico; nel contempo però non sembra escludere in capo agli stessi Stati, il potere di istituire nuove forme speciali di giurisdizione o di composizione delle controversie. Va sottolineato in proposito il rischio connesso all'ammissione di forme di arbitrato attraverso cui si rinvia al diritto dei privati, o meglio sarebbe dire alla legge personale. In tal modo ciò che si realizza è infatti "una riedizione della politica degli statuti personali attraverso il riconoscimento a tribunali privati, variamente costituiti, della competenza in alcune materie legate ai diritti personali così che la loro tutela viene sottratta alla competenza

³⁸ Interrogazione E-1343/08 del 27 febbraio 2008; Sviluppo di tribunali islamici in Gran Bretagna e in altri Stati membri dell'UE, con risposta scritta del 10 aprile 2008 (in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+WQ+E-2008-1343+0+DOC+WORD+V0//IT&language=IT>).

³⁹ Dal 1982 è attivo nel Regno Unito l'Islamic Shari'a Council (ISC) che esercita funzioni conciliative su vari aspetti della legge familiare islamica. È da notare in proposito la virgolettatura del termine "Tribunali" nella risposta della Commissione, che potrebbe lasciare intendere l'irriducibilità formale a tale categoria degli Shari'a Councils, i quali tecnicamente agiscono come collegi arbitrali di giustizia privata. Sfumatura che nulla toglierebbe, a nostro parere, alla elusività della risposta.

⁴⁰ Vedi per tutti S. BANO, *Islamic Family Arbitration, justice and Human Rights in Britain*, in *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, 2007, 1, che cita un'amplissima bibliografia sull'attività degli Shari'a Councils nel Regno Unito risalente addirittura al finire degli anni '90 del novecento. Esistono del resto avanzati siti web degli Shari'a Councils da cui è persino possibile prendere appuntamento per sottoporre il proprio caso.



*dei tribunali statali*⁴¹, senza tener conto che il consenso della donna, solo raramente potrà considerarsi effettivamente libero⁴².

L'incontro con le nuove culture dell'immigrazione genera insomma problematiche complesse, che chiedono agli ordinamenti occidentali una verifica e talora un ripensamento di norme, istituti, discipline e delle loro interpretazioni, che apparivano fino a poco fa consolidate negli ordinamenti europei. Si è detto in tal senso che *"il multiculturalismo e la globalizzazione mettono in questione l'essenza stessa e il fondamento dello stato secolare ... oltre che i principi di neutralità e uguaglianza su cui è fondato"*; ragioni di sicurezza e coesione sociale potrebbero ad esempio rendere *"necessario introdurre limitazioni dell'appartenenza religiosa individuale,"*⁴³ o più semplicemente condurre a reinterpretare il limite dell'ordine pubblico nell'ambito del diritto privato internazionale o la colpevolezza soggettiva in materia penale, strumenti attraverso cui, come vedremo, può oggi trovare accoglienza un trattamento differenziato dell'immigrato rispetto ad un cittadino europeo.

La consapevolezza che *"siamo di fronte ad un bisogno di riformulazione di valori delle società europee"*, che frastornate dalle novità indotte dalla nuova immigrazione *"cercano un equilibrio tra ciò che può essere accettato in quanto deriva da diversità compatibili e ciò che deve essere escluso, o superato, in quanto contrasta con il livello di riconoscimento dei diritti fondamentali cui l'Occidente e giunto"*⁴⁴, è alla base dell'idea italiana

⁴¹ G. CIMBALO, *Laicità come strumento di educazione alla convivenza*, in www.fdca.it/laicit%C3%A0/cimbalo-laicita-htm, nota 29.

⁴² Si ricorda il tentativo canadese de *L'Ontario Arbitration Act* (1991) che permetteva a due parti in conflitto di risolvere la loro disputa privatamente, deferendola volontariamente ad un arbitro terzo e ricorrendo per questa via ad un Tribunale religioso. Sottoposto a critiche ed opposizioni, soprattutto da associazioni di donne musulmane, l'Arbitration Act non ha avuto un seguito applicativo. Più recenti sono le dichiarazioni possibiliste sulla utilizzazione di forme arbitrali con applicazione della shari'a, per la soluzione di conflitti familiari, rilasciate dal Lord Phillips, Lord Chief Justice of England and Wales, nel suo discorso del 3 luglio 2008 all'East London Muslim Centre, dal titolo, *Equality before the law*, riprendendo le dichiarazioni dell'Arcivescovo di Canterbury, egli ha infatti affermato che *"There is no reason why principles of Sharia Law, or any other religious code should not be the basis for mediation or other forms of alternative dispute resolution. It must be recognised, however, that any sanctions for a failure to comply with the agreed terms of the mediation would be drawn from the laws of England and Wales"*.

⁴³ M. VENTURA, *Identità religiosa: fra realtà e diritto*, in *Annuario DiREcom*, VII/2008, 185, 193-194, l'autore avverte evidentemente che una tale limitazioni *"può dar luogo ad accese discussioni"*.

⁴⁴ Relazione che accompagna la Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione.



di una Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione, voluta dal Governo ed emanata con decreto del Ministro dell'Interno il 23 aprile 2007⁴⁵. Rimasto più lungo ai margini dei flussi migratori, anche il nostro Paese è ormai da qualche anno immerso nel dibattito. Questioni come il crocifisso di Ofena, il velo islamico, la scuola milanese musulmana di Via Quaranta e più di recente la moschea milanese di Viale Jenner, hanno tenuto a lungo occupata l'opinione pubblica oltre che le sedi istituzionali e giudiziarie.

L'Italia appare orientata verso una politica di tipo pluralista e multiculturale⁴⁶, che nel ribadire il rispetto e l'accoglienza per la diversità di cultura e religione, segna tuttavia in modo inequivocabile gli irrinunciabili valori fondanti della nostra civiltà socio-giuridica, radicati nella Costituzione. In tal senso, nell'elaborazione della Carta si è partiti dalla considerazione che *"base essenziale per ogni forma di convivenza civile è il rispetto della libertà e identità religiosa e culturale di ciascuno, in un quadro di diritti umani riconosciuti in misura eguale a tutti"*⁴⁷. Non si tratta quindi di accogliere ogni diversità, ma di garantire *"il rispetto e la promozione di quelle diversità che non collidono con tali valori ma possono in qualche misura alimentarli ed arricchirli"*⁴⁸. La Carta opera così nell'orizzonte giuridico istituzionale italiano e dei diritti umani, emanazione di un lungo processo storico peculiare, non a caso ripercorso nella Premessa. Essa *"esplicita e mette a fuoco valori e principi che concorrono all'identità italiana e che, quando si tratti di principi con forza giuridica, trovano la loro fonte nella Costituzione della Repubblica"*⁴⁹, e rispecchiano il contenuto delle Convenzioni internazionali cui l'Italia

⁴⁵ Nel 2006 con proprio decreto, il Ministro dell'Interno, On. Giuliano Amato, ha nominato un Comitato scientifico per la stesura di una Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione con il preciso scopo di *"elaborare un documento che comprenda i valori e i principi cui debbono attenersi tutti coloro che intendano risiedere stabilmente in Italia, di qualsiasi gruppo o comunità facciano parte, in qualsiasi forma culturale, etnica o religiosa si riconoscano"*. Il Comitato, presieduto dal Prof. Carlo Cardia, dopo sei mesi di consultazioni con tutti i soggetti dell'immigrazione e con le confessioni religiose, ha stilato la Carta.

⁴⁶ Non mancano tuttavia provvedimenti che si discostano da tale impostazione prediligendo la via assimilazionista, come la previsione di una norma penale speciale per punire le mutilazioni genitali (art. 583bis c.p., introdotto dall'art. 6 della legge 9 gennaio 2006, n. 7). Per un primo commento cfr. A. NATALINI, *Mai più ferite tribali al corpo delle donne*, in *Diritto e giustizia*, 2006, 5, 101; E. CESQUI, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in *Questione giustizia*, 2005, 4, 749, che ha criticato la introduzione di un vero e proprio *"reato etnico"*.

⁴⁷ C. CARDIA, Intervento alla Moschea di Roma, 26 ottobre 2007, in occasione della presentazione della Carta dei valori.

⁴⁸ Relazione che accompagna la Carta.

⁴⁹ G. AMATO, *Prefazione alla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*.



aderisce, delle disposizioni, delle pronunce, e delle considerazioni delle istituzioni europee in materia di integrazione. Essa esprime insomma lo stadio di progresso giuridico e sociale cui è pervenuta la società italiana ed europea, e da cui non è dato recedere neppure in nome del diritto all'identità culturale.

Per la Carta in particolare, ogni persona, fin dal primo momento in cui si trova sul suolo italiano è sottoposta alla legge comune: è ammessa a fruire dei diritti fondamentali senza distinzione di sesso, etnia, religione condizioni sociali, ma è anche contemporaneamente tenuta al rispetto dei valori su cui poggia la società, i diritti degli altri i doveri di solidarietà richiesti dalle leggi (art. 1). Eguaglianza dei diritti e dei doveri che chiude ogni spazio a leggi o statuti personali. Espressamente del resto, si dichiara che *"la legge, civile e penale, è uguale per tutti, a prescindere dalla religione di ciascuno, ed unica è la giurisdizione dei tribunali per chi si trovi sul territorio italiano"* (art. 22)⁵⁰.

La Carta pone poi una speciale attenzione al rispetto dei diritti umani ed alla uguaglianza e pari dignità tra uomo e donna, richiamata in più disposizioni e reiteratamente riferita alla vita *intra* ed *extra* familiare. Alla famiglia è dedicata del resto un'intera sezione, è questo infatti il luogo in cui si registrano le maggiori difficoltà di integrazione ed accoglienza. La distanza tra la regolazione del paese di provenienza e l'Italia può essere marcata e coinvolgere profili inconciliabili con i valori fondanti del nostro ordinamento. In tale quadro la Carta non lascia dubbi sul fatto che per l'Italia il matrimonio è fondato sull'uguaglianza di diritti e di responsabilità tra marito e moglie ed è per questo a struttura monogamica; che è proibita la poligamia come contraria ai diritti della donna, ed ugualmente proibita è ogni forma di coercizione e di violenza dentro e fuori la famiglia, ivi compresi i matrimoni forzati o tra bambini. La libertà dei minori nello sviluppo della propria personalità esclude del resto l'accoglienza di qualsivoglia pretesa di separazione tra uomini e donne, ragazzi e ragazze, nei servizi pubblici e negli ambienti di lavoro in ragione della loro appartenenza confessionale.

⁵⁰ Nella nota di commento del Prof. Carlo Cardia, all'art. 22, si legge che è stato necessario riproporre questo principio già affermato dalla legge piemontese 9 aprile 1850, n. 1013 (legge Siccardi) *"per ribadire che in Italia non è ammissibile la rilevanza di leggi confessionali (come la shari'a) per determinate persone, a causa della appartenenza confessionale"*. Nel nostro paese appare quindi del tutto improponibile, anche per il futuro, l'inserimento di tribunali speciali etnico-religiosi.



2 - La regolazione della famiglia tra diritto all'identità e modello socio-giuridico europeo. La poligamia, il ripudio, la dote

Il diritto di famiglia è particolarmente esposto alle problematiche della polietnia. La famiglia è un gruppo sociale fondamentale, presente in ogni società storicamente conosciuta, la cui struttura e le cui funzioni variano nel tempo e da una società all'altra. Essa può essere *nucleare*, formata cioè da marito e moglie con o senza figli, *estesa*, laddove comprende anche altri parenti, *multipla*, se è composta da due o più unità familiari, o anche *senza struttura*, quando include individui che non hanno rapporti di sangue. In ogni caso *"le relazioni familiari costituiscono una delle componenti più specifiche e sensibili delle diverse culture religiose, nonché la sede primaria in cui ciascuna cultura viene praticata e trasmessa"*⁵¹, ed entrano così inevitabilmente nelle istanze di riconoscimento di ogni immigrato.

La tipicità familiare dell'immigrato può trovare accoglienza negli ordinamenti occidentali attraverso principi quali la non ingerenza dello Stato nelle questioni familiari o la preminenza dell'unità familiare. Vero è che anche in tale disciplina valgono i limiti già richiamati, nonché consolidate regole non giuridiche, insuperabili da rivendicazioni culturali o religiose. Ciò tuttavia non impedisce l'attribuzione di effetti giuridici ad istituti quali la poligamia o il ripudio, soprattutto per via giurisprudenziale, in virtù dei criteri di collegamento previsti dal diritto internazionale privato in materia di matrimonio e filiazione.

Dal punto di vista giuridico la regolazione della famiglia ha vissuto un'intensa trasformazione che ha condotto gli ordinamenti occidentali a rinunciare alla imposizione di modelli istituzionali, in concomitanza con l'affermazione dei diritti del singolo. Si è così delineato il passaggio *"dal singolare al plurale"* della famiglia con *"un'accettazione della diversità della realtà sociale"* ed *"un maggiore relativismo verso tutti i modelli"*⁵². In tal senso l'art. 8 della Convezione europea dei diritti dell'uomo, riconosce ad ogni persona il diritto al rispetto della sua vita familiare. La Corte di Strasburgo *"ha da tempo escluso che 'la vita familiare' tutelata dall'art. 8 sia esclusivamente quella che si realizza all'interno di una famiglia che definiremmo legittima"*⁵³, vale a dire corrispondente al modello legale del singolo Stato, quel che conta è

⁵¹ P. FLORIS, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli di intervento*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000, 1, 191.

⁵² Cfr. F. DE SINGLEY, *Comment définir la famille contemporaine*, in *Solidarité Santé*, 1993, 4, 3355.

⁵³ S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 314.



piuttosto la situazione di fatto, che va valutata senza sindacare la giuridicità del rapporto esistente. Tale riconoscimento è inoltre assistito da un generale obbligo di non ingerenza da parte dell'autorità pubblica⁵⁴, ed è confermato nei Patti internazionali relativi ai diritti economici, sociali e culturali ed ai diritti civili e politici (artt. 10, e 23), nella Convenzione di New York del 1989, sui diritti del fanciullo (artt. 8, 9), e da ultimo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 7, 9). Quest'ultima nel riconoscere il diritto di sposarsi e costituire una famiglia non delinea alcun modello, ma rimette ai singoli Stati membri l'adattamento dei propri ordinamenti alle nuove forme di quell'"*arcipelago familiare*"⁵⁵ indotto dalle moderne esigenze sociali e dall'immigrazione.

In Italia, come nel resto di Europa, la famiglia è ormai inserita a pieno titolo nel diritto privato, in *quanto società intermedia*, formazione sociale tutelata dall'art. 2 Cost., dotata di ampia autonomia anche nella sua disciplina interna⁵⁶. Il nostro ordinamento del resto non è legato ad uno schema definito ed immutabile, "*la Carta costituzionale non ha voluto né potuto cristallizzare un determinato modello di organizzazione familiare*"⁵⁷. In tal senso, se fino agli anni '70 del novecento, alla legislazione sul divorzio ed alla riforma del diritto di famiglia, ci si è attenuti ad un impianto patriarcale, gerarchico-autoritario e diseguale⁵⁸, il dibattito è oggi incentrato sulle forme di convivenza extra-matrimoniale e sulla regolazione di una famiglia allargata, di un coniugio omosessuale, e di una filiazione sempre meno genetica. Forme di famiglia che "anche là

⁵⁴ L'ingerenza è ammessa solo se "sia prevista dalla legge e costituisca una misura che in una società democratica è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui" (art. 8, c. 2).

⁵⁵ **F. D. BUSNELLI**, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509.

⁵⁶ Cfr. **P. RESCIGNO**, *Le società intermedie*, in *Justitia*, 1957, 4, 335, per il quale "ancora più chiusa ad un intervento e ad un controllo dall'esterno, di tutte le comunità la più impenetrabile, appare la famiglia".

⁵⁷ **C. CARDIA**, *Il diritto di famiglia in Italia*, Roma, 1975, 129.

⁵⁸ Si ricorda che il reato di adulterio e concubinato (artt. 559 - 560 c.p.), furono dichiarati incostituzionali solo nel 1968 - '69 (Corte Costituzionale, 19 dicembre 1968, n. 126; 27 novembre 1969, n. 147); mentre la dottrina elaborò la distinzione tra rapporti patrimoniali soggetti al modulo egualitario e rapporti personali dei coniugi, ammessi ad una disuguaglianza in nome dell'unità della famiglia (cfr. **D. BARBERO**, *I diritti della famiglia nel matrimonio*, in *Justitia*, 1955, 5-6, 451; **L. SPINELLI**, *Intorno alla parità dei coniugi ed all'unità della famiglia*, *ivi*, 1962, 3, 165; **V. LOJACONO**, *La potestà del marito nei rapporti personali tra coniugi*, Milano, 1963). Sulla evoluzione post-costituzionale del diritto di famiglia cfr. **M. BESSONE**, **G. ALPA**, **A. D'ANGELO**, **G. FERRANDO**, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Bologna, 1980.



*dove non sono prese in considerazione dalla regolazione giuridica, si scontrano con una stigmatizzazione sociale sempre più fievole e per converso possono anzi trovare certa istituzionalizzazione sociale*⁵⁹.

L'autonomia e il riserbo innegabilmente riconosciuti alla famiglia dagli ordinamenti occidentali sovranazionali e statuali, vivono in verità calate in un sistema di valori giuridici e sociali condivisi e rispettati dai paesi europei, i quali costituiscono altrettanti sbarramenti all'accoglienza di modelli etnico-religiosi con essi configgenti. Primo fra tutti va ricordata l'uguaglianza tra uomo e donna, che sostanzia in tal caso la uguaglianza, pari libertà e dignità dei coniugi, e che nel diritto italiano è espressamente iscritta nell'art. 29 c. 2, della Cost., per il quale *"il matrimonio è ordinato all'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi"*. Ai figli poi, le Carte internazionali assegnano all'interno della famiglia, piena libertà di coscienza, di pensiero e di religione, le quali si specificano nel diritto ad essere educati ed istruiti in conformità alle proprie inclinazioni ed aspirazioni. In particolare per la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ai genitori, ai membri della famiglia allargata o della comunità, secondo le usanze locali, ai tutori o altri responsabili del fanciullo, spetta il diritto-dovere di impartirgli *"in modo consono alle sua capacità evolutive l'orientamento ed i consigli necessari all'esercizio dei diritti che gli riconosce la presente convenzione"* (art. 5). L'Occidente esclude insomma una potestà genitoriale o parentale intesa come dominio o signoria assoluta sui figli, ponendo in posizione di preminenza l'interesse superiore del fanciullo ad una crescita e ad uno sviluppo fisico, psichico, culturale e religioso del tutto libero. Nell'ordinamento italiano tali limiti alla potestà genitoriale sono ulteriormente inseriti nell'art. 141 c.c. per il quale è obbligo dei coniugi mantenere, istruire ed educare la prole *"tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli"*. Sotto il profilo della libertà religiosa, il diritto all'autodeterminazione è peraltro riconosciuto anche al minore, laddove al compimento del 14° anno di età spetterà al figlio-studente, e non più ai suoi genitori, la scelta di avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica.

Altrettanto essenziali sono il diritto alla autodeterminazione e alla libertà di azione di ogni singolo componente la famiglia, in tutte le proprie scelte di vita (salute, lavoro, amicizie), ed in particolare nella decisione sul matrimonio. Quest'ultimo è riconosciuto dalla CEDU tra le libertà ed i diritti fondamentali dell'uomo e della donna in età

⁵⁹ V. POCAR - F. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Milano, 2005, 116. Sull'autoregolazione nel diritto di famiglia cfr. A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 53, con ampi riferimenti bibliografici.



maritale (art. 10). Più dettagliatamente, fin dal 1979, la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna (Cedaw), adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 18 dicembre, ratificata e resa esecutiva dall'Italia nel 1985 (legge n. 132/1985), all'art. 16, impegna gli Stati sottoscrittori ad assicurare alla donna pari diritto, rispetto all'uomo, *"di scegliere liberamente il proprio congiunto e di contrarre matrimonio soltanto con libero e pieno consenso"*⁶⁰. Il divieto di matrimoni forzati è del resto espressamente sancito dalla già richiamata Risoluzione del Parlamento europeo del 2006⁶¹, e nelle precedenti condanne del Consiglio d'Europa (Risoluzione 1468/2005 e Raccomandazione 1723/2005)⁶², con le quali l'Assemblea parlamentare rileva che *"sous couvert de respect de la culture et des traditions des communautés immigrées, des autorités tolèrent les mariages forcés et les mariages d'enfants, alors qu'il s'agit d'un problème qui viole les droits fondamentaux de chacune des victimes"* e di una pratica che pertanto, non può essere in alcuno modo giustificata⁶³. Per tali ragioni invita gli Stati

⁶⁰ L'articolo prevede inoltre l'impegno a garantire: c) gli stessi diritti e le stesse responsabilità nell'ambito del matrimonio ed all'atto del suo scioglimento; d) gli stessi diritti e le stesse responsabilità come genitori, indipendentemente dalla situazione matrimoniale, nelle questioni che si riferiscono ai figli. In ogni caso, l'interesse dei figli sarà la considerazione preminente; e) gli stessi diritti di decidere liberamente, e con cognizione di causa, il numero e l'intervallo delle nascite, e di accedere alle informazioni, all'educazione ed ai mezzi necessari per esercitare tali diritti; f) i medesimi diritti e responsabilità in materia di tutela, curatela, affidamento ed adozione di minori, o simili istituti allorché questi esistano nella legislazione nazionale. In ogni caso, l'interesse dei fanciulli sarà la considerazione preminente; g) gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome, di una professione o di una occupazione; h) gli stessi diritti ad ambedue i coniugi in materia di proprietà, di acquisizione, gestione, amministrazione, godimento e disponibilità dei beni, tanto a titolo gratuito quanto oneroso. 2. I fidanzamenti ed i matrimoni tra fanciulli non avranno effetto giuridico e tutte le misure necessarie, comprese le disposizioni legislative, saranno prese al fine di fissare un'età minima per il matrimonio, rendendo obbligatoria l'iscrizione del matrimonio su un registro ufficiale.

⁶¹ I matrimoni forzati ed i "rapimenti" di bambine perpetrati nei paesi membri, sono stati spesso al centro di Interrogazioni rivolte alla Commissione. Nelle sue risposte la Commissione ha costantemente ribadito la condanna di tali pratiche, inaccettabili poiché violano i diritti delle donne. Nel contempo ha tuttavia ricordato che spetta agli Stati membri adottare misure civili e penali idonee ad eliminarle. Le interrogazioni e le risposte possono consultarsi sul sito dell'Unione europea (www.europarl.europa.eu).

⁶² Cfr. Risoluzione 1468 (2005), Matrimonio forzato e matrimonio dei bambini, 5 ottobre 2005, e Raccomandazione 1723 (2005), Matrimonio forzato e matrimonio dei bambini, 5 ottobre 2005.

⁶³ Le cronache giornalistiche riportano sempre più spesso notizia di "sparizioni" o suicidi di giovani donne e ragazze, legati a matrimoni combinati; cfr. *Il Giornale*, 11



membri a prendere le misure necessarie ad impedire il matrimonio dei bambini, fissando l'età minima a 18 anni, punendo chi partecipa in qualunque modo a tale pratica ed anche controllando la validità del matrimonio celebrato all'estero, e *"en subordonnant la transcription du mariage à la présence des deux époux et en permettant aux agents diplomatiques de procéder à l'audition préalable de l'un ou des deux époux"*.

Accanto ai diritti fondamentali proclamati e tutelati da norme giuridiche, gli ordinamenti occidentali mostrano infine di aderire ad un modello di unione esclusivamente monogamica. Questa infatti non trova eccezione alcuna, in nessuna delle leggi che in alcuni Stati ammettono ormai, unioni di fatto etero o omosessuali o forme di matrimonio tra soggetti dello stesso sesso. La bigamia è del resto un reato in molti paesi occidentali⁶⁴. L'indisponibilità ad accogliere unioni poligamiche è infine espressa nella Risoluzione del Parlamento europeo dell'ottobre 2006, ed ancor più nella Carta dei valori italiana, in cui la struttura monogamica è insindibilmente connessa con l'uguaglianza di diritti e di responsabilità tra marito e moglie e con la tutela della donna⁶⁵.

La combinazione tra la non ingerenza del potere politico e dello Stato nella regolazione della famiglia ed il rispetto dei principi fondamentali rilevati, può risultare difficile nel caso in cui ci si trovi a disciplinare la vita familiare di immigrati, secondo le regole del diritto internazionale privato. In tal caso infatti è possibile assistere ad un avallo, sebbene indiretto, di regole e modelli coniugali poligamici, ed improntati alla disparità tra i membri.

febbraio 2008, *Le musulmane sparite nel nulla*, per il quale soltanto a Bradford, nel Regno Unito, ogni anno scompaiono 250 ragazzine, riportate in patria per matrimoni combinati. Identica denuncia è venuta peraltro dal Ministro britannico per l'infanzia, Kevin Brennan, in sede di audizione innanzi alla Commons Home Affairs Select Committee che indaga sui matrimoni forzati; notizia in *Daily Mail*, 5 marzo 2008.

⁶⁴ È dell'aprile 2008 la notizia che in Danimarca, un iracheno, impiegato come interprete per il battaglione danese in Iraq, residente da circa un anno nel paese europeo come rifugiato politico, con le due mogli e tre figli, ha ricevuto ora l'ordine dal Ministro della Giustizia di scegliere una delle due mogli entro il 26 maggio, poiché in Danimarca la bigamia è reato; cfr. *La Stampa*, 28 aprile 2008, *Asilo politico in cambio di divorzio. Il dilemma dell'interprete iracheno*.

⁶⁵ Art. 17, Il matrimonio è fondato sull'uguaglianza di diritti e di responsabilità tra marito e moglie, ed è per questo a struttura monogamica. La monogamia unisce due vite e le rende corresponsabili di ciò che realizzano insieme, a cominciare dalla crescita dei figli. L'Italia proibisce la poligamia come contraria ai diritti della donna, in accordo anche con i principi affermati dalle istituzioni europee.



Per la l. n. 218 del 1995⁶⁶, la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun subendo, al momento del matrimonio (artt. 27 - 28). Quest'ultimo poi, è valido quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo in cui è celebrato, o dalla legge nazionale di almeno uno dei due coniugi al momento della celebrazione o dallo Stato di comune residenza in tale momento. Inoltre il criterio generale di collegamento per la disciplina dei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi è la *"legge nazionale comune,"* che nel caso degli immigrati è solitamente quella del paese di provenienza. Vero è che per l'art. 16 della l. n. 218 del 1995, la norma straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico, ma si tratta di un limite letto ed utilizzato in forma attenuata da tutti gli ordinamenti europei⁶⁷, così da condurre a riconoscere *"situazioni che non sarebbero invece suscettibili di costituirsi nello Stato del foro"*⁶⁸. Occorre considerare che il diritto privato internazionale non ha come compito quello di verificare in astratto, la compatibilità di una previsione straniera con il corrispondente diritto nazionale, bensì quello di risolvere il conflitto fra le disposizioni civilistiche dei diversi ordinamenti che potrebbero *in concreto* applicarsi ad un medesimo rapporto giuridico, quindi laddove la norma potenzialmente incompatibile non debba essere applicata, ma intervenga come mero presupposto di uno *status* o del rapporto dedotto in giudizio, il limite non scatta. In tal senso per la Cassazione italiana *"la circostanza che la legge islamica consenta la poligamia e preveda l'istituto del ripudio non impedisce ... che la cittadina somala, la quale abbia contratto con un italiano matrimonio celebrato in Somalia secondo le forme previste dalla lex loci, faccia valere dinanzi al giudice italiano i diritti successori derivanti dal matrimonio medesimo,"* *"atteso che nella specie tali norme non assumevano alcun rilievo, né diretto né indiretto, ai fini della pretesa azionata"*⁶⁹.

Fin dal 1988 il Consiglio di Stato ha del resto chiarito che il matrimonio celebrato secondo il rito islamico non è di per sé contrario all'ordine pubblico, in quanto a dette nozze il diritto islamico collega fini di natura ed entità non dissimili a quelli propri del medesimo negozio concluso secondo la legge del nostro ordinamento; esso

⁶⁶ Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

⁶⁷ Cfr. A. ANCESCHI, *La famiglia nel diritto privato internazionale*, Torino, 2006, 54; M. ROHE, *Islamic law in German courts*, in *Hawwa-Journal of Women of the Middle East and the Islamic World*, 2003, 1, 46, 50.

⁶⁸ C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 21, 26.

⁶⁹ Cassazione civ. sez. I, 2 marzo 1999, n. 1739, in *Foro it.*, 1999, I, 1458.



pertanto è trascrivibile, salvo verificare in concreto “*che non sussista tra gli sposi un impedimento che la legge civile italiana consideri inderogabile.*”⁷⁰ Ancor più, l’anno precedente il Ministero di Grazia e Giustizia aveva emanato una Circolare con cui si invitavano gli ufficiali di stato civile a trascrivere il matrimonio islamico celebrato all’estero⁷¹, prescrizione attualmente confermata dalla Circolare MIACEL n. 2 del marzo 2001, per la quale “*è trascrivibile il primo matrimonio celebrato secondo il rito islamico tra un cittadino italiano e un cittadino di religione islamico*”⁷². Anche per il cittadino italiano, vincolato alla legge nazionale sia dentro che fuori dal nostro territorio, “*non può farsi derivare dalla contrarietà all’ordine pubblico di alcuni aspetti della disciplina del rapporto matrimoniale di diritto islamico un elemento di carattere generale, ostativo alla trascrizione del vincolo*”⁷³. La nullità del matrimonio sussisterà quindi solo quando il cittadino italiano sposi una persona già coniugata⁷⁴. Per le medesime ragioni né lo *status* di seconda moglie, né di nato dal secondo matrimonio, sono ostativi al ricongiungimento della madre al figlio⁷⁵. A rilevare infatti è solo il rapporto di filiazione, rispetto al quale le norme sulla poligamia ed ancor più l’esistenza di un vincolo matrimoniale restano indifferenti. Ciò come vedremo, anche nel superiore interesse della tutela del figlio e dell’unità familiare.

Quanto accade in Italia è fenomeno già consolidato e ben più diffuso nei paesi europei di vecchia immigrazione. La Francia, il Belgio, la Germania, l’Inghilterra, riconoscono notoriamente come legittimi i figli nati da un uomo sposato più volte, nonché il matrimonio poligamico celebrato validamente secondo la *lex loci*, il quale consente l’acquisizione dei diritti successori, l’assistenza economica in caso di divorzio, o ancora, in Francia, il diritto al risarcimento da danno

⁷⁰ Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza, 7 giugno 1988, e 7 febbraio 1989.

⁷¹ Cfr. Circolare n. 1/54/FG/3 (86) 1395, del 4 febbraio 1987; la circolare invitava alla trascrizione del matrimonio islamico anche nel caso in cui “... (si tratti di un secondo, o terzo, o quarto matrimonio ... vedi artt. 117 e 86 cod.civ.) con l’obbligo di rapporto al Procuratore della Repubblica competente per la proposizione della domanda di nullità”. Il testo integrale di questa ed altre circolari sulla trascrivibilità del matrimonio islamico celebrato all’estero, può leggersi in **R. CAFARI PANICO**, *Lo stato civile ed il diritto internazionale privato*, Padova, 1992, 169 ss.

⁷² Circolare del Ministero dell’Interno, Amministrazione Centrale Enti Locali (MIACEL) n. 2, 26 marzo 2001.

⁷³ **F. VITALI**, *Lo stato civile*, Il Sole24Ore, Milano, 2001, 278.

⁷⁴ Nel caso cui intervenga in seguito un secondo matrimonio, il primo conserva la sua validità con possibilità di chiedere il divorzio per violazione degli obblighi di fedeltà.

⁷⁵ Vedi paragrafo 4.



arreccato al marito da un terzo⁷⁶, in Germania l'estensione delle prestazioni del Servizio sanitario nazionale a tutte le mogli del lavoratore che paga i contributi, purchè siano legittime per il paese di provenienza⁷⁷, ed infine, come di recente stabilito dal Governo inglese, l'ammissione del marito agli assegni familiari per ogni moglie "aggiuntiva."

Sempre più spesso gli ordinamenti europei danno poi ingresso ad alcuni istituti tipici del matrimonio islamico, in cui si manifesta la posizione di subordinazione della donna, è il caso del *mahr* (la dote) e del *talaq* (il ripudio). Secondo il diritto islamico per effetto del contratto di matrimonio il marito deve pagare alla moglie una dote, il *mahr* o *sadaq*, simbolo della serietà di intenzioni dello sposo e segno della legittimità dell'unione, di cui talora è prevista la liquidazione nel caso di morte dell'uomo o di ripudio. Essa viene generalmente accolta dagli ordinamenti europei, i giudici tanto francesi che tedeschi hanno ritenuto insussistente un contrasto tra il *mahr* e l'ordine pubblico, dando attuazione all'obbligo assunto dal marito⁷⁸. Si tratta infatti di una obbligazione che può considerarsi parte del contratto laddove si contesti la validità del matrimonio, oppure farsi rientrare negli obblighi di mantenimento della moglie in caso di divorzio⁷⁹. Tali conclusioni sono in parte condivise dalla dottrina italiana, per la quale "deve certamente ritenersi contraria all'ordine pubblico quella norma straniera che pretenda la costituzione di una dote matrimoniale," nel contempo però "la dote regolarmente costituita all'estero può essere riconosciuta in Italia ed essere oggetto di valutazione del giudice, in sede di separazione, divorzio, annullamento del matrimonio in qualunque caso" o quantomeno "laddove ciò avvenga nell'interesse della donna"⁸⁰.

⁷⁶ Cfr. C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, 853, 877.

⁷⁷ Così ha statuito il Ministero della Sicurezza Sociale, tedesco, con una decisione del 2004. Notizia in *Il Giornale*, 27 marzo 2007, *Islamizzazione silenziosa*, op. cit.

⁷⁸ Per la Francia cfr. Cassation Chambre 01, 4 aprile 1978, 1978-000137; Cassation Chambre 01, 2 dicembre 1997, 004835; in dottrina E. RUDE-ANTOINE, *Le mariage maghrébine en France*, Parigi, 1990; J. PEREZ, *Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé*, in *Foblets Marie-Claire, Famille-Islam-Europe. Le droit confronté au changement. Musulmans d'Europe*, Parigi, 1996. Per un'analisi dettagliata della recezione da parte delle corti tedesche cfr. C.J. PAULY, *Marriage contracts of Muslims in the diasporas: Problem in the Recognition of Mahr Contracts in German-laws*, in F. Vogel, *Marriage Contracts in Islamic Law*, Harward, University Press, 2004.

⁷⁹ M. ROHE, *Islamic law in German courts*, op. cit., 5; vedi anche J. BASEDOW - N. YASSARI, *Iranian family and succession laws and their application in German courts*, Tubinga, 2004.

⁸⁰ A. ANCESCHI, *La famiglia nel diritto privato internazionale*, op. cit., 132.



Più complesso, ma anche più sorprendente, è il conferimento di efficacia al ripudio. Nel diritto islamico il matrimonio può sciogliersi per divorzio consensuale (*tatliq*) o per ripudio da parte del marito (*talaq*)⁸¹. Mentre il divorzio è esercitabile unilateralmente dalla moglie, solo in casi tassativi, il *talaq* è sempre rimesso all'arbitrio del marito. Esso produce lo scioglimento immediato del matrimonio con la semplice ripetizione orale per tre volte consecutive della formula "*talaq*". Si tratta pertanto di un istituto in cui si manifesta in pieno lo stato di sudditanza ed inferiorità giuridica della donna. Malgrado ciò i giudici belgi, francesi e tedeschi, in più occasioni hanno attribuito efficacia al ripudio, laddove di fatto possano ritenersi integrati i presupposti previsti per la separazione o il divorzio dalle rispettive normative nazionali. È il caso ad esempio del ripudio accompagnato da un equo indennizzo o pronunciato innanzi alla moglie consenziente, o di fronte ad un tribunale⁸². In particolare nel 1981, la Francia ha stipulato accordi internazionali con il Marocco e l'Algeria per i quali si garantisce effetto giuridico al *talaq* pronunciato all'estero, purchè entrambi i coniugi si presentino innanzi ad una corte francese per attestare tale fatto⁸³.

Il giudice italiano ha serbato fino ad ora un atteggiamento più rigoroso, fin dal 1969 la Cassazione ha valutato il ripudio di un iraniano verso la moglie italiana, come contrario all'ordine pubblico e al buon costume in quanto discriminatorio per la donna⁸⁴, mentre i giudici di merito hanno censurato l'assenza di organi giurisdizionali nella procedura⁸⁵ e la unilateralità della dichiarazione, ritenendo contrario all'ordine pubblico internazionale "*l'art. 1133 del codice civile iraniano* il

⁸¹ La pronuncia della formula di ripudio non richiede la presenza della moglie e può anche essere delegata ad un terzo.

⁸² Per una prima rassegna cfr **C. CAMPIGLIO**, *Matrimonio poligamico e ripudio*, op. cit., 853.

⁸³ La Convenzione, stipulata il 10 agosto 1981, vieta il ricorso all'ordine pubblico motivato esclusivamente sulla unilateralità del ripudio. I giudici francesi, per la legittimità del ripudio, hanno chiesto tuttavia in aggiunta una garanzia pecunaria equivalente a quella che sarebbe concessa alla donna da un tribunale francese. Cfr. **F. PASTORE**, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. inter.*, 1993, 1, 73, 83.

⁸⁴ Cassazione 5 dicembre 1969, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, 868; vedi anche Tribunale Milano, 24 marzo 1994, *ivi*, 1994, 853; Tribunale Milano, 11 marzo 1995, *ivi*, 1996, 129. In dottrina cfr. **C. SCHWARZENBERG**, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello scioglimento di matrimonio islamico per ripudio*, nota a App. Roma 9 luglio 1973, in *Dir. fam e delle pers.*, 1973, 653; **M. D'ARIENZO**, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giudico italiano*, *ibidem*, 2004, 189; **A. GALOPPINI**, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, *ibidem*, 2005, 696.

⁸⁵ Cfr. C. Appello di Milano, 14 dicembre 1965, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, 381.



quale, consentendo al marito di divorziare secondo il suo arbitrio senza che la moglie possa paralizzare la volontà di quest'ultimo, prevede un vero e proprio ripudio unilaterale”⁸⁶. Più di recente, la Corte di Appello di Torino ha dichiarato intrascrivibile, disponendone la cancellazione dai registri anagrafici dello stato civile, la “dichiarazione di accertamento dell’irrevocabilità del ripudio” emessa dal Tribunale di Khouribga (Marocco), poiché tra le alte cause, non considera i doveri assistenziali verso il coniuge e verso la prole⁸⁷. Per la Corte torinese, la pronuncia di ripudio-divorzio emessa su istanza di un cittadino italiano ivi residente, ma nato in Marocco, contro la moglie parimenti marocchina per nascita, ma cittadina e residente in Italia, non viola in tal caso l’ordine pubblico internazionale bensì quello interno⁸⁸ “a cagione della sua unilateralità e potestatività mera”; poiché “contrasta con i principi di parità ed uguaglianza tra uomo e donna ...e di non discriminazione per sesso”; “mancando di disposizioni a protezione della prole minore contrasta insanabilmente con il principio dell’art. 30, comma 2 Cost., in base a quale è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli”, ed infine, “sottraendo l’uomo a qualsiasi dovere verso la donna, prescinde dalla necessità di regolare i rapporti economici tra i coniugi, violando i principi di solidarietà familiare desumibili dall’art. 29 Cost. e dalle disposizioni civilistiche in tema di mantenimento e alimenti”.

Malgrado la richiamata giurisprudenza, in dottrina si registrano possibilità di aperture, si afferma che il “ripudio pronunciato all'estero o di fronte a tribunali ecclesiastici ai quali gli ordinamenti di riferimento rimettono tutte le decisioni in materia di matrimonio o divorzio, nonostante sia certamente espressione della posizione ancestrale di disuguaglianza tra i coniugi, ben può valere come un divorzio pronunciato nel nostro ordinamento, laddove risultino comunque protetti i diritti delle parti”⁸⁹. Per altri invece la norma islamica potrà

⁸⁶ C. Appello di Milano, 17 dicembre 1991, *ivi*, 1993, 109.

⁸⁷ C. Appello di Torino, 9 marzo 2006, in *Dir. fam. e delle pers.*, 2007, 1, 156 con nota di **A. SINAGRA**, *Ripudio-divorzio islamico ed ordine pubblico italiano*.

⁸⁸ La Corte rileva *in primis* la incompetenza del giudice marocchino, stante il doppio criterio di cittadinanza-residenza dei coniugi che sottopone il rapporto matrimoniale, sia pure celebrato in Marocco, alla esclusiva giurisdizione italiana ai sensi della l. 218 del 1995, e per conseguenza al più stringente limite dell’ordine pubblico interno. Sulla contrarietà del ripudio all’ordine pubblico interno vedi anche C. Appello di Trieste, 23 ottobre 1980, in *Foro padano*, 1981, 62, richiamata dal giudice torinese.

⁸⁹ **L. MORMILE**, *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all'identità culturale*, in *Familia*, 2004, 1, 58, 90. In giurisprudenza cfr Tribunale di Milano, 5 ottobre 1991, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, 123, con nota di **C. RIMINI**, *Il ripudio innanzi ad un Tribunale rabbinico italiano e sua rilevanza come divorzio ottenuto all'estero*, in *Riv. dir. int. priv.*, 1992, 55.



essere applicata "laddove configuri il ripudio in modo tale da avere comunque un fondamento consensuale o da sfociare in un atto giudiziario"⁹⁰. Si tratta di valutazioni passibili di concreta e prossima applicazione, considerato che da anni ormai, i legislatori dei paesi islamici tendono a controllare e limitare il ricorso al ripudio, che rende instabile la vita familiare. A tal fine *"lo sottopongono a autorizzazione o controllo del giudice sottraendolo alla sfera privata dell'uomo; cercano di coinvolgere la moglie, o quantomeno di garantire che ne sia informata; prevedono che l'uomo che dà ripudio arbitrario o che con il ripudio cagiona un pregiudizio alla donna, sia costretto a versarle un dono di consolazione"*⁹¹.

Come l'Italia anche il Regno Unito si è mostrato indisponibile ad un riconoscimento del *talaq*. Fin dal 1973, il Domicile and matrimonial Proceedings Act ha espressamente previsto che *"no extra-judicial divorce shall be recognized in English law"*, tuttavia la shari'a ha trovato in Inghilterra ampi canali non ufficiali di applicazione. Come già rilevato si è infatti formata e consolidata nel tempo una giustizia arbitrale che fa capo all'Islamic Shari'a Council (ISC)⁹² il quale dal 1982 esercita funzioni conciliative su vari aspetti della legge familiare islamica. Le decisioni così adottate non hanno ovviamente esecutività nel sistema legale del Regno Unito, tuttavia esse *"are generally honoured and implemented through a mix of sanction and ostracism"*⁹³.

Quanto esposto mostra l'ampia permeabilità degli ordinamenti occidentali a modelli e regole familiari anche assai differenti dai propri. E se è vero che l'Assemblea parlamentare europea, nelle già richiamate risposte ad interrogazioni su casi analoghi, ha precisato di non potere considerare applicazione della legge coranica la semplice attribuzione di effetti ad alcuni *status* giuridici o ad azioni compiute secondo il diritto dello Stato di provenienza sulla base di norme del diritto occidentale⁹⁴, questi stessi riconoscimenti costituiscono l'oggetto di censura della Risoluzione del 2006, con cui il Parlamento richiama gli Stati membri *"a garantire l'illegalità della poligamia"*. Va inoltre sottolineato che nello stesso art. 36 la Risoluzione *"stimola la*

⁹⁰ C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, op. cit., 35.

⁹¹ R. ALUFFI BECK-PECCOZ, Introduzione a *Le leggi di famiglia dei Paesi arabi del Nord Africa*, Torino, 1997, 4.

⁹² In argomento cfr. *The Islamic Shari'a Council: An introduction*, Londra, 1995; S. BANO, *Islamic Family Arbitration, justice and Human Rights in Britain*, in *Law, Social Justice & Global Development Journal* (LGD), 2007, 1.

⁹³ R. JONES - W. GNANPALA, *Ethnic Minorities in English law*, Stoke on Trent: Trentham Books, 2000, 103-104.

⁹⁴ Interrogazione E-3128/06 del 10 luglio 2006, rischio di un ingresso subdolo della shari'a nel sistema giuridico europeo, cit.



Commissione a considerare la possibilità di includere un bando dei matrimoni poligami nella attuale proposta di introdurre norme concernenti la legge applicabile in materia matrimoniale". Il riferimento è alla Proposta di modifica del Regolamento (CE) n. 2201/2003, presentata il 17 luglio 2006. Detto regolamento stabilisce norme relative alla competenza giurisdizionale, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, ma non dispone in merito alla legge applicabile. Vuoto che, sia pure limitatamente alla fase di separazione e divorzio, l'Unione europea intende comporre, dando vita ad un quadro chiaro completo ed omogeneo in materia matrimoniale, che possa uniformare le diverse regolamentazioni nazionali di diritto privato internazionale⁹⁵.

L'Europa e gli Stati europei sembrano insomma ormai costretti ad interrogarsi sul limite davvero sottile, che distingue una illecita recezione della poligamia e degli istituti connessi, dal semplice e tollerato riconoscimento di alcuni effetti, che consente in fatto, nel nostro tessuto socio-giuridico, la vita indisturbata e neppure troppo sommersa, di famiglie poligame regolate dalla legge personale islamica.

3 - (Segue). Il motivo culturale nell'interesse della prole e nella tutela del minore. Rapporti di filiazione e *kafalah*

La regolamentazione della famiglia immigrata secondo le norme del diritto privato internazionale, consente come abbiamo visto, la produzione di alcuni effetti giuridici dell'istituto o della norma straniera sul suolo italiano. In tali casi tuttavia, la specificità culturale non è presa in considerazione dal diritto né è oggetto di valorizzazione, essa viene più semplicemente ignorata. L'ordinamento ospitante si limita infatti a tradurre nelle proprie forme 'un fatto' (il ripudio o un accordo patrimoniale) o a considerare come mero presupposto il legame matrimoniale.

L'identità culturale acquista invece una sua evidenza giuridica quando si combina con i diritti fondamentali connessi alla famiglia, quali il diritto alla paternità-maternità o all'unità familiare, ed ancora

⁹⁵ La proposta non contiene allo stato alcuna moratoria sul matrimonio poligamico; essa valorizza tuttavia la volontà dei coniugi, che in caso di divorzio e separazione possono scegliere sia la legge applicabile che il giudice competente, secondo criteri gerarchicamente ordinati che prediligono la legge della residenza abituale comune. Sono inoltre introdotte garanzie affinché i coniugi siano consapevoli delle conseguenze della loro scelta, che deve quindi essere effettuata per iscritto e firmata da entrambi.



con la parità dei coniugi e la libertà dei figli, tutti necessariamente estesi allo straniero. È quanto accade nella tutela dei minori, nella disciplina del ricongiungimento, nel conflitto tra i componenti della famiglia, ed ancor più in presenza di crimini a danno di un familiare. In tali casi la risposta degli ordinamenti occidentali non è univoca né scontata nel senso di un rifiuto del dato culturale neppure in presenza di un aspro conflitto con i diritti umani e con i valori consolidati nella nostra tradizione socio-giuridica.

Il rapporto di filiazione, così come il matrimonio, è modellato dalla cultura etnica e giuridica di appartenenza. Accanto alla filiazione legittima o naturale legata alla procreazione biologica e tutelata dagli ordinamenti occidentali, esistono altre forme di genitorialità, come ad esempio quelle fittizie del diritto africano ed asiatico. Qui il figlio appartiene prima di tutto al proprio *clan*, e nel caso in cui il padre naturale sia ignoto o irreperibile si attribuisce al minore un "*padre giuridico*" che può corrispondere al parente adulto più prossimo ma anche a colui che ha trovato il minore abbandonato⁹⁶. Nei paesi islamici la generazione biologica lega il figlio esclusivamente alla madre, la paternità (*nasab*) richiede invece la nascita all'interno di un rapporto lecito. Non è quindi nota la distinzione tra filiazione legittima e quella naturale, la quale non riceve tutela⁹⁷. Del resto non può esserci filiazione senza generazione biologica, il diritto musulmano vieta infatti l'adozione⁹⁸. Per contro, l'allattamento istituisce tra il lattante da una parte e la nutrice e i suoi parenti dall'altra, un rapporto simile alla parentela di sangue che rileva ad esempio quale impedimento al matrimonio⁹⁹.

Gli ordinamenti occidentali e l'Italia tra loro, assegnano ampia accoglienza a tali diversità quando esse sono funzionali all'interesse del minore a vivere nel proprio nucleo familiare e secondo le proprie tradizioni, ciò anche al prezzo di una riduzione di tutela dello stesso minore, come nel caso in cui non si parifica all'adottato colui che è affidato con atto di *kafhala*. Nell'esperienza giurisprudenziale ad oggi maturata in materia di *status filiationis* non si rinvengono tuttavia

⁹⁶ Cfr. F. UCCELLA, *La filiazione nel diritto italiano e internazionale*, Padova, 2001.

⁹⁷ Cfr. R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Introduzione a Le leggi nel diritto di famiglia*, op. cit., 7.

⁹⁸ Il fondamento del divieto si rinvie nella Sura XXXIII, 4, per la quale "non ha collocato il Dio due cuori nel petto di alcuna creatura... né ha voluto che i figli adottivi fossero veri figli". Tale divieto è espressamente sancito nella gran parte dei codici e delle leggi personali degli Stati islamici.

⁹⁹ Cfr. A.A.VV., *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, a cura di J. Pousson-Pett, Toulouse, 1997; G. CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico*, Torino, 1990.



ipotesi di violazione di diritti umani e fondamentali del minore, la cui tutela è al contrario la ragione della diversità di trattamento.

Gli istituti di genitorialità fittizia non pongono grossi problemi: sono espressamente riconosciuti dalla Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, come strumenti di protezione dei minori¹⁰⁰ e del resto non producono effetti contrari all'ordine pubblico. Essi sono ispirati a valori solidaristici noti ed applicati anche dagli ordinamenti occidentali, che conoscono figure analoghe quali l'affiliazione, l'affidamento e l'adozione. Occorre quindi solo adattare il rapporto straniero al diritto italiano utilizzando l'istituto più confacente, oppure dare efficacia piena allo stato giuridico di filiazione, maturato e riconosciuto all'estero¹⁰¹.

Il limite dell'ordine pubblico non osta neppure al riconoscimento come legittimi, dei figli nati da matrimoni poligamici successivi al primo, validamente celebrati all'estero, ciò ai sensi della l. n. 218 del 1995 (art. 33 cc. 1, 2)¹⁰². In questi casi si salvaguardano *"le aspettative di soggetti che, all'estero, hanno lo status di figli legittimi, e conseguentemente sono titolari di diritti acquisiti"*¹⁰³. Senza contare che al vincolo poligamico assunto all'estero andrebbe comunque applicata la disciplina del matrimonio putativo, per il quale i figli in esso nati o concepiti godono degli effetti del matrimonio valido (art. 128, c. 2, c.c.). Il presupposto della buona fede è infatti indubbiamente integrato dalla legge nazionale dei nubendi.

Più complesso è il riconoscimento della *kafalah* islamica. La legge coranica vieta l'adozione in quanto crea legami parentali fittizi che possono generare disordine ed incesto, essa tuttavia non si disinteressa dell'infanzia abbandonata cui viene in soccorso attraverso il predetto istituto. Mediante la *kafalah* il minore abbandonato viene affidato ad una persona (*kafil*), che si impegna a mantenerlo ed educarlo fino al raggiungimento della maggior età. Tra il minore (*makful*) ed il suo affidatario non sorge alcun rapporto di filiazione né parentale. La *kafalah* lascia intatti i rapporti genitoriali naturali, tanto che il minore

¹⁰⁰ L'art. 5 prevede da parte degli Stati membri il rispetto della responsabilità dei diritti e dei doveri *"dei genitori o, se del caso, dei membri della famiglia allargata o della collettività, come previsto dagli usi locali."*

¹⁰¹ Cfr. A. ANCESCHI, *La famiglia nel diritto privato internazionale*, op. cit., 321 - 322.

¹⁰² Art. 33: Filiazione - 1. Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita. 2. È legittimo il figlio considerato tale dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita del figlio.

¹⁰³ L. DI GAETANO, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2695, 2704.



non assume il nome del *kafil* e non ne diviene erede, mentre quest'ultimo non acquisisce né la potestà né la rappresentanza legale del *makful*.¹⁰⁴ Il minore resta soggetto all'autorità di un Giudice che può sempre decidere di revocare la *kafalah* e di riaffidare l'interessato, col suo consenso, alla famiglia naturale. Siamo quindi in presenza di un istituto non immediatamente equiparabile all'adozione e neppure all'affidamento preadottivo, che i giudici italiani valorizzano tuttavia in vario modo nell'interesse del minore.

In materia di ricongiungimento familiare, l'art. 29 del T.U. sull'immigrazione equipara i figli adottati, affidati o sottoposti a tutela, ai figli naturali o legittimi. Salvo valutare l'istituto giuridico più appropriato sotto cui riportare la *kafalah*, i giudici italiani ammettono quindi in genere, il ricongiungimento del minore al suo *kafil* straniero¹⁰⁵. Si ritiene in particolare di dover prescindere dal *nomen juris* per guardare piuttosto agli effetti sostanziali dell'istituto straniero ed alla sua eventuale analogia con le misure previste dal nostro ordinamento. In altre parole, ai fini del T.U. sull'immigrazione, i concetti di adozione, affidamento e sottoposizione del minore a tutela, *“esigono di essere intesi alla stregua di strumenti atti a permettere che istituti di diritto straniero, ancorché diversi da quelli nazionali, possano, comunque, venire in rilievo nel nostro Paese purchè produttivi di effetti omologhi agli effetti prodotti da quelli di quest'ultimo”*, e ciò soprattutto in considerazione del superiore interesse del minore all'unità familiare¹⁰⁶.

¹⁰⁴ In tal senso la Sura XXXIII, vers. 4-5, recita: *“Allah non [...] ha fatto vostri i figli adottivi [...] Date loro il nome dei loro padri: ciò è più giusto davanti ad Allah. Ma se non conoscete i loro padri siano allora vostri fratelli nella religione e vostri protetti.”*.

¹⁰⁵ Nella pratica la non menzione nel regolamento attuativo della legge, dei figli minori affidati, ha creato difficoltà e contenziosi: l'autorità amministrativa, soprattutto consolare, ha infatti in più occasioni rifiutato di rilasciare i visti di ingresso.

¹⁰⁶ Tribunale di Biella, 26 aprile 2007, in *Dir. Fam. e delle pers.*, 2007, 4, 1810 con note di **J. LONG**, *Il ricongiungimento familiare del minore affidato con kafala*, e **M. ORLANDI**, *La kafalah di diritto islamico e il diritto al ricongiungimento familiare: una interessante pronuncia del Tribunale di Biella*. Conformi, cfr. Corte di Appello di Torino, decreto 28 giugno 2007, in *Dir. imm. citt.*, 2007, 3, 142; Tribunale di Firenze, decreto 9 novembre 2006, *ibidem*, 2007, 4, 169; Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria, 10 ottobre 2006, in *Fam. e min.*, 2006, 2, 86. *Contra* cfr. Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza 9 febbraio 2005, in *Dir. imm. citt.*, 2005, 2, 183, per il quale *“deve essere ogni volta verificata in concreto la compatibilità dell'atto di kafalah ... con l'ordine pubblico (espresso anche dal riconoscimento dei fondamentali diritti all'unità familiare ed alla tutela del diritto del minore alla propria famiglia), compatibilità che nella specie va esclusa”*; Avvocatura Generale dello Stato, parere del comitato consultivo 19 gennaio 2006, n. 7032, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 2006, n. 1, 247.



In presenza di una domanda di adozione del *makful* da parte di italiani, la giurisprudenza è invece oscillante. Per la Corte di Appello di Bari la *kafalah*, in quanto provvedimento straniero di volontaria giurisdizione in materia di diritto di famiglia e delle persone, ha efficacia *ex lege* nel nostro ordinamento in forza dell'art. 66 della l. n. 218 del 1995, senza che sia necessario alcun procedimento di delibazione e può essere equiparata ad un affidamento¹⁰⁷. Al contrario per il Tribunale dei minori di Trento la *kafalah* non è in alcun modo equiparabile né all'adozione legittimante né all'affidamento a questa preordinato, ragion per cui *“non può essere dichiarato efficace in Italia un provvedimento marocchino che ai sensi e per gli effetti dell'istituto della Kafalah, abbia disposto l'affidamento ad una coppia di coniugi italiani di un minore marocchino abitante con gli affidatari, in territorio italiano.”* Appare infatti *“evidente l'impossibilità di pronunciare l'efficacia di un provvedimento che non ha corrispondente nel diritto nazionale”*¹⁰⁸. Per le stesse ragioni il Tribunale di Torino ha decretato lo stato di abbandono e di conseguente adottabilità di un minore marocchino, irregolarmente introdotto nel nostro territorio da cittadini italiani, cui era stato affidato con provvedimento di *kafalah* dal Tribunale di Rabat. Il decreto pronunciato dal giudice torinese è stato inutilmente opposto dagli affidatari che in tutti e tre i gradi di giudizio hanno visto negata la propria legittimazione ad agire, poiché per la legge marocchina non hanno acquisito la qualifica di tutori del minore. Per la Corte, pur essendo il provvedimento marocchino di omologa di un atto di *kafalah* efficace nel nostro ordinamento e paragonabile *“al contenuto del nostro affidamento familiare”*, tuttavia non può ritenersi attributivo della tutela, poiché così pronunciando *“verrebbe contraddetto il principio, cui quella legislazione tiene particolarmente, che non debba mai essere perduto il legame del minore con le proprie origini”*¹⁰⁹. Nel primo caso il Tribunale di Trento ha tuttavia riconosciuto la possibilità di ricorrere alla cd. adozione “in casi particolari,” prevista dagli art. 44 ss. della l. n. 184 del 1983, la quale non ha effetto legittimante, non taglia i rapporti con la famiglia di origine, non crea rapporti familiari coi parenti dell'adottante ed è passibile di

¹⁰⁷ Corte di Appello di Bari, decreto 14 aprile 2004, in *Fam e dir.*, 2005, 61, con nota di **R. GELLI**, *La Kafala di diritto islamico, prospettive di riconoscimento nell'ordinamento italiano*, e in *Dir. imm. citt.*, 2004, II, 178.

¹⁰⁸ Tribunale dei Minori di Trento, decreto 11 marzo 2002, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 135; Tribunale dei Minori di Trento decreto 10 settembre 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 150.

¹⁰⁹ Cfr. Cassazione sez. I, 4 novembre 2005, n. 21395. La Corte conferma la pronuncia della Corte di Appello di Torino, 14 luglio 2004, n. 762., in *Fam. dir.*, 2006, 3, 243.



revoca, sia pure in casi eccezionali. Tale soluzione crea in vero “*per il bambino così adottato uno status filiationis incompleto e meno favorevole rispetto all’adozione (ora) ordinaria, o piena*”¹¹⁰. Tuttavia essa consente di rispettare la legge nazionale di provenienza del minore assicurandogli una omogeneità di *status*. L’adozione legittimante non sarebbe infatti riconosciuta nel paese islamico di provenienza, alla cui potestà il *makful* resterebbe soggetto¹¹¹. Ancor più la cd. “adozione mite”, laddove conserva e salvaguarda il legame con la famiglia di origine, ritenuto significativo, rispetta le tradizioni culturali e religiose del minore, cui altrimenti sarebbe imposto uno *status* giuridico che viola il precetto coranico e la religione islamica cui egli appartiene per nascita ed alla quale anche il *kafil*, se non musulmano, è tenuto a convertirsi.

La salvaguardia dell’identità culturale del minore in stato di abbandono è peraltro esplicita nella Convenzione dell’Aja del 1993, per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione, ratificata dall’Italia con la l. n. 476 del 1998, che disciplina attualmente l’adozione internazionale. All’art. 20 la Convenzione prevede, per il fanciullo temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare, misure di protezione sostitutive tra cui menziona espressamente la *kafalah*. Nell’effettuare una selezione tra le diverse soluzioni, ogni Stato membro dovrà tenere “*debitamente conto della necessità di una certa continuità nell’educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica*.”

L’esigenza di trattare con la massima attenzione la conversione di una *kafalah*, e di rispettare al massimo le tradizioni di altri Paesi è assai sentita dalla Francia, per la quale “*Cette institution musulmane ne peut en aucune façon être comparée à une adoption, simple ou plénier, laquelle emporte création d’un lien de filiation, ce qui est totalement proscrit par la*

¹¹⁰ A. GALOPPINI, *L’adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell’eurocentrismo*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 138, 140. Critici sull’utilizzazione della adozione mite sono anche P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozione plena, minus plena e tutela delle radici del minore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 686; J. LONG, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafala e divieto di adozione: un’occasione per riflettere sull’adozione legittimante*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 187; R. GELLI, *La Kafala di diritto islamico, prospettive di riconoscimento nell’ordinamento italiano*, in *Fam. e dir.*, 2005, 62, 70.

¹¹¹ Nel caso del Marocco l’autorità cui il minore è soggetto è quella dei servizi sociali del Consolato marocchino del luogo di residenza dell’adottante; cfr. A. ORLANDI, *La Kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 693, 647, per il quale “*sarebbe perlomeno imbarazzante spiegare al funzionario del consolato marocchino - cui il minore risulta essere affidato- che quel minore, in violazione della normativa islamica, è stato adottato*”. Sulla riconoscibilità della *kafalah* quale adozione cfr. ID, *Le adozioni internazionali in Italia: realtà e disciplina giuridica*, Milano, 2006.



*Charia et par la législation familiale en vigueur notamment au Maroc et en Algérie. Dans ces conditions, le droit international privé français, respectueux des législations étrangères et soucieux d'éviter le prononcé en France de décisions conférant à des étrangers un statut non susceptible d'être reconnu dans leur pays d'origine, s'oppose à l'adoption en France d'enfants dont la loi nationale interdit l'adoption¹¹². In tal senso "afin de garantir le respect de la législation des pays étrangers, la loi n. 2001-111- du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale à ainsi introduit dans le code civil des dispositions interdisant le prononcé en France de l'adoption d'un mineur étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce dernier est né et réside habituellement en France"¹¹³. Anteriormente a tale legge del 2001, l'adozione era governata dalla nazionalità dell'adottante, cosicché era interdetta solo se vietata dal paese di sua provenienza, come nel caso di adozione chiesta da un cittadino marocchino, affidataria per atto di *kafalah* di un bambino anch'esso marocchino¹¹⁴. Quando invece il divieto di adozione derivava dalla legge nazionale del bambino, la giurisprudenza la ammetteva comunque, se il rappresentante del minore avesse dato un consenso informato, vale a dire pienamente consapevole degli effetti dell'adozione in Francia. Si è osservato peraltro che nello stabilire che "l'adoption ne peut être prononcée si la loi de l'un et de l'autre (adottante o adottato) la prohibe" (art. 370-3, 1c.), ... la loi du 6 fevr. 2001, est venue consacrer une solution ... répondant ainsi aux nombreuses critiques, qui reprochaient à la solution de la jurisprudence de mépriser à ce point la loi nationale de l'enfant et de conduire à des adoptions boiteuses, c'est-à-dire des adoptions non reconnues dans le pays d'origine e l'enfant"¹¹⁵.*

Sulla stessa linea si è posto nel 1996 il Tribunale tedesco di Karlsruhe, il quale investito della richiesta di adozione di un bambino marocchino che aveva vissuto per qualche tempo in Germania, con i richiedenti di diversa nazionalità, invece di ammettere l'adozione come generalmente fatto dalle corti tedesche in ipotesi similari¹¹⁶, dopo aver

¹¹² Nota su 'La kafala de droit musulman', nel sito del Ministero degli affari esteri ed europei(www.diplomatie.gouv.fr/fr/les-francais-etranger_1296/conseils-aux-familles_3104/adoption-internationale_2605/glossaire_3890/kafala-droitmusulman_12564.htm).

¹¹³ Réponse du Ministre de la Justice, alla Question écrite n. 00078 de M. Yves Détraigne, in JO Sénat, 30/08/2007, p. 1545. L'interrogazione è in JO Sénat, 28/06/2007, 1114.

¹¹⁴ Cfr. Cour d'appel de Paris, 29 aprile 2003, in *Rec. Dalloz*, 2004, n. 7, 459.

¹¹⁵ F. MBALA, *Adoption internationale: lorsque le pays d'origine prohibe l'adoption*, nota a Cour d'appel de Paris 29 apr.2003, in *Rec. Dalloz*, 2004, n. 7, 458.

¹¹⁶ Per il diritto internazionale privato tedesco, nel caso di diversa nazionalità dei richiedenti l'adozione è regolata dalla legge dello Stato o da quella di ultima



richiamato l'art. 20 della Convenzione dell'Aja, ha rinviato il caso alla corte inferiore dando istruzioni per la applicazione di misure alternative alla adozione. Tra queste, la corte menziona come possibile soluzione la *kafalah* che pur non conferendo una piena integrazione del bambino nella famiglia tuttavia "might be a suitable measure of protection because it favours the continuity of the child culture."¹¹⁷ Soluzione preferibile anche in dottrina, poiché "une qualification comme adoption au sens du droit allemand violerait le sens de cette institution de droit musulman et serait contraire à sa nature intrinsèque"¹¹⁸.

4 - (Segue) Il ricongiungimento familiare. L'abbandono ed i maltrattamenti del minore

L'appartenenza etnico-culturale del minore è valorizzata al più alto grado laddove si coniuga con il cd. diritto all'unità e al godimento della vita familiare, definito dalla Consulta come "*il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia*"¹¹⁹ che non ammette distinzioni tra cittadini e stranieri. La garanzia della convivenza del nucleo familiare assume una valenza ancor più cogente allorché è funzionale alla protezione dei figli minori, tanto che può incontrare solo i limiti che scaturiscono da un bilanciamento con valori costituzionali di pari grado o per specifiche, motivate, esigenze di tutela delle regole di convivenza democratica.¹²⁰ Tali principi trovano piena attuazione nella disciplina del ricongiungimento familiare nel T.U. sull'immigrazione, che ripropone l'attribuzione di effetti giuridici all'unione poligamica, o più raramente un'irrilevanza della legge d'origine. Essi orientano tuttavia anche una più vasta attività giurisprudenziale, la quale in considerazione dell'interesse del minore a vivere nel proprio nucleo familiare e sociale,

nazionalità comune degli sposi. Nella fattispecie concreta, poiché la moglie era marocchina ed il marito sebbene marocchino aveva acquisita la cittadinanza tedesca, andava applicata la legge tedesca considerato inoltre che il bambino viveva in Germania.

¹¹⁷ OLG Karlsruhe, novembre 25, 1996, in *IPRax*, 1999, 49. Notizia in E. JAYME, *Multicultural Society and Private Law German Experiences*, Roma, 1999.

¹¹⁸ B. MENHOFER B. "Enfant et patrimoine dans la rencontre des civilisations", in *Le Statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, a cura di R. CARLIER J.Y. VERMILGHEN M., Bruxelles, 1992, 376.

¹¹⁹ Corte Costituzionale, 19 gennaio 1995, n. 28 in *Foro it.*, 1995, I, 2068.

¹²⁰ Cfr. le sentenze 26 giugno 1997, n. 203; 19 gennaio 1995, n. 28; 27 luglio 2000, n. 376 (tutte consultabili in <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>).



conduce a soluzioni che lasciano talora perplessi, collocandosi pericolosamente al limite del rispetto dell'integrità psico-fisico e delle libertà fondamentali del minore stesso.

Il T.U. sull'immigrazione contiene un intero titolo sul "diritto all'unità familiare e tutela dei minori". Questa si estrinseca nel diritto ad avere ingresso in Italia ai fini del ricongiungimento con lo straniero qui regolarmente soggiornante (art. 29), e nel più ristretto diritto del genitore ad entrare o permanere in Italia anche in assenza dei presupposti per un regolare soggiorno, se ricorrono "gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano" (art. 31). In entrambi i casi la legge si riferisce alla cd. famiglia ristretta: coniuge non legalmente separato, figli minori a carico, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, genitori a carico. In presenza di un matrimonio poligamico le disposizioni ministeriali e la giurisprudenza negano quindi la possibilità di ingresso per ricongiungimento al marito, di più di una moglie. Per il Ministero dell'Interno "il diritto al ricongiungimento per il coniuge va riconosciuto ad una sola persona, stante il divieto nel nostro ordinamento della poligamia"¹²¹, mentre per il TAR Emilia Romagna, la richiesta da parte di due donne marocchine di ricongiungimento al marito comune è inammissibile, in quanto la legge personale è contraria all'ordine pubblico e al buon costume¹²².

Tali valutazioni scompaiono in presenza di ricongiungimento nell'interesse del figlio. Per il Tribunale di Bologna, il provvedimento di diniego del visto di ingresso alla madre, "negato in quanto la permanenza nel territorio nazionale della predetta cittadina straniera ... verrebbe a determinare un caso di poligamia, essendo già presente nel territorio la prima moglie del padre del ricorrente" è illegittimo¹²³. Se infatti la mera compresenza sul territorio italiano di due mogli sposate all'estero, non configura il reato di bigamia che deve essere commesso sul territorio nazionale, nei confronti del figlio richiedente, il quale fa valere il diritto all'unità familiare ed il solo rapporto di filiazione, non può comunque invocarsi il limite dell'ordine pubblico, "applicabile solo qualora fosse stato l'odierno ricorrente a chiedere il ricongiungimento di due mogli così invocando gli effetti civili di entrambi i matrimoni nel nostro ordinamento". Per le stesse ragioni, la Corte di Appello di Torino ha autorizzato a permanere in

¹²¹ Circolare Ministero dell' Interno 7 ottobre 1988, n. 559/443/186378/5/11/3/132/1 Div., in **B. NASCIMBENE**, *Il minore straniero e le norme sull'immigrazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, 814, nota 7.

¹²² TAR Emilia Romagna - sede di Bologna, sez. I, 14 dicembre 1994, n. 926, in *Gli stranieri*, 1995, 58, con nota di **I. FUSIELLO**, *Poligamia e ricongiungimento familiare*.

¹²³ Tribunale di Bologna, ordinanza 12 marzo 2003, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004, 775.



Italia la madre di un minore, convivente con detto figlio, il marito, la sua seconda moglie e la di lei figlia, per consentirgli la prosecuzione delle cure parentali prodigate e rivelatesi d'esito felice. La compresenza di altra moglie diviene irrilevante poiché *"l'autorizzazione è concessa nell'interesse del figlio minore, per garantirgli la vicinanza del genitore, indipendentemente dal fatto che questo sia o meno sposato con l'altro genitore del figlio, e che sia sposato in regime monogamico o poligamico"*. Anche in al caso non si tratta insomma di *"omologare un'unione matrimoniale poligamica,"* ma solo di *"tutelare il primario e poziore diritto del minore a non essere separato, senza adeguato motivo, da uno dei genitori"*¹²⁴.

La tutela del minore può talora portare a disapplicare le regole del paese d'origine, come ad esempio la legge Moudawana, laddove *"attribuisce la rappresentanza legale al solo padre, in quanto contrasta con l'ordine pubblico internazionale"*¹²⁵. A prevalere è ancora una volta il fine di consentire il ricongiungimento alla mamma extracomunitaria, soggiornante regolarmente in Italia, della figlia minore nata dal primo matrimonio ed affidata al padre dopo il ripudio della madre, che ha tuttavia continuato da sola a mantenerla e ad occuparsene.

A tutela dell'unità familiare e dell'interesse del minore a conservare il nucleo familiare nativo non si esita a valorizzare la diversa cultura anche laddove essa contrasti con il comune senso di benessere, di cura, protezione, educazione e sviluppo del minore medesimo. Il *favor* per una crescita nella famiglia di origine è una precisa regola di orientamento per gli operatori del diritto, chiamati ad intervenire in caso di condotte genitoriali a rischio¹²⁶. Nel valutare lo stato di abbandono al fine della adattabilità, la Cassazione considera da sempre prioritaria per il minore, una sana crescita nella sua famiglia di origine. L'adozione infatti non può essere intesa quale rimedio per procurare semplicemente una vita migliore: né una educazione non ottimale, né una semplice povertà del tenore di vita, né tanto meno il confronto con le migliori condizioni che il minore potrebbe trovare in una eventuale

¹²⁴ Corte di Appello di Torino, decreto 18 aprile 2001, in *Dir. fam. pers.*, 2001, II, 1492. *La sentenza riforma la pronuncia* del Tribunale dei Minori di Torino, decreto 21 dicembre 2000 (riferita in L. MORMILE, *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all'identità culturale*, in *Familia*, 2004, 1, 58, 84), che aveva negato il ricongiungimento, affermando tra l'altro che *"voler vivere in Italia in condizione di poligamia è contro i principi dell'ordinamento giuridico del paese che ospita"*.

¹²⁵ Cassazione sez. I, 9 giugno 2005, n. 12169, in *Fam. dir.*, 2005, 4, 354.

¹²⁶ Cfr. V. POCAR, *La struttura della decisione e i limiti dell'intervento giudiziario nell'affidamento della prole*, in *Come il diritto tratta le famiglie*, a cura di G. Maggioni, Urbino, 1996, 103.



famiglia adottiva, sono sufficienti per la dichiarazione di adottabilità¹²⁷. *“Si spiega in questi termini (anche) la cautela più volte dimostrata dai giudici nel ricorrere a interventi radicali, come quelli ablattivi della potestà”*¹²⁸, di fronte ai comportamenti nocivi, religiosamente motivati, quali il rifiuto di terapie emotrasfusionali opposto da genitori geovisti. In tali casi la linea seguita dai giudici è stata quella di *“rimediare a condotte parentali oggettivamente pregiudizievoli, escludendo misure sanzionatorie, stante anche la difficoltà di riconoscere in capo ai genitori una volontà diretta alla lesione delle salute del minore”*¹²⁹.

Analogo trattamento è riservato dalle corti di merito all’eventuale specificità culturale dei genitori, fino a dedurne in molti casi l’assenza di uno stato di abbandono. *“La condotta dei genitori appartenenti ad una etnia e ad una cultura diverse dalla nostra, va valutata, in un contesto sociale ormai sempre più multirazziale qual è quello italiano, con riferimento ai costumi, alla sensibilità ed ai modi di agire caratterizzanti la cultura e l’etnia stesse e quindi alla valenza diversa che ad una determinata condotta va riconosciuta a seconda della matrice etnica e culturale di appartenenza”*. Per tali ragioni non sussistono le condizioni né per la perdita della patria potestà, né per la dichiarazione di abbandono laddove i genitori, affidata a terzi la figlia in tenerissima età, abbiano avuto con essa sporadiche frequentazioni anche *“per l’abitudine tipica della loro etnia e cultura di diradare i contatti con la prole una volta accertato il suo stato di benessere presso terzi”*¹³⁰. Del resto nel valutare il danno grave alla equilibrata crescita del minore, anche nella sua proiezione *de futuro*, occorre guardare *“non già ai criteri astrattamente prefigurati, bensì alla realtà obiettiva nella quale (il minore) la piccola M. è nata, realtà di nomadi, che ignorano modi di vivere diversi da quelli loro propri, per mutare i quali dovrebbe sopprimersi la loro identità etnica”*¹³¹. *“I postulati esistenziali e culturali cui i membri di tali comunità conformano ogni loro comportamento, nella genuina convinzione d’essere nell’ambito della normalità e di un’ancestrale, non sindacabile tradizione”*, può escludere pertanto l’abbandono da parte della madre e nel contempo il danno grave allo

¹²⁷ Cfr Cassazione sez. I, 2 aprile 1998, n. 3405, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 26, 53; Cassazione sez. I, 11 novembre 1996, n. 9861, in *Fam. dir.*, 1997, 250; Cassazione, 23 aprile 1990 in *Rep. Foro it.*, 1990, Adozione [0160], n. 87; Cassazione, 7 giugno 1989, n. 2763, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2592.

¹²⁸ P. FLORIS, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori*, op. cit., 199.

¹²⁹ ID.

¹³⁰ Tribunale dei Minori di Napoli, 14 novembre 1994, in *Dir. fam.*, 1997, 613; Tribunale dei Minori di Napoli, 17 ottobre 1990, *ivi*, 1991, 644. *Contra* Corte di Appello di Napoli, 9 novembre 1995, *ivi*, 1997, 589.

¹³¹ Tribunale dei Minori di Venezia, 1 ottobre 1993, in *Dir. fam. pers.*, 1994, 251, con ampi richiami giurisprudenziali.



sviluppo del minore, il quale, in virtù di quella stessa appartenenza, può non percepire vessazioni fisiche o morali, capaci di procurargli sofferenza. Su dette basi si è giunti fino a negare, nel caso concreto, il reato di maltrattamento, considerato che i minori, sistematicamente impiegati nell'accattonaggio, erano stati fotografati in atteggiamenti tali da far pensare che traessero dalla loro attività *"motivi se non di allegria, di distensione"*¹³². Ed ancora si sono riaffidati ai genitori, zingari romeni, i tre figli tra i cinque e gli otto anni, condotti quotidianamente ad elemosinare agli incroci cittadini, poiché *"qualora ciò avvenga in un contesto di armonia ed affetto familiare (da valutarsi quest'ultimo anche alla luce di cultura, tradizione e condizioni di vita del nucleo familiare medesimo), in assenza di violenza fisica o morale e nell'ambito di una sforzo comune di sopravvivenza, il minore ben potrebbe vivere il proprio accattonaggio senza quella sofferenza che la sola idea delle stesse provoca invece al normale cittadino italiano"*¹³³.

La giurisprudenza italiana mostra insomma *"la tendenza ad accogliere nel nostro ordinamento la regola straniera (scritta, consuetudinaria o derivante da una mera pratica necessitata) tutte le volte che la relazione familiare possa effettivamente trarre giovamento dall'applicazione di quella regola"*¹³⁴, ed a valutare con il metro della multiculturalità comportamenti genitoriali che se si trattasse di italiani, sarebbero sintomatici di abbandono, maltrattamento o più semplicemente di incuria e negligenza socialmente deprecabile.

Detta vocazione è passibile di ampie applicazioni anche nei confronti della comunità musulmana. È noto infatti che nel diritto islamico i ruoli di padre e madre sono ben distinti. Al padre spetta la potestà paterna (*wilāya*) con il potere di prendere le decisioni relative all'educazione, all'istruzione, al matrimonio, all'avviamento al lavoro all'amministrazione dei beni del figlio, oltre all'obbligo di mantenimento. La madre invece attende alla custodia, sorveglianza, cura del figlio (la cd. *hadāna*), cui in sua assenza provvede la nonna o altra parente donna, poiché si tratta di compiti ritenuti squisitamente femminili. È pertanto normale per il musulmano, allontanarsi anche per lunghi periodi dal figlio, e non occuparsi in concreto della sua educazione, istruzione, o cura e custodia quotidiana, ciò che per il nostro comune senso della famiglia configurerebbe invece disinteresse ed abbandono, giuridicamente e socialmente sanzionabile.

¹³² Cassazione pen. sez. I, 7 ottobre 1992, in *Giur. it.*, 1993, II, 582.

¹³³ Tribunale della libertà di Torino, in *Minori giustizia*, 1998, 2, 165.

¹³⁴ **M. BOUCHARD**, *Identità culturale, uguaglianza e diversità: pluralismo e mediazione culturale*, in *Questione giustizia*, 2001, 3, 10.



La convinzione dei genitori di corrispondere ad un obbligo normativo-morale può condurre a comportamenti illeciti anche penalmente, in tal caso la considerazione della cultura e delle tradizioni locali del proprio paese, non appare condivisibile. Nel 1997 il Tribunale dei minorenni di Torino, nel giudicare un caso di restrizione della potestà genitoriale su una bambina, figlia di una coppia di immigrati nigeriani, sottoposta in Nigeria ad una pratica di escissione¹³⁵, ha riaffidato la minore ai propri genitori. Decisione conforme alla archiviazione del giudizio penale aperto a carico dei medesimi, "per mancanza di condizioni per legittimare l'esercizio dell'azione penale per violazione degli artt. 110, 582, 583 cp, in quanto sia i genitori che la minore sono cittadini nigeriani" e poiché i primi "hanno inteso sottoporre la figlia a pratiche di mutilazione genitale, pienamente accettate dalle tradizioni locali e (parrebbe dalle leggi) del loro Paese". Il Tribunale dei minori sottolinea inoltre che i genitori avevano scelto per la pratica un clinica pubblica, rivelandosi ineccepibili quanto a capacità emotiva ed educativa, infatti "dal complesso degli elementi di prova raccolti, non emergono elementi tali da far ritenere i genitori (...) inidonei a svolgere i compiti di educazione e crescita della figlia"¹³⁶.

In verità di fronte a tali condotte etniche e pratiche rituali, ma anche ad atteggiamenti culturali quali l'imposizione di stili e scelte di vita, o l'impiego dei minori nel lavoro, in sede giudicante si impone agli ordinamenti occidentali una più attenta valutazione dei casi in cui si può e si deve interferire nella sfera privata del gruppo immigrato. Ciò in applicazione dei principi essenziali dell'ordine sociale e giuridico europeo, espressi dalle carte internazionali e dalla nostra Costituzione, e considerato tra l'altro che si tratta di pratiche spesso "imposte" al minore, che dovrebbero quindi indurre lo Stato ospitante ad applicare con rigore le sue leggi, poiché "il diritto di essere tutelati da coercizioni del genere dovrebbe avere la precedenza sui "valori familiari" della religione o della cultura di minoranza"¹³⁷.

¹³⁵ Per un primo esame sulle mutilazioni genitali cfr. G. CASSANO - F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, in *Fam. dir.*, 2007, 2, 179; M.R. RICCI, *Le mutilazioni genitali femminili*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 2003, 4, 575; A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giur. mer.*, 2001, 3, 4, 854.

¹³⁶ Le due pronunce sono inedite, ne da notizia C. CASTELLANI, *Infibulazione ed escissione: fra diritti umani ed identità culturale*, in *Minori. giust.*, 1999, 142. Vedi anche M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multietnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in 'dimensione domestica'*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, 22.

¹³⁷ M. WALZER, *Sulla tolleranza*, Bari, 1998, 88.



5 - *Cultural defenses e reati culturali: la tendenza all'esclusione nella giurisprudenza europea*

Il mondo etnico-culturale, sociale e religioso in cui ognuno di noi si trova a vivere, crescere e condurre la propria esistenza, detta inevitabilmente anche i confini del bene e del male, sceverando giuridicamente tra le condotte lecite e quelle illecite, consentite o delittuose. La distanza tra le culture può essere talora così grande da capovolgere i riferimenti valoriali. Emblematico in tal senso l'episodio sui padri defunti, narrato da Erodoto, spesso richiamato in dottrina come primo caso di multiculturalismo: *“una volta Dario, quando era re convocò i greci che vivevano alla sua corte e domandò loro a quale prezzo avrebbero consentito a mangiare i cadaveri dei loro genitori; quelli dichiararono che per nulla al mondo l'avrebbero potuto fare. Allora Dario fece venire davanti a sé, presenti i Greci, quegli Egiziani che sono chiamati Callati e che usano divorcare i loro genitori morti, e fece chiedere a mezzo degli interpreti per quale prezzo si sarebbero indotti a bruciare il cadavere del loro padre; e quelli a gran voce lo pregarono di non dire cose così sacrileghe”*¹³⁸. Il pluralismo culturale può insomma indurre a percepire e ritenere come giusto o addirittura doveroso quanto altri considerano iniquo e criminale. E così l'immigrato può trovarsi completamente spaesato, come nel caso narrato dalle cronache giornalistiche, del marocchino che, sorpresa la moglie con un altro uomo, prima li picchiò entrambi poi ebbe a chiamare i carabinieri per avere giustizia. Arrestato per i fatti commessi egli non poté quindi nascondere il proprio stupore esclamando: *“che strane leggi avete in Italia”*¹³⁹.

La regolamentazione dei rapporti di famiglia, anche sotto il profilo penale, si presenta quindi particolarmente esposta alle problematiche della polietnia e ripropone la necessità di un equilibrato, ed ancor più rigoroso contemperamento, tra le ragioni dell'identità ed i valori fondanti gli ordinamenti occidentali. In tal caso infatti entrano in gioco, da una parte l'interesse della vittima ad una adeguata tutela e quello dell'ordinamento alla severità della punizione per ragioni di sicurezza ed ordine pubblico, e dall'altra il diritto dell'agente ad una pena commisurata alla propria colpevolezza, che implica la valutazione della cultura e del movente culturale quali fattori di minore rimproverabilità del fatto.

¹³⁸ ERODOTO, *Le storie*, libro terzo, par. 38.

¹³⁹ Notizia in A. GALOPPINI, *Democrazia, uguaglianza, differenze: il caso dell'immigrazione islamica*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 257, 260.



In Italia invero, la rilevanza della appartenenza culturale stenta ad essere riconosciuta dal diritto penale. Salvo eccezioni, inaccettabili come il caso già ricordato di Fatima, ma anche, come vedremo, rispettose dei principi di uguaglianza e colpevolezza che informano e guidano la civiltà giuridica dell'occidente nell'irrogare la più dura delle sanzioni, la soppressione della libertà personale attraverso la reclusione, la giurisprudenza italiana è stata finora assai cauta nel dare rilevanza al *background* culturale dell'agente, e non sembra favorevole all'ingresso nel nostro ordinamento della categoria delle cd. *cultural defenses* o del reato culturale.

La *cultural defense* è una figura giuridica elaborata nei paesi anglosassoni ed in particolare negli Stati Uniti, le cui corti, a partire dalla fine degli anni ottanta del novecento, si sono trovate a giudicare su fatti anche drammatici, in cui emergeva una forte contraddizione tra le usanze di alcuni gruppi immigrati ed il sistema penale statunitense. In detti casi il reo aveva posto in essere condotte che ritenute penalmente illecite dall'ordinamento giudicante, erano invece tollerate o addirittura richieste dal gruppo sociale minoritario di appartenenza. Nel tentativo di soddisfare tanto le esigenze di integrazione e rispetto della diversità, quanto le attese di sicurezza ed inderogabilità del diritto, connesse alla punizione dei reati, si è scelto di calibrare la risposta penale valutando la matrice culturale come esimente-attenuante¹⁴⁰. La *cultural defense* è infatti «una causa "attenuante" o di "esclusione della pena" (i.e., *defense*) invocabile da immigrati, rifugiati, da popolazioni "indigene", o comunque da appartenenti a minoranze, con *background culturale* diverso dai costumi e dagli usi generalmente seguiti e accettati dalla maggioranza della comunità»¹⁴¹, il cui riconoscimento passa attraverso una severa valutazione, tanto che i casi in cui le corti rifiutano di dare ingresso a *cultural defenses* sono comunque più numerosi di quelli che le ammettono¹⁴². Colui che invoca una *cultural defense* deve infatti provare la stabilità e diffusione del valore o della pratica culturale, all'interno del proprio gruppo, la sua personale ed

¹⁴⁰ Nei sistemi anglosassoni il termine *defense* (o *defence* nella terminologia inglese) comprende le cause di giustificazione che escludono la antigiuridicità della condotta, ma anche quelle che attenuano soltanto la responsabilità penale.

¹⁴¹ L. MONTICELLI, Le «*cultural defenses*» (esimenti culturali) e i «reati culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale, in *Indice pen.*, 2003, 535, 535-536.

¹⁴² Cfr. A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, New York, Oxford University Press, 2004, *passim*, e soprattutto 200 ss.



effettiva adesione alla cultura richiamata, l'incidenza diretta di quest'ultima sull'azione commessa¹⁴³.

L'influenza dell'*humus* culturale nella applicazione del diritto penale e più ampiamente il conflitto normativo, occupano ormai da tempo anche la dottrina europea ed italiana, che preferisce però parlare di "reato culturale," o "reato culturalmente motivato", adottando un approccio globale che tende a ricercare non solo e non tanto gli strumenti con cui valorizzare il motivo culturale e risolvere il conflitto, com'è nel diritto anglosassone, quanto piuttosto il come ed il perché del contrasto tra le due culture, e la definizione del quadro di principi entro cui esso va composto. Secondo la definizione condivisa dalla dottrina penalistica europea, è reato culturale "un comportamento realizzato da un membro appartenente ad una cultura di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico della cultura dominante. Questo stesso comportamento tuttavia, all'interno del gruppo culturale dell'agente è condonato, o accettato, come comportamento normale o approvato, o addirittura è sostenuto e incoraggiato in determinate situazioni"¹⁴⁴.

Al di là delle diverse impostazioni del problema, *cultural defense* e reato culturale sono comunque figure analoghe. L'esperienza dei sistemi di common law (Usa ed australiano soprattutto) merita quindi di essere ricordata poiché tra l'altro, "la straordinaria varietà e creatività di talune delle proposte e soluzioni adottate ... per quanto non trasponibili tout court, possono costituire un fruttuoso punto di riferimento per arricchire le attuali prospettive del dibattito nazionale ed europeo sulla gestione delle ricadute penalistiche dei conflitti interculturali"¹⁴⁵. Considerato inoltre, che le trasformazioni in atto nella società europea rendono assai verosimile un aumento dei casi di reati culturali, che al momento ricevono innanzi alle corti europee accoglienza ben diversa da quella statunitense.

Gli ordinamenti anglosassoni non disciplinano le *cultural defenses* come fattispecie autonome, ma le riportano sotto le altre esimenti normate (legittima difesa, errore di fatto, stato passionale o "suitas", provocazione, vizio di mente, semi-imputabilità). Sia quando si pongono come causa di esclusione della responsabilità o della punibilità, che quando sono motivo di diminuzione della pena, esse

¹⁴³ Per un primo accenno alla procedura di verifica e valutazione di una *cultural defense* cfr. **B. PASTORE**, *Multiculturalismo e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2006, 9, 3030, 3039.

¹⁴⁴ **F. BASILE**, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 4, 1296, 1323, con ampi riferimenti bibliografici.

¹⁴⁵ **C. GRANDI**, *Diritto penale e società multiculturale: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *L'Indice pen.*, 2007, I, 245, 263.



incidono sulla valutazione dell'elemento soggettivo (*mens rea*); l'agente “*a causa della propria educazione culturale non è in grado di motivarsi in modo del tutto conforme al preceitto penale ... egli cade in errore durante il procedimento di formazione della propria volontà*”¹⁴⁶. Per tale ragione, come già accennato, presupposto per la valenza di una *cultural defense* è che il movente culturale abbia realmente e direttamente condizionato il comportamento dell'agente, il quale deve fornire prova positiva della sua piena ed intima aderenza alla cultura ed ai valori richiamati, deve cioè “*dimostrare che le «norme di cultura» non sono invocate ad arte come scusa o come giustificazione ex post*”¹⁴⁷. Sotto tale profilo acquista rilevanza sia il periodo di ingresso e soprattutto di permanenza nel paese ospitante, sia il livello di integrazione con la società autoctona, raggiunto dall'agente. L'immigrato di lunga data, ed ancor più quello di seconda generazione, tendono infatti ad acquisire usi e costumi del paese ospitante, ed a sfumare in modo crescente l'adesione ai valori ed alle pratiche della propria cultura. È allora evidente che condurre una vita “all'occidentale”, abbandonare le pratiche culturali, o più semplicemente i corredi o le prescrizioni alimentari della propria tradizione, renderà poi difficile dare prova dell'oggettiva ricorrenza di un motivo culturale, quale causa determinante della condotta criminosa. Quando tuttavia, in base ai criteri richiamati si ravvisa una *cultural defense* si ha in genere una attenuazione della pena, talora si giunge però, anche alla completa assoluzione.

Ben noti e riproposti sistematicamente dalla dottrina europea, sono ormai alcuni casi discussi e decisi tra la metà degli anni ottanta e la fine degli anni novanta del novecento. Quello “*Kimura*”, nel 1985, coinvolse per la prima volta l'opinione pubblica statunitense¹⁴⁸. La *Kimura*, immigrata giapponese, tradita e abbandonata dal marito, in ottemperanza ad una antica pratica giapponese *l'oyako-shinju*, (suicido collettivo di genitore e figli), si immerge nelle acque dell'Oceano Pacifico. Grazie all'intervento di soccorritori la donna viene tratta in salvo, mentre i bambini restano uccisi. La notevole influenza culturale sul gesto della donna, provata in corso di causa, conduce i giudici ad una sensibile attenuazione della pena. Alla stessa conclusione la corte giunge nel “*caso Kong Moua*”¹⁴⁹, giovane rifugiato laotiano accusato dalla fidanza di rapimento e violenza carnale ai suoi danni. Il giovane infatti aveva agito nella convinzione di realizzare il *Zij pj niam*

¹⁴⁶ L. MONTICELLI, *Le «cultural defenses»*, op. cit., 547.

¹⁴⁷ B. PASTORE, *Multiculturalismo e processo penale*, op. cit., 3040.

¹⁴⁸ No. A-091133 (Super. Ct. L.A. County Nov. 21, 1985).

¹⁴⁹ No. A-315972-0 (Super. Ct. Fresno County Feb. 7, 1985).



(matrimonio per cattura), rituale matrimoniale tradizionale della tribù laotiana Hmong, cui entrambi i ragazzi appartenevano, e nel quale la donna oppone resistenza in modo fittizio per ammettere implicitamente la propria verginità. Kong Moua invocò pertanto la sua buona fede nell'aver ritenuto sussistente il consenso della fidanzata. Nel *"caso Dong Lu Chen"*¹⁵⁰, infine, a determinare l'immigrato cinese ad ammazzare a martellate la propria moglie fedifraga, furono le pressioni culturali del gruppo di appartenenza, per il quale il marito tradito è un debole che per ristabilire il suo onore ed evitare lo stigma sociale deve uccidere la moglie. Anche in tal caso la corte accordò pertanto uno sconto di pena.

In altri due casi famosi, il movente culturale diviene invece così pressante da portare alla assoluzione. È quanto accade nel *"caso Kargar"*¹⁵¹, immigrato afgano visto da una vicina mentre bacia il pene del proprio figlio di un anno e mezzo. Accusato di abusi sessuali l'uomo è ritenuto non colpevole, poiché nella sua cultura d'origine tale condotta è espressione di affetto paterno e non ha alcuna valenza sessuale. È tuttavia il *"caso Giuseppe"*¹⁵², che soprattutto ai nostri occhi di italiani, mostra le dinamiche del movente culturale secondo il giudice Usa. Emigrante siciliano, Giuseppe è violento ed aggressivo nei confronti dei due figli di dieci e dodici anni. Imputato per maltrattamenti e abusi sessuali, innanzi alla corte, Giuseppe si difende sostenendo di comportarsi in tal modo per impartire ai figli ed alla moglie una corretta educazione e per correggere i loro errori. Nella stessa maniera è del resto stato educato egli stesso dal proprio padre, traendone - a suo dire - giovamento. Tali argomentazioni trovano accoglienza nel giudice ispanico, che perviene ad una assoluzione piena, sia per la ritrattazione della moglie, sia perché va riconosciuto in tal caso uno *ius corrigendi*, e vanno negati abusi sessuali: nel corso di una viaggio di tre settimane in Italia, lo stesso giudice infatti ha potuto appurare come *"sia un fatto culturale che alcune persone, latine ad esempio, abbiano un approccio differente da quello americano nel modo di accarezzare i figli e questo deve essere accettato da noi americani"*. La pronuncia sul caso Giuseppe, che richiama alla mente la più recente e già citata sentenza del Tribunale tedesco di Buckeburg, relativa allo sconto di pena accordato ad un sardo accusato di violenza carnale ai danni della moglie, suscitò in vero gravi reazioni nell'opinione pubblica e nell'ordinamento della giustizia, tanto che il giudice Fernandez fu

¹⁵⁰ No. 87-7774 (Super. Ct. N.Y. County Dec. 2, 1988).

¹⁵¹ State del Maine v. Kargar, 679 A.2d 81 (Me. 1996).

¹⁵² Circuit Court of Cook County - Child Protection Division (Stato dell'Illinois) Proc. n. 97 JA 02632-33.



rimosso e trasferito. Ciò che apparve inaccettabile è che si potesse configurare fatto socialmente adeguato *“il toccare in modo lascivo”* le parti intime di due bambini, da parte del padre. Più un generale emerge in tale vicenda il problema dei limiti entro cui il movente o la regola etnico-culturale dell’immigrato possono far recedere norme e valori del paese ospitante. Il che implica e coinvolge evidentemente le scelte politiche in materia di integrazione delle minoranze.

Sotto tale profilo nei Paesi Europei, indipendentemente dal modello assimilazionista di tipo francese, comunitario o più o meno multiculturale, preferito da Regno Unito, Olanda, Belgio, Germania, Spagna ed Italia, prevale comunque *“la pretesa di un pieno, incondizionato rispetto di regole che devono essere accettate da tutti i residenti nello Stato, in nome di un concetto di egualanza che consente il mantenimento di particolarismi culturali solo all’interno della sfera privata e a condizione che essi non solo non ledano i diritti fondamentali riconosciuti in ambito nazionale, ma neppure creino o rischino di creare significativi conflitti sociali”*¹⁵³.

Per la giurisprudenza italiana in particolare, non si tratta di negare il diritto all’identità dell’immigrato, né di procedere ad una sopraffazione culturale del gruppo minoritario attraverso l’applicazione di un principio di uguaglianza omologante. Quanto piuttosto di impedire ogni varco a modelli che possano determinare un arretramento del livello di progresso socio culturale e giuridico, raggiunto dall’ordinamento ospitante. Su tali basi già nel 1991, la Pretura di Torino ritiene sussistere il reato di maltrattamento nell’impiego abituale di minori nell’accattonaggio, poiché sotto il profilo soggettivo della consapevolezza del disvalore sociale della condotta, non è rilevante l’appartenenza degli imputati ad una minoranza etnica per cui tale utilizzazione dei minori rientra nel novero delle tradizioni più risalenti. Il pericolo della sopraffazione può essere evitato, secondo il pretore torinese, attraverso *“la verifica costante che il gruppo maggioritario deve fare dei propri criteri culturali alla luce della comune ed unica Costituzione”*. In altre parole, *“affinché non vi sia intolleranza e sopraffazione il criterio di valore della maggioranza deve risultare «positivizzato» nella Costituzione, sicché ciò che va assolutamente impedito è soltanto l’applicazione «immediata» del valore culturale di*

¹⁵³ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, op .cit., 86 ss., per il quale questa è la direzione in cui si muovono la Francia, notoriamente tendente ad una assimilazione inclusiva degli immigrati; la Germania che pur interessata alla tematica dei reati culturali, continua a non dar voce al ruolo della cultura sul comportamento criminoso degli immigrati, e da ultimo la Spagna. Qui la dottrina comincia invero ad interrogarsi sulla opportunità di valorizzare la diversità culturale, ma è ancora ben lontana dall’influenzare il legislatore.



maggioranza al gruppo di minoranza, senza una verifica costituzionale. D'altra parte però il gruppo minoritario non può pretendere che la sua cultura sia globalmente accolta nella società «di arrivo» o comunque della maggioranza senza le dovute distinzioni effettuate alla stregua, ancora una volta, della Costituzione»¹⁵⁴.

Il parametro costituzionale è ribadito dalla Cassazione nel più noto caso *Bajirami*. Il ricorrente, condannato per maltrattamenti ai danni della moglie e del figlio, invoca in sua difesa le *“caratteristiche della famiglia albanese, tali da configurare la scriminante del consenso”*. La Corte respinge invece il ricorso del Bajrami, dichiarando che le affermazioni difensive secondo cui *“sia l'imputato che le persone offese (tutti cittadini albanesi) hanno un concetto della convivenza familiare e delle potestà spettanti al capo-famiglia diversi da quello corrente in Italia, tanto da poter configurare una sorta di consenso dell'avente diritto rilevante ex art. 50 cpc;”* - *“i familiari possono validamente disporre della gerarchia e delle abitudini di vita interne al loro nucleo, senza che interventi esterni possano giungere a sanzionare comportamenti recepiti come legittimi;”* si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno a base dell'ordinamento giuridico italiano». La Cassazione precisa che i principi costituzionali dettati dagli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost., concernenti i diritti del singolo, la pari dignità sociale, i diritti della famiglia ed i doveri verso i figli, *“costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto e di fatto nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che suonano come “barbari” a fronte dei risultati ottenuti nel corso dei secoli per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona”*¹⁵⁵. Del resto solo pochi anni prima, in un caso di maltrattamenti sulla figlia minore da parte di una madre italiana, la Corte aveva negato la ricorrenza di uno *ius corrigendi*, sottolineando in più passaggi che la liceità del mezzo di correzione va determinata considerando il patrimonio culturale attuale del paese e di una civiltà. Per la Corte *“è oggi culturalmente anacronistica e giuridicamente insostenibile una interpretazione degli artt. 571 e 572 c.p. fondata sulle opinioni (come ad es., ‘la vis modica è mezzo di correzione lecito’) espresse nella relazione al codice penale del 1930 (proprio di una superata epoca storico-sociale, impregnata di valori autoritari anche nella struttura e nella funzione*

¹⁵⁴ Pretura di Torino, udienza 4 novembre 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 1647.

¹⁵⁵ Cassazione pen., ordinanza 24 novembre 1999, in *Riv. pen.*, 2000, 238. Riguardo al *“consenso”* la corte richiama la giurisprudenza che *“evidenzia in modo inequivocabile come tale consenso non possa oltrepassare la soglia dei diritti inviolabili dell'uomo”*. Il fatto fu deciso in primo grado dal pretore di Pesaro (sentenza 13 aprile 1999) e poi giudicato in Appello dalla Corte di Ancona (sentenza 11 marzo 1999); per un commento alle pronunce vedi **L. MONTICELLI**, *Consenso dell'avente diritto*, in **A. CADOPPI - S. CANESTRARI** (a cura di), *Casi e materiali di diritto penale, parte generale*, Milano, 2002, 197 ss.



delle famiglia). Tali norme vanno invece interpretate alla luce della concezione personalistica e pluralistica della Costituzione ... che al tradizionale modello istituzionale e gerarchico di famiglia hanno sostituito una visione partecipativa e solidaristica, che nella famiglia individua il coordinamento degli interessi dei suoi componenti e la garanzia dello sviluppo della personalità dei singoli”¹⁵⁶.

Nelle citate pronunce la Cassazione ha fissato i parametri di adeguatezza ed accoglienza della diversità etnica ed il livello di progresso giuridico e socio culturale raggiunto dai diritti degli individui nelle relazioni familiari, rispetto ai quali non può recedersi. Richiamandosi a tali precedenti, nel 2003 si è così confermata la condanna di un musulmano per maltrattamenti alla moglie, negando sia la sussistenza di una valido consenso della vittima, sia l’eccezione per cui “*la formazione culturale e religiosa che si sa particolarmente efficace per il mussulmano ... , è tale ‘da stemperare la valenza dell’elemento soggettivo proprio sotto il profilo della consapevolezza di vessare e prevaricare il coniuge’*”¹⁵⁷. Da ultimo, nel gennaio 2007, la Cassazione nel confermare ancora una volta una condanna per maltrattamento, stavolta a carico dello zio marocchino affidatario di un minore, per aver consentito che il piccolo rimanesse abitualmente in giro per l’intera giornata, a vendere piccoli oggetti per le strade di Torino, in condizioni di sofferenza (malnutrizione, esposizione al freddo, mancata frequentazione della scuola), respinge ogni rilevanza dell’appartenenza culturale. Per la Corte non “*può evocarsi, per ritenere scriminato o semplicemente attenuato ex art. 62, n. 1 c.p. il reato di maltrattamenti, l’ ‘etica dell’uomo’, affermata sostanzialmente, sia pure in maniera criptica, sulla base di opzioni subculturali relative ad ordinamenti diversi dal nostro. Tale riferimento a principi di una cultura arretrata e poco sensibile alla valorizzazione e alla salvaguardia dell’infanzia deve cedere il passo, nell’ambito della giurisdizione italiana, ai principi di base del nostro ordinamento e, in particolare, ai principi della tutela dei diritti inviolabili dell’uomo sanciti dall’art. 2 della Costituzione, i quali*

¹⁵⁶ Cassazione pen. sez. VI, 18 marzo 1993 (cd. Caso Cambria), in *Cass. pen.*, 1997, 2, con nota di **S. LARIZZA**, *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione*. Più di recente la Cassazione, in un caso di uxoricidio commesso dal marito per salvaguardare l’onore asseritamente offeso da una pretesa relazione sentimentale della moglie, ha ribadito che “*la cd. causa d’onore non può assurgere al rango di circostanza attenuante generale secondo il dettato dell’art. 62 c.p., n. 1, in quanto espressione di una concezione angusta e arcaica del rapporto di coniugio, apertamente confligente con valori ormai acquisiti nella società civile che ricevono un riconoscimento e una tutela anche a livello costituzionale, quali il rispetto della vita, la dignità della persona, l’uguaglianza di tutti i cittadini senza discriminazioni basate sul sesso, l’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi all’interno della famiglia, quale società naturale fondata sul matrimonio*” (Cassazione pen. sez. I, 10 ottobre 2007, n. 37352).

¹⁵⁷ Cassazione pen. sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 55, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 285. La Corte ripropone pedissequamente la motivazione della sentenza Bajrami.



trovano specifica considerazione in tema di rapporti etico-sociali negli art. 29 (...) e 31 (...) della stessa Costituzione"¹⁵⁸.

Da tali posizioni non si discosta neppure la giurisprudenza di merito. Nel giudicare una madre marocchina per maltrattamenti in famiglia, consistiti in violenze fisiche ripetute a fini ritenuti educativi, il Tribunale di Bologna riconosce come evidente, che *"la vicenda de qua mette alla luce una diversa concezione di intendere i rapporti fra genitori e figli ... gli imputatati hanno dimostrato di considerare l'educazione dei figli un affare esclusivamente loro in cui gli estranei (la scuola, le istituzioni, i medici, gli amici) non devono intromettersi, hanno anche chiaramente fatto intendere di avere una concezione molto autoritaria, molto legata alla tradizione e ad una cultura che attribuisce compiti ben precisi ai maschi e alle femmine"*. Malgrado tali rilievi il Tribunale perviene alla condanna, e così testualmente conclude *"né hanno alcun rilievo le differenze culturali che possono essere state all'origine di tali episodi. Le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e che prevedono la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità (fra cui certamente è collocata la famiglia) costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di consuetudini, prassi o costumi con essi incompatibili"*¹⁵⁹.

La diversa realtà di valori e disvalori facenti capo all'imputato, in casi estremi, diviene addirittura motivo di maggior rigore nella valutazione della condotta criminosa. Così per il GUP di Bologna, *"... non è possibile rapportare la valutazione di disvalore di una singola condotta ai parametri vigenti nell'ambiente del soggetto autore del reato. Il criterio fissato dall'art. 133 co. 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 antitetiche a quelle cui si ispira la tutela penale, tanto più deve essere severa la sanzione, apparendo evidente la maggior pregnanza della finalità di prevenzione cui la pena deve ispirarsi nel caso concreto ... La provenienza individuale da un sistema di vita del tutto alieno dai nostri principi di civile convivenza non può valere ad attenuare la pena, al contrario, proprio in applicazione della norma citata, la condotta che sia espressione diretta di tali principi deve essere sanzionata con congruo rigore"*¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Cassazione pen. sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 3419 (in www.latribuna.it).

¹⁵⁹ Tribunale monocratico di Bologna, 24 ottobre 2006 (inedita), notizia in **B. DESI** (Garante delle persone private della libertà personale del Comune di Bologna), *Diversità culturale e principio di uguaglianza nel processo penale. Il diritto penale dell'uguaglianza formale* (che può leggersi in www.comune.bologna.it/bologna/garante-detenuti/comunicati/getBinary.php?).

¹⁶⁰ Giudice per l'udienza preliminare (GUP) di Bologna, 24 ottobre 2006 (inedita), notizia in **B. DESI**, *Diversità culturale e principio di uguaglianza nel processo penale*, op.



6 - (Segue) Linee evolutive: l'accoglienza del motivo culturale nel sistema penale italiano e l'impegno internazionale contro i "crimini d'onore"

L'indisponibilità della giurisprudenza italiana ed europea, a dare rilievo al motivo culturale nella valutazione della condotta criminosa dell'immigrato, non equivale ad indifferenza alle problematiche della polietnia; non è effetto di becero eurocentrismo, né di volontà discriminatorie, e tanto meno di una arretratezza del sistema penale italiano. Il grado di istruzione, l'educazione, l'ambiente sociale, ed in genere il *background* dell'agente sono fattori che il giudice è da sempre chiamato a verificare e valutare per accettare la comprensione piena del disvalore sociale del proprio operato da parte dell'agente, e più propriamente l'elemento soggettivo del reo, anche ai fini della ricorrenza di attenuanti o aggravanti. Identica valutazione deve quindi riservarsi, ed è stata riservata anche al motivo culturale dell'immigrato, con l'effetto in genere, di una riduzione della pena comminata.

In tal senso nel caso Bajrami la Corte di Appello di Ancona, pur confermando la condanna inferta in primo grado, accordò le attenuanti generiche ed una conseguente riduzione di pena, in ragione della appartenenza a tradizioni ed usi locali diversi che richiedono un giudizio di maggiore comprensione. Sulla stessa linea, in considerazione del valore culturale e religioso attribuito alle pratiche di mutilazione genitale dall'imputato, padre egiziano che all'insaputa della moglie italiana, durante una vacanza in Egitto aveva sottoposto ad infibulazione la figlia minore, il Tribunale di Milano è pervenuto ad una sentenza di condanna a due anni, sospesa con la condizionale¹⁶¹. Ed ancora, nel maggio 2006 la Corte d'assise d'appello di Venezia, in un caso di omicidio commesso dal padre marocchino nei confronti della figlia minorenne, uccisa a bastonate perché non rispettava le regole etiche della comunità di appartenenza, ha escluso *l'abbiezioni dei motivi* ritenuta dal primo giudice, confermando la sussistenza dei soli *motivi futili*. Per la Corte l'imputato ha "proposto ... il suo modo di intendere e gestire la famiglia, l'onore familiare, il rispetto della parola data: circostanze

cit. La pronuncia è stata emessa in un processo per violenza sessuale a carico di appartenenti alla comunità pakistana; si ricorda che in Pakistan il reato di violenza sessuale è stato introdotto solo nell'ottobre 2006, introduzione contestata, che ha causato gravi tumulti popolari.

¹⁶¹ Tribunale di Milano, 25 novembre 1999 (inedita); sul punto cfr. A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giur. mer.*, 2001, 854.



tutte che, pur inidonee a escludere la futilità... sono sicuramente sufficienti ad escludere il giudizio di abiezione in quanto fondato su sensazioni di ripugnanza, turpitudine e spregvolezza, che nella specie non ricorrono". Nel suo giudizio la corte giunge peraltro a richiamare e valorizzare la legislazione nazionale del reo, affermando che «sul punto un favorevole dato di riferimento va anche recuperato dal nuovo codice della famiglia vigente in Marocco dal 16 gennaio 2004, nel quale, in tema di contratto matrimoniale si prevede ancora la figura della tutela matrimoniale della donna (Wliaya) con il padre "tutore"»¹⁶².

Aperture della giustizia penale al motivo culturale, nel quadro dei richiamati principi del diritto penale, comuni all'Europa, si registrano del resto anche in altri paesi. In Germania, interessata già dalla metà del '900 dall'immigrazione turca, i giudici, in più occasioni, hanno ritenuto la ricorrenza di un omicidio di secondo grado piuttosto che di primo, con conseguente riduzioni di pena, nel caso delle "vendette di sangue" perpetrate da turchi dell'Anatolia, regione in cui tale pratica d'onore è consueta¹⁶³. Talora poi il motivo culturale è servito a mandare esenti da pena gli imputati, come nel caso di un senegalese accusato di abusi sessuali ai danni di una minore, anch'essa senegalese, affidatagli dai genitori e soggetta alla sua tutela, scriminato poiché in Senegal farebbe parte delle abitudini collettive dominanti, il fatto che la donna si conceda sessualmente a chi la accoglie nella sua casa e la mantiene¹⁶⁴. In Francia, le corti hanno valutato *pro reo* l'appartenenza culturale e la valenza etnica del fatto commesso, in alcuni episodi di mutilazione genitale femminile, pervenendo a sensibili abbattimenti delle pene¹⁶⁵. Lo stesso è avvenuto per fatti di violenza tra

¹⁶² Corte d'assise d'appello di Venezia sez II, 9 gennaio 2006, in *Dir. imm. citt.*, 2006, 4, 2002, con commento di L. MIAZZI, *Violenza familiare fra accusa d'onore e motivo futile*, *ivi*, 63.

¹⁶³ Cfr. J. VAN. BROECK, *Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural offences)*, in *European Journal of Crime, Crim. Law and Crim. Justice*, 9, 2001, 1, 6, che cita due casi, il primo del 1979 (BGHStr 27 novembre 1979, in N. Jurist. Woch, 1980, 5379), riguarda il tentativo di uccisione di uno studente turco rifiutatosi di sposare una ragazza, anch'essa turca, che aveva messa incinta; il secondo del 1994 (BGHStr 7 ottobre 1994, in N. Jurist. Woch., 1995, 602), attiene ad un omicidio consumato sotto le pressioni della famiglia perché ne venisse ristabilito l'onore.

¹⁶⁴ Notizia in O. HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Francoforte, 1999, trad. it. *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, 127 ss.

¹⁶⁵ Cfr. Dossier del Governo francese, *Lutte contre les violences* (può leggersi in http://www.femmes-egalite.gouv.fr/grands_dossiers/dossiers/violences/mutilations.htm), il quale rileva che «*Dans les affaires "d'excision traditionnelle" (commessi da stranieri su stranieri) traitées par la justice française, les peines de prison prononcées ont été assorties de sursis jusqu'en 1991 pour les exciseuses et jusqu'en 1993 pour les parents*». Si ricorda che la legge 4 aprile 2006, *Lutte contre les mutilations sexuelles féminines*, ha



immigrati, con l'uso di armi, connessi ad una difesa ad oltranza dell'onore proprio e dei propri congiunti, come in un caso di omicidio per accollemento, perpetrato a tutela dell'onore della propria compagna. Malgrado la sproporzionata reazione, considerato tra l'altro il numero di coltellate inferte per uccidere, si è giunti infatti ad una assoluzione per legittima difesa¹⁶⁶. Da ultimo il Regno Unito, fedele alla tradizione di *cultural defenses*, giunge spesso ad una riduzione della pena, come in un caso di sequestro in casa di una minore, per ventiquattro ore, perpetrato dal padre e dagli zii, tutti immigrati musulmani, per persuaderla ad interrompere una relazione con un non mussulmano, in cui il giudice ha applicato un "conditional discharge", vale a dire una sorta di assoluzione condizionale per tre anni¹⁶⁷.

Emerge nelle sentenze richiamate, la difficoltà per il giudice di pervenire ad una equa pronuncia, anche alla luce dei principi penalistici posti per l'Italia dalla Carta costituzionale e dal Codice penale. Una volta assodato che la responsabilità personale o colpevolezza (per la quale occorre la materialità del fatto e la sua antigiuridicità, nonché la capacità dell'agente di comprendere il disvalore del proprio operato e di determinarsi liberamente), unita al principio di personalizzazione della pena, impone di non prescindere dal dato culturale del reo, non vi è dubbio che nel caso di un immigrato il giudice può trovarsi di fronte a costumi, tradizioni e valori distanti, spesso in conflitto con quelli italiani ed occidentali, che può non conoscere, e che in ogni caso rendono difficile un'equa valutazione. In tal senso già nel 1997, il Tribunale di Arezzo chiamato a giudicare un caso di maltrattamenti nei confronti della moglie e dei figli da parte di un musulmano algerino, rilevava come "l'appartenenza a una cultura come quella islamica, nella quale i

inserito un nuovo articolo nel codice penale, che estende la tutela anche ai minori stranieri residenti abitualmente in Francia (art. 222-16-2). In dottrina cfr. **M.C. FOBLETS**, *Les délit culturels: de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain*, in *Droit et culture*, 1998, 195, 231; **A. GUAZZAROTTI** in *Studium iuris*, 2002, fasc. 7-8, 871, 872; **L. BELLUCCI**, *Immigrazione, escissione e diritto in Francia*, in *Sociologia del diritto*, 2006/3, 197.

¹⁶⁶ Caso citato in **L. HINKER**, *Étrangers et justice pénale*, in *Cultures et Sociétés*, 1997, n. 9, 19, 20, il quale rileva che "les juridictions populaires (si trattava di una corte di assise) sont parfois plus réceptives que les magistrats professionnels, pour entendre et tenir compte de la différence culturelle".

¹⁶⁷ Court of appeal [2002] EWCA Crim. 1607, in <http://webdb.lse.ac.uk/gender>; ivi possono leggersi anche altri casi, per lo più di omicidi per motivi di onore, e di matrimoni imposti; cfr. **A. PHILLIPS**, *When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defense in the English Courts*, in *Modern Law Review*, vol. 66, pp. 510-531, July 2003, 510 ss.



*rapporti tra gli individui trovano prevalente regolamentazione nella religione secondo valori configgenti con quelli dello Stato italiano renda estremamente difficile per il giudice l'indagine in ordine all'elemento psicologico di determinati reati". In particolare, infatti, "in un reato come quello di maltrattamenti, alcune condotte materiali realizzatrici ... possono essere state poste in essere allo scopo, ritenuto non solo legittimo ma addirittura dovuto dall'autore, di adattare i comportamenti dei propri familiari o dei terzi su cui si eserciti comunque influenza alla regola criminale e ciò al fine (soggettivamente inteso come benevolo) di procurare la salvezza"*¹⁶⁸.

La polietnia amplificando la relatività del concetto di crimine ha comportato insomma il dilagare nel diritto penale e soprattutto in sede giudiziaria di "motivi culturali" e di istanze di identità atte a scriminare la condotta o ad attenuare la pena, prima di allora minoritarie e comunque manifestazione di paradigmi socio-culturali quand'anche arretrati, compatibili con i valori e principi fondamentali dell'ordinamento. Ciò richiede agli operatori del diritto e soprattutto ai giudici in prima linea, una sensibilità ed una raffinatezza di giudizio superiore rispetto al passato, al fine di ottimizzare la duttilità dei citati principi penalistici, pervenendo caso per caso all'accoglienza o all'esclusione del motivo culturale e alla graduazione della sua rilevanza, così da soddisfare il diritto della vittima ad un giusto ristoro, l'interesse pubblico all'ordine, alla sicurezza ed alla intangibilità dei diritti umani e dei propri principi fondanti, e nel contempo il diritto del reo ad un'equa valutazione del suo operato, e a vedersi inferta una pena proporzionata alla propria colpa.

In tale quadro una tendenza generalizzata a negare spazio alle diversità culturali, sociali, di provenienza geografica, o a riconoscerne uno molto relativo, genera risposte giudiziarie esposte a varie critiche da parte, sia degli operatori sul campo, che della dottrina. I primi rilevano che "nella ricerca del giusto ruolo del giudice penale... è necessario che il giudicante, nella individuazione della risposta giudiziaria personalizzata, quale impostagli dalla Carta costituzionale all'art. 27 e all'art. 133 c.p., cerchi di adattare il neutro dispositivo normativo alla peculiarità della situazione soggettiva dell'imputato-condannato, soprattutto se "ospite" nel nostro tessuto socio-economico-culturale"¹⁶⁹. Va pertanto rifiutata l'applicazione del

¹⁶⁸ Tribunale di Arezzo, 27 novembre 1997, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1999, 3, 847, con nota di **G. CIMBALO**, *Il fattore religioso come elemento di imputabilità*. Per il tribunale tuttavia, "nella fattispecie concreta l'integrazione da lungo tempo nella società occidentale dell'imputato e la tardiva adesione al credo islamico, sono tali da escludere la matrice culturale - religiosa delle condotte ... e quindi la sua rilevanza in ordine all'elemento psicologico del reato".

¹⁶⁹ **L. LANZA**, *Multiculturalismo e processo penale* (può leggersi in <http://www.movimentoperlagiustizia.org/article-print-540.html>).



principio di uguaglianza sul piano generale ed astratto, attuata dall'odierno sistema penale italiano, che trattando in modo uguale situazioni differenti "spesso si tramuta in diritto penale di fatto diseguale, laddove non tiene conto della diversità culturale". Emblematica appare "l'impossibilità di addivenire a soluzioni giudiziarie coerenti sul piano della sussistenza dell'elemento psicologico, ognqualvolta è chiaro che la diversa provenienza esclude la colpevolezza dell'autore del reato o comunque ha influito sulla percezione del disvalore del fatto e sulla stessa conoscenza della legge penale"¹⁷⁰.

È insomma evidente lo sfasamento cui da luogo l'applicazione della regola giuridica pensata per la tutela di valori propri della nostra società, in presenza di stranieri, che nel determinarsi al comportamento si ispirano e conformano a principi culturali, religiosi e giuridici diversi. Ciò porta alla conseguenza, "- se si applica il solo diritto nazionale - di ritenere punibili, e gravemente punibili, atti ispirati in realtà a tradizioni risalenti o ai valori del gruppo straniero di appartenenza, senza che l'interessato colga il disvalore del gesto". Per tali ragioni si suggerisce il ricorso ad un nuovo criterio interpretativo basato sulla nozione di *interlegalità*, che consente di valutare la condotta dal punto di vista del soggetto «considerando le "differenti pressioni normative" cui è sottoposto e valutando le scelte effettuate, "sia in una prospettiva di comprensione sociologica" che di valutazione giuridica»¹⁷¹. Esigenza tanto più sentita nell'ambito delle relazioni familiari in cui l'incertezza che domina le scelte dell'individuo costretto a confrontarsi con una molteplicità di norme etniche, religiose, giuridiche, tutte parimenti cogenti, dà ragione dell'impossibilità di stabilire criteri univoci di valutazione delle condotte, anche ai fini dell'intervento della magistratura. In vero tale impossibilità ed insufficienza coinvolge gli stessi parametri costituzionali richiamati dalla Cassazione e da ampia giurisprudenza di merito. "La carta costituzionale è stata concepita infatti in uno scorciò politico temporale in cui l'avvertenza multiculturale si esauriva nelle preoccupazioni per alcun e comunità plurietniche di confine", essa imposta indubbiamente

¹⁷⁰ **B. DESI**, *Diversità culturale e principio di uguaglianza nel processo penale*, cit, 3; fermo il principio di inescusabilità dell'ignoranza delle leggi, l'autore sottolinea che molti immigrati vengono a contatto con la diversità delle regole di condotta solo nella sede processuale, e di fronte ormai al fatto compiuto, costituente reato. L'Avv. Bruno Desi è Garante dei diritti delle persone private della libertà personale, del Comune di Bologna.

¹⁷¹ **L. MIAZZI**, *Il diritto all'unità familiare e l'integrazione dei minori nei luoghi di formazione e cura*, Relazione all'incontro di studi sul tema, *Sistemi culturali multietnici e diritto all'integrazione*, Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 27-29 settembre 2004 (in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/10713.pdf>, 41). Lorenzo Miazzi, è magistrato e responsabile del settore "minorì" della rivista "Diritto, immigrazione e cittadinanza".



il catalogo delle libertà fondamentali su un principio pluralistico, ma “*si tratta comunque di un pluralismo giuridico tipizzato (e che si caratterizza essenzialmente per la tutela delle minoranze linguistiche e religiose – artt. 6 e 8) largamente insufficiente ad ispirare soluzioni normative a fronte dei consistenti flussi migratori di fine secolo*”¹⁷².

Parallelamente in dottrina, si richiama la necessità di una “*giurisdizione sensibile all’identità culturale*”¹⁷³; “*un atteggiamento di netta chiusura da parte del legislatore e dell’interprete nel considerare le problematiche connesse agli effetti esplicati sulla condotta dell’agente dall’eventuale inconciliabilità tra il divieto/obbligo penalmente sanzionato e l’obbligo/divieto (il permesso) dato dalla norma di matrice culturale risulta censurabile ... alla luce della incompatibilità con l’ispirazione pluralista degli ordinamenti giuridici europei ... in virtù dell’inconciliabilità tra tale atteggiamento ... e l’esigenza di una personalizzazione della risposta punitiva... vuoi in considerazione dei possibili effetti controproducenti rispetto all’esigenza di attenuare i conflitti interculturali e scongiurare la sensazione di esclusione*”¹⁷⁴. Si invocano insomma tanto i rischi di una politica assimilazionista, quanto i principi di colpevolezza e di personalizzazione della pena, senza dimenticare la funzione preventiva del diritto penale e rieducativa della pena. Infatti il “*principio dell’eguale trattamento rischia, se applicato a stranieri, di trasformarsi in trattamento diseguale e, pertanto, in ingiustizia*”¹⁷⁵, in quanto lesivo del principio di uguaglianza in senso sostanziale. Inoltre il non tener conto della particolare storia personale dell’agente, porterebbe a sorvolare sulla esistenza di scriminanti quali lo stato di necessità o la legittima difesa, e sulla possibile insussistenza dell’elemento volitivo, sottovalutando in particolare i profili di consapevolezza dell’offensività del fatto compiuto o della invincibilità dell’ignoranza penale. Si finirebbe così per violare il principio di colpevolezza poiché “*quando i valori tutelati non sono necessariamente omogenei e condivisi, l’ignoranza (inevitabile) della legge costituisce massima espressione della colpevolezza, con la conseguenza che la conoscenza rappresenta il cuore della colpevolezza e la punizione in sua*

¹⁷² **M. BOUCHARD**, *Dalla famiglia tradizionale a quella multietnica e multiculturale*, op.cit., 22. Marco Bouchard è sostituto procuratore presso il Tribunale di Torino,

¹⁷³ **B. PASTORE**, *Multiculturalismo e processo penale*, op. cit., 3035.

¹⁷⁴ **C. GRANDI**, *Diritto penale e società multiculturale*, op. cit., 263 ss. L’autore affronta poi nel dettaglio l’esame degli istituti penalistici utilizzabili, dalle cause di giustificazione, fino alla esclusione della colpevolezza per errore, o mancata percezione della antigiuridicità. Per Grandi tuttavia le “*più concrete possibilità di riconoscimento del fattore culturale si collocano nella fase di commisurazione della risposta punitiva*” (ivi, 286).

¹⁷⁵ **B. PASTORE**, *Multiculturalismo e processo penale*, op. cit., 3041.



*assenza un intollerabile arbitrio*¹⁷⁶. Del resto una applicazione della pena che non tenga conto delle peculiarità del caso e del soggetto, pone a rischio la sua funzione di prevenzione generale negativa e positiva, poiché da una parte *“il coefficiente d'intimidazione ... risulta ... compreso da fattori quali la mancata conoscenza a della norma penale, ovvero l'intima adesione a valori antagonisti”*, dall'altra il *“rafforzamento dei valori tutelati si realizz(a) a scapito di tradizioni e comportamenti diversi da quelli condivisi dalla maggioranza”*, generando rischi di deriva antidemocratica, per l'utilizzo della sanzione penale come mezzo di orientamento delle convinzioni individuali¹⁷⁷. Vale a dire come strumento di “riconversione culturale” dell'autore, che oltre a mancare la funzione rieducativa della pena, dà luogo ad una integrazione forzata attraverso un diritto penale assimilazionista, contraria al modello di Stato liberale ed ai valori di pluralismo culturale¹⁷⁸.

Le sollecitazioni e la tendenza registrata, verso una più diffusa considerazione del motivo culturale e dell'appartenenza etnica dell'agente di una condotta criminosa, non autorizzano tuttavia a temere scivolamenti del nostro ordinamento verso un relativismo culturale, tanto meno estremista e fatale. Oltre al rispetto dei diritti umani e dei valori fondanti gli ordinamenti europei, che in nessuna delle richiamate posizioni viene posta in discussione, due altre considerazioni ridimensionano l'impatto che in concreto potrà avere una maggiore sensibilità della giurisdizione al dato culturale del reo.

Una prima osservazione attiene all'integrazione degli immigrati in Italia, nel tessuto socio-giuridico. Occorre infatti ricordare che sull'intero territorio italiano sono presenti ed attive numerose e crescenti iniziative pubbliche e private, spesso facenti capo ad associazioni di immigrati, volte a diffondere la conoscenza e la

¹⁷⁶ R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 229. Il dibattito sul punto è in verità tutto aperto: Bouchard (M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multietnica*, op. cit., 26), ritiene che arrivare ad escludere la volontà dell'evento può esser difficile, come nel caso delle lesioni da infibulazione in cui ciò che si vuole è per l'appunto la mutilazione genitale. Per Pastore invece (*Multiculturalismo e processo penale*, op. cit., 3041), vanno esclusi tanto i motivi di particolare valore morale o sociale (art. 62 n. 1 c.p.), da valutarsi in base agli atteggiamenti etico-sociali prevalenti nella coscienza collettiva, quanto *“l'errore di diritto”*, poiché talora la regola propria della cultura d'origine si pone come cogente, indipendentemente dalla conoscenza della regola nazionale.

¹⁷⁷ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, op. cit., 51-52.

¹⁷⁸ B. PASTORE, *Multiculturalismo e processo penale*, op. cit., 3035 ss. L'autore non condivide tuttavia l'introduzione di *cultural defenses* di cui ricorda tutti i punti critici. Egli auspica piuttosto il ripensamento di alcune categorie giuridiche penali per dare adeguato valore al fattore culturale.



comprendione non solo della lingua, ma anche dei valori sociali e giuridici, delle abitudini e delle tradizioni italiane. A ciò si affiancano le iniziative dei grandi e piccoli comuni, ma anche di quartiere e spesso di parrocchie ed altri enti religiosi, tese a promuovere l'incontro, la reciproca conoscenza, la nascita di rapporti di convivialità ed amicizia tra immigrati ed italiani. Innumerevoli sono poi i presidi, ancora una volta pubblici e di iniziativa privata, che più concretamente offrono assistenza per il compimento delle pratiche di immigrazione, per il reperimento di alloggi, per l'inserimento nel mondo del lavoro, per la soluzione dei piccoli e grandi problemi di accesso ai servizi o alle strutture (ad esempio sanitarie o scolastiche), e più in generale di integrazione nella società italiana. Si tratta di interventi ed iniziative tutte, in grado di spezzare o quantomeno affievolire la dipendenza univoca dell'immigrato dal proprio mondo di regole e valori, il che riduce necessariamente gli spazi ed il peso di una rivendicazione in sede penale, di una *"non conoscenza"* o della *"inconsapevolezza"* del disvalore sociale e della antigiuridicità di certe condotte.

A ciò si affianca, su altro versante più propriamente giuridico, l'impegno nella lotta contro i crimini di onore, assunto dalle istituzioni internazionali e soprattutto europee, cui l'Italia partecipa, e che si muove in verità in direzione completamente opposta ad una considerazione del dato culturale come motivo di esclusione o attenuazione del reato. Il delitto d'onore è notoriamente un tipo di reato caratterizzato dalla motivazione soggettiva dell'agente, il quale nella sua intenzione, opera per salvaguardare l'onore o la reputazione propria o della famiglia. Ciò determina in sede normativa una esclusione o attenuazione della pena, poiché l'onore viene riconosciuto come un valore socialmente rilevante e preminente rispetto ad altri, compresa l'incolumità personale, di cui si può e si deve tener conto anche in sede penale. Si tratta di una figura giuridica peraltro molto diffusa negli ordinamenti e nota in un passato non troppo lontano anche al nostro. Fino al 1981, il Codice penale prevedeva infatti all'art. 587, una riduzione di pena per *"Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onor suo o della famiglia"*, stessa riduzione veniva prevista per aver cagionato la morte *"della persona che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella"*. Contemporaneamente veniva conservato l'istituto del "matrimonio riparatore", già inserito nel codice Zanardelli e disciplinato dall'articolo 544, che prevedeva l'estinzione del reato di violenza



carnale nel caso che lo stupratore di una minorenne accondiscendesse a sposarla, salvando così l'onore della famiglia¹⁷⁹.

I "delitti commessi in nome dell'onore" hanno assunto nel tempo una crescente attenzione in sede internazionale, in particolare all'interno delle politiche e misure di lotta contro la violenza sulle donne. Nel 1979, la Convenzione Onu per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le Donne¹⁸⁰, ha impegnato gli Stati a "prendere ogni misura adeguata al fine di modificare gli schemi ed i modelli di comportamento socioculturale degli uomini e delle donne e di giungere ad una eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di altro genere, che siano basate sulla convinzione dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso o sull'idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne"(art. 5 lett. a). Il riferimento ai delitti d'onore, qui ancora assorbiti nelle più generali pratiche consuetudinarie di subordinazione della donna, diviene esplicito nel 2000, nell'atto finale della 23^a Sessione speciale dell'Assemblea generale dell'Onu svoltasi a New York nel giugno 2000, nota informalmente come "Pechino +5", in cui tale categoria compare per la prima volta in un documento internazionale. Essi vengono annoverati tra le forme che può prendere la violenza contro le donne e che vanno tutte egualmente punite, ed in particolare tra le "pratiche consuetudinarie o tradizionali, compresa la mutilazione degli organi genitali femminili, il matrimonio precoce e forzato - e per l'appunto- i cosiddetti delitti d'onore, che sono violazioni dei diritti umani delle donne e delle bambine e ostacoli al pieno godimento dei loro diritti umani e delle libertà fondamentali..."(par. 69)¹⁸¹. L'Assemblea dell'Onu torna poi sul tema con

¹⁷⁹ Le disposizioni sul delitto d'onore e sul matrimonio riparatore sono state abrogate solo con la legge n. 442 del 5 agosto 1981, a seguito del referendum sul divorzio (1974), e dopo la riforma del diritto di famiglia (legge 151/1975).

¹⁸⁰ La convenzione fu approvata il 18 dicembre del 1979, il processo di ratifica da parte degli Stati fu piuttosto rapido, consentendo così la sua entrata in vigore il 3 settembre 1981. Il 19 ottobre 1999, l'Assemblea Generale dell'ONU ha varato il Protocollo facoltativo della Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, che definisce due procedure di ricorso contro le violazioni della Convenzione: una procedura di denuncia, utilizzabile sia da singole donne che da gruppi di donne per denunciare al Comitato sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, istituito dalla CEDAW i casi di violazione della Convenzione; e una procedura d'indagine, che conferisce al Comitato il potere di condurre indagini sui casi di violazioni gravi o sistematiche dei diritti umani delle donne, nei paesi che hanno sottoscritto il Protocollo facoltativo.

¹⁸¹ Cfr. Risoluzione II. Azioni e iniziative ulteriori per dare attuazione alla Dichiarazione e alla Piattaforma d'azione di Pechino, la quale, al par. 69 sollecita a "(d) Introdurre una legislazione e/o rafforzare meccanismi (strumenti) appropriati per trattare le questioni penali relative a tutte le forme di violenza domestica, compreso lo stupro maritale e l'abuso sessuale su donne e bambine, e assicurarsi che tali casi siano portati in giudizio



la più specifica Risoluzione sull'eliminazione dei delitti contro le donne commessi in nome dell'onore, adottata il 30 gennaio 2003¹⁸². La Risoluzione sottolinea *"la nécessité de traiter toutes les formes de violence contre les femmes et les filles, y compris les crimes d'honneur, comme des infractions pénales punies par la loi"*, ed ancora che tali crimini *"sont incompatibles avec toutes les valeurs religieuses et culturelles"*. Domanda quindi agli Stati membri *"de soumettre sans délai les crimes d'honneur commis contre les femmes à des enquêtes approfondies, d'établir solidement les faits et de poursuivre effectivement et de punir leurs auteurs"* e di *"prendre toutes les mesures nécessaires pour que de tels crimes ne soient pas tolérés"* (par. 3, lett. c, d).

Il crimine d'onore è compreso tra le forme di violenza contro le donne, anche dal Consiglio di Europa. La Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati Membri, sulla protezione delle donne dalla violenza, adottata il 30 aprile 2002, afferma in tal senso che il termine violenza designa tra le altre azioni *"i crimini commessi in nome dell'onore, la mutilazione degli organi genitali o sessuali femminili, così come le altre pratiche tradizionali dannose per le donne come i matrimoni forzati"*¹⁸³. Suggerisce inoltre l'adozione di misure addizionali in proposito, consistenti in particolare nel *«considerare reato tutte le violenze nei confronti delle donne e dei bambini commesse in virtù dell'usanza detta "delitto d'onore"»* ma anche nell'adozione di campagne di informazione rivolte, oltre che alla popolazione, ai professionisti coinvolti, tra cui in particolare giudici e personale giudiziario (parr. 80 - 83)¹⁸⁴. È quest'ultimo un richiamo che trova la sua ragion d'essere nella scarsa sensibilità degli organi investigativi e giudicanti, rilevata dal Consiglio nelle sue verifiche. Non a caso nella Risoluzione 1327 (2003)¹⁸⁵, l'Assemblea tornando più dettagliatamente sui crimini di onore, dopo aver sottolineato *"l'importance et l'urgence d'établir une distinction entre la*

rapidamente; (e) Elaborare, adottare e attuare pienamente, laddove è il caso, leggi e altre misure, quali politiche e programmi educativi per sradicare pratiche consuetudinarie o tradizionali, compresa la mutilazione degli organi genitali femminili, il matrimonio precoce e forzato e i cosiddetti delitti d'onore, che sono violazioni dei diritti umani delle donne e delle bambine e ostacoli al pieno godimento dei loro diritti umani e delle libertà fondamentali ..."

¹⁸² Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU 58/147.

¹⁸³ Allegato alla Raccomandazione Rec. (2002) 5, par. 1, a).

¹⁸⁴ Anche l'Onu nella risoluzione 57/179 del 2003 aveva invitato gli Stati ad *"encourager, appuyer et appliquer des mesures et programmes destinés à faire mieux connaître et mieux comprendre les causes et les conséquences des crimes d'honneur commis contre les femmes, notamment en dispensant une formation aux personnels chargés de l'application de la loi, en particulier la police, la magistrature et les auxiliaires de justice, pour les mettre mieux à même de répondre aux plaintes de manière impartiale et efficace et de prendre des mesures pour assurer la protection des victimes, même potentielles"*.

¹⁸⁵ Risoluzione 1327 (2003), 4 aprile 2003, Les prétdendus «crimes d'honneur».



nécessité de protéger les cultures minoritaires et l'aveuglement sur des coutumes inacceptables qui s'apparentent à la torture et/ou à la violation des droits de l'homme", constata in modo critico "que certains Etats utilisent la jurisprudence comme moyen pour défendre les prétextes «crimes d'honneur»" e deplora "le manque de réactions des pays, qui se justifie par les traditions et les coutumes des minorités".

L'Assemblea Onu, il Consiglio d'Europa e l'Unione europea hanno del resto sottolineato in più occasioni la difficoltà di predisporre adeguate misure di lotta alla violenza sulle donne, in particolare per ragioni di onore, a causa della mancanza di dati certi sulla consistenza del fenomeno, e di raccolte e statistiche mirate da parte degli Stati membri.¹⁸⁶ Nella Risoluzione del Parlamento europeo sulla Lotta contro la violenza a danno delle donne, adottata nel febbraio 2006¹⁸⁷, l'Assemblea ha così invitato gli Stati membri a *"sviluppare programmi e ricerche destinati a donne appartenenti a comunità con specificità culturali o a gruppi etnici minoritari, allo scopo di ottenere un prospetto delle forme particolari di violenza che subiscono tali donne e disporre metodi di approccio adeguati"* (par. 1, l). Nel contempo ha chiesto agli Stati membri di *"non accettare alcun riferimento a pratiche culturali quale attenuante in casi di violenza contro le donne, "delitti d'onore" e mutilazioni genitali femminili"* (par. 3, b) e di *"promuovere l'azione penale (anche) nei confronti dei complici dei "delitti d'onore" quali i membri della famiglia del perpetratore che hanno incoraggiato o ordinato tale delitto, al fine di mostrare con fermezza che tale comportamento è inaccettabile"* (par. 3, c).

L'Italia ha sottoscritto tanto la Convezione CEDAW quanto il suo protocollo facoltativo, assoggettandosi così alle procedure di denuncia della Convenzione, ivi previste¹⁸⁸. In quanto membro del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea è del resto tenuta a conformarsi ai loro dettami. In tale quadro, tanto l'introduzione di norme attenuanti o

¹⁸⁶ Cfr. la Risoluzione Onu 57/179, in cui in premessa l'Assemblea sottolinea l'insufficienza dei dati disponibili che impedisce analisi decisionali chiare sia a livello nazionale che internazionale; le Risposte alla Interrogazione parlamentare del 29 luglio 2005, "Delitti d'onore in Europa" (E-2880/05), che può leggersi in www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswer.do?reference=E2005-2880&lang; e alla Interrogazione parlamentare del 2 maggio 2007, "Diritti dei minori" (E-2335/07), in www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2007-2355&.

¹⁸⁷ Risoluzione del Parlamento europeo sulla situazione attuale nella lotta alla violenza contro le donne ed eventuali azioni future (2004/2220 (INI)), 2 febbraio 2006. L'Assemblea deplora in tale occasione, il fatto che le denunce fatte dalle donne alle forze dell'ordine non sono di solito registrate se le autorità decidono di non darvi seguito, cosicché le statistiche sono inesatte ed inaffidabili (par. 17 ss.).

¹⁸⁸ La CEDAW è stata ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge n. 132 del 14 marzo 1985 ed è entrata in vigore per l'Italia il 10 luglio 1985. Il Protocollo facoltativo è stato ratificato il 22 dicembre 2000.



esimenti connesse a motivazioni etnico-culturali o religiose, quanto prassi applicative del diritto penale comune che tengano conto di tali dati ai fini di una esenzione o diminuzione di pena, dovranno quindi confrontarsi con i limiti suggeriti e/o imposti dalle norme e dagli strumenti adottati dalla comunità internazionale contro tutti i delitti d'onore¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Si ricorda che ai fini dell'ingresso nell'Unione europea, per cui è condizione sine qua non il rispetto dei diritti umani, anche la Turchia ha previsto la punizione delitti d'onore con l'ergastolo, ed il reato di complicità in tali delitti; ha inoltre riconosciuto quale reato lo stupro commesso nell'ambito del matrimonio.

Resta evidentemente da garantire l'effettiva e piena applicazione di tali norme, alla quale l'Unione ha richiamato la Turchia nella Risoluzione del Parlamento europeo sul ruolo delle donne in Turchia nella vita sociale, economica e politica (2004/2215(INI)) del 27 giugno 2005.