

Il Diritto e la sfida antropologica

Vincenzo Saito

Le brevi osservazioni che seguono hanno per oggetto uno dei molteplici profili del tema del Convegno “Le sfide dell’Europa in un mondo che cambia”¹, e cioè i riflessi del multiculturalismo sul piano giuridico, o più semplicemente il diritto multiculturale maturato nel nostro Ordinamento; non tanto sotto il profilo della legislazione, e cioè del diritto scritto, che è scarno, quanto sotto il profilo della giurisprudenza, e cioè delle risposte alle singole vicende esaminate. Invero, il giudice nell’analisi della norma e nella sua applicazione al caso concreto impatta spesso nella peculiare visione del mondo di una delle parti per l’appartenenza a una cultura diversa da quella della maggioranza dei cittadini. Il fenomeno è ben noto: basti pensare all’ordine mentale e di vita del mafioso (a partire dal rito di affiliazione) o, più modestamente, al retroterra socio-psicologico del c.d. delitto d’onore previsto dall’art. 587 c.p. A fronte della pena della reclusione non inferiore ad anni 21 per l’omicidio, questa era ridotta da tre a sette anni per l’uccisione della moglie, della figlia o della sorella in flagranza di illegittima relazione carnale e dello stato d’ira determinato dall’offesa recata all’onore dell’agente o della famiglia. L’indegna previsione, di matrice maschilista in quanto applicabile soltanto all’uomo in quanto rispettivamente marito, padre o fratello, è stata abrogata nel 1981: a distanza di trentatré anni dall’entrata in vigore della Costituzione. Questo ritardo sconcertante non dovrebbe mai essere dimenticato da quanti – per ignoranza o per pregiudizio ideologico – censurano con supponenza le culture *altre*, e segnatamente la cultura islamica. Con questa differenza: la cultura islamica è fondata sulla Sharia e quindi su un sistema politico-religioso unitario, dove la regola religiosa è onnipervasiva, mentre alla base della nostra cultura e

¹ Il convegno ha costituito uno degli eventi del VII Forum Internazionale organizzato dall’Accademia di Studi Mediterranei di Agrigento dal 27 al 29 aprile 2022.

del nostro Stato c'è la separazione tra sacro e profano, vige il canone della laicità.

Ora, la relazione fra diritto e multiculturalismo e quindi la concreta possibilità del conflitto e l'esigenza di risolverlo caratterizzano – pur se ne manchi la consapevolezza – il giudice quale giudice antropologo, poiché questi deve confrontarsi con un ordine storico-sociale-psicologico diverso: non superiore, né inferiore, bensì distinto, e che può influenzare e in effetti influenza il ragionamento *more juridico*. Si tratta, è ben noto, di un effetto dell'imponente fenomeno dei flussi migratori e della c.d. globalizzazione, che risalgono ad oltre un ventennio addietro. Da ciò l'esigenza preliminare di soffermarsi sul significato della categoria "cultura", che può essere duplice:

- per la teoria dei diritti fondamentali la cultura è un diritto umano, e cioè è parte intrinseca del diritto;
- per la teoria del pluralismo degli ordinamenti giuridici, la cultura è un fatto esterno al diritto.

Nell'ambito giuridico gli effetti dell'una e dell'altra costruzione sono profondamente distinti, del tutto eterogenei.

A) È il 1966. Con l'art. 27 del Patto internazionale dei diritti civili e politici («In quegli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche le persone che appartengono a tali minoranze non saranno private del diritto, in comunità con gli altri membri del loro gruppo, di godere della loro propria cultura, di professare e praticare la loro religione o di usare la loro lingua»), la cultura in senso antropologico fa il suo ingresso nell'orizzonte del diritto, acquistando autonomia rispetto alla religione e alla lingua, le due componenti della cultura che fino a quel momento avevano trovato riconoscimento nei testi costituzionali e nelle Carte internazionali.

La cultura viene dunque positivizzata, e nel 1994 il Comitato Onu dei diritti umani preposto alla garanzia del Patto riferisce l'art. 27 a tutte le minoranze presenti in uno Stato. Il riconoscimento internazionale è l'inizio di un fenomeno che poco dopo avrebbe coinvolto e interessato circa cinquanta delle centonovantaquattro Costituzioni, con formule distinte: diritti individuali, diritti di gruppo, diritti culturali riservati a minoranze nazionali o popoli nativi, diritti universali

inerenti qualsiasi identità culturale. Tra i Paesi che hanno adottato questa soluzione c'è il Perù, il cui codice penale dal 2003 contempla l'esclusione della responsabilità o la sua attenuazione per «colui che per la sua cultura o costumi commette un fatto punibile senza poter comprendere il carattere delittuoso del suo atto o agire conformemente a tale comprensione». L'obiezione principale che si deve muovere a questa teoria è che, se la cultura viene elevata a diritto, è incontrovertibile il rischio di riconoscerla e garantirla anche se lesiva dei diritti della persona, e quindi ritenerla prevalente sulle regole fondamentali dell'ordinamento giuridico.

B) Altre Costituzioni, fra cui la Costituzione italiana, seguono un percorso diverso, nel senso che ignorano un principio multiculturalista, interno al sistema, e tutelano la *cultura altra* attraverso la teoria del pluralismo giuridico. Le regole o prassi culturali sono norme esterne, che incidono nell'ordinamento e sono garantite a certe condizioni, e quindi il loro riconoscimento è subordinato ai principi generali dell'ordinamento, e sarà negato quando sia confliggente, quando comprometta beni giuridici fondamentali. Questa è la posizione, ripeto, della Costituzione italiana, che da un lato ignora la cultura in sé quale dimensione giuridica autonoma, dall'altro lato la tutela nei limiti dei principi fondamentali e cioè se compatibile con i diritti della persona secondo i canoni degli artt. 2 e 3 Cost. Per l'art. 2: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Per art. 3 co. 1: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali». È opportuno sottolineare che non si pretende alcuna incondizionata e ingiustificabile integrazione/assimilazione dello straniero nel nostro sistema politico-sociale, una rinuncia al proprio credo politico-sociale-religioso, perché lo straniero come "persona" ha diritti inalienabili, fra cui quello di vivere secondo i propri valori; ma questo credo non deve essere lesivo della persona altrui e quindi della dignità in senso ampio della stessa.

1.

Prescelta questa seconda costruzione, è necessario saggiarne le conseguenze. L'indagine deve essere avviata dal diritto penale, dove più intenso si è manifestato il contrasto, che ha originato i reati c.d. culturalmente orientati, e cioè i reati commessi o anche solo ispirati da ragioni culturali. Così, nessuno può invocare le proprie origini e le proprie tradizioni culturali, religiose e sociali per reclamare un diritto alla vendetta, per compiere un omicidio d'onore, per realizzare una mutilazione genitale sulla figlia (il fatto più cruento è l'infibulazione), che dal 2006 costituisce reato ai sensi dell'art. 583.bis c.p.: tutti convincimenti inammissibili perché conculcano i diritti alla vita, all'integrità fisica, alla salute. Talvolta però il giudice, tradendo la propria incertezza, ha optato per una scorciatoia, e cioè per una soluzione di compromesso. Ne cito due.

Nel 1974 in Florida un immigrato greco uccise un suo amico che gli aveva violentato la figlia. L'avvocato difensore si appellò alla *folk-law* greca della vendetta, e cioè al costume politico-sociale d'origine secondo cui la giustizia privata è alternativa a quella dell'autorità. Il giudice assolse l'imputato per temporanea infermità mentale. Nel 1985 in California una madre giapponese tentò il suicidio insieme ai due piccoli figli, che perirono. L'avvocato difensore sostenne che in Giappone era diffusa da tempo immemorabile la pratica dell'*ojaku-shinju* e cioè dell'omicidio-suicidio, e che la sopravvivenza dei figli alla madre era considerata un atto crudele. Il giudice assolse l'imputata per temporanea infermità mentale. Entrambe le sentenze furono severamente criticate per il surrettizio riconoscimento di valori incompatibili con i diritti della persona: dal conflitto fra la legge che punisce l'omicidio e la cultura (in senso ampio) degli imputati il giudice desunse una sorta di disorientamento e quindi uno stato di *shock* di matrice culturale, così escludendo la consapevole volontà di uccidere.

Nel nostro sistema queste sentenze sono impensabili. Nel 2006 il Tribunale di Bologna ha condannato senza attenuanti due cittadini pakistani accusati di violenza sessuale, respingendo la tesi difensiva secondo cui gli imputati erano culturalmente incapaci di capire il disvalore del fatto, perché in Pakistan le donne sono trattate come oggetti e lo stupro non è considerato come un fatto grave.

Nel 2015 la Corte di Cassazione, nel ribadire un orientamento pluridecennale, ha confermato la condanna di un cittadino marocchino per maltrattamenti in famiglia e violenza sessuale ai danni della moglie, negando qualsiasi rilievo alla convinzione dell'imputato di avere agito conformemente alla propria cultura di appartenenza, e cioè alla visione patriarcale ed autoritaria della famiglia, che prevede la posizione subordinata della moglie anche riguardo la sfera sessuale. La Corte, nel richiamare il concetto di "società multietnica", ha escluso che il nostro ordinamento possa essere frazionato in altrettanti statuti individuali quante sono le etnie presenti, e ha ribadito che chiunque si inserisca in una società multietnica, ha l'obbligo giuridico di verificare la conformità dei propri comportamenti alle regole del Paese in cui ha scelto di vivere, e nel caso dell'Italia questi comportamenti devono cedere di fronte alla centralità della persona e dei diritti fondamentali.

Esemplare delle difficoltà poste dal multiculturalismo è il caso esaminato nel 2003 dalla Corte di Appello di Santa Maria Capua Vetere, che ha condannato per riduzione in schiavitù la madre di etnia Rom che aveva portato con sé il figlioletto per fargli chiedere l'elemosina. La Suprema Corte ha annullato la condanna, ritenendo che il fatto integrasse il meno grave reato di maltrattamenti in famiglia, poiché la richiesta di elemosina (*manghel*) dei Rom era una loro pratica culturale, senza tener conto però della netta contraria affermazione dell'imputata, secondo cui i Rom non mendicano per cultura, ma per questioni economiche. La posizione della Corte è stata indirettamente smentita dopo poco tempo dal legislatore, che con la legge 94/2009 ha inserito nel codice penale il reato di accattonaggio mediante minori:

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque si avvale per mendicare di una persona minore degli anni quattordici o, comunque, non imputabile, ovvero permette che tale persona, ove sottoposta alla sua autorità o affidata alla sua custodia o vigilanza, mendichi, o che altri se ne avvalga per mendicare, è punito con la reclusione fino a tre anni.

La riforma ha escluso in radice qualsiasi rilevanza al fattore culturale invocato dai Giudici, che peraltro è frutto di fraintendimento: le madri Rom usano portare con sé i propri figlioletti ovunque vadano, considerando la pur momentanea separazione dal bambino contraria ai propri doveri.

Altra questione delicata è quella della circoncisione, che accomuna – è noto – l’ebraismo e l’Islam, e che comporta una irreversibile ed indelebile modificazione nell’apparato riproduttivo maschile, e quindi incidente sull’integrità corporale, che è garantita anche dall’art. 5 c.c. La Suprema Corte ne ha riconosciuto però la liceità, appunto in virtù della sua matrice di culto e cioè quale espressione del sentimento religioso, purché sia praticata con perizia e senza menomare o alterare la capacità riproduttiva. Ciò significa che sussiste la violazione dell’integrità psico-fisica del minore, ma essa è scriminata e cioè è penalmente irrilevante in quanto manifestazione del potere educativo (in senso ampio) dei genitori. La Corte ha così disatteso l’opinione di quegli studiosi contrari alla circoncisione in virtù del principio di precauzione, e cioè dell’inopportunità di interventi sul corpo del bambino non giustificati da ragioni di carattere terapeutico. Altri studiosi hanno invece osservato che la circoncisione è implicitamente ammessa nel nostro ordinamento dalla legge 8.3.1989 n. 101, relativa all’approvazione dell’intesa firmata il 27.3.1987 fra lo Stato italiano e l’Unione delle Comunità ebraiche. Questa interpretazione è stata indirettamente ma significativamente corroborata dal già citato art. 583.bis c.p., che punisce le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili.

Infine, merita attenta riflessione la sentenza del 2009 del Tribunale di Cremona per l’assoluzione di un cittadino indiano dall’accusa di porto illegale di un *kirpan*, che è il coltello rituale dei Sikh, sulla base della relazione del Consolato indiano presentata dall’avvocato difensore, e secondo cui l’oggetto era conforme a quelli della tradizione indiana e, essendo di natura rituale, il suo porto è obbligatorio.

2.

Fuori dall’ambito penale l’esperienza registra casi meno drammatici, per i quali è stato possibile il bilanciamento degli interessi in conflitto. Nel 2013 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate sulla valenza nel nostro ordinamento della *kafalah*. Si tratta di un istituto di diritto islamico ispirato alla Sharia, che vieta (*haram*) l’adozione (*tabanni*) e che è previsto negli ordinamenti dell’Algeria e del Regno del Marocco, e consiste nell’affidamento temporaneo di un minore – figlio di genitori noti o anche ignoti – ad un adulto affinché se ne prenda cura materiale e morale. L’istituto, quindi, mira a

risolvere situazioni di indigenze familiari, più o meno permanenti. Se i genitori sono noti, il vincolo biologico resta fermo, mentre la tutela e la rappresentanza legale del minore sono devolute ad una pubblica autorità (*wali*). Il caso è sorto per la richiesta di un cittadino marocchino con cittadinanza italiana per l'ingresso in Italia del nipotino, che era respinta dal Ministero dell'Interno con la motivazione che la *kafalah* avrebbe consentito ad altri cittadini italiani di aggirare le norme sull'adozione. La Suprema Corte, attraverso un ampio *excursus* sull'istituto e sulla finalità di tutela del minore, ha riconosciuto il diritto al ricongiungimento familiare in quanto conforme alle nostre leggi, e segnatamente alla tutela del minore.

L'ultima vicenda meritevole di attenzione è quella del velo islamico posta dalla Giunta della Regione Lombardia con la delibera n. 4553 datata 10.12.2015 intitolata *Rafforzamento delle misure di accesso e permanenza nelle sedi della Giunta regionale e degli Enti e società facenti parte del Sistema Regionale*. La delibera imponeva il divieto di accesso e di permanenza in specifici luoghi se si indossavano «caschi protettivi o [...] qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona». Il riferimento sottinteso ma fin troppo chiaro era al *burqa* (che copre interamente il volto della donna, con una griglia all'altezza degli occhi) e al *niqab* (che copre tutto il volto, lasciando scoperti solo gli occhi). Dopo pochi mesi sulle porte di alcuni edifici pubblici e degli ospedali regionali erano affissi cartelli recanti la scritta «per ragioni di sicurezza è vietato l'ingresso con volto coperto», accompagnata da tre immagini di persone con un casco, un passamontagna e con un *niqab*, ciascuna delle quali inserita in un cerchio rosso sbarrato. La delibera si ricollegava all'art. 5 della legge 152/1975 (c.d. Legge Reale), ma se ne discostava in un punto fondamentale, poiché quest'ultimo proibisce di utilizzare in luoghi pubblici o aperti al pubblico mezzi idonei a rendere difficoltoso il riconoscimento in assenza di un giustificato motivo: previsione appunto ignorata dal Governo lombardo, in spregio dell'orientamento della giurisprudenza.

Invero, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3076 del 2008, aveva escluso che il burqa costituisse una maschera e quindi fosse finalizzato ad impedire l'identificazione della persona, essendo invece un tradizionale capo di abbigliamento di determinate popolazioni, con riflessi di pratica religiosa. E però la legittimità della delibera è stata

riconosciuta prima dall'ordinanza 20.4.2017 del Tribunale di Milano, e poi dalla sentenza n. 4330 datata 28.10.2019 della Corte di Appello di Milano, che hanno privilegiato la sicurezza pubblica rispetto alla libertà di culto. Secondo i Giudici il divieto di accesso a viso coperto presso uffici ed enti pubblici non era circoscritto alle donne di cultura islamica, poiché investiva tutti coloro che impedissero la loro identificazione con qualunque mezzo; inoltre, il divieto era ragionevole riguardando luoghi pubblici che ospitano quotidianamente un elevato numero di persone e costituiva una limitazione modesta, attesa la permanenza in detti luoghi per il tempo strettamente necessario. Questa interpretazione è stata criticata dalla dottrina, perché viziata da confusione fra identificazione e riconoscibilità: un conto è l'accertamento della propria identità in determinate circostanze di tempo e di luogo; un altro conto è l'obbligo permanente di essere identificati con certezza e immediatezza. La differenza è notevole: nel primo caso i capi di abbigliamento che celano il volto possono essere indossati e rimossi per il solo tempo necessario ad accertare l'identità del soggetto; nel secondo caso essi sono vietati *sic et simpliciter*.

Ora, le due conformi pronunce risultano poco persuasive per una duplice motivazione. In primo luogo, il Tribunale e la Corte di Appello hanno sorvolato sulla comune esperienza, che spesso deve illuminare il diritto: prima della delibera non risulta che qualcuno entrasse in un ufficio pubblico con il casco o con altro mascheramento (a parte il delinquente). Quindi la delibera era destinata – come già osservato – a colpire proprio le donne musulmane. In secondo e risolutivo luogo, entrambi i Giudici sono stati – come suol dirsi – “più realisti del re”, avendo ignorato che la Presidenza della Regione Lombardia, con decreto n. 11921 del 29.12.2015 e cioè a meno di venti giorni dalla delibera, aveva attenuato il divieto, consentendo il rilascio di un *pass* di libera permanenza all'interno degli edifici pubblici previo riconoscimento da parte degli addetti alla sicurezza. In questi termini la Regione aveva implicitamente ma chiaramente distinto fra riconoscibilità incondizionata e identificazione concreta, e aveva optato per quest'ultima.

Tirando le fila delle vicende illustrate, si deve affermare che le culture *altre* possono penetrare e sono penetrate nel nostro ordinamento a due condizioni: la preminente tutela della persona, e ovviamente che

si tratti non di opinioni personali, ma di regole diffuse in una determinata collettività e ovviamente di carattere vincolante. Sintomatica la giurisprudenza sul *kirpan*, di cui non potrebbe beneficiare un cittadino indiano non appartenente ai *Sikh*. Sotto questo secondo profilo oggi il giudice, per assolvere alla propria funzione, è e non può non essere antropologo: deve analizzare e valutare dimensioni etico-culturali diverse dalla propria e formulare la corretta risposta alla domanda di giustizia: in caso contrario c'è il rischio di criminalizzare condotte pur compatibili con l'ordinamento, violando il principio di uguaglianza. È la conferma della saggezza di Terenzio: *nihil humani alienum a me puto*, tutto ciò che riguarda l'uomo mi riguarda, e con il grande autore possiamo allora riscattare la globalizzazione dalla sua arida dimensione economica e proiettarla nella giusta rete dei valori che nobilitano.

