

Tradizione e laicità nella circolazione dei modelli giuridici: il caso delle mutilazioni genitali femminili *

di Fausto Caggia

SOMMARIO: 1. La descrizione del fenomeno e i potenziali conflitti negli ordinamenti occidentali; - 2. Il metodo d'indagine adottato nello svolgimento del lavoro; - 3. Fattori e dinamiche nella circolazione dei modelli di disciplina delle mutilazioni genitali femminili; - 4. Il ruolo della tradizione nell'affermazione del fenomeno nelle popolazioni africane ed asiatiche; - 5. Le mutilazioni genitali femminili nella prospettiva della *cultural offense* e della *cultural defense*. L'applicazione del modello nell'esperienza italiana; - 6. Eguaglianza davanti alla legge e tipicità dell'esimenti penali nelle critiche al modello della *cultural defense*; - 7. Le finalità di tutela del minore e della donna nell'affermazione dei modelli di divieto delle mutilazioni genitali femminili. Un inquadramento della legge italiana n. 7 del 2006; - 8. I problemi di regolamentazione nei sistemi federali: la soluzione del *Female Mutilation Act* nell'esperienza americana e le possibili connessioni con il diritto dell'Unione Europea in formazione

1. La descrizione del fenomeno e i potenziali conflitti negli ordinamenti occidentali – Al pari di quanto accade con altri fenomeni legati alla società multiculturale, il giurista è chiamato ad interrogarsi sui problemi che la mutilazione genitale femminile solleva per il diritto¹. Nell'analizzare i possibili modelli di disciplina, egli scopre, rispetto ad un tema che lo dovrebbe preparare ad avere più familiarità con orizzonti futuri, quelli appunto di un più collaudato funzionamento della società

¹ Desidero ringraziare il Prof. Vincenzo Zeno Zencovich per avermi dato occasione di studiare il tema e per aver letto e commentato una prima versione del lavoro; rimango ovviamente il solo responsabile per quanto in esso contenuto.

I problemi posti dalla progressiva formazione della società multiculturale toccano oramai le diverse partizioni del diritto dando seguito ad una letteratura talmente ampia che non è possibile in questa sede dare un'indicazione completa, ritenendo preferibile segnalare quei contributi, che hanno fornito i principali spunti per un inquadramento del tema in una prospettiva generale: nel senso di sottolineare le questioni problematiche per la materia del conflitto di leggi in materia familiare sollevate dalla pluralità di culture E. JAYME, *Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 295 ss.; per una recente riflessione sulla legislazione inglese in materia di matrimoni forzati o concordati ENRIGHT M., *Choice, Culture and the Politics of Belonging: The Emerging Law of Forced and Arranged Marriage*, in *MLR* 72 (2009), p. 331 ss.; sugli effetti nel diritto penale, con specifico riferimento all'esperienza tedesca, E. HILGERDOF, *Strafrecht und Interkulturalität*, in *JZ*, 2009, p. 139 ss. nella dottrina italiana, sempre con riferimento alle ricadute della società multiculturale nel diritto penale, A. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2002, p. 484 ss. e C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 173 ss.; per una riflessione nella prospettiva della teoria generale del diritto nel processo penale B. PASTORE, *Multiculturalismo e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3030 ss.; la pluralità di culture negli ordinamenti occidentali pone il problema del riconoscimento degli istituti giuridici definiti dai sistemi collocati in esperienze diverse, problema su cui per avere un'idea dei termini della riflessione e dell'esperienza pratica in Germania, si v. il volume curato da H. KRONKE – G. REINHART – N. WITTEBORG, *Islamisches und arabisches Recht als Problem der Rechtsanwendung*, Peter Lang, Francoforte sul Meno, 2001; nella dottrina tedesca, sui modelli di governo della società multiculturale sperimentati nel diritto canadese, M. ROHE, *Muslimische Identität und Recht in Kanada*, in *RabelsZ*, 72 (2008), p. 459 ss.; con specifico riferimento alla costituzione di corti arbitrali islamiche, sempre nell'ordinamento canadese, H.P. SCHROEDER, *Die Anwendung der Sharia als materielles Recht im kanadischen Schiedsverfahrensrecht*, in *IPRax*, 2006, p. 77 ss.; in una prospettiva orientata a considerare i possibili effetti sui caratteri degli ordinamenti di diritto positivo P. RESCIGNO, *Pluralità di culture ed unicità dell'ordinamento giuridico: i problemi di una società multirazziale*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, vol. III, Padova, 1999, p. 147 ss.

multiculturale, che le risposte offerte dagli ordinamenti giuridici talora sembrano oscillare verso singolari ritorni al passato².

Per chiarire il senso delle considerazioni che si tenteranno di sviluppare ci sembra utile fermare qui alcune premesse in ordine alle caratteristiche strutturali del fenomeno, anticipando così i possibili conflitti che si prospettano rispetto ai principi e alle regole accolti dagli ordinamenti che appartengono alla tradizione giuridica occidentale³.

Alcune popolazioni provenienti da aree geografiche africane ed asiatiche conoscono tradizionalmente la pratica d'intervenire sul corpo della donna al fine di rimuovere in parte o totalmente gli organi genitali esterni⁴. Il fenomeno ha origini antiche ed il suo manifestarsi non è facilmente collocabile in un luogo preciso essendo al contrario sufficientemente nota la sua attuale estensione⁵. Rispetto alla larghezza della sua diffusione ed all'assoluta eterogeneità dei territori toccati è possibile affiancare l'ulteriore elemento che riguarda la diversità delle forme con cui la pratica può in concreto manifestarsi. Così che può affermarsi che l'intervento sull'organo sessuale si realizza con gradi diversi d'invasività, dal momento che, in dipendenza del costume delle diverse popolazioni, è possibile registrare un fenomeno che va dalla sola asportazione di una minima parte esterna dell'organo, definita con il nome di *sunna*, fino alla rimozione parziale o totale dei genitali esterni

² Sulle contraddizioni e sui possibili ritorni nel diritto destinato regolare i rapporti della società futura, anche in ragione della crescente presenza di una pluralità di culture all'interno di uno stesso ordinamento, si v. il saggio di P. RESCIGNO, *Diritto privato futuro*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 740 ss.

³ Pur consapevole della divergenza di opinioni in merito al significato d'attribuire al concetto di tradizione giuridica (sui diversi significati si v. A. SOMMA, *Giochi senza frontiere – I comparatisti e la tradizione dallo storicismo al post-moderno*, in *Festschrift für Erik Jayme*, vol. 2, 2004, Sellier, Monaco, p. 1377 ss.; mentre per una decostruzione del concetto P.G. MONATERI, *Caio negro. Una ricerca sulle origini multiculturali della "Tradizione Giuridica Occidentale"*, in *Hast. Law J.* 50 (1999), p. 1 ss.), secondo cui il riferimento alla tradizione giuridica occidentale è adottato nel senso che convenzionalmente le attribuisce la letteratura manualistica, e cioè d'indicare un'area dell'esperienza giuridica all'interno della quale il diritto viene concepito come relativamente autonomo rispetto alla religione e alla politica, nel senso che queste ultime possono influire sul primo ma non sono il diritto, come può leggersi in A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 63 ss.

⁴ Al fianco delle mutilazioni genitali femminili, alcune popolazioni conoscono fenomeni ulteriori d'intervento sul corpo umano in ragione di particolari credenze religiose e culturali ed in particolare nella religione ebraica è diffusa la pratica di circoscrivere l'organo sessuale maschile, secondo una modalità e producendo effetti non dissimili rispetto a quella praticata sulla donna; l'origine del fenomeno è riconducibile al periodo dell'antico Egitto (tracce evidenti vi sono nel libro della *Genesi*) ed ha poi conosciuto una sua diffusione anche in occidente, dove anche oggi è praticata dai soggetti che appartengono a quella religione, per un una descrizione sull'origine e diffusione del fenomeno L. FAVALI, *Fra legge e modelli ancestrali: prime osservazioni sulle mutilazioni genitali in Eritrea*, Torino, 2002, p. 27 ss.; per alcune indicazioni v. anche COMITATO DI BIOETICA, *La circoncisione: profili bioetici*, 25 settembre 1998, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1999, p. 523 ss.

⁵ Intorno all'origine ed ai primi luoghi di manifestazione della pratica è possibile registrare una serie di teorie (per una loro documentata sintesi L. FAVALI e R. PATEMAN, *Blood, Land and Sex. Legal Pluralism and Political Pluralism in Eritrea*, Indiana University Press, Bloomington, 2003, p. 197 ss.), da cui può trarsi il comune denominatore relativo all'origine risalente del fenomeno essendo rilevabili alcune tracce del fenomeno già nei territori africani, ed in Egitto in particolare, che risalgono a dirittura all'età Neolitica e che, successivamente e per effetto dei frequenti e veloci spostamenti delle popolazioni, si è realizzata una diffusione nella penisola araba fino a giungere nei territori del lontano oriente; nel senso di collocare l'origine del fenomeno nel quinto secolo a.C. in corrispondenza della valle del fiume Nilo J. SHAW, *Sacred Rites, Sacred Rights: Balancing Respect for Culture and the Health Rights of Women and Girls in Islamic Canadian Communities Seeking to Practice Female Genital Mutilation*, in *J. of Law & Equality*, 3 (2004), p. 31 ss., in part. p. 34.

con chiusura e restringimento dell'organo vaginale, quest'ultima indicata comunemente infibulazione, passando per una serie d'interventi di grado intermedio d'invasività⁶.

La sintetica descrizione degli elementi strutturali permette di anticipare i possibili conflitti che questo fenomeno può sollevare nel momento in cui la pratica viene realizzata all'interno degli ordinamenti occidentali, che, a differenza di larga parte dei sistemi di origine delle popolazioni interessate dalla pratica, hanno conosciuto un processo di separazione tra la sfera del diritto e la religione⁷, con la conseguenza che la legittimazione delle regole giuridiche non è più rimessa ad una fonte trascendente rendendole in apparenza neutrali rispetto ai valori religiosi e morali⁸.

Osservate nella prospettiva della relazione tra regole e valori, le mutilazioni genitali femminili si segnalano come un tema che tocca centralmente la questione del significato che al corpo umano gli ordinamenti attribuiscono. Inevitabilmente, nel momento in cui si sceglie di evidenziare quali sono i conflitti potenziali nella trasposizione del modello della tradizione all'interno dei diritti laici, il giurista è portato a segnalare che le questioni in esponente siano almeno collocabili su tre livelli, comunque non separabili, di disciplina.

Volendo tentare un'organizzazione dei diversi profili, che non abbia pretese né sistematiche né di completezza, ci sembra che il tema metta chiaramente in luce le differenze che tutt'ora si possono incontrare nell'esperienza giuridica rispetto al modello di persona sotteso alla disciplina della disposizione del corpo umano⁹. In

⁶ Una descrizione dei diversi tipi di mutilazioni genitali, anche alla luce dei documenti elaborati sul fenomeno dalle organizzazioni internazionali, in L. FAVALI, *Fra legge e modelli ancestrali: prime osservazioni sulle mutilazioni genitali in Eritrea*, Torino, 2002, p. 25 ss.

⁷ Il processo di secolarizzazione del diritto, in vero, non è ora sconosciuto agli ordinamenti giuridici estranei alla tradizione occidentale, su cui, per un'analisi del diverso grado di penetrazione del modello della laicità negli ordinamenti dei paesi di tradizione musulmana, si v. S. JAHEL, *La laïcité dans le pays musulmans*, in *Archives de philosophie du droit*, t. 48, *La laïcité*, Paris, Dalloz, 2005, p. 143 ss.; per alcuni ammonimenti circa l'inopportunità di guardare alla relazione tra religione e Stato attraverso la categoria della laicità, essendo questa di costruzione marcatamente occidentale, S. BARBIROTTI, *Sistema arabo-islamico e diritti umani*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2001, p. 416 ss.; in prospettiva comparatistica sui modelli di separazione tra Stato e religione, S. ANDÒ, *Cristianesimo e islam tra società e stato*, in *Rass. parl.*, 2002, p. 158 ss., in part. p. 160 ss.

⁸ Il rifiuto della legittimazione del potere politico, e di conseguenza del potere di dettare le regole, sulla base di una fonte sacrale è indicato come il nocciolo del modello giuridico occidentale da R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, p. 141; mentre il tema della laicità del diritto è oggi talmente avvertito nell'esperienze occidentali da fare ingresso anche nella letteratura sulle istituzioni del diritto privato, tra cui esemplarmente G. ALPA, *La persona fisica*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2006, in part. p. 257 ss.; riflessioni sul valore della laicità nell'attività del giusprivatista anche in L. BALESTRA, *Laicità e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 13 ss.; per una recente riflessione sul senso della laicità del diritto si v. la raccolta di saggi di S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma – Bari, 2009; in una prospettiva che coinvolge la riflessione politico-filosofica però si registrano recenti contributi orientati a rivedere criticamente la relazione dicotomica tra secolarismo e multiculturalismo in quanto entrambi tecniche di governo delle differenze al fine della costruzione di una sovranità unitaria, come nel saggio di B. BHANDAR, *The Ties That Bind: Multiculturalism and Secularism Reconsidered*, in *J. of Law and Society* 36 (2009), p. 301 ss.

È questo un tema complesso e carico d'implicazioni per la funzione del giurista laico, il quale non è indifferente ai temi della religione e dei modi in cui essa si organizza anche attraverso il diritto, e dal confronto con essa egli apprende la misura dell'umiltà del suo agire, un tema affrontato in P. RESCIGNO, *Laurea ad honorem conferita dalla Facoltà giuridica dell'Università di Roma «La Sapienza» a Sua Santità Giovanni Paolo II. La laudatio di un giurista laico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 395 ss.

⁹ Pur essendo largamente diffusa l'opinione che le regole sul corpo umano debbano essere informate al valore della laicità (sul punto per alcune indicazioni si v. G. ALPA, *La persona fisica*, in

termini più stringenti, la mutilazione genitale femminile pone il problema della sua compatibilità con le regole e i principi con cui è declinata, negli ordinamenti occidentali, la relazione della donna con la propria sfera procreativa e sessuale¹⁰. Il tema del corpo umano e della sua disposizione è, com'è noto, anche negli ordinamenti occidentali il terreno sul quale si confrontano diversi modelli culturali con la conseguenza di registrare posizioni non sempre conciliabili, sebbene sia, al contempo, possibile un nucleo fondamentale di convergenza relativo al processo di graduale sottrazione della disciplina del corpo dal quadro dei doveri che il singolo deve adempiere verso la comunità e lo Stato ed una conseguente collocazione nella prospettiva dell'autodeterminazione del singolo nello svolgimento della sua personalità¹¹.

La circostanza che l'ipotesi più diffusa della pratica consista in interventi su soggetti minori realizzati all'interno del gruppo familiare o decisi dai genitori che si rivolgono a membri del gruppo etnico, anche in ragione del fatto che la mutilazione è vista come un requisito per l'accesso al matrimonio, è un aspetto del fenomeno che solleva un secondo momento di possibile conflitto. Appaiono, infatti, radicalmente diversi i modelli di disciplina rispetto a questi profili adottati dai diritti laici e dai diritti tradizionali: i diritti laici, a differenza di quei sistemi che condizionano la regola giuridica al rispetto della tradizione, hanno conosciuto un processo di parificazione tra i generi nella disciplina dei requisiti di accesso al matrimonio e, contestualmente, l'esercizio della potestà genitoriale incontra il limite del divieto di violare l'integrità fisica del minore¹².

Trattato di diritto civile, cit., p. 260), può essere utile ricordare, ai fini di una più corretta impostazione del discorso che si andrà svolgendo, che lo stesso art. 5 c.c., che, nel nostro sistema regola l'attività dispositiva del corpo umano, è il portato storico-normativo di un modello ideologico orientato a dare prevalenza, sul terreno dell'esplicazione della fisicità del soggetto, ai doveri sociali verso la comunità e lo Stato, come di recente ci ricorda G. RESTA, *I diritti della personalità*, *ibidem*, p. 482 ss.

¹⁰ Un modello di relazione ora largamente informato, all'esito di un non agevole processo, al principio di autodeterminazione della donna, su cui si v. le riflessioni di M. R. MARELLA, *Le donne*, in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 341 ss.; in particolare per una sintesi dei contributi del femminismo giuridico americano nel senso di sottolineare come le mutilazioni genitali femminili rafforzino il potere dell'uomo di controllare il corpo della donna E. SUSSMAN, *Contending with Culture: An Analysis of the Female Genital Mutilation Act of 1996*, in *Cornell Int'l L. J.*, 31 (1998), p. 193 ss., in part. p. 206.

¹¹ Sui modelli teorici sottesi all'evoluzione della disciplina della disposizione dal corpo umano dall'ingresso nel sistema dell'art. 5 c.c. all'incidenza sul tema del dettato costituzionale M. BESSONE – G. FERRANDO, voce *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 193 ss., segnatamente le p. 200 ss.; la ridefinizione, nel sistema, della funzione del corpo umano e dell'utilizzo delle cose da esso ricavabili reagisce sullo stesso ambito di applicazione dell'art. 5 c.c., limitandolo all'attività dispositiva di tipo relazionale, su cui in questo senso D. CARUSI, voce *Atti di disposizione del corpo umano*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, s.d. (ma 1998), p. 2.

¹² Il profilo dei requisiti della donna ai fini dell'accesso al matrimonio e quello dell'esercizio della potestà genitoriale relativamente al momento delle decisioni che incidono sull'integrità fisica del figlio minore, è uno degli aspetti su cui ha maggiormente inciso la secolarizzazione del diritto di famiglia, ora indicata come elemento centrale della convergenza degli ordinamenti occidentali, su cui di recente M. ANTOKOLOSKAIA, *Comparative Family Law: Moving with the Times*, in E. Örüçü e D. Nelken, *Comparative Law. An Handbook*, Oxford - Portland, Oxford University Press, 2007, p. 241 ss.; un processo tutt'ora controverso se solo si riflette la tendenza ad un più largo riconoscimento delle forme matrimoniali religiose nei paesi dei sistemi ex-socialisti, che, secondo S. KASERAUKAS, *Moving in the Same Direction? Preservation of Family Law Reforms in Lithuania*, in A. Bainham (a cura di), *The International Survey of Family Law*, Jordan Publishing, Bristol, 2004, p. 315 ss., in part. p. 322, sarebbe una sorta di compensazione per la repressione nei confronti delle religioni sperimentata durante la dominazione sovietica; nell'esperienza tedesca, per un'analisi del tema nella problematica

Come può avvertirsi, insistere sul problema della compatibilità o meno del fenomeno con i modelli di regolamentazione del corpo umano e con la condizione della donna nelle società occidentali non esclude che le mutilazioni genitali possano avere implicazioni anche in una prospettiva che non si limiti ad una considerazione del trattamento del soggetto. Del resto, si è visto che l'esercizio della pratica negli ordinamenti occidentali viene principalmente realizzato all'interno del gruppo etnico ed appare condizionato dalle pressioni che i singoli soggetti possono, in qualche modo, operare affinché i propri membri conformino il loro comportamento alle regole culturali del gruppo. Inoltre, il rispetto della tradizione sovente si traduce nella decisione del genitore che sottopone la figlia minore all'intervento mutilativo, dove la formazione della sua volontà può non essere impermeabile ai condizionamenti che vengono dal gruppo. Se si tengono ferme queste premesse, è evidente che il tema svela inevitabilmente un altro profilo problematico coincidente con le difficoltà di una convivenza tra formazioni sociali appartenenti a diverse etnie all'interno di uno stesso sistema giuridico.

Una tale prospettiva di analisi del fenomeno mostra, allo stesso tempo, la complessità del lavoro che si è chiamati a svolgere. Il profilo della tutela del singolo rileva in momenti diversi dello svolgimento delle relazioni sociali con la conseguenza di rendere non agevole la definizione della regola destinata a prevenire il conflitto e dell'individuazione del possibile rimedio. I pericoli per il soggetto, i rischi per la sua integrità fisica, possono realizzarsi sia per effetto delle potenziali aggressioni che possono venire dal gruppo familiare sia per effetto delle pressioni che possono essere manifestate dal gruppo più largo dell'etnia di appartenenza. Gruppo familiare e gruppo etnico, nel condizionare il comportamento del soggetto e nell'incidere il secondo sullo stile di vita ed il modello di organizzazione del primo, producono inevitabilmente un sistema di regole, un effettivo meccanismo ordinamentale - atteso che all'interno del gruppo possono esistere organi o soggetti chiamati a vigilare sul loro rispetto¹³ -, sollevando così il problema della relazione da individuarsi nei confronti dell'ordinamento giuridico del paese ospitante¹⁴.

dell'esercizio del *Sorgerecht* dei genitori sui figli minori, D. WÜSTENBERG, *Genitalverstümmelung und elterliches Aufenthaltsbestimmungsrecht*, in *FamRZ*, 2007, p. 692 ss.; nel dibattito americano sul tema, L. A. LARSON, *Female Genital Mutilation in the United States: Child Abuse or Constitutional Freedom*, in *Women's Rights L. Rep.* 17 (1996), p. 237 ss., in part., p. 248 ss.; W.E. BRIGMAN, *Circumcision as Child Abuse: the Legal and Constitutional Issues*, in *J. Fam. L.* 23 (1984), p. 337 ss.

¹³ Sulla varietà di ordinamenti con i caratteri della giuridicità che è lecito ricavare dall'osservazione della società civile rivestono valore sistematico le riflessioni di P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, p. 11 ss.

¹⁴ Con la conseguenza di sollevare il problema del mantenimento dell'unicità dell'ordinamento giuridico, su cui per una riflessione critica sul fondamento del principio P. RESCIGNO, *Pluralità di culture ed unicità di ordinamento giuridico: i problemi di una società multirazziale*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, cit., p. 147 ss.; il problema dell'unità dell'ordinamento giuridico è un tema che oggi attraversa la riflessione anche nell'esperienza di *common law* e trova uno spunto anche nel fenomeno della creazione di poteri sovranazionali che dettano regole cui gli ordinamenti nazionali devono assoggettarsi, per una riflessione carica di implicazioni teoretiche e che inevitabilmente tocca il profilo della concezione del diritto, si v. il saggio N. MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State*, in *MLR* 56 (1993), p. 1 ss. (in part p. 8, dove l'autore scrive, prospettando il concetto di ordinamento con il quale ci si debba inevitabilmente confrontare: "to escape from the idea that alla law must originate in a single power source, like a sovereign, is thus to discover the possibility of taking a broader, more diffuse, view of law"); il tema sollecita una riflessione anche nell'esperienza dei sistemi misti, come quello canadese, dove l'argomentazione dell'alterità tra modello francofono e quello di *common law* per giustificare le differenze di disciplina di singole materie riceve l'obiezione di non essere sufficientemente avveduta circa il grado di eterogeneità presente all'interno delle due tradizioni, una

2. Il metodo d'indagine adottato nello svolgimento del lavoro - L'ampiezza delle questioni che sottendono al tema in esame, la complessità della loro soluzione rende opportuno procedere ad uno svolgimento dei diversi aspetti che sia agile rispetto alla trattazione specifica della casistica e che guardi principalmente ai più diffusi modelli di disciplina del fenomeno, tentando di mettere in rilievo, più che le regole di dettaglio, i loro caratteri principali e le ragioni di *policy* che li sostengono¹⁵.

La scelta di guardare ai modelli destinati a regolare il fenomeno ed alle politiche a loro fondamento orienta la selezione del metodo d'indagine nel senso di avvalersi degli strumenti della comparazione giuridica, che favorisce un'analisi dei fenomeni giuridici tenendo in considerazione delle relazioni con la storia, la cultura e l'economia di un determinato sistema. Alcuni profili peculiari al tema convincono dell'opportunità di muovere la scelta metodologica in questa direzione. Non potrebbero, infatti, comprendersi l'origine del fenomeno delle mutilazioni genitali femminili, la diffusione della pratica ed i modelli di legittimazione sociale, prima ancora che giuridica, presenti nei sistemi africani ed asiatici, se non si avesse un minimo di contezza dei guadagni cui pervengono gli studi antropologici sul punto, così che le regole ed il loro fondamento vengono sgranate dalle lenti d'ingrandimento dell'antropologo¹⁶.

Se la possibilità di prendere in considerazione i contributi di altre partizioni del sapere appare come una peculiarità propria del metodo comparatistico, allo stesso modo esso ci permette, dopo aver raggiunto una comprensione dei modelli di disciplina dei diversi ordinamenti, di spiegare le dinamiche d'influenza che si realizzano tra i sistemi e di mettere in evidenza i fenomeni di circolazione di regole o di modelli di composizione dei conflitti che il tema alimenta¹⁷.

svista che inevitabilmente rischia di far scivolare l'argomento della stessa alterità sul terreno del ragionamento retorico, su cui J.-F. GAUDREAU-DES BIENS, *Le solitudes du bijuridisme au Canada: Essai sur le rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montreal: Thémis, 2007.

¹⁵ Una prima informazione sul fenomeno nella prospettiva dei diversi modelli di disciplina può aversi dal saggio di C. M. MESSITTO, *Regulating rites: legal responses to female genital mutilation in the West*, in *The Buffalo Journal of Public Interest Law*, 16 (1997-1998), p. 33 ss.; per una descrizione dei modelli adottati negli ordinamenti europei A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giur. mer.*, 2001 p. 854 ss., in part. p. 863 ss.

¹⁶ Nella dottrina comparatistica italiana un'esemplare applicazione dell'antropologia nello studio delle mutilazioni genitali femminili è rappresentata dal saggio di L. FAVALI, *Fra legge e modelli ancestrali: prime osservazioni sulle mutilazioni genitali in Eritrea*, cit.; per uno svolgimento sistematico del contributo dell'antropologia alla comprensione dei fenomeni e degli istituti giuridici lo studioso italiano dispone ora del volume di R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007.

¹⁷ A differenza delle connessioni possibili tra antropologia e comparazione giuridica, il tema della circolazione dei modelli e dei trapianti giuridici si presenta, com'è noto, come un profilo tradizionalmente ascrivibile agli studi comparatistici e riceve tutt'ora attenzione dal punto di vista della riflessione teorica, tra cui per un recente contributo che ne ripercorre il senso del tema, i caratteri ed i fattori che incidono sul fenomeno nonché i nuovi elementi che emergono nella circolazione dei modelli, si v. M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in M. Reimann e R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, 441 ss.; nel dibattito tedesco, per un recente saggio sui trapianti giuridici come fattore dei sistemi giuridici in trasformazione G. M. RHEIM, *Rechtstraspante als Instrument der Rechtsreform und -transformation*, in *RabelsZ*, 72 (2008), p. 1 ss.; per una dimostrazione che l'adozione o l'imitazione di un modello straniero è anche il frutto di scelte dettate da valutazioni di efficienza economica operate dal sistema giuridico imitatore si v. il saggio di N. GAROUPA e A. OGUS, *A Strategic Interpretation of Legal*

3. Fattori e dinamiche nella circolazione dei modelli di disciplina delle mutilazioni genitali femminili – Lo spostamento dei soggetti tra continenti diversi, unitamente al governo dei costi sociali che ciò comporta, pone la questione del trattamento giuridico che gli ordinamenti ospitanti devono riservare allo *status* personale e familiare dei soggetti emigrati alla cui definizione partecipano spesso le regole e i principi dettati dalla tradizione religiosa o filosofica o dalle consuetudini proprie del sistema giuridico di origine¹⁸. Ma la migrazione dei soggetti non è semplicemente il presupposto per la conoscenza delle mutilazioni genitali femminili da parte del giurista occidentale ma anche un fattore importante della circolazione dei modelli di disciplina. È utile qui rammentare, ma è un dato già messo in evidenza, che la prima diffusione delle mutilazioni genitali nelle aree geografiche africane ed asiatiche si è prodotta per effetto dello spostamento delle popolazioni, che, per prime avevano dato avvio alla pratica, fuori dai territori originari. Certo può apparire un eccesso di semplificazione indicare il mero spostamento di soggetti di nazionalità africana o asiatica negli ordinamenti occidentali come un elemento sufficiente per determinare la circolazione del modello di origine e quindi favorire l'applicazione delle regole e dei principi vigenti nelle realtà locali¹⁹. Di fatto, la migrazione dei soggetti può rappresentare, se non proprio un fattore a sé, un elemento che partecipa alla dinamica più generale della circolazione dei modelli sul terreno del diritto degli *status* personali e familiari. La dinamica, in vero, appare più articolata e, nello svolgersi, inevitabilmente incrocia momenti diversi di regolamentazione del fenomeno, in ciò fisiologicamente relazionandosi con l'assetto delle fonti del sistema ospitante. A tale elemento deve aggiungersi che, nella lettura e ricostruzione delle fonti di diritto, un ruolo significativo è giocato dai modelli culturali e dal peso delle politiche nazionali ed internazionali in materia d'immigrazione, di governo delle società multiculturali e di aiuti ai paesi in via di sviluppo.

Un momento prodromico rispetto alla circolazione dei modelli di disciplina è rappresentato dalla comprensione dei fattori che hanno inciso nella costruzione e nella diffusione del fenomeno stesso. Ciò vuol dire, in primo luogo, procedere ad un'analisi del modello tradizionale di disciplina, che nelle popolazioni africane ed

Transplants, in *Journal of Legal Studies*, 35 (2006), p. 339 ss.

¹⁸ Con la conseguenza del possibile *incremento* del rischio di conflitti tra identità culturale dei singoli ed identità culturale dei sistemi giuridici, su cui per una ricognizione dei problemi e della casistica E. JAYME, *Die kulturelle dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung*, in *RabelsZ* 67 (2003), p. 211 ss.; un tema, quello del pluralismo culturale e delle risposte attese dal diritto, che tutt'ora impegna la dottrina tedesca, come conferma il saggio E. HILGENDORF, *Strafrecht und Interkulturalität*, cit., p. 139 ss.; spunti di riflessione sul tema anche in P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 151 ss., in part. c. 161 s. Sui caratteri del modello islamico di diritto di famiglia, anche considerando le possibili variazioni a seguito delle contaminazioni di diritti consuetudinari dei diversi paesi, SIR N. ANDERSON, *Islamic Family Law*, in *Int. Enc. Comp. L.*, vol. IV, cap. 11 (1969), p. 105 ss., e sui caratteri del modello sotteso ai sistemi di diritto consuetudinario R. VERDIER, *Customary Family Law*, in *Int. Enc. Comp. L.*, vol. IV, cap. 11 (1969), p. 221 ss.

¹⁹ Può essere utile rammentare che la storia delle idee del diritto internazionale privato e della sua vicenda pratica conosce modelli orientati ad affermare il principio della nazionalità come paradigma di disciplina dei diritti civili di una persona, su cui esemplarmente il saggio *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti* di PASQUALE STANISLAO MANCINI (stampato per i tipi della Giappichelli, Torino, 1994, con una *Introduzione* di E. JAYME, in part. si v. la p. 5 ss., dove si sottolinea l'influenza della filosofia di Vico nel pensiero manciniano).

asiatiche coincide con un modello di legittimazione, cercando di capire quali siano i presupposti culturali e sociali all'interno dei quali questo matura nonché comprendere le ragioni ed i fattori d'incidenza di eventuali inversioni di tendenza rispetto ad una sua valutazione in quegli stessi sistemi giuridici²⁰. Fare luce sul contesto può contribuire non solo a chiarire il significato sociale delle mutilazioni genitali ma anche a rimeditare le finalità della loro perpetrazione nei paesi occidentali, interrogandosi se ha senso ammettere la pratica in un ambiente che non presenta il modello di organizzazione sociale ed i presupposti culturali peculiari delle realtà di origine²¹.

Diversi appaiono, al contrario, i profili meritevoli di attenzione nella circolazione dei modelli di disciplina tra gli ordinamenti occidentali. In primo luogo, si osserverà come la formazione di un modello all'interno di un ordinamento nazionale è inevitabilmente condizionata dalle scelte di *policy* che si compiono con riferimento alla gestione dei conflitti della società multiculturale, con la conseguenza che l'adozione di un modello straniero da parte di un ordinamento sarà inevitabilmente determinata dall'esistenza, all'interno di questo, di orientamenti omogenei su questo terreno.

La circolazione del modello straniero può, in particolare, ricevere una spinta dalle fonti di diritto internazionale ed, in particolare, dalla crescente incidenza che queste hanno negli ordinamenti nazionali e dal loro rendersi progressivamente più stringenti sotto il profilo del controllo di legittimità delle regole dettate dal legislatore nazionale²². Può accadere, infatti, che un modello di disciplina del fenomeno sia sottoposto al giudizio davanti ad una corte che ha il compito di verificare il livello di protezione dei diritti fondamentali garantiti da un sistema sovranazionale di diritto: se il giudizio ha esito positivo, se il modello riceve conferma sotto il profilo della sua

²⁰ La considerazione degli elementi propri di un sistema, quali la lingua, la politica, l'economia, la storia e le tradizioni, è un carattere che qualifica la comparazione giuridica come scienza di contesto, su cui per considerazioni più ampie L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Milano, 2005, p. 59 ss.; sull'importanza di guardare al contesto di riferimento nello studio delle mutilazioni genitali femminili L. FAVALI, *Fra legge e modelli ancestrali: prime osservazioni sulle mutilazioni genitali in Eritrea*, cit., p. 116 ss.

²¹ Il punto è ben messo di evidenza da J. SHAW, *Sacred Rites, Sacred Rights: Balancing Respect for Culture and the Health Rights of Women and Girls in Islamic Canadian Communities Seeking to Practice Female Genital Mutilation*, cit., in part. p. 41, la quale sostiene che, se nei contesti tribali, gli interventi sugli organi genitali femminili possono apparentemente soddisfare l'interesse della minore o della donna nella prospettiva della sua accettazione sociale da parte del gruppo di appartenenza, nel momento in cui la pratica viene realizzata in un paese occidentale quello stesso interesse appare al contrario violato, con la conseguenza che è la donna mutilata negli organi genitali a ricevere il discredito e l'emarginazione da parte delle donne del paese ospitante; sebbene con riferimento ad un tema diverso da quello che qui ci impegna, nel senso di guardare ai problemi posti dalla società multiculturale nella prospettiva di considerare gli elementi economici, sociali e dei possibili effetti delle politiche d'immigrazione sulla perpetrazione della pratica tradizionale si v. M. ENRIGHT, *Choice, Culture and the Politics of Belonging: The Emerging Law of Forced and Arranged Marriage*, cit., in part. p. 355.

²² Sul terreno delle fonti di diritto internazionale le mutilazioni genitali femminili incontrano indici pertinenti di disciplina nella Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, da cui l'acronimo CEDAW), adottata nel 1980, ed, all'interno di questa Convenzione, il Comitato sulla eliminazione della discriminazione contro le donne ha riconosciuto, nel 1990, esplicitamente l'eradicazione delle mutilazioni genitali femminili come il principale obiettivo dell'agenda delle Nazioni Unite, sul processo di formulazione e per un'analisi del contenuto delle disposizioni contenute nella CEDAW E. SUSSMAN, *Contending with Culture: An Analysis of the Female Genital Mutilation Act of 1996*, cit., p. 201 s.; per una ricognizione dei documenti e delle Carte internazionali e di diritto europeo che presentano indici di tutela pertinenti ai diritti fondamentali toccati dal fenomeno si v. A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giur. mer.*, cit., p. 858 ss.

legittimità alla luce dei diritti fondamentali protetti a livello internazionale, ciò può rappresentare un fattore determinante di circolazione del modello, dal momento che altri legislatori nazionali possono essere convinti da questo timbro di legittimità nell'adottarlo o imitarlo o, al limite, utilizzare l'argomento della sua conformità ai diritti fondamentali sul terreno della discussione pubblica²³.

Ora, se si ragiona questa dinamica (creazione di un modello in un ordinamento nazionale, giudizio sovranazionale di conformità e adozione in altri ordinamenti nazionali) collocandosi all'interno della riflessione sui fattori che incidono nel trapianto e nell'imitazione dei modelli, è possibile considerare che l'accresciuto ruolo del diritto internazionale e delle corti sovranazionali nell'incidere nei diritti nazionali sembrerebbe modificare non solo la dinamica del funzionamento delle fonti di diritto ma anche sortire effetti sui caratteri di alcuni elementi tradizionalmente indicati come centrali nella circolazione dei modelli, tra cui segnatamente quello del prestigio²⁴. Chi scrive va convincendosi di un dato: la dinamica sopra descritta reagisce sul significato e sul contenuto del prestigio del modello con la conseguenza che il suo valore, il suo *appeal* di persuasione nell'essere imitato appare, oggi, significativamente determinato dalla sua conformità ai diritti fondamentali garantiti a livello sovranazionale²⁵.

Il discorso, invero, non può essere limitato solo alla circolazione dei modelli all'interno dell'area della tradizione occidentale dal momento che trova un suo possibile sviluppo anche con riferimento a quegli ordinamenti giuridici che, pur appartenendo alla tradizione del diritto africano o dei diritti dei paesi asiatici, partecipano comunque di alcuni sistemi di diritto sovranazionale o alla redazione di documenti e convenzioni internazionali²⁶.

Ci pare ovvio che, rispetto a questo profilo, il ragionamento si debba sviluppare seguendo una diversa traiettoria tematica inevitabilmente influenzata dalle peculiarità che presenta la partecipazione di un ordinamento non occidentale alla formazione, sia in punto genetico che al momento della sua implementazione, del diritto

²³ Un esempio di adozione di un modello di disciplina nazionale adottato per conformarsi a standard internazionali di protezione dei diritti fondamentali delle donne è rappresentato dal *Violence Against Women Act* del 1994, adottato dal sistema federale americano, con il quale si adottano politiche di supporto per le corti statali nel combattere e nel rigettare, nel corso dei processi, il ricorso ad argomenti che s'ispirano a stereotipi culturali, su cui si v. D. L. COLEMAN, *Individualizing Justice through Multiculturalism: the Liberal's Dilemma*, in *Colum. L. Rev.*, 96 (1996), p. 1093 ss., in part. p. 1099, dove si sottolinea il fondamento dello *statute* nelle dichiarazioni internazionali concernenti il diritto universale delle donne di essere liberate dalla violenza *gender-motivated*.

²⁴ Sul ruolo del prestigio quale fattore che incide nella circolazione dei modelli giuridici, tra i molteplici contributi teorici, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 148 (ma v. anche la Sua voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto, disc. priv. sez. civ.*, vol. I, Torino, 1998, p. 365 ss., in part. p. 369 s.); A. WATSON, *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge L. J.* 37 (1978), p. 313 ss.

²⁵ Per un esempio concreto della dinamica descritta nel testo, con riferimento alla circolazione dei modelli nel diritto di famiglia nello spazio definito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sia concesso fare rinvio a F. CAGGIA, *Modelli e fonti del diritto di famiglia*, in *Diritto civile*, cit., p. 12.; sulla più generale incidenza del diritto internazionale sugli istituti del diritto privato v. ora V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 147 ss., in part. le p. 161 ss.

²⁶ In particolare, può essere utile ricordare che i sistemi giuridici africani conoscono un sistema sovranazionale di protezione dei diritti fondamentali indicato con il nome di Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, elaborato sul modello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sulle cui peculiarità e sulla sua incidenza nei diritti nazionali si v. R. ORRÙ, *La promozione dei diritti nello spazio dell'Africa subsahariana*, cit., in part. p. 224 ss.

sovrana rispetto a tematiche così strettamente connesse con la cultura ed il costume delle popolazioni. Seguendo questo percorso, è opportuno infatti porre l'accento su alcuni profili apparentemente meno problematici per il giurista occidentale: se si guarda alla redazione delle norme e dei documenti internazionali si può affermare che già la scelta di partecipare a questa fase di preparazione da parte di un paese, che conosce le mutilazioni genitali sulle donne come pratica tradizionale, assume il senso di una regolamentazione del fenomeno in una prospettiva rovesciata rispetto al paradigma della tolleranza o della legittimazione. Un utile esempio ci pare essere la decisione di adottare l'espressione "mutilazioni genitali femminili" all'interno dei documenti internazionali, che rappresenta un giudizio di valore negativo sul fenomeno rispetto a formule in apparenza più neutre, come circoncisione femminile o chirurgia genitale e segna l'adozione di politiche di protezione dei diritti umani orientate verso una prospettiva ricostruttiva di tipo universalista, pur avendo l'effetto di rendere meno accettabili tali documenti al momento della loro implementazione nei paesi africani²⁷.

Il linguaggio adottato nei documenti internazionali non sembra però l'unico fattore che impedisca un'efficace implementazione dei documenti internazionali ed il fallimento circa la realizzazione degli obiettivi di eradicazione del fenomeno nelle popolazioni africane ed asiatiche. A ciò va ulteriormente aggiunto che sovente è la complessità stessa di questi sistemi di diritto a rendere non semplice l'applicazione del diritto internazionale anche quando questo è recepito all'interno della legislazione statale. Questi ordinamenti sono, di norma, caratterizzati da un notevole grado di complessità attesa la loro natura pluralistica per effetto della convivenza di diversi sistemi di diritto. In particolare, gli ambiti della persona e dei rapporti familiari sono principalmente regolati dal diritto consuetudinario o da regole di derivazione religiosa, così come la composizione dei conflitti che interessano questi ambiti del diritto è affidata a corti che si collocano fuori dal circuito statale²⁸.

L'incidenza del diritto internazionale con riferimento ai sistemi giuridici dei paesi africani ed asiatici può essere più concretamente verificata nella sua funzione di stimolare o condizionare la scelta d'introdurre modelli di regolamentazione che favoriscano una limitazione o lo sradicamento del fenomeno delle mutilazioni genitali femminili²⁹.

²⁷ Il punto è messo in evidenza da L. FAVALI, *Fra legge e modelli ancestrali: prime osservazioni sulle mutilazioni genitali in Eritrea*, cit., p. 181 ss.; alla problematicità di questo profilo fa anche riferimento G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 567 ss, segnatamente p. 568; nel senso di sottolineare che il dibattito sulle formule linguistiche rispecchia le controversie intorno alla stessa pratica E. SUSSMAN, *Contending with Culture: an Analysis of the Female Mutilation Act*, cit., p. 197.

²⁸ Per alcuni svolgimenti circa le implicazioni dal punto di vista comparatistico nello studio dei sistemi giuridici dove appare significativa la funzione svolta tutt'ora dai diritti consuetudinari si v. T.W. BENNETT, *Comparative Law and African Customary Law*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 641 ss.; sugli effetti del carattere pluralistico dei sistemi africani nei processi di promozione dei diritti fondamentali si v. R. ORRÙ, *La promozione dei diritti nello spazio dell'Africa subsahariana*, in C. Amato e G. Ponzanelli, *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, p. 213 ss.

²⁹ Per una ricognizione delle Convenzioni e dei documenti internazionali rilevanti nelle politiche di divieto della pratica delle mutilazioni genitali, e che in misura maggiore hanno avuto inciso nel modificare le politiche di alcuni paesi africani o asiatici, A. N. WOOD, *A Cultural Rite of Passage or a Form of Torture: Female Genital Mutilation from an International Law Perspective*, in *Hastings Women's Law Journal*, 12 (2001), p. 347 ss., in part. p. 372 ss.

Un tentativo di superare la difficoltà d'incidere da parte della norma giuridica, modificando non solo il tessuto normativo ma anche quello sociale, è rappresentato dall'adozione da parte delle organizzazioni internazionali di politiche di aiuti allo sviluppo economico dei paesi africani condizionati all'avvio di politiche nazionali concrete di eradicazione della pratica delle mutilazioni genitali e di politiche culturali che incidano modificando la percezione sociale ed il costume maturato nel tempo intorno al fenomeno³⁰.

L'analisi dei fattori di circolazione dei modelli giuridici, un processo osservato sia nella prospettiva dei diritti occidentali che in quella dei sistemi giuridici africani ed asiatici, ha, in più momenti, toccato il ruolo delle fonti e dei documenti di diritto internazionale. Il quadro si presenterebbe probabilmente lacunoso se non ci si producesse in un tentativo di spiegare secondo quali dinamiche si realizza l'elaborazione, prima, e l'adozione, poi, di un modello di regolamentazione internazionale su una materia come le mutilazioni genitali femminili. Atteso il livello di elaborazione, la scrittura di un modello inevitabilmente coincide con l'adozione di una prospettiva, se non proprio normativa quanto meno programmatica, di protezione dei diritti umani e dei diritti fondamentali. Il mutamento di prospettiva con cui si è guardato al fenomeno, e che si è tradotto nell'adozione di politiche internazionali dirette a fare pressioni per lo sradicamento del fenomeno nei diversi paesi africani ed asiatici, si è avuto nel momento in cui il tema delle mutilazioni genitali è entrato nell'agenda internazionale dei movimenti femministi occidentali. Da qui si sono avviate numerose campagne di sensibilizzazione sia nelle sedi internazionali sia a livello di governi locali per l'attivismo delle organizzazioni non governative cui hanno fatto seguito le reazioni non sempre convinte dei movimenti delle donne africane, secondo cui iniziative troppo dure sarebbero potute essere lette come forme di imperialismo culturale. L'affermazione delle politiche di condanna definitivamente si realizza nel momento in cui le pressioni del femminismo occidentale fanno presa sulla categoria dei burocrati delle organizzazioni internazionali, i quali, nel rendersi collaborativi, vedono un'occasione per sottrarsi alle critiche di inattivismo rispetto al tema e distraggono la discussione pubblica da temi strategicamente più importanti a livello internazionale, come quelli legati allo sviluppo economico dei paesi del terzo mondo³¹.

³⁰ L'adozione di politiche di pressione non necessariamente affidate alla regola giuridica segnalano in concreto la presa di coscienza da parte degli attori internazionali e dagli Stati occidentali che il fenomeno non può essere eliminato soltanto con le politiche di divieto ma anche avendo riguardo alla prospettiva di modificare il costume delle singole popolazioni, confidando così un lento abbandono delle regole dettate dalle consuetudini tradizionali, su cui, per una descrizione del processo, si v. E. SUSSMAN, *Contending with Culture: An Analysis of the Female Genital Mutilation Act of 1996*, in *Cornell Int'l L. J.* 31 (1998), p. 193 ss., in part. p. 244 ss.; un cenno anche in L. FAVALI, *Fra legge e modelli ancestrali: prime osservazioni sulle mutilazioni genitali in Eritrea*, cit., p. 137; un modello di intervento che si può scorgere anche nel contenuto dell'art. 7 della legge 9 gennaio 2006, n. 7 dal titolo "Disposizioni concernenti la prevenzione ed il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile", su cui i rilievi di G. CASSANO e F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 179 ss., in part. p. 192.; su questo profilo v. anche EAD. e R. PATEMAN, *Blood, Land and Sex. Legal and Political Pluralism in Eritrea*, cit., p. 211, secondo cui in questa prospettiva dev'essere anche letto il rifiuto dell'UNESCO di accogliere la proposta del governo eritreo, formulata nel 2001, di rendere i diritti tradizionali patrimonio orale ed intangibile dell'umanità in ragione del fatto che, secondo la comunità internazionale, sono proprio i diritti tradizionali a porre i presupposti di legittimità per la perpetuazione delle mutilazioni genitali;

³¹ Con la conseguenza, come sottolineato in FAVALI e R. PATEMAN, *Blood, Land and Sex*, cit., p. 207 ss., che si viene a formare un'ideologia transnazionale elaborata largamente dalla elite delle donne

4. Il ruolo della tradizione nell'affermazione del fenomeno nelle popolazioni africane ed asiatiche - La considerazione delle interrelazioni esistenti tra origine e radicamento della pratica ed il contesto culturale e sociale all'interno del quale il fenomeno s'inserisce permette di chiarire le origini del fenomeno e le ragioni della sua diffusione. Percorrere questa prospettiva di analisi si mostra di utilità al fine di comprendere la funzione esercitata dalla mutilazione genitale nelle diverse comunità in cui è esercitata e di conseguenza evidenziare quali i possibili problemi di compatibilità del suo esercizio nei sistemi giuridici in cui il modello di organizzazione sociale è prevalentemente affidato alla regola giuridica³².

In merito a questo profilo un contributo significativo viene dall'indagine antropologica che ci ammonisce dell'impossibilità di ricondurre l'origine del fenomeno ad un unico fattore e sottolinea come, sul piano funzionale, le mutilazioni degli organi genitali della donna siano servite, nelle diverse epoche, a svolgere funzioni diverse, così come diverse possono rappresentarsi le finalità nel momento in cui la pratica è proseguita dalle comunità di soggetti emigrate nei paesi occidentali.

L'elencazione dei fattori di origine, che muova dalla fase storica dove si registrano le prime tracce della pratica, non può non segnalare al primo posto di un'ipotetica graduatoria la tradizione di determinate comunità ed, in particolare, le culture pagane che hanno attraversato alcuni popoli africani³³. L'elemento della tradizione diviene quindi il vettore per introdurre nel costume delle popolazioni africane la mutilazione degli organi genitali femminili, favorendo il prodursi di una percezione che ciò corrisponda all'ottemperanza di un qualche precetto religioso, se non a dirittura oggetto di un qualche rituale propiziatorio³⁴.

Attraverso questi fattori originari la pratica si è perpetrata nei secoli ed ha gradualmente perso le ragioni che l'hanno inizialmente sorretta, divenendo un rituale rispettato dalle diverse popolazioni e la cui vincolatività riceve nel tempo il crisma del diritto consuetudinario; nel tempo l'intervento sull'organo genitale femminile assume significati diversi e ciascuno di essi ne puntella il fondamento secondo un processo di stratificazione delle giustificazioni sociali di volta in volta formulate dalle classi dominanti: assicurare la verginità e la fedeltà nel matrimonio, costruire un ruolo della donna come soggetto destinato a ricevere sofferenze inflitte dall'uomo, affermare determinate nozioni di estetica e d'igiene, una reazione alla superstizione di attribuire

della *middle-class* occidentale, che, dopo alcuni travagli, si allea con il femminismo africano, politici di genere maschile a vari livelli, e dai burocrati internazionali e delle organizzazioni non governative.

³² I recenti svolgimenti della classificazione dei sistemi in famiglie giuridiche muovono dall'osservazione che l'esperienza giuridica globale presenta tre modelli organizzazione sociale (un modello basato sulla regola dettata dalla tradizione, un secondo caratterizzato dall'incidenza del programma politico ed un terzo fondato sulla norma giuridica), con la conseguenza che è possibile individuare altrettante famiglie giuridiche in ragione della prevalenza di un dato modello rispetto agli altri due; formulano questa classificazione U. MATTEI e P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, p. 52 ss.

³³ La tradizione pagana è chiaramente indicata elemento decisivo nel contribuire all'origine ed al radicamento del fenomeno E. SUSSMAN, *Contending with Culture: An Analysis of the Female Genital Mutilation Act of 1996*, cit., p. 133 ss., in part. p. 209; J. SHAW, *Sacred Rites, Sacred Rights: Balancing Respect for Culture and the Health Rights of Women and Girls in Islamic Canadian Communities Seeking to Practise Female Genital Mutilation*, cit., in part. p. 35.

³⁴ In prospettiva macrostorica, sulla capacità del soprannaturale di condizionare il diritto si v. il saggio di R. SACCO, *Soprannaturale e diritto nelle esperienze degli ultimi millenni*, in *Scritti in onore di Pietro Schlesinger*, t. I, Milano, 2004, p. 225 ss., in part. p. 231, dove un cenno alle pratiche rivolte al corpo dell'uomo.

all'organo clitorideo funzione di rivalità nei confronti dell'organo sessuale maschile o ancora segnalare l'appartenenza a ceti sociali superiori³⁵.

L'elenco delle possibili finalità cui tradizionalmente nelle popolazioni africane venivano attribuite alle mutilazioni genitali femminili ci rappresentano, in realtà, un comune elemento di denominazione: il fenomeno partecipa, con tempistiche diverse, alla costruzione di un modello di società che vede al centro, in funzione di potere, la collocazione dell'uomo e di conseguenza l'affermazione funzionale di un modello di famiglia, all'interno del quale la donna si trova in posizione subordinata. In concreto tutti questi elementi significano l'esercizio di un controllo sul corpo ed, in particolare, sulla propria sessualità, che prende piede già all'interno della famiglia di origine quale preconditione per l'accesso del matrimonio ed inesorabilmente accompagna la donna nella nuova famiglia.

Le ragioni sottese all'origine del modello di legittimazione delle mutilazioni genitali potrebbero essere solo parzialmente rappresentate se non si avesse cognizione di quali sono i legami anche economici di questa pratica rispetto al modello di organizzazione sociale delle popolazioni tradizionali.

Anche rispetto a questo profilo il contributo dell'analisi antropologica non può essere eluso. Si sottolinea, infatti, che è possibile costruire un nesso funzionale tra ricorso alle mutilazioni genitali femminili ed adozione di una determinata economia nelle popolazioni tradizionali. Nelle comunità che si organizzano prevalentemente intorno all'economia agricola intervenire sugli organi genitali femminili ha un nesso preciso con l'elemento della produzione della forza lavoro da impiegare nei campi. Per l'uomo, impegnato nell'organizzazione del lavoro nei campi, diviene necessario esercitare un controllo sulla sfera sessuale della donna non semplicemente in quanto fattore, attraverso l'evento procreativo, di forza lavoro ma anche per avere certezza del suo legame biologico con la discendenza. Se si osservano più attentamente i dati sull'origine del fenomeno e sull'emersione delle prime strutture giuridiche delle popolazioni africane, può leggersi un parallelo con la creazione dei diritti di accesso alla terra, costruiti come privilegio attribuito all'uomo ed il trasferimento in via successoria di questi diritti che segue la linea di discendenza maschile³⁶.

Allo stesso modo, ragioni legate al controllo delle nascite spiegano la diffusione del fenomeno anche nelle popolazioni dedite alla pastorizia non tanto con riferimento alla produzione della forza lavoro quanto all'esigenza di mantenere bassa la popolazione familiare. L'economia fondata sulla pastorizia vede nell'eccessivo numero di nascite un problema da gestire, quindi in potenza un pregiudizio ulteriore per il gruppo familiare e sociale in ragione della scarsa capacità di questo tipo di economia di produrre beni sufficienti a soddisfare bisogni alimentari troppo estesi³⁷.

³⁵ Sulle diverse finalità di volta in volta attribuite all'intervento sull'organo genitale femminile dalle comunità africane J. SHAW, *Sacred Rites, Sacred Rights: Balancing Respect for Culture and the Health Rights of Women and Girls in Islamic Canadian Communities Seeking to Practice Female Genital Mutilation*, cit., p. 35.

³⁶ Con la conseguenza che anche le mutilazioni genitali femminili, così come le regole predisposte al controllo del corpo della donna, troverebbero spiegazione nel peculiare funzionamento della proprietà sulla terra, tipico delle società definite tradizionali e caratterizzate dal fatto che il potere è demandato ai gruppi e non ad un potere centralizzato che soprassiede all'attribuzione dei diritti ed al loro esercizio, su cui, per gli opportuni rilievi sistemologici, si v. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 192 ss.

³⁷ Per una descrizione critica delle diverse teorie circa il perché dell'affermazione della pratica nelle popolazioni africane nomadico-pastorali FAVALI – PATEMAN, *Blood, Land and Sex*, cit., p. 202 ss.

Guardare alle mutilazioni genitali femminili in questa prospettiva inevitabilmente conduce ad una rimediazione del ruolo dell'elemento religioso rispetto alla diffusione del fenomeno. I dati storici relativi al suo affacciarsi nelle popolazioni africane permettono di sostenere l'assenza di una relazione diretta tra affermazione delle religioni monoteiste e origine della pratica pur non potendosi da qui sostenere la loro neutralità rispetto alla sua successiva diffusione. Le religioni monoteiste, incontrando nella loro diffusione il fenomeno, non si traducono in un fattore di emancipazione della donna dalla pratica, sebbene sia evidente la contrarietà al valore dell'indisponibilità del corpo umano professato dalla morale religiosa. Si assiste, invece, ad un atteggiamento di tolleranza su cui incidono ragioni di realismo politico rispetto agli obiettivi di conversione delle popolazioni africane: porsi in una posizione di contrasto rispetto a particolari costumi o tradizioni poteva voler dire creare un dissenso tra le popolazioni locali che avrebbe ostacolato la loro conversione³⁸.

Se, da un lato, il fattore religioso non sembra aver dato un contributo decisivo all'origine del fenomeno, dall'altro, non può dirsi che questo non abbia avuto alcun ruolo nella sua diffusione e radicamento. Del resto, sia la religione islamica sia il cristianesimo hanno per lungo tempo contribuito a fornire il substrato culturale³⁹, non solo religioso e morale, per l'imposizione di un modello di società e di famiglia, al cui interno la relazione tra uomo e donna viene declinata secondo la dinamica della subordinazione⁴⁰ e le mutilazioni genitali appaiono un utile strumento per perpetrare nelle popolazioni alcuni valori rispetto ai quali sono sensibili anche le religioni monoteiste, come la castità femminile ed il controllo della sessualità della donna⁴¹.

La relazione che si determina tra religione, in particolare con la religione islamica, e mutilazioni genitali può essere più agevolmente compresa se si considera che la fase della colonizzazione europea aveva, in vero, favorito l'introduzione di alcuni divieti e la previsione di sanzioni penali per chi esercitasse la pratica in alcuni paesi africani; quando, però, questa fase si conclude, ed alcuni di questi sistemi giuridici conoscono un processo di reislamizzazione, anche attraverso una riaffermazione delle identità tradizionali, una delle conseguenze di questo processo è rappresentata dalla cancellazione della legislazione penale coloniale e dal ritorno ad una legittimazione del fenomeno⁴².

³⁸ Un atteggiamento di assimilazione delle civiltà e dei diritti con cui entrava in contatto che può essere indicato come un tratto tipico dell'Islam, su cui, per alcuni cenni, F. CASTRO, voce *Diritto musulmano*, in *Digesto disc. priv. sez. civile*, vol. VI, Torino, 1990, p. 284 ss, in part. p. 289.

³⁹ Per alcuni cenni sulla presenza della pratica in alcune comunità cristiano-cattoliche africane L. FAVALI e R.PATEMAN, *Blood, Land and Sex*, cit., p. 204; C. MESSITO, *Regulating Rites: Legal Responses to Female Genital Mutilation in the West*, in *Int. Pub. Interest* 16 (1997-1998), p. 33 ss.

⁴⁰ Sui caratteri fondamentali del modello tradizionale di famiglia nel diritto islamico e su alcuni, non facili, processi di riforma del diritto di famiglia nei paesi arabi F. CASTRO, voce *Diritto islamico*, cit., p. 305 ss., dove si sottolinea che comunque il processo riformatore è possibile solo attraverso il ricorso ad opinioni di giuristi islamici che possano giustificare il mutamento della regola; così come la recente riforma del codice della famiglia marocchino del 2004 appare riaffermare in più luoghi fedeltà alla tradizione islamica, su cui le riflessioni di M.C. FOLETS e M. LOUKILI, *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?*, in *Rev. crit. DIP*, 95 (2006), p. 522 ss.

⁴¹ Per una dettagliata descrizione delle regole religiose che concorrono a definire la cornice di giustificazione sociale della pratica J. SHAW, *Sacred Rites, Sacred Rights*, cit., p. 51 ss.; sulla razionalizzazione *a posteriori* data dalla religione cristiana e islamica L. FAVALI e R.PATEMAN, *Blood, Land and Sex*, cit., p. 205 s.

⁴² Un esempio paradigmatico in questo senso ci pare possa essere indicato nella vicenda del sistema giuridico sudanese che, per effetto dell'amministrazione britannica, conosce l'introduzione

5. Le mutilazioni genitali femminili nella prospettiva della cultural offense e della cultural defense. L'applicazione del modello nell'esperienza italiana – Si è detto che praticare le mutilazioni sugli organi genitali della donna fuori dal contesto di origine significa muoversi in assenza di una serie di presupposti sociali, di stili di vita e di strutture istituzionali che caratterizzano quei sistemi giuridici che conoscono la diffusione del fenomeno. Ciò produce, da un lato, che quelle argomentazioni orientate a giustificare, anche sul terreno giuridico, gli interventi sugli organi genitali femminili perdono, in larga parte, la loro capacità di dare senso e fondamento alla pratica; se poi l'esecuzione viene tentata o realizzata in ordinamenti giuridici in cui la separazione del diritto dalla tradizione ha conosciuto, da più tempo, una sua affermazione, risulta evidente che molteplici possono essere i motivi dei conflitti tra pratica delle mutilazioni genitali e regole e principi dettati nella disposizione del corpo umano e di tutela, sia civilistica che penalistica, della persona.

Cercando di mantenere fede a quanto anticipato nelle premesse del discorso, si prova ora ad isolare i possibili modelli che si sono, di volta in volta, affacciati nei diversi sistemi, evidenziandone i principali caratteri e le eventuali deviazioni tra loro in termini di regole applicate. Se si tiene fermo l'assunto che l'interesse al tema per il giurista che appartiene alla tradizione occidentale è inevitabilmente condizionato dal fatto che la realtà sociale di questi ordinamenti presenta casi di ricorso alla pratica per effetto dell'immigrazione di soggetti provenienti dai paesi africani o asiatici, appare inevitabile che la scelta di un modello di disciplina è funzionalmente connessa al problema di vertice relativo alle diverse opzioni di *governance* cui è possibile ricorrere nel regolare i conflitti della società multiculturale. È un legame che, come si è avuto modo di anticipare, spiega alcuni fenomeni di circolazione dei modelli di disciplina: registrare l'adozione di uno stesso modello in ordinamenti diversi è inevitabilmente indice del perseguimento di politiche omogenee in materia d'immigrazione⁴³.

Se, infatti, si guarda alla linea di divaricazione dei diversi modelli, ci si accorge che questa inevitabilmente coincide con la scelta di voler collocare stili di vita o modelli di relazione definiti dalle regole di determinati gruppi etnici o religiosi, non riconducibili a stili e a modelli prevalenti negli ordinamenti occidentali ospitanti, nell'area dell'illiceità o, al contrario, tentare un processo d'integrazione nella prospettiva di garantire il diritto delle minoranze etniche a mantenere le proprie tradizioni e costumi sociali⁴⁴.

della *section 284(A)* nel codice penale, che stabilisce la condanna ad almeno cinque anni di reclusione per chiunque sia scoperto responsabile di avere realizzato una mutilazione genitale diversa dalla rimozione della parte libera ed esterna dell'organo clitorideo, comunemente indicata *sunna*, norma poi abrogata nel 1973 dalle riforme introdotte per conformare il sistema ai precetti del diritto islamico, su questa vicenda si v. E. SUSSMAN, *Contending with Culture: An Analysis of the Female Genital Mutilation Act of 1996*, cit., p. 238 ss.

⁴³ Una considerazione che prende spunto dalle riflessioni che la dottrina comparatistica ha sviluppato osservando i fenomeni di circolazione dei modelli nel diritto di famiglia, di cui un'esemplare dimostrazione è contenuta nel saggio di D. BRADLEY, *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in K. Boele – Woelki (a cura di), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp – Oxford - New York, 2003, p. 65 ss., secondo cui i fenomeni di convergenza nel diritto di famiglia si registrano nelle aree caratterizzate da politiche sociali ed economiche omogenee; dello stesso autore più ampie considerazioni su una corretta applicazione del metodo comparatistico nel diritto di famiglia si v. l'articolo *Convergence in Family Law: Mirrors, Transplants and Political Economy*, in *MJ 6* (1999), p. 127 ss.

⁴⁴ Un conflitto che trova una sua plastica rappresentazione nell'esperienza canadese, dove la condanna del fenomeno alla luce della *section 268 (3)* del *Criminal Code* pone un problema di

Il problema si riconnette ad una riflessione più generale che accompagna lo studio della relazione tra diritto e realtà sociologica, e che ha interessato l'esperienza dei diritti occidentali. Guardare, se pur brevemente, a questi contributi teorici può aiutare a definire il quadro generale all'interno del quale la scelta di adottare un determinato modello s'inserisce e a prospettarne i possibili condizionamenti.

Rispetto al profilo della relazione tra diritto e realtà sociale gli ordinamenti occidentali conoscono una riflessione critica che muove da una presa di distanza dagli approcci formalisti e s'inserisce nel solco della tradizione di pensiero della scuola sociologica⁴⁵. Questa riflessione, e che in larga parte si riflette nella dottrina del postmodernismo giuridico, muove dal dato di partenza di considerare le istituzioni giuridiche come un prodotto culturale di un gruppo ben caratterizzato di uomini, il frutto delle loro menti e delle loro voci. Da qui se ne trae la conseguenza che il diritto non rappresenta alcuna verità ma è semplicemente la proiezione della cultura prevalente nelle società occidentali, secondo un processo di costruzione delle regole giuridiche che entra in crisi, sotto il profilo della sua legittimazione, nel momento in cui, in quelle stesse società, iniziano a convivere una pluralità di modelli culturali⁴⁶: può, quindi, accadere che il comportamento dei soggetti sia ispirato a sistemi di valori non solo diversi ma anche in conflitto con quelli della cultura occidentale,

bilanciamento di interessi costituzionalmente garantiti rispetto alle garanzie costituzionali per la libertà di coscienza e religiosa e per l'eredità multiculturale canadese, contenute nelle sezioni 2 e 27 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, su cui per un tentativo di composizione del conflitto J. SHAW, *Sacred Rites, Sacred Rights*, cit., p. 50 ss.; per una più ampia rassegna delle problematiche E. JAYME, *Die Kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung*, in *RebelsZ*, 67 (2003), p. 211 ss.

⁴⁵ La prospettiva sociologica del diritto si affaccia nel dibattito teorico all'inizio del secolo passato caratterizzandosi per una critica all'idea del diritto sottesa al sistema delle fonti rappresentato dal modello kelseniano ed annovera, tra i contributi fondativi, il libro di E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker u. Humblot, Berlin, 1913 (ora giunto alla 4^a ed. del 1989, curata da M. Rehbinder, per la stessa casa editrice), su cui si v. la recensione critica di H. KELSEN, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 35 (1915), p. 839 ss.; per una sottolineatura dell'influenza di Eugen Ehrlich nella nascita del *legal realism* americano si v. A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008, p. 175.

La crisi della statualità del diritto e del sistema delle fonti fondato sul paradigma del diritto positivo statale offrono lo spunto per riproporre, con gli opportuni aggiornamenti, le proposte che vengono da quella dottrina, come accade nel saggio di J. KÖNDGEN, *Privatisierung des Rechts. Private governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung*, in *AcP*, 206 (2006), p. 477 ss.

⁴⁶ La critica al fenomeno giuridico come prodotto delle *elite* intellettuali e culturali e le sollecitazioni ad abbracciare una riflessione ricostruttiva che tenga conto delle differenze culturali oramai esistenti nelle società occidentali è uno dei presupposti da cui muove la riflessione sviluppata dal postmodernismo giuridico, sulla cui origine ed i successivi sviluppi nell'esperienza della *common law* americana si v. G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, in part. le p. 141 ss. e p. 311 ss., ch'è la traduzione italiana dell'originale *Postmodern Legal Movement. Law and Jurisprudence at Century's End* (New York – Londra, New York University Press, 1995); nei sistemi di diritto positivo, come si è detto, il problema della convivenza di una pluralità di culture all'interno della stessa società si pone nei termini di una sua possibile contrapposizione con il principio di unicità dell'ordinamento giuridico, la cui affermazione, allo studioso del pluralismo (si v. in proposito le considerazioni di P. RESCIGNO, *Pluralità di culture ed unicità di ordinamento giuridico: i problemi di una società multirazziale*, cit., p. 150) appare più retorica che in concreto dimostrata, ritenendosi preferibile discorrere di un sistema fondato sulla pluralità, e cioè, scrive R., "un ordinamento pluriclasse in cui nessuna delle classi è egemone e ciascuna, nei vari momenti storici, riesce invece a premere sul legislatore e ad ottenere interventi di favore"; per le inevitabili ricadute metodologiche del postmodernismo negli studi comparatistici si v. il saggio di E. JAYME, *Osservazioni per una teoria post-moderna della comparazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 811 ss.

prospettandosi l'esigenza di formulare un giudizio che sia, in qualche misura, orientato a tenere in considerazione quelle differenze culturali⁴⁷.

Il discorso sviluppato dal postmodernismo presenta delle importanti corrispondenze nei contributi forniti dalla dottrina della *individualized justice* sul terreno del diritto penale: nella prospettiva della valutazione del comportamento criminale del soggetto, si afferma, è necessario operare una soggettivazione del giudizio di colpevolezza, quasi un'indagine penetrante fino al punto di far emergere una valutazione morale della colpa, abbandonando l'idea del soggetto inteso come un modello astratto, da cogliere solo nella sua relazione formale con il precetto penale, ed optando diversamente per un giudizio che sia attento a fotografarlo nella peculiarità della sua vicenda esistenziale e quindi anche culturale⁴⁸.

All'interno della riflessione su quali debbano essere i caratteri del diritto della società multiculturale e dei possibili modelli disciplina dei potenziali conflitti, è possibile inserire la proposta di operare una valutazione del comportamento del soggetto che tenga in considerazione l'appartenenza culturale come uno dei fattori di condizionamento, ricorrendo alle formule ora di *cultural offence* (reato culturale) ora di *cultural defense* (esimente culturale). Il riferimento all'idea di reato culturale o il ricorso al concetto di esimente culturale in realtà rileverebbe un approccio di fondo molto diverso rispetto ai problemi del multiculturalismo: da un lato, il ricorso al concetto di reato culturale, particolarmente diffuso nei sistemi giuridici europei, manifesta la preoccupazione di comprendere le ragioni e le dinamiche in base alle quali i soggetti immigrati, appartenenti a determinati gruppi etnici, entrano in conflitto con la cultura ed i valori espressi dall'ordinamento ospitante; diversamente, la costruzione delle *cultural defense*, che riceve una più larga applicazione negli ordinamenti di *common law*, ed in particolare nell'esperienza americana, considera la società multiculturale come un dato già acquisito da parte del sistema, con la conseguenza che l'integrazione dei soggetti deve procedere con il minor grado di attrito sotto il profilo della compatibilità con il sistema di diritto⁴⁹.

⁴⁷ Il punto è ben messo in evidenza da D. L. COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: the Liberal's Dilemma*, in *Columbia Law Rev.*, 96 (1996), p. 1093 ss., in part. p. 1118 ss.

⁴⁸ Non è casuale, infatti, che il principale ambito di sperimentazione applicativa di questa dottrina coincida con la disciplina delle cause di giustificazione del reato e segnatamente della legittima difesa, con riferimento alla quale, rispetto al quesito che precede la sua applicazione e che interroga il giudice su come si sarebbe comportato un uomo normale in una determinata situazione di pericolo alla luce dei canoni oggettivi di ragionevolezza, la *individualized justice* propone l'inserimento di elementi soggettivi di giudizio in modo da poter tenere in considerazione il contesto all'interno del quale l'azione matura e successivamente si sviluppa; la proposta per un modello soggettivo di ragionevolezza conosce una fortuna alterna nelle corti americane, così se è possibile incorrere nella lettura di decisioni che applicano il criterio della *reasonable woman* nei casi di violenza sulle donne [un esempio in *State c. Wanrow*, 559 P.2d 548, in part. 558-559 (Wash. 1977)], che vuol dire in concreto valutare la reazione della donna rispetto alla situazione specifica di una violenza subita o della sua reiterazione o minaccia, questo viene disatteso quando è invocato in contesti razziali per giudicare il comportamento criminoso di un soggetto (sul rifiuto di applicare un *reasonable Mexican male* standard si v. *Trujillo-Garcia v. Rowland*, No. 93-15096, 1993 WL 460961, at 1 (9th Cir. Oct. 10, 1993); per una critica nei confronti dell'uso di questo modello di ragionevolezza R. UNIKEL, (Comment), "Reasonable" Doubts: A Critique of the Reasonable Woman Standard in American Jurisprudence, in *Nw. U. L. Rev.*, 87 (1992), p. 326 ss., in part. p. 329 ss., dove si sostiene che di fatto lo standard di fatto in traduce un modello di ragionevolezza modulato su un determinato gruppo sociale e non sul particolare soggetto in quel momento sottoposto a giudizio.

⁴⁹ Sulla distinzione e sui diversi significati riconducibili ai concetti di *cultural offence* e di *cultural defense* J. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in

Sebbene la distinzione, da un punto di vista teorico, tra *cultural offence* e *cultural defense* serva soprattutto a chiarire quale sia il modello d'integrazione sotteso, da un punto di vista delle soluzioni pratiche ai conflitti entrambi i concetti appaiono reciprocamente funzionali all'individuazione di una soluzione applicativa. Infatti, l'espressione esimente culturale non può essere compresa, anche nel modulare l'applicazione della sanzione penale, se non si chiarisce il concetto di reato culturalmente motivato: la condotta del soggetto, che il sistema penale di un ordinamento occidentale può giudicare come criminosa, viene, al contrario, accettata, se non a dirittura promossa, nel gruppo etnico di appartenenza, con la conseguenza che il predicato "culturale" affiancato al lemma "reato" ha il compito di indicare il ruolo decisivo giocato dal contesto in cui si compie l'azione e ne anticipa (quello stesso predicato) una lettura differenziata, quasi individualizzante, del comportamento criminoso⁵⁰.

Dalla definizione di reato culturale si muove, quindi, alla verifica se l'elemento dell'appartenenza del soggetto ad un determinato contesto culturale o etnico possa assurgere a livello di causa giustificazione del reato, qualificandolo quindi come "motivato culturalmente", con la conseguenza di condurre ad un'attenuazione della sanzione penale se non a dirittura ad un'esclusione della punibilità⁵¹. Ciò non significa necessariamente che tutti i comportamenti penalmente rilevanti realizzati da

European Journal of Crime, Crim. Law and Crim. Justice, 9 (2001), p. 1 ss.; nella dottrina penalistica italiana, per una descrizione di questa classificazione L. MONTICELLI, *Le «culturale defense» (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *L'indice penale*, 2003, p. 535 ss., in part. p. 538; per uno studio comparatistico dell'utilizzo delle esimenti culturali si v. M. SPATZ (Note), *A "Lesser" Crime: A Comparative Study of Legal Defenses for Men Who Kill Their Wives*, in *Colum. J. L. & Soc. Probs.*, 24 (1991), p. 597 ss.

⁵⁰ Che la distinzione tra *cultural offence* e *cultural defense* svolga una funzione esplicativa sul piano dei modelli di integrazione ma smarrisca in parte le ragioni del suo mantenimento sul terreno dell'applicazione pratica è, in un certo senso, dimostrato dalla lettura dei repertori della giurisprudenza americana, dove si è fatto ricorso al concetto di reato culturalmente motivato nel giudicare penalmente la condotta d'immigrati appartenenti a determinate comunità etniche; per un *leading-case* si v. *People v. Kimura*, No. A-091133 (Super. Ct. L.A. County Nov. 21, 1985), dove si è deciso della condotta della madre che tenta il suicidio collettivo madre-figlio (c.d. *oyako-shinju*) tipico nella cultura tradizionale giapponese; per un ulteriore episodio si v. il caso *People v. Moua*, No. 315972-0 (Super. Ct. Fresno County, Feb. 7, 1985), che decide del rituale laotiano che vede l'uomo rapire ed avere un rapporto sessuale non condiviso con la futura sposa; successivamente a questi, le corti statali hanno affrontato l'uccisione della moglie da parte dell'immigrato cinese, rea di aver commesso adulterio, deciso in *People v. Chen*, No. 87-774 (Sup. Ct. N.Y. Dec. 2, 1998); nella giurisprudenza tedesca, per alcuni casi di attenuazione della pena nelle ipotesi di delitti d'onore commessi da immigrati si v. BGHStr, 27 novembre 1979, in *NJW*, 1980, p. 537 ss. e BGHStr, 7 ottobre 1994, in *NJW*, 1995, p. 602 ss.; recentemente sui concetti di onore e di "vendetta di sangue" E. HILGENDORF, *Strafrecht und Interkulturalität*, cit., in part. p. 140 ss.

⁵¹ Se si procede alla lettura delle decisioni delle corti americane riportate nella nota precedente, può osservarsi che la circostanza che la condotta del soggetto fosse motivata dalla sua appartenenza ad una determinata cultura o gruppo etnico ha prodotto l'effetto della derubricazione del fatto dannoso ad un reato minore rispetto a quello inizialmente formulato: segnatamente, nel caso *Kimura*, cit., l'originaria imputazione di omicidio volontario subisce, in sentenza, la modificazione in omicidio involontario attenuato (*involuntary manslaughter*); così come in *People v. Chen*, cit., il costume cinese di uccidere la moglie infedele reagisce sul capo d'imputazione condannando il soggetto ad omicidio di secondo grado, con riconoscimento della *diminished capability* e non, come inizialmente formulato, ad omicidio di primo grado; così l'accusa iniziale di violenza sessuale e rapimento diviene, dopo avere ascoltato le ragioni culturali che determinavano il comportamento dell'imputato, una condanna per ingiusta detenzione, nel caso *People v. Moua*, cit.; così come entrambi i casi tedeschi citati si concludono con una condanna di omicidio volontario di secondo grado nonostante il capo d'imputazione originario fosse omicidio di primo grado.

soggetti appartenenti a determinate etnie possono essere ricondotte alla figura dei reati culturali e quindi permettere l'applicazione di una *cultural defense* al fine di attenuare o scriminare il reato⁵². L'appartenenza culturale deve incidere nell'elemento soggettivo del reato nel senso che il procedimento di formazione della volontà dell'autore sarebbe potuto essere diverso se non fosse appartenuto ad un determinato gruppo sociale: egli non è in grado di motivarsi conformemente al precetto penale in quanto le forti pressioni sociali che riceve da parte del gruppo di appartenenza lo portano a violare la norma penale non riconoscendo a quest'ultima la stessa importanza attribuita invece alla norma culturale⁵³.

Il modello del reato culturale ed, in particolare, della *cultural defense* è servito in taluni orientamenti giurisprudenziali per valutare casi di mutilazioni genitali femminili. All'interno di queste ipotesi, che si accomunano per presentare la decisione di genitori di sottoporre le figlie minori all'intervento mutilativo, è stato riconosciuto all'elemento culturale i caratteri idonei per incidere nel procedimento di formazione della volontà del soggetto: l'iniziale imputazione penale subisce, infatti, una derubricazione della fattispecie di reato applicata, al momento della decisione, con la determinazione quindi di una minore sanzione penale nei confronti del genitore, così come le richieste di adozione di provvedimenti civilistici di sospensione della potestà genitoriali non vengono accolte o, se concessi in precedenza, revocati in quanto l'idoneità educativa dei soggetti è valutata anche alla luce del contesto culturale ed etnico di appartenenza⁵⁴.

Al fianco della finalità di definire una sanzione penale che non sia in assoluto indifferente con la circostanza che un soggetto possa avere un sistema di valori culturali non coincidente con quelli che il diritto penale tenta di rappresentare, la soluzione di ricorrere al modello della *culturale defense* nei casi di mutilazione genitale femminile vuole anche scongiurare il rischio che una criminalizzazione rigida

⁵² Non vi è unanimità di vedute nella definizione di *cultural defense* così che è possibile ricevere una nozione sostanziale nel senso che il soggetto non viene giudicato penalmente responsabile, o solo in parte responsabile, in quanto la sua condotta è conforme al costume o alle regole culturali del proprio gruppo di appartenenza, o, alternativamente, una nozione formale di esimente culturale, che coincide con la formulazione di una specifica dottrina la quale sostiene il contesto culturale dell'agente come motivo di esclusione o di attenuazione della sanzione penale, su queste due diverse formulazioni S. M. TOMAO, *The Cultural Defense: Traditional or Formal?*, in *Georgetown Intern. Law J.*, 10 (1996), p. 241 ss.

⁵³ Sui caratteri che deve presentare l'elemento della motivazione culturale per poter condurre ad un'attenuazione della sanzione penale o ad una sua esclusione L. MONTICELLI, *Le «cultural defense» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, cit., p. 547.

⁵⁴ Un esempio di ricorso al modello della *cultural offense* è offerto dalla giurisprudenza italiana nel caso deciso da Trib. pen. Milano, 25 novembre 1999, dove la pena di contenuto molto basso, nonostante l'imputazione di lesioni gravi ai sensi dell'art. 583 c.p., si giustifica per la particolare valutazione operata della volontà del soggetto nel compimento dell'azione dal momento che questi riteneva di agire in ottemperanza delle regole proprie alla cultura di origine, il caso è riportato in A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, cit., 2001, p. 854 ss.; nella prospettiva dell'adozione dello stesso modello teorico si muove Trib. Min. Piemonte e Valle d'Aosta, 17 luglio 1997, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, fasc. 2, p. 140 ss., dove la condotta dei genitori, nonostante che questi avessero sottoposto la figlia ad intervento di escissione, comunque attenta e scrupolosa nella scelta della struttura ospedaliera e nella fase successiva all'operazione, hanno convinto i giudici a revocare i provvedimenti adottati ex art. 333 e 336, ult. co., c.c.; per alcune riflessioni su un caso francese di mutilazioni genitali femminili deciso da Corte d'Assise di Parigi, il 3 ottobre 1989, dove la sanzione penale per il reato di lesioni provocato ha avuto una significativa riduzione, si v. A. FACCHI, *L'escissione: un caso giudiziario*, in *Soc. dir.*, 1992, fasc. 1, p. 111 ss.

del fenomeno si traduca, in ultima analisi, come una mera punizione delle vittime della tradizione. Sovente questi soggetti esercitano la pratica nella convinzione di assumere un comportamento conforme ad una regola culturale o sociale, con la conseguenza che la sanzione penale colpisce la condotta ma mostra i suoi limiti nell'erosione del modello sociale all'interno del quale quel costume si alimenta⁵⁵.

6. Eguaglianza davanti alla legge e tipicità dell'esimenti penali nelle critiche al modello della cultural defense - Nel paragrafo precedente abbiamo avuto modo di verificare che il modello orientato a giustificare il comportamento del soggetto attraverso l'applicazione di esimenti culturali si traduce in una fattispecie di disciplina delle mutilazioni genitali, e di altri comportamenti di soggetti immigrati, in relazione ai quali assume rilevanza l'elemento dell'appartenenza etnica, che devia dalle sanzioni penali comunemente dettate in situazioni simili. Al fine di comprendere l'esatto significato dell'applicazione del modello negli ordinamenti occidentali ed anche, in una certa misura, le ragioni per le quali si assiste, anche all'interno di uno stesso sistema, ad un mutamento di approccio rispetto al fenomeno, che si traduce nel perseguire politiche di divieto della pratica, è utile ora fermare l'attenzione sulle critiche che vengono formulate alla fattispecie dell'esimenti culturali.

Queste possono essere raccolte intorno a due gruppi ed essere connesse ai valori e principi fondamentali accolti dagli ordinamenti occidentali e alle regole e ai principi generali largamente riconosciuti sul terreno del diritto penale, che di quei valori fondamentali, a ben guardare, rappresentano una più concreta declinazione. Il lettore, nell'osservare i caratteri ed il significato applicativo del modello delle *cultural offense*, avrà di certo avuto modo di considerare come il trattamento differenziato di un soggetto, la valutazione del suo comportamento alla luce dell'appartenenza culturale e di come questo elemento possa condizionarlo nell'agire, ponga un problema di violazione del dovere di regolare in modo uguale situazioni che presentano elementi comuni. Se nel realizzare questo risultato, diviene rilevante l'elemento dell'appartenenza di un gruppo etnico o culturale, il rischio che viene paventato è quello di creare aree di diritto singolare all'interno delle quali alcuni soggetti hanno un trattamento differenziato rispetto a quello ricevuto dai membri della comunità più ampia⁵⁶. Il rischio sul terreno delle declinazioni del principio di eguaglianza davanti alla legge non è semplicemente quello di realizzare un trattamento diseguale tra cittadini dell'ordinamento ospitante ed immigrati ma anche quello di realizzare classi diverse di immigrati, in ragione del tempo di soggiorno nel nuovo paese e dei legami più o meno intensi che questi possono avere con la cultura

⁵⁵ Ricorrere alla sanzione penale mitigandola in ragione delle implicazioni culturali ed etniche che per il soggetto può rappresentare un tentativo di contemperamento tra deterrenza e funzione educativa che il sistema giuridico è chiamato a svolgere, come sostenuto da L. A. LARSON, *Femal Genital Mutilation in the United States: Child Abuse or Constitutional Freedom*, cit., p. 246 s.

⁵⁶ Così che gli ordinamenti giuridici occidentali segnalano, rispetto al governo della società multiculturale, l'affacciarsi di criteri di attribuzione di diritti e di doveri che sembrano tradursi in una *riproposizione* dell'operatività tecnica del concetto di *status*, in un certo senso producendo un'inversione rispetto al processo di formazione dei sistemi giuridici informato al valore dell'eguaglianza davanti alla legge, che ha caratterizzato l'uscita dalle società medievali e l'ingresso nell'esperienza moderna, percorso su cui tutt'ora sembrano avere valore le considerazioni di P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in (*Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss., ed ora in) *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000, p. 25 ss.

di origine, con la conseguenza che la collocazione all'interno di una classe reagisce sulla regola alla luce della quale valutare il comportamento del singolo⁵⁷.

Il modello non va esente da critiche anche con riferimento alle molteplici implicazioni sul terreno dei principi che soprassedono il diritto penale. Si pone, infatti, l'interrogativo se invocare l'elemento culturale quale presupposto che convinca il soggetto agente di essere nel lecito, si traduca in realtà in una violazione del principio d'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale: accogliere l'appartenenza culturale come presupposto di una consapevolezza di agire non *contra jura*, nonostante il filtro stretto della *ignorantia legis non excusat*, può rappresentare una violazione del principio di legalità nel riconoscimento delle cause di giustificazione del reato. Ciò porterebbe alla conseguenza d'introdurre nel sistema una nuova esimente motivata culturalmente, riconoscendo così ai giudici la facoltà di valutare una serie di circostanze relative a elementi culturali e religiosi dai confini molto vaghi ed indefiniti, essendo al contrario preferibile, ed, in termini di principi generali, più legittimo, muoversi sul terreno dell'interpretazione e dell'applicazione delle scriminanti già ammesse dal sistema⁵⁸. Allo stesso tempo, spostando l'analisi critica dalla prospettiva della sua compatibilità al momento della determinazione delle funzioni del diritto penale, si rileva che un ricorso alle esimenti culturali, che produca un'attenuazione della sanzione o un'esclusione della punibilità, rischia di divenire un fattore di rischio per la finalità di deterrenza ascritta all'intervento della norma penale. In questo modo, l'esimente culturale potrebbe essere percepita come un trattamento di favore nei confronti degli immigrati e sarebbe un completo fallimento sotto il profilo della protezione delle vittime, ed in generale della comunità, dalla condotta criminale⁵⁹.

7. Le finalità di tutela del minore e della donna nell'affermazione dei modelli di divieto delle mutilazioni genitali femminili. Un inquadramento della legge italiana n. 7 del 2006 - Le sollecitazioni a mostrare maggiore sensibilità verso la prospettiva di tutela delle vittime dei reati culturali ha inciso nell'evoluzione dei

⁵⁷ Con la conseguenza di realizzare un'articolazione delle società occidentali ordinate per classi costruite sul grado di prossimità al paese ospitante, problema su cui per più ampi dettagli e riferimenti alla possibile casistica, da D. L. COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: the Liberal's Dilemma*, cit., p. 1137 ss.; nel senso però che il principio di eguaglianza non esclude la possibilità di realizzare trattamenti differenziati si v. P. RESCIGNO, *Pluralità di culture e unicità di ordinamento giuridico*, cit., p. 156, secondo cui sarebbe ammessa che l'introduzione di "istituti che consentono di conservare le culture in cui sono nati e si sono formati individui appartenenti a razze diverse".

⁵⁸ La critica sembra, in qualche misura, rappresentare un eco alle riflessioni formulate dalla dottrina penalistica a margine dei possibili modelli ricostruttivi della sistematica delle cause di giustificazione, così che, già nella letteratura manualistica, si v. in proposito G. FIANDACA, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, rist. 2005, p. 227 s., nello spiegare le differenze tra modello monistico e modello pluralistico utilizzati per chiarire il loro fondamento, può leggersi l'ammonimento di non ritenere, indipendentemente dal modello cui si voglia aderire, che "le esimenti obbediscano a criteri sempre mutevoli, desumibili dallo stesso evolversi dei rapporti sociali, come tale sfuggenti ad ogni sforzo di stabile concettualizzazione".

⁵⁹ Per una più ampia rassegna delle critiche al modello della *cultural offense* sotto il profilo della funzione di deterrenza del diritto penale L. MONTICELLI, *Le «cultural defense» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, cit., p. 560; nel senso di sottolineare che affermare l'indisponibilità della funzione di deterrenza del diritto penale in queste fattispecie significa dare prevalenza al diritto della società di governare se stessa a scapito dei diritti all'identità culturale delle minoranze etniche, D. L. COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: the Liberal's Dilemma*, cit., p. 1136 s.

modelli di disciplina delle mutilazioni genitali, dal momento che i soggetti esposti ai rischi maggiori e quindi in condizione di maggior debolezza, considerato il contesto, coincidono con i minori di sesso femminile e le donne appartenenti a determinati gruppi etnici. Si è, infatti, osservato che, nel caso delle mutilazioni genitali femminili, ci troviamo di fronte ad una tipica violenza di genere in quanto la sua realizzazione appare come uno dei portati dei modelli culturali patriarcali e di dominio del maschio nelle tradizioni delle popolazioni africane ed asiatiche. Questo rituale, anche in ragione della circostanza che la mutilazione dell'organo sessuale in alcune comunità, diviene requisito di accettazione da parte del gruppo e condizione per l'accesso al matrimonio per la donna, viene realizzato in età molto prematura sulle minori di sesso femminile sia all'interno del gruppo familiare sia attraverso la decisione dei genitori di sottoporre le proprie figlie all'intervento mutilativo operato da un terzo.

Ciò spiega in parte le ragioni dell'affermazione di modelli di disciplina caratterizzati dal divieto di praticare le mutilazioni in alcuni ordinamenti occidentali. Favorire un atteggiamento di tolleranza, se non a dirittura di giustificazione, può voler dire reintrodurre in questi ordinamenti un trattamento della donna caratterizzato dal fatto che la disposizione del suo corpo ed, in particolare, della sua sessualità è funzionale non alla sua autodeterminazione ma al soddisfacimento di interessi sociali o di gruppo con la conseguenza di marcare un significativo arretramento rispetto al processo di costruzione di una parificazione delle condizioni di genere⁶⁰.

Se invece si sposta l'angolo di osservazione agli interventi realizzati su soggetti minori, talvolta anche quando questi sono in età infantile, all'interno del gruppo familiare o del gruppo etnico, e si prendono in considerazione le sue implicazioni civilistiche può ulteriormente segnalarsi un ulteriore aspetto di problematicità tra modelli di giustificazione del fenomeno e la loro compatibilità all'interno degli ordinamenti occidentali. Similmente con quanto avvenuto sul terreno della condizione della donna, i sistemi che appartengono a quest'area dell'esperienza del diritto hanno conosciuto una traiettoria evolutiva in merito all'esercizio della potestà genitoriale, che non si attegga più come un potere privato meramente discrezionale ma diviene funzionale al soddisfacimento dell'interesse del minore con la conseguenza che, alla luce di questo interesse, viene verificata la legittimità del suo esercizio. L'intervento di mutilazione di un organo sessuale di una minore deciso dal genitore non cade quindi all'interno della sfera di autonomia garantita ai genitori ai fini dell'esercizio dei poteri educativi, un'autonomia che trova riconoscimento a livello delle norme fondamentali di questi ordinamenti⁶¹.

⁶⁰ Sulle critiche da parte del femminismo giuridico alle politiche di tolleranza del fenomeno e sulle sollecitazioni ad abbandonare soluzioni che favorissero la perpetrazione di modelli patriarcali H. LEWIS, *Between Irua and "Female Genital Mutilation": Feminist Human Rights Discourse and the Cultural Divide*, in *Harv. Hum. Rts. J.*, 8 (1995), p. 1 ss.; I. R. GUNNING, *Arrogant Perception, World Traveling and Multicultural Feminism: The Case of Female Genital Surgeries*, in *Col. Hum. Rts. L. Rev.*, 23 (1992), p. 189 ss.; del resto la violenza sulle donne giustificata dal punto di vista dell'appartenenza culturale dell'uomo è stata la linea di separazione tra femminismo e multiculturalismo, come ci viene ricordato da H. MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Evidence: Are Feminism and Multiculturalist Reformers: a Collision Course in Criminal Courts?*, in *N.Y.U.L.Rev.*, 70 (1995), p. 36 ss.

⁶¹ Nel senso di ritenere la decisione di sottoporre la figlia minore a mutilazione genitale fuori dalla garanzia riconosciuta alla *parental autonomy* dall'ordinamento americano W. E. BRIGMANN, *Circumcision as Child Abuse: The Legal and Constitutional Issues*, in *J. Fam. L.*, 23 (1984), p. 337 ss., in part. p. 342 ss.; K. HUGHES, *The Criminalization of Female Genital Mutilation*, in *J. L. & Pol'y*, 4 (1995), p. 348 ss.

Utili spunti ricostruttivi, ed in qualche modo una conferma della circostanza che il fenomeno ponga questioni non sconosciute negli ordinamenti occidentali, possono venire dall'esperienza pratica maturata sul terreno del rifiuto del trattamento sanitario da somministrare al minore manifestato dai genitori in ragione del loro credo religioso. Consapevolmente al fatto che le due fattispecie non siano esattamente coincidenti, dal momento che qui entra in gioco il bene della vita del soggetto minore e che il rifiuto è inequivocabilmente motivato dal fattore religioso, ricordare quest'esperienza ed in particolare la giurisprudenza che si è formata sul punto può aiutare a definire il quadro complessivo all'interno del quale anche la materia delle mutilazioni genitali s'inserisce. Da questa giurisprudenza, può infatti trarsi il principio che il rifiuto del trattamento sanitario sebbene motivato da convinzioni religiose o culturali, soprattutto quando ciò possa comportare un pericolo di vita per il minore, non può essere ammesso dal diritto e giustifica l'intervento del giudice diretto ad autorizzare comunque l'intervento dei sanitari⁶².

All'interno di un quadro orientato a dare prevalenza all'esigenza di tutela di questi due soggetti devono essere considerati i modelli di disciplina destinati a sanzionare con il divieto la pratica delle mutilazioni genitali e qualificare come penalmente rilevante il comportamento dei soggetti che lo violano.

In realtà, il modello così descritto si presenta secondo caratteri tipologici ed, al suo interno, incontra diverse declinazioni. Le politiche di criminalizzazione possono essere raccolte in ulteriori sotto-gruppi in ragione del contenuto del divieto, della misura delle sanzioni apprestate nonché assumendo come criterio di classificazione le tecniche di regolamentazione che i legislatori nazionali hanno adottato nel disciplinare il fenomeno.

Così che un primo gruppo può essere formato comprendendo gli ordinamenti in cui il legislatore ha rinunciato ad introdurre una specifica fattispecie di reato, lasciando che il giudizio di rilevanza penale sia operato riconducendo la mutilazione genitale all'interno d'ipotesi di reato già previste dalla legislazione penale ed, in particolare, nelle diverse gradazioni con cui sono sanzionate le lesioni personali⁶³.

Un secondo gruppo può essere indicato raccogliendo gli ordinamenti che hanno provveduto a vietare la pratica attraverso l'emanazione di una legislazione speciale, introducendo un nuovo reato rubricato con l'indicazione del fenomeno e accompagnato da pene edittali superiori a quelle tradizionalmente previste per le lesioni personali⁶⁴.

⁶² Il principio può essere facilmente ricavato dalla lettura della giurisprudenza italiana che si è andata producendo nelle ipotesi di trasfusioni di sangue rifiutate dai genitori appartenenti alla confessione dei testimoni di Geova, su cui per il caso pilota si v. Ass. App. Cagliari, 10 marzo 1982, in *Giur. It.*, 1983, II, c. 364 ss.; in questo senso v. anche Cass., 8 febbraio 1994, n. 1265, in *Dir. fam. pers.*, 1994, II, p. 871 ss.; App. Ancona, 26 marzo 1999, in *Fam. dir.*, 1999, p. 467 ss.; App. Torino, 3 ottobre 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, I, p. 571 ss.

⁶³ Per una rassegna degli ordinamenti nazionali all'interno dei quali le mutilazioni genitali femminili vengono sanzionate penalmente con il ricorso alle fattispecie di reato delle lesioni personali gravi o gravissime si v. A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, cit., p. 863 s., che rileva l'eterogeneità di pene edittali contemplate nelle diverse legislazioni penalistiche europee.

⁶⁴ Esempi di ordinamenti giuridici che presentano una legislazione speciale segnatamente introdotta per vietare le mutilazioni genitali femminili sono rappresentati dal sistema inglese, dove dal 1985 è vigente il *Prohibition of Female Circumcision Act*, dal sistema svedese che ha adottato una legislazione *ad hoc* già nel 1982 (su cui per alcune indicazioni circa i caratteri e la formazione di questi due testi legislativi si v. K. HUGHES, *The Criminalization of Female Genital Mutilation*, cit., p. 334), dal sistema americano che prevede a livello federale il *Female Genital Act* del 1986 (per un commento v. E. SUSSMANN, *Contending with Culture: An Analysis of the Female Genital Mutilation Act of 1996*, cit., p.

Vi è nella scelta dei legislatori nazionali d'introdurre nuove fattispecie di reato segnatamente destinate al fenomeno in esame anche il senso d'inviare un segnale culturale e politico alle comunità d'immigrati africani ed asiatici in merito alla valutazione che l'ordinamento ospitante opera del rituale tradizionale delle mutilazioni, manifestando così una volontà precisa d'indisponibilità verso alcuna politica di tolleranza.

All'interno del gruppo di ordinamenti giuridici che hanno operato la scelta d'introdurre una nuova previsione penale possono isolarsi quei sistemi che hanno perseguito una tecnica di regolamentazione caratterizzata dall'inserimento della nuova figura all'interno del codice penale vigente, arricchendo così il titolo dei reati contro la persona, un'opzione seguita peraltro dal legislatore italiano che, con l'adozione della legge n. 7 del 2006, ha segnatamente inserito, nel tronco dei reati contro la persona, l'art. 586**bis** che prevede una nuova fattispecie di reato indicata con il nome di "pratiche di mutilazione genitale femminile"⁶⁵. L'opzione, in un certo senso, sembra atteggiarsi come un presupposto per favorire una lettura meno severa delle sanzioni penali lì previste, dal momento che il giudice sarebbe più propenso a declinare la sanzione tenendo presente dei limiti edittali previsti da fattispecie penali simili⁶⁶.

Appare diversa negli ordinamenti la valutazione della circostanza se la mutilazione è realizzata su un minore o su una donna che abbia raggiunto la maggiore età. Vi sono, infatti, modelli di legislazione che sanzionano penalmente solo gli interventi operati su soggetti minori nella premessa che la scelta di una donna maggiore di età di sottoporsi al rituale della mutilazione dei propri organi sessuali sia riconducibile all'interno dell'esercizio di autodeterminazione della propria sfera sessuale ed identità culturale. Esempio, in questo senso, ci sembra il modello adottato nel *Female Mutilation Act* del 1996, che rappresenta la legislazione federale nel sistema americano e con il quale si è introdotto, successivamente al prodursi di una legislazione statale caratterizzata da eterogeneità sia in ordine alle scelte politiche di fondo che alle diverse sanzioni applicate. Il modello federale prevede che chiunque operi una circoncisione, un'escissione o un'infibulazione ad una donna di età inferiore agli anni diciotto riceve una condanna di reclusione non inferiore ai cinque anni⁶⁷.

195 ss.), esempi cui ora si aggiunge la legge italiana del 9 gennaio 2006 n. 7, recante "Disposizioni concernenti la prevenzione ed il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile" (una descrizione ed un inquadramento storico-sistematico dell'intervento del legislatore italiano in G. CASSANO e F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 179 ss.), che già dal titolo svolge una funzione narrativa, cioè nel senso di affermare una scelta dal punto di vista culturale, ed anche preventiva e repressiva, dal momento che, alle sanzioni penali, si affiancano una serie di misure di prevenzione e di contrasto sul terreno sociale e culturale.

⁶⁵ La norma inserita nel codice penale prevede una sanzione edittale compresa tra i quattro ed i dodici anni di reclusione; per alcuni rilievi critici circa la formulazione della norma si v. G. CASSANO e F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 192.

⁶⁶ Come sembra abbiano in concreto fatto i giudici francesi nell'applicare le pene, previste dagli artt. 222-9 e 222-10 del *code penal*, introdotti con la legge n. 93-73 del 21 gennaio 1995 con una certa mitezza soprattutto quando l'intervento era realizzato su una minore e si dimostrava che i genitori, nel deciderlo, avessero agito in un contesto caratterizzato dalle gruppo etnico di appartenenza, per un cenno alla casistica francese si v. A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, cit., p. 863.

⁶⁷ Per un analitico commento al *Female Genital Mutilation Act* del 1996 si v. E. SUSSMANN, *Contending with Culture: An Analysis of the Female Genital Mutilation Act of 1996*, cit., p. 195 ss.; la scelta di condannare solo la mutilazione operata su minori è anche implicitamente operata nel

Le politiche di contrasto del fenomeno non sono solo caratterizzate dall'adozione di legislazioni o di prassi giudiziarie finalizzate a sanzionare penalmente i soggetti che praticano le mutilazioni ma anche di significativi fattori di disciplina che definiscono anche civilisticamente lo *status* del soggetto immigrato appartenente ad un gruppo etnico che conosce questo rituale. Alcuni ordinamenti occidentali hanno da tempo adottato un orientamento che riconosce lo stato di rifugiato alla donna immigrata la cui cittadinanza coincide con un paese che ha nella propria tradizione e nel costume la pratica di mutilare gli organi sessuali femminili⁶⁸. Il rischio di subire una mutilazione genitale è un fattore talmente determinante nel definire la propria condizione d'immigrato che il diritto di asilo riceve protezione anche a fronte di un ordine di espulsione se l'esecuzione del provvedimento significa in concreto sottoporlo al rischio, per sé o per la sua prole, di subire una mutilazione genitale al ritorno nel paese di origine⁶⁹.

riconduurre il fenomeno all'interno della legislazione sul *child abuse* contenuta nel *Criminal Code* canadese, mentre l'ordinamento francese, pur prevedendo il reato di mutilazioni indipendentemente dai requisiti di età della vittima, nell'art. 222-10 del codice penale prevede un aggravamento della pena se l'intervento è realizzato su un soggetto minore, portando la pena fino a venti anni di reclusione nell'ipotesi in cui a commettere il reato sia un ascendente legittimo o naturale o adottivo o "par toute autre personne ayant autorité sur le mineur".

⁶⁸ I primi sistemi ad adottare questo tipo di soluzione nell'area giuridica occidentale sono l'ordinamento francese, che fin dal 1991 riconosce lo stato di rifugiato alla donna che fugge dal paese di origine per sottrarsi alla pratica, e l'ordinamento canadese, che conosce dal 1994 l'orientamento in tal senso con il suo *Immigration and Refugee Board*, su cui per alcune indicazioni si v. M. A. CONROY, *Refugees Themselves: the Asylum Case for Parents of Children of Risk of Female Genital Mutilation*, in *Harv. Hum. Rts. J.*, 22 (2009), p. 109 ss., in part. la n. 14 per quanto riguarda al sistema francese.

⁶⁹ L'inefficacia del provvedimento può essere pronunciata sia nell'ipotesi in cui questo riguardi esclusivamente una donna che rischia di subire un intervento mutilativo al rientro nel paese di origine sia quando il provvedimento riguarda i genitori di figli di sesso femminile, su cui al contrario incomberebbe il pericolo; per una prima decisione nel senso di ritenere il rischio di subire le mutilazioni degli organi sessuali femminili motivo sufficiente per mantenere il diritto di asilo si v. la decisione del *Board of Immigration Appeals*, la più alta autorità amministrativa in materia di diritto di asilo nel sistema statunitense, *In re Kasinga*, 21 I. & N. Dec. 357 (1996); la decisione dà il via ad orientamenti sempre più decisi su questo tema e, per una conferma, in un caso di espulsione di una madre di una figlia minore, cfr. *Matter of Dibba*, No. A73 541 857 (B. I. A.); nel senso di qualificare l'opposizione a norme di genere, dimostrata dai tentativi di opposizione alla mutilazione genitale della figlia, come "opinione politica" e quindi motivo sufficiente per riconoscere il diritto di asilo alla madre si v. la decisione presa nel caso *Matter of Konate* (U.S. Dept. of Justice, Immigration Court, Boston, Mass., Feb. 19, 1998); per una recente rassegna delle decisioni delle autorità amministrative americane in materia di immigrazione si v. M. A. CONROY, *Refugees Themselves: the Asylum Case for Parents of Children of Risk of female Genital Mutilation*, cit., p. 112 ss.; nella giurisprudenza francese, per un annullamento di un ordine di espulsione ottenuto da una donna originaria della Guinea, in ragione del rischio di essere mutilate che sarebbe pesato sulle figlie minori, si v. Trib. Adm. Lyon, 12 juin 1996, n. 96-00127, caso di cui ci dà notizia A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, cit., p. 864.; la considerazione degli elementi di disciplina nel trattamento del minore, ed in concreto di come un sistema giuridico declina il suo *best interest*, è oggi un criterio di giudizio per decidere i casi di sottrazione di un minore da parte di un genitore al fine di riportarlo da un ordinamento occidentale nel paese arabo di origine, una prospettiva esemplarmente rappresentata dalla decisione della *House of Lords* adottata *In re J (a child) (FC)*, [2005] UKHL 40, dove in particolare un peso rilevante nell'orientare i giudici è stato giocato dalla non adesione di quel paese al sistema della Convenzione dell'Aja sugli aspetti civilistici della sottrazione internazionale dei minori del 1980.

8. I problemi di regolamentazione nei sistemi federali: la soluzione del Female Mutilation Act nell'esperienza americana e le possibili connessioni con il diritto dell'Unione Europea in formazione – Il modello di disciplina del *Female Mutilation Act*, adottato nell'esperienza americana, merita qui di essere ripreso per alcuni elementi che lo caratterizzano in ordine alle ragioni della sua formulazione da parte del legislatore federale. Pur producendo lo *statute* effetti di regolamentazione su una materia come la condizione personale dei soggetti e la disciplina dei reati penali contro la persona di competenza dei singoli stati, le ragioni della sua emanazione non coincidono semplicemente con l'adempimento dei doveri internazionali per l'adesione alla Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1980 ma è anche un tentativo di porre rimedio all'eterogeneità di soluzioni che gli ordinamenti statali hanno prodotto su questo terreno sia in termini di scelte di politica del diritto sia nella misura delle sanzioni penali predisposte.

Ciò che, in questa sede, interessa mettere in rilievo riguarda il profilo del fondamento stesso dell'intervento federale e cioè del perché sia stato possibile intervenire con legge federale in questa materia. Il potere d'intervenire è stato, in particolare, fondato sulla previsione della *commerce clause*, indicata tra le materie oggetto di competenza federale nell'articolo di apertura della Costituzione americana; il provvedimento s'inserisce nell'orientamento interpretativo che favorisce un'applicazione sostanziale della clausola e che conduce ad un allargamento dei poteri di regolamentazione del Congresso⁷⁰. Dettare un divieto di praticare le mutilazioni a livello di legislazione federale e prevedere sanzioni penali uniformi per la sua violazione è una scelta chiaramente finalizzata ad eliminare il rischio che si determini uno spostamento di persone, appartenenti a determinati gruppi etnici, che muovono da uno stato all'altro al fine di soggiornare nell'ordinamento che si mostri più tollerante con la pratica delle mutilazioni⁷¹.

Il profilo messo in evidenza può fornire utili spunti di riflessione se si considera che il modello del *Female Mutilation Act* può rappresentare una risposta esemplare ai problemi di regolamentazione che un tema del genere può produrre nei sistemi federali. L'origine del modello e le ragioni che lo accompagnano nella sua adozione possono essere orientanti rispetto alle politiche in materia d'immigrazione che il

⁷⁰ La giurisprudenza della Corte suprema americana ha, negli anni, favorito una lettura non formalista della *commerce clause* per favorire un allargamento dei poteri d'intervento federali a scapito delle prerogative costituzionali riconosciute ai singoli stati della federazione, con la conseguenza di arrivare ad ammettere un potere federale di legiferare in quelle attività intrastatali se la loro regolamentazione presenta una "*close and substantial relation*" con il commercio tra stati [in questo senso la decisione in *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937)] o, nel caso in cui, le attività in oggetto hanno effetti cumulativi che interferiscono con il commercio interstatale [principio affermato in *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942)], fino ad arrivare ad ammettere la regolamentazione di attività interstatali qualora ciò rappresenti uno strumento opportuno per realizzare fini legittimi [come regolato in *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941)].

⁷¹ Così che anche questo fenomeno, con gli effetti di circolazione che potrebbe determinare tra gli stati americani, può essere ascritto all'ambito della *intestate commerce*, che appunto fonda il potere di intervento federale, come affermato da K. HUGHES, *The Criminalization of Female Genital Mutilation*, cit., p. 337 ss.; l'intervento legislativo può ricevere ulteriori motivi di comprensione se solo si considera che i processi emigratori possono essere ascritti ai fenomeni di concorrenza tra gli ordinamenti giuridici, come ci rammenta A. ZOPPINI, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in Id. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma – Bari, 2004, in part. p. 9, dove si afferma che l'emigrazione oggi non diversamente dal passato, ha consentito alle persone di sottoporsi ad un diverso regime di regole rispetto a quello che caratterizzava la madrepatria.

sistema dell'Unione Europea ora realizza al fine di uniformare le legislazioni degli Stati membri⁷². Non appare del resto improbabile che l'eterogeneità di risposte, soprattutto in ordine alle applicazioni delle sanzioni penali, degli ordinamenti nazionali europei possano condizionare lo spostamento delle popolazioni immigrate verso gli Stati membri più tolleranti, così come l'inasprimento delle sanzioni nei confronti della pratica possa divenire un utile pretesto per i legislatori nazionali al fine di scoraggiare i fenomeni d'immigrazione extra-europea nei propri paesi⁷³.

Prospettare, quindi, l'adozione di un modello comunitario di disciplina diretto ad armonizzare le legislazioni nazionali all'interno di determinati parametri è un'ipotesi non inverosimile ma anche non agevole di regolamentazione. La sua formulazione incontrerebbe un momento di verifica di legittimità alla luce delle garanzie fondamentali ora contenute nella Carta dei diritti dell'Unione Europea. Sebbene queste garanzie si possano prestare a letture interpretative diverse, condizionate, com'è ovvio, dagli orientamenti culturali dell'interprete, può essere utile muovere dalla Carta per sviluppare un tentativo di tracciare le linee portanti di un possibile modello di disciplina ed, in qualche misura, prospettare i possibili svolgimenti degli ordinamenti nazionali, che al sistema dell'Unione Europea partecipano, sul terreno del diritto della società multiculturale⁷⁴.

Questa prospettiva, come può apparire evidente, richiede di soddisfare almeno due precondizioni di percorribilità di tipo istituzionale. La prima riguarda quale natura attribuire alla Carta dei diritti fondamentali, che, alla luce di una graduale tendenza, che verosimilmente si concluderà con l'adozione del Trattato costituzionale europeo, può vedere riconosciuta un'efficacia vincolante, con la conseguenza che il legislatore comunitario, quindi, è obbligato a tenerne conto nel momento in cui interviene a regolare una materia di sua competenza⁷⁵.

⁷² Il titolo IV della parte III del Trattato CE contiene un'articolata una disciplina in materia di visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone, da cui si è derivata l'attuale Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, in materia di ricongiungimento familiare da parte di soggetti appartenenti a Stati terzi rispetto all'appartenenza all'Unione Europea; precedentemente al passaggio di competenze in materia d'immigrazione dagli Stati membri alla Comunità Europea, formalizzata nel Trattato istitutivo, il giudice comunitario era sostanzialmente incompetente a giudicare la legittimità del provvedimento di espulsione adottato da un'autorità di uno Stato membro, anche in presenza di accordi quadro tra la Comunità Europea e lo Stato di appartenenza del soggetto espulso, per un caso paradigmatico si v. Corte Giust., 30 settembre 1987, proced. 12/86, *Meryem Demirel c. Scwaebisch Gmuend (Stadt)*, in 1987 ECR 3719; per una recente analisi di alcuni modelli nazionali in materia di diritto d'asilo N. SCATTONE, *Il diritto d'asilo in Italia e in Francia: quali sfide per il diritto europeo?*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 65 ss.

⁷³ Si v. in part. quanto riportato alla n. 59

⁷⁴ Il punto, com'è evidente, tocca il profilo del reciproco condizionamento che si realizza tra diritto europeo e diritti nazionali, e tra questi ultimi per il tramite del secondo, con un'inevitabile ricaduta sulle dinamiche del sistema delle fonti; se si guarda all'evoluzione del sistema comunitario, può dirsi oramai superata la consueta distinzione, sul piano logico e ricostruttivo, tra diritto esterno, con riferimento a quest'ultimo, e di diritto interno, con riferimento invece agli ordinamenti nazionali, mentre pare preferibile, se non più corretto, guardare ai diritti di diversa origine come ad un unico sistema integrato, seguendo invero una prospettiva ricostruttiva non sconosciuta alla dottrina italiana, tra cui in part. si v. L. MOCCIA, *Dal "mercato" alla "cittadinanza": ovvero, dei possibili itinerari di diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. civ. proc.*, 2003, p. 396 ss.; spunti in questo senso già in P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, cit. p. 17; la prospettiva è ora percorsa, in un saggio denso di implicazioni di teoria generale, da N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 887 ss.; per alcune ricadute sistematiche di questa costruzione nel diritto di famiglia sia concesso richiamare F. CAGGIA, *Modelli e fonti del diritto di famiglia*, cit., p. 3 ss.

La seconda questione tocca il profilo, in un certo senso già anticipato, della collocazione delle mutilazioni genitali femminili all'interno del più ampio ambito delle politiche migratorie di competenza comunitaria. La sua soluzione solleva il problema del conflitto da comporre tra due argomentazioni orientate verso soluzioni opposte: da un lato la tendenza del diritto comunitario, anche alla luce dei Trattati, ad abbracciare anche questa materia e, dall'altro, l'interesse dei legislatori nazionali a mantenere le proprie prerogative in materie che toccano la definizione degli status personali e familiari, effetto che inevitabilmente si produce qualora si decidesse d'intervenire in materia di mutilazioni genitali femminili.

Si accennava inoltre ad apertura della considerazione che le garanzie contenute nella Carta dei diritti fondamentali, in ragione della loro formulazione, si prestano a letture diverse ma fermare qui intermini chiari una delle funzioni unanimemente ascritta ad essa assume un significato anche sistematico nel senso di ridurre il quadro delle possibili opzioni interpretative a quelle più largamente seguite nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri: è, infatti, noto che il contenuto della Carta rappresenta una ricognizione dei diritti fondamentali comunemente garantiti dagli ordinamenti nazionali europei⁷⁶.

Di quelle tradizioni per certi versi ne rappresenta anche la complessità sul terreno del bilanciamento dei diritti fondamentali riconducibili ad interessi diversi dal momento che è possibile leggere sia profili di tutela della persona potenzialmente in contrasto con la pratica delle mutilazioni genitali sia momenti di tutela e di garanzia per l'autonomia e lo svolgimento della vita di relazione di alcune minoranze culturali e etniche. Per comprendere i termini del problema, ed anche per meglio calibrare il ragionamento che si tenterà di svolgere, appare opportuno muovere dalla considerazione di una norma in essa contenuta e che appartiene al capo dedicato all'uguaglianza. Con la scelta di adottare la Carta, gli Stati membri dell'Unione Europea hanno collocato, tra le garanzie fondamentali del sistema comunitario, il rispetto per la diversità culturale, religiosa e linguistica, affermato nell'art. 22⁷⁷.

Se l'interprete si muove da questa prospettiva di protezione deve inevitabilmente domandarsi se, all'interno della garanzia per il rispetto della diversità culturale e religiosa, debba essere contenuta anche l'ipotesi di giustificare una pratica mutilativa degli organi sessuali della donna, che trova la sua origine, come si è visto, in un

⁷⁵ Per un rinvio circa i termini del problema al momento della redazione della Carta dei diritti fondamentali si v. K. LENAERTS e E. E. DESMIJTER, *A bill of rights for the European Union*, in *C.M.L.Rev.*, 38 (2001), p. 273 ss.; Q.C. GOLDSMITH, *A charter of rights, freedom and principles*, in *Ibidem*, 2001, p. 1201 ss.; P. EECKHOUT, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question*, in *Ibidem*, 2002, p. 977 ss.; in termini generali sui problemi posti dal processo costituzionale europeo si v. i contributi raccolti in A. VON BOGDANDY (a cura di), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Heidelberg, 2003.

⁷⁶ La funzione confermativa della Carta dei diritti fondamentali, in ordine alle garanzie già conosciute dalle tradizioni costituzionali nazionali e dal diritto comunitario, è in particolare sottolineata da B. DE WITTE, *The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue?*, in *MJ* 8 (2001), p. 81 ss., in part. p. 85, dove si rileva il rischio di *effect of freezing*, e cioè della verificabilità per il futuro di una scarsa propensione da parte della giurisprudenza comunitaria a riconoscere nuovi diritti fondamentali o nuovi profili di diritti già garantiti.

⁷⁷ Sul fondamento della norma quale espressione del principio di differenziazione connotato al sistema comunitario inteso come organizzazione di più Stati nazionali A. CELOTTO, *sub Art. 21-22*, in R. Bifulco, M. Cartabia e Id. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 176 ss., secondo cui le variabili della cultura, della religione e della lingua, sarebbero comunque già coperte dall'art. 21 che sancisce il principio generale di non discriminazione.

particolare costume di alcune popolazioni o, se al contrario, quel rispetto per le differenze incontra il limite del divieto di praticare rituali che producano gravi lesioni all'integrità psico-fisica del soggetto.

Persuadono nel senso di formulare una soluzione che collochi la mutilazione genitale femminile fuori dalla garanzia formulata dall'art. 22 una serie di norme anch'esse contenute nella Carta e iscritte nei capi dedicati alla dignità ed alla libertà, che entrambi precedono quello sull'uguaglianza⁷⁸. Una particolare forza cogente, nel senso di vietare la pratica, può essere, in primo luogo, attribuita dall'art. 1, che sancisce l'invulnerabilità della dignità umana, e dall'art. 3, che afferma il diritto dell'individuo alla propria integrità fisica⁷⁹. Impedimenti al suo esercizio la mutilazione genitale li incontra anche quando ci si muove a considerare le garanzie sul terreno dell'esercizio delle libertà personali. Così che la realizzazione di un intervento mutilativo che modifica gli organi genitali di una donna è chiaramente una compressione ingiustificabile della propria libertà sessuale, e quindi viola il contenuto dell'art. 6, con effetti pregiudizievoli anche su altri terreni della vita di relazione⁸⁰.

Tra questi, merita di essere segnalato, in quanto anch'esso oggetto di specifica garanzia, ed in particolare dell'art. 7 che afferma il rispetto della vita familiare, anche il profilo dello svolgimento delle relazioni familiari: la mutilazione genitale condiziona l'accesso all'attività procreativa, che delle relazioni familiari è un momento importante, sebbene non essenziale, e della libertà sessuale logico corollario; così pure un divieto delle mutilazioni genitali può essere prospettato sulla base dello stesso art. 7 nelle ipotesi dell'intervento operato dai genitori sui figli minori: questa decisione, come si è già osservato in relazione ad alcuni modelli nazionali di disciplina, non trova giustificazione nello spazio di autonomia educativa riservato ai genitori dalla Carta, uno spazio che si limita a tutelare l'esercizio dei diritti genitoriali nell'interesse del minore e nell'interesse della famiglia, che non deve però pregiudicare quello dei singoli⁸¹.

⁷⁸ Utili argomentazioni in questo senso posso ricavarsi anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo formulata a margine dei divieti posti dalle autorità pubbliche nazionali circa l'utilizzo da parte delle donne del velo islamico, tra cui si v. Corte eur. dir. uomo, 29 giugno 2004, *Leyla Sahin v. Turchia*, dove si è riconosciuta la legittimità del decreto del rettore di una università turca che vietava di indossare il velo islamico, muovendo dal presupposto che il vestirlo assume, in determinati contesti, un significato politico di propaganda per una società fondata sulla regola sharaitica, di prevaricazione della libertà di espressione e simbolo di disuguaglianza tra i sessi, tutti elementi in contrasto con il valore di laicità su cui è fondato l'ordinamento costituzionale turco e che trova corrispondenza anche nella C.e.d.u.; per un'analisi comparata della giurisprudenza europea si v. I. GALLALA, *The Islamic Headscarf: An Example of Sourmountable Conflict between Shar'i'a and the Fundamental Principles of Europe*, in *Eur. Law J.*, 12 (2006), p. 593 ss.

⁷⁹ Una riflessione critica sul sistema di protezione dei diritti fondamentali, disegnato dagli artt. 1 e 3 della Carta dei diritti fondamentali, può essere letta in G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 801 ss; ai fini del ragionamento che si sta svolgendo nel testo può essere utile ricordare che la giurisprudenza francese ha annullato il provvedimento di espulsione di una donna immigrata in ragione del rischio che le figlie avrebbero corso di essere sottoposte a mutilazione genitale con il ritorno nel paese di origine facendo applicazione dell'art. 3 della C.e.d.u., che vieta la sottoposizione di qualsiasi soggetto a torture e a trattamenti inumani, su cui per alcune indicazioni sul caso si v. A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, cit., p. 29 in part. la n. 3.

⁸⁰ Un chiarimento sull'origine della norma ed un suo inquadramento sistematico nelle libertà costituzionali tradizionalmente garantite in A. CELOTTO, *sub Art. 6*, in R. Bifulco, M. Cartabia e Id. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., p. 72 ss.

* Saggio destinato agli *Scritti in memoria di Francesco Castro*.

Forum di Quaderni Costituzionali

⁸¹ Sul significato della norma, che replica il contenuto dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e su alcune ricadute ricostruttive, sia concesso richiamare F. CAGGIA, *Il rispetto della vita familiare*, in *Fam. dir.*, 2002, p. 212 ss.; per un commento della norma C.e.d.u. si v. anche V. ZENO-ZENCOVICH, *sub Art. 8*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi, Padova, 2001, p. 307 ss.; per una lettura sistematica delle norme della C.e.d.u. e dei suoi Protocolli aggiuntivi in materia familiare si v. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Famille et Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Protection des droit de l'homme: la perspective européenne. Melanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns Verlag, 2000, p. 281 ss.