

Come dare più spazio alle culture e alle differenze culturali nei giudizi davanti alle Corti (*Making room for Culture in the Court*)*

di Alison Dundes Renteln

È un luogo comune che il dato culturale non debba pesare nell'ambito di un giudizio davanti alle Corti. Tuttavia le scienze sociali ci inducono a mettere in discussione tale paradigma monoculturale mostrandoci che un comportamento ragionevole e giusto dipende dal processo di acculturazione e socializzazione dell'autore del comportamento. Un processo spesso del tutto inconscio come acutamente disse Ruth Benedict osservando che non vediamo la lente attraverso cui guardiamo. Ma se non acquisiamo coscienza dei nostri preconcetti culturali le nostre valutazioni saranno tendenzialmente affette da una visione soggettiva. E questo vale ovviamente anche per i migranti che spesso non sono consapevoli dei comportamenti che li espongono a sanzioni e quando ne diventano coscienti vivono una situazione di dilemma normativo fra le consuetudini del loro Paese di provenienza e il diritto del Paese di immigrazione. Negli Stati Uniti c'è un filone giurisprudenziale attento alla valorizzazione dei diritti culturali delle minoranze che merita di essere preso maggiormente in considerazione. Nel diritto penale la cd. *cultural defense* trova fondamento non solo nel principio costituzionale di uguaglianza ma in quello della effettività della difesa nel processo e questo appare coerente se si pensa alle conseguenze quanto mai gravi che possono derivare per es. in termini di determinazione della pena o di revoca della responsabilità genitoriale dalla mancata contestualizzazione culturale dei comportamenti. Ma anche nel campo della legislazione sanitaria, della istruzione obbligatoria, e in altri svariati campi l'emersione della *folk law* ha portato a esenzione generalizzata da obblighi legali anche se sanzionati ovvero a una valutazione consapevole dei comportamenti illeciti. È importante quindi che il giudice, non solo in sede penale, sia nelle condizioni di riconoscere l'appartenenza del soggetto che deve giudicare a un gruppo etnico, la eventuale riferibilità a quel gruppo di una consuetudine in conflitto con il diritto che deve applicare, l'incidenza della consuetudine culturale sul comportamento del soggetto. A tal fine sarebbe auspicabile che nella conduzione del processo, nella formazione dei giudici, nella composizione delle giurie, nell'acquisizione di conoscenze antropologiche, linguistiche, religiose, consuetudinarie le Corti fossero dotate delle condizioni migliori per una effettiva esplicazione della *cultural defense*. Ciò non significa ovviamente legittimare comportamenti che se pure culturalmente motivati arrechino danni irreparabili a terzi o si pongano in conflitto con altri diritti fondamentali.

1. I giudici di fronte al multiculturalismo

Il numero di controversie caratterizzate da usi e costumi estranei alla cultura della maggioranza che approdano nelle aule dei tribunali è destinato ad aumentare nel mondo globale, rendendo urgente per i

giudici rispondere all'interrogativo sul "se" e "come" tener conto del fattore culturale. Le decisioni dei giudici dovrebbero essere influenzate dalle diverse visioni del mondo che migranti e minoranze in genere portano con sé? Vi è un filone giurisprudenziale attento alla valorizzazione dei diritti culturali delle minoranze che, sebbene non ancora consolidato, merita di

* «©2010. Published in The Judge's Journal, Volume 49, Number 2, Spring 2010, by the American Bar Association. Reproduced with permission. All rights reserved. This information or any portion thereof may not be copied or disseminated in any form or by any means or

essere preso maggiormente in considerazione. Negli Stati Uniti, pur non essendo ufficialmente riconosciuto, il fattore culturale è stato preso in considerazione in un'ampia messe di casi accumulatisi nei decenni.

A titolo di esempio, si guardi al caso dei membri di una setta brasiliana del New Mexico che hanno citato in giudizio il governo degli Stati Uniti per aver dichiarato che il tè *hoasca*, una bevanda sacra contenente un blando allucinogeno, rientrava tra le droghe proibite dal *Controlled Substances Act*. La Corte suprema degli Stati Uniti ritenne che la legge limitasse ingiustificatamente la loro libertà religiosa, di fatto stabilendo una deroga alla normativa federale sugli stupefacenti¹.

In un altro caso, un tribunale è stato chiamato a decidere se Ruth Friedman, una giovane donna che si era catapultata da una seggiovia bloccata durante la corsa per evitare di trovarsi da sola con un uomo dopo il tramonto, così violando i dettami della legge ebraica ortodossa, fosse legittimata a un risarcimento danni. Il giudice, raccolta la deposizione di un rabbino che confermava tale interpretazione della legge ebraica, ha riconosciuto alla donna un risarcimento elevatissimo, nonostante la ditta che gestiva la seggiovia ritenesse il suo comportamento del tutto irragionevole².

Nell'ambito di un'altra controversia, una *babysitter* aveva riferito di aver visto un padre baciare il pene del proprio figlio di due anni. Il Signor Kargar, un rifugiato Afgano, spiegò che questo comportamento è un modo di esternare il proprio affetto pienamente accettato nella sua cultura e privo di alcuna implicazione sessuale. Molti membri della comunità afgana confermarono la fondatezza di tale argomentazione, ma soltanto, nell'ultimo grado di giudizio, dopo che l'imputato era stato condannato per violenza sessuale aggravata, la Corte suprema del Maine ha sposato la tesi difensiva, annullando la sentenza del Tribunale distrettuale³.

In particolare l'ultimo caso citato mostra come gli operatori del diritto potrebbero non essere a conoscenza di alcune tradizioni e, pertanto, potrebbero darne

un'interpretazione errata e leggere alcuni comportamenti in maniera superficiale. Con sempre maggiore frequenza, soggetti provenienti da contesti culturali diversi chiedono che i giudici prendano in considerazione prove che spiegano la loro condotta, per questo sarebbe auspicabile che i giudici individuassero un metodo per valutarle. Mostrare rispetto nei confronti delle tradizioni dei gruppi etnici nei Fori di propria competenza e applicare in modo persuasivo l'argomento culturale, senza pregiudizi etnocentrici e nel contempo con soluzioni che favoriscano la convivenza, accrescerà l'autorevolezza dei giudici e il loro ruolo nella costruzione di una nuova società multiculturale. Pur tuttavia, vi sono innegabilmente dei rischi derivanti dall'introduzione di testimonianze e prove culturali di cui occorre tenere conto. In questo articolo si cerca di capire con che modalità e a quali condizioni i giudici debbano dar rilievo ai fattori culturali nel decidere le controversie di cui gli stessi sono investiti.

Tradizioni, usi e costumi diversi possono emergere nell'ambito di un procedimento penale, in una causa finalizzata ad ottenere una deroga rispetto ad una legge generale o in una causa civile, entrando in scena in una vasta tipologia di procedimenti giudiziari concernenti abusi sui minori, diritti civili, discriminazione sul lavoro, omicidio, matrimonio e divorzio, asilo politico, culto religioso, autopsie non autorizzate, corruzione e via enumerando⁴. In tutti questi casi, è necessario inquadrare la controversia dal punto di vista culturale poiché in assenza di tale dato fattuale, i giudici e le giurie non possono che trovare di difficile comprensione quanto accaduto.

2. Perché la cultura rileva ai fini della decisione giudiziale: la teoria della "inculturazione"

Si tende a pensare che il dato culturale non debba rilevare nell'ambito di un giudizio. La visione *stan-*

stored in an electronic database or retrieval system without the express written consent of the American Bar Association or the copyright holder». Si ringraziano Chiara Rotondi e Ilenia Ruggiu che hanno curato la traduzione in lingua italiana.

1. *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal et al.*, 546 U.S. 418 (2006). Le conclusioni della Corte, secondo cui le eccezioni non minano necessariamente l'efficacia di una legge generale, sono molto interessanti: la decisione è significativa in quanto riconosce che è legittimo concedere deroghe per proteggere "riti" fondamentali per il mantenimento dell'identità di gruppo, purché tale concessione avvenga sulla base di una opportuna valutazione caso per caso.

2. *Friedman v. State*, 282 N.Y.S.2d 858 (1967); A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 119-120.

3. *State v. Kargar*, 679 A.2d 81 (Me. 1996). Per approfondimenti vedasi: A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit. pp. 58-61; A. Dundes Renteln, *Raising Cultural Defense*, in L.F. Ramirez (a cura di), *Cultural Issues in Criminal Defense* (2^a edizione) New York, Juris publishing, 2007, pp. 453-455. Si veda anche *State v. Ramirez*, 2005 WL 367032 (Me. Super. 2005).

4. Si veda A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit., *passim*.

dard è: «Paese che vai, usanza che trovi» o, nella versione statunitense, «*when in Rome do as the Romans do*», che si traduce giuridicamente nel principio di territorialità della legge. Tuttavia, le scienze sociali ci impongono di mettere in discussione tale «paradigma monoculturale»⁵ in quanto mostrano che esistono diverse nozioni di comportamento ragionevole e giusto: è, infatti, il processo di socializzazione o inculturazione del singolo che determina che cosa sia – o meno – ragionevole e giusto.

Di fatto, siamo tutti soggetti al processo di inculturazione. La cultura modella le nostre percezioni e il nostro comportamento spesso senza che ne siamo consapevoli; infatti, gli individui apprendono le categorie culturali delle proprie società perlopiù in maniera inconscia. Come disse la famosa antropologa Ruth Benedict, «non vediamo la lente attraverso cui guardiamo»⁶. Per esempio, in alcune parti del mondo si insegna ai bambini ad usare la mano sinistra solo per funzioni collegate alla minzione e alla defecazione; se costoro vedono qualcuno portare il cibo alla bocca con la mano sinistra, provano una sensazione ripugnante.

La cultura influisce sulle interazioni umane in moltissimi altri modi. Ad esempio, in alcune società è considerato osceno baciarsi in pubblico. Nel 2007 vi fu uno scontro culturale quando l'attore americano Richard Gere baciò un'attrice indiana durante una trasmissione diffusa dalla televisione in India. Con grande sorpresa degli americani, questo fatto causò proteste (furono bruciate foto di Richard Gere), minacce di morte, e persino l'emissione di un mandato d'arresto nei confronti dell'attore. Nonostante la decisione del giudice di primo grado che aveva condannato l'attore sia stata annullata in appello, la forza della reazione del pubblico in

India mise in luce la gravità di questo «passo falso» culturale⁷.

Un altro classico esempio di relativismo culturale riguarda i tabù alimentari. L'idea che si possa mangiare la carne di certi animali ma non di altri varia da una società all'altra. La carne di cavallo, per esempio, è popolare in Francia, mentre non si mangia in molti altri Paesi⁸. Talvolta, le nozioni contrastanti circa le abitudini alimentari assumono rilevanza giuridica, come nel caso di due immigrati cambogiani che furono arrestati a Long Beach-California, mentre si apprestavano a consumare carne di cane. Appurato che nessuna legge californiana vietava, in realtà, il consumo di carne canina, fu lanciata una campagna per l'adozione di una siffatta norma. La violazione di una norma sociale condusse, dunque, all'adozione di una legge che vieta a chiunque di mangiare animali domestici (*pets*), senza però specificare quali animali debbano essere considerati animali domestici, lasciando in qualche modo al dato culturale il compito di riempire il contenuto del divieto⁹.

Spesso gli americani non riflettono sui propri assunti culturali¹⁰. Basti pensare, a titolo esemplificativo, che diamo per scontato di poter mangiare carne bovina, ma non quella canina e che riteniamo la monogamia l'unica forma «legittima» di matrimonio, al contrario della poligamia (anche se poi, nell'arco di una vita ammettiamo più di un matrimonio). L'inculturazione ci predispone ad agire in un certo modo e nella migliore delle ipotesi abbiamo soltanto una vaga consapevolezza di questo processo. Se non acquisiamo coscienza dei nostri preconcetti culturali, le nostre valutazioni saranno tendenzialmente affette da una visione soggettiva. Attraverso la considerazione degli elementi di prova culturali, i giudici po-

5. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense: Challenging the Monocultural Paradigm*, in M.C. Foblets, A. Dundes Renteln & J.F. Gaudreault-Desbiens (a cura di), *Cultural Diversity And The Law: State Approaches From Around The World*, Brussels, Bruylant, 2010.

6. R. Benedict, *The Science of Custom*, in *The Century Magazine*, 117, 1929, pp. 641–649. Questo è tanto più vero negli Stati Uniti, dove si tende a pensare che ciò che vediamo con i nostri occhi non possa che essere vero. Vedasi A. Dundes, *Seeing Is Believing*, in A. Dundes, *Interpreting Folklore*, Bloomington, Indiana University Press, 1980.

7. A. Dundes Renteln, *When Westerners Run Afoul of the Law in Other Countries*, in 92 *Judicature* pp. 238-242 (Mar. Apr. 2009).

8. Relativamente ad un ricorso avverso un regolamento dell'Illinois che vieta la macellazione dei cavalli per esportarne la carne in Belgio, Francia e Giappone sulla base della Clausola sul commercio, vedasi *Cavel International, Inc. v Madigan*, 500 F.3d 551 (7° Circuito 2007). Il giudice ha ritenuto che la legge non violasse né le clausole sul commercio interstatale né quelle sul commercio con l'estero.

9. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit., pp. 104-105.

10. Per la disamina degli aspetti distintivi della cultura americana, si vedano i saggi analitici di A. Dundes, *The Number Three in American Culture* e A. Dundes, *Thinking Ahead: A Folkloristic Reflection of the Future Orientation in American Worldview*, entrambi in A. Dundes, *Interpreting Folklore*, cit.; si veda anche A. Dundes, *A Straightforward Study of Lineal Worldview in American Folk Speech*, in K.J. Lau, P. Tokofsky & S. D. Winick, *What Goes Around Comes Around: The Circulation Of Proverbs In Contemporary Life*, Utah State University Press, 2004, pp. 171–187.

trebbero evitare di adottare decisioni etnocentriche in varie controversie¹¹.

Talvolta, alcune minoranze culturali e religiose scoprono con stupore che le loro tradizioni sono qualificate come reati nella nuova patria in cui sono immigrati. Nonostante *ignorantia legis non excusat*, i «nuovi arrivati» potrebbero argomentare di non esser stati resi edotti di quanto disposto dalla legge, come, per esempio, in alcuni casi riguardanti la masticazione di *khat*¹². Altre volte, pur essendo a conoscenza del diritto prodotto dalla cultura maggioritaria, gli immigrati vivono un dilemma normativo, che gli studi sul pluralismo giuridico ben evidenziano, per cui se seguono il loro diritto consuetudinario (*folk law*) violano la legge del nuovo Paese, ma se rispettano la legge del nuovo Paese, si trovano a violare il proprio diritto consuetudinario. Atteso che sono molte le persone «intrappolate» in questa situazione, le tradizioni culturali – centrali nell’ambito di tali controversie – meritano un’attenta disamina.

3. La cultura nel processo penale

In genere, è quasi impossibile accertare l’elemento soggettivo di un reato senza tener conto del contesto culturale in cui l’imputato ha tenuto la condotta oggetto di una controversia. Sono state formulate eccezioni culturali in processi per omicidio, come ad esempio nel notissimo caso Kimura. Fumiko Kimura, cittadina giapponese emigrata in California, rimase sconvolta quando scoprì che suo marito aveva avuto una relazione extraconiugale, e tentò di commettere l’*oyaku-shinju*, o omicidio-suicidio genitore-figlio, gettandosi nell’oceano con i suoi due figli piccoli. I bambini annegarono, ma lei fu salvata e accusata di omicidio di primo grado aggravato da circostanze speciali, che avrebbero potuto determinare l’applicazione della pena di morte. L’imputata scelse di

sollevare un’eccezione culturale, enfatizzando l’importanza della natura culturalmente motivata della propria condotta. In base alla sua visione del mondo, infatti, sarebbe stato più crudele da parte sua lasciare i bambini senza la madre che si prendesse cura di loro, piuttosto che portarli con sé nell’aldilà. Migliaia di membri della comunità giapponese negli Stati Uniti firmarono una petizione sostenendo che in questo caso i giudici avrebbero dovuto applicare il diritto giapponese. Il giudice statunitense emise una declaratoria di temporanea incapacità di intendere e di volere e in seguito a patteggiamento, la pena fu sospesa, fu computato il periodo di custodia cautelare e venne accordato sostegno specialistico psicologico all’imputata. Ragionando ipoteticamente, la sentenza effettivamente emessa nei confronti di Kimura negli Stati Uniti è, con ogni probabilità, equivalente alla sentenza che sarebbe stata irrogata in Giappone in un caso analogo: infatti, nonostante l’omicidio-suicidio genitore-figlio sia ormai illegale anche in Giappone, non si tratta di un fenomeno raro, che risulta generalmente compreso e giustificato dalla popolazione, tanto da essere disciplinato dallo stesso ordinamento alla stregua di un omicidio colposo. Questo caso mette in luce le differenze radicali nella visione del mondo: un tribunale, in assenza di spiegazioni in merito al significato e al «valore» dell’*oyaku-shinju*, avrebbe avuto senza dubbio difficoltà a cogliere l’imperativo culturale dell’azione di Fumiko Kimura¹³.

Altri casi di omicidio hanno riguardato mariti infuriatisi dopo aver scoperto che le rispettive mogli erano state loro infedeli. Dopo siffatti omicidi, fu invocato il movente della provocazione. Ad esempio, Aphaylath uccise a randellate la moglie dopo che quest’ultima aveva ammesso di aver ricevuto una telefonata da un suo *ex* fidanzato¹⁴. Il difensore d’ufficio chiese l’ammissione di prove che dimostrassero l’enorme difficoltà di Aphaylath di adattarsi alla vita negli Stati Uniti (*shock culturale*) e che mostrassero

11. Vi è un crescente riconoscimento del fatto che le questioni culturali sono ritenute rilevanti dalla magistratura. A. Efrati, *Cultural Background Gains Traction as a Legal Defense*, in *Wall Street Journal*, 2 luglio 2009, p. 1. Si veda l’edizione speciale di *Judicature*, a cura del Giudice Delissa A. Ridgway: *Cross-cultural Justice*, 92:5 *Judicature* (Mar. Apr. 2009). Persino la disposizione degli arredi nei tribunali varia da una società all’altra. Si veda J.N. Hazard, *Furniture Arrangement as a Symbol of Judicial Roles*, in A. Dundes Renteln, A. Dundes (a cura di), *Folk Law: Essays In The Theory And Practice Of Lex Non Scripta*, University of Wisconsin Press, 1995.

12. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit., pp. 74–76. Si veda, inoltre, *U.S. v. Caseer*, 399 F.3d 828 (6° Circuito 2005); *U.S. v. Hassan*, 542 F.3d 968 (2° Circuito 2008); *Sam Howe Verhovek*, (22 agosto 2006). *DEA’s Khat Sting Stirs Up Somali “Cultural Clash”*, in *L.A. Times*, 22 agosto 2006, p. A9.

13. In un altro caso, Helen Wu, una madre che uccise tragicamente il figlio nel contesto di un tentato omicidio-suicidio genitore-figlio, la Corte d’appello annullò con rinvio la condanna per omicidio ordinando che il giudice di primo grado ammettesse le prove di ordine culturale. Tuttavia, la Corte suprema della California, motivando succintamente la propria decisione, annullò la coraggiosa sentenza d’appello e ne ordinò la cancellazione dall’elenco di sentenze pubblicate (*depublished*). Il ricorso alla cosiddetta *depublication* (rimozione della pubblicazione), un potere non tipizzato, ha reso vana la decisione, che avrebbe potuto rappresentare un utile precedente. Si veda Renteln, *The Cultural Defense*, cit., p. 27.

14. *People v. Aphaylath*, 499 N.Y.S.2d 823 (N.Y. App. Div.), riformata 502 N.E.2d 998 (N.Y. 1986).

come l'«infedeltà» di sua moglie avesse causato in lui una grande vergogna, tale da scatenare la sua rabbia omicida. Il giudice di merito non ammise tale mezzo probatorio adducendo che la gelosia è universale, ma la Corte d'appello rilevò che non ammettere l'elemento probatorio culturale costituiva un errore: infatti, nonostante la gelosia sia un sentimento universale, il fatto che si possa – o meno – agire sulla base di tale sentimento varia da una società all'altra e deve rilevare nella decisione.

Vi sono anche casi in cui l'imputato si ritiene provocato da un insulto che non è percepito come tale da un ipotetico agente modello: nel diritto americano, la cosiddetta «persona obiettivamente ragionevole» (*reasonable person*). Per esempio, nel caso *Trujillo-Garcia v. Rowland*¹⁵, due americani di origine messicana stavano giocando a poker e uno dei due, Padilla, perse 140 Dollari contro l'altro, Trujillo-Garcia. Padilla tornò qualche giorno dopo chiedendo la restituzione della somma persa al gioco. In risposta al rifiuto di Trujillo-Garcia, Padilla pronunciò una frase estremamente offensiva: «*chinga tu madre*». A quel punto Trujillo-Garcia sparò a Padilla, uccidendolo. Al processo, l'imputato cercò invano di invocare il movente della provocazione. Sebbene avesse dimostrato di essere stato provocato, non riuscì a provare che una «persona obiettivamente ragionevole» avrebbe ucciso per una frase del genere in quanto il giudice faceva riferimento ad un agente modello americano, non messicano. Avverso il rigetto dei suoi motivi di appello nel foro statale, egli sostenne, di nuovo invano, innanzi al Tribunale federale che l'esclusione del dato culturale costituisca una violazione del principio di uguaglianza in quanto il giudice avrebbe dovuto applicare non il «*reasonable person*» *standard* bensì il «*reasonable Mexican man*» *standard*. Nonostante che nella maggior parte dei casi le giurie possano facilmente comprendere il movente della provocazione, nel caso in questione l'eccezione sollevata, non suffragata da alcuna spiegazione dell'insulto (percepito), non sortì l'effetto auspicato. Alcuni sono convinti che chiunque debba

avere un certo autocontrollo, anche a fronte di un insulto, tuttavia, il movente della provocazione è una tesi difensiva consolidata in giurisprudenza ed anzi, è una delle più risalenti nel diritto penale americano. I soggetti appartenenti alla cultura dominante possono vedersi derubricare un'accusa di omicidio di primo grado ad omicidio di secondo grado, meno grave, purché dimostrino di essere stati significativamente provocati, mentre gli imputati appartenenti ad altre culture non possono fare altrettanto in quanto non sono in grado di dimostrare che la cosiddetta persona obiettivamente ragionevole si sarebbe ritenuta provocata da ciò che viene percepito come un insulto nella loro cultura minoritaria¹⁶. Se imputati in situazioni simili non riescono a farsi riconoscere neanche un'attenuante invocando il movente della provocazione, sussiste indubbiamente una violazione del principio di uguaglianza¹⁷.

L'utilizzo della difesa culturale o «*cultural defense*» è fondato non solo sulla necessità di garantire il principio di uguaglianza, ma anche sul diritto costituzionale alla difesa effettiva garantito dal VI emendamento della Costituzione americana. Per esempio, in alcuni casi il difensore non è riuscito a spiegare efficacemente come l'atteggiamento stoico dell'imputato non indicasse una mancanza di rimorso, visto che in alcune culture si insegna alle persone, sin dalla tenera età, a non far trasparire le proprie emozioni nemmeno in situazioni di forte *stress* emotivo. Questa mancanza di traduzione culturale ha fatto sì che in alcuni casi le giurie, interpretando erroneamente il linguaggio del corpo dell'imputato, applicassero la pena di morte invece dell'ergastolo¹⁸. Anche se non c'è modo di sapere se la comunicazione non verbale è stata la ragione unica o principale del verdetto della giuria, tale elemento potrebbe avere avuto un ruolo nel processo decisionale. La mancata evocazione del fattore culturale in circostanze come queste può costituire una violazione del VI Emendamento. In tal caso, gli avvocati devono produrre informazioni sufficienti a garantire che il contesto culturale in cui ha agito l'imputato sia compreso con chiarezza.

15. 1992 U.S. Dist. LEXIS 6199 (N.D. Cal. 1992).

16. In alcuni casi i giudici hanno respinto argomentazioni relative al movente della provocazione basate su prove culturali, ma non hanno escluso in radice futuri utilizzi di argomentazione di ordine culturale. Si veda *Nguyen v. State*, 505 S.E. 846, 847-48 (Ga. App. 1998.), riformata, 505 S.E.2d 907 (Ga. 1999.); *Nguyen v. State*, 520 S.E.2d 907 (Ga. 1999)

17. A mio avviso, la tesi difensiva della provocazione andrebbe respinta *in toto* quando sia stato cagionato un danno irreparabile, come in tutti i casi di omicidio - colposo o meno - perché determina l'applicazione di attenuanti a mio avviso non ammissibili quando viene in gioco il bene vita. Tuttavia, qualora tale tesi difensiva sia ammessa, è ingiusto che venga presa in considerazione solo in relazione a membri della cultura dominante.

18. *Kwai Fan Mak v. Blodgett*, 754 F. Supp. 1490 (W.D. Wash. 1991), 970 F.2d 614 (9° Circuito 1992), *cert. denied*, 507 U.S. 951 (1993); *People v. Siripongs*, 45 Cal. 3d 548, 247 Cal. Rptr. 729, 754 P.2d 1306 (1988), *cert. denied*, 488 U.S. 1019 (1993).

Sono invocate argomentazioni di natura culturale anche in alcuni casi di abuso e abbandono di minori, dal momento che l'approccio educativo nei confronti della prole varia a seconda dei Paesi. In un caso particolarmente significativo dei rischi della mancata traduzione culturale, un uomo musulmano di origine albanese aveva accarezzato sua figlia nel pube in una palestra durante un torneo pubblico di arti marziali cui si era recato con la bambina per vedere giocare l'altro suo figlio che era uno dei giovani atleti in gara¹⁹. Anche se il fatto avvenne in pubblico, la polizia e il pubblico ministero non ebbero remore a qualificare la condotta come abuso sessuale su minore. Entrambi i bambini furono temporaneamente tolti dalla cura dei propri genitori e dati in affidamento; il Tribunale di famiglia confermò la fondatezza della decisione dei servizi sociali (*Child Protective Services*), dichiarando l'inidoneità del padre. Dopo che la madre portò i bambini a vedere il padre violando l'ordine del Tribunale, venne revocata la potestà genitoriale ad entrambi e tale decisione fu confermata in appello. Nel procedimento penale che seguì per valutare l'accusa di abuso sessuale, il perito – un antropologo specializzato in cultura albanese – rese edotti la giuria ed il giudice circa la natura innocua dell'accarezzare i bambini nel pube nella cultura albanese. Sulla base di questa deposizione, la giuria assolse il padre da tutti i capi d'accusa. La sua assoluzione, tuttavia, non inficiò il provvedimento di revoca della potestà genitoriale deciso in sede di giurisdizione minorile.

Altri casi riguardano il ricorso alla medicina popolare e obiezioni di natura religiosa alle cure mediche. Ad esempio, accade che i bambini di famiglie originarie del sud-est asiatico chiedano ai genitori di usare un rimedio popolare noto come *cao gio* contro l'influenza, il raffreddore o qualche altro disturbo fisico. Questa tecnica che consiste nel collocare delle coppelle sul corpo lascia lividi sul tronco. In alcuni casi, il personale scolastico, avendo notato tali tumefazioni ha chiamato la polizia, che ha proceduto all'arresto dei genitori per abuso su minori, dal che è scaturito anche l'affidamento dei figli. Apparentemente, il *cao gio* rientra nella definizione giuridica di maltrattamenti su minore, in quanto causa intenzio-

nalmente un danno fisico, ma, in realtà, in questi casi i genitori usano un rimedio innocuo che ritengono possa curare i propri figli. Se, come eccepito, non vi è alcuna intenzione di cagionare un danno, l'accusa di maltrattamenti – che è un delitto – appare sproporzionata²⁰.

A differenza dei genitori immigrati che fanno uso di rimedi popolari innocui, i genitori americani i cui bambini muoiono per mancanza di cure mediche in molti casi non sono accusati di alcun reato in quanto esistono deroghe alla legge sugli atti omissivi e negligenza nei confronti dei bambini quando si confida, ad esempio, in una «guarigione per fede». Vi sono diversi gruppi religiosi, quali i *Christian Scientists*, che hanno evitato il carcere in virtù delle esimenti religiose che sono ancora riconosciute valide nella maggior parte degli Stati americani²¹.

La difficoltà principale per chi intenda sollevare un'eccezione di natura culturale consiste nel fatto che la definizione ordinaria di un reato fa riferimento meramente all'elemento psicologico e all'elemento oggettivo; il movente non attiene, tecnicamente, al concetto di colpevolezza. Ciò che i genitori desiderano introdurre nel processo nei casi sopra esposti, al fine di provare il proprio minore grado di colpa, è precisamente la motivazione culturale, ma la lettura restrittiva data dalla giurisprudenza penale americana non lo consente. Per garantire che le ragioni di ordine culturale vengano prese in considerazione dobbiamo recuperare il concetto tradizionale di *mens rea*, comprensivo sia della colpa morale (motive) sia della colpa giuridicamente rilevante (intenzionalità)²². I giuristi dovrebbero, quindi, interpretare le disposizioni in tema di prova in modo tale da consentire la produzione degli elementi probatori culturali che spieghino il movente²³.

4. Le esenzioni legislative

Certe abitudini determinano la costante violazione da parte delle minoranze etniche degli *standard* comportamentali dell'ordinamento giuridico dominante. I membri dei gruppi le cui tradizioni contra-

19. Si veda, in proposito, la discussione del caso *Krasniqi* in A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit. pp. 59, 244.

20. Si veda, ad esempio, Joseph Morton, (14 maggio 2002). *Second Coining Case Is Dropped; Asian Dad Hopes Case Helps Others*, *Omaha World Herald*, 14 maggio 2002, p. 1B.

21. *Children's Health is a Legal Duty (CHILD)*, analizza casi di esenzioni di ordine religioso e il loro impatto. Vedasi www.childrenshealthcare.org.

22. A. Dundes Renteln, *A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse*, 2 *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.* 1993, p. 437.

23. Nonostante i pareri contrari, non vi è alcun dubbio che il dato culturale rilevi nei casi *de quo*.

stano con la legge possono però prevedere questi conflitti e chiedere che venga ammessa preventivamente una deroga alla legge generale.

Spesso, il *casus belli* è consistito in abitudini alimentari²⁴. In alcuni casi, quando gli ispettori hanno sollevato dubbi in merito alla sicurezza di una certa cucina etnica, i legislatori hanno ricevuto pressioni tese ad ottenere «esenzioni culinarie» alla legge. Ad esempio, una campagna che ha ottenuto una deroga alla legge sulla salute pubblica ha riguardato l'anatra alla pechinese messa sotto accusa in seguito alle indagini condotte su tale pietanza dagli ispettori competenti. Poiché non si era mai appreso di nessuno che fosse stato male dopo aver consumato questa prelibatezza, l'esenzione può dirsi fondata. Allo stesso modo, quando le torte di riso coreane causarono polemiche, il legislatore della California accordò una deroga alle disposizioni del codice della salute. L'esito positivo di tali vicende potrebbe dipendere dal fatto che tali specialità erano consumate perlopiù dalla comunità culturale di appartenenza e non si riteneva che potessero rappresentare una minaccia reale per la collettività in generale.

Anche se alcune minoranze sono riuscite ad ottenere esenzioni legislative, non può dirsi lo stesso per tutte. Per esempio, la campagna tesa ad ottenere l'esenzione per il *kirpan*, un pugnale rituale indossato dai *sikh*, dalle disposizioni relative alle armi da taglio non ha avuto esito positivo. Questo impegno pubblico fece seguito al contenzioso che vide coinvolti dei bambini *sikh* non ammessi alla scuola pubblica in quanto il fatto di portare addosso il loro simbolo religioso violava l'impostazione «niente armi» della scuola; essendo il *kirpan* un simbolo obbligatorio per i *sikh* le famiglie si trovarono a dover scegliere se rimuovere il *kirpan* o non frequentare la scuola pubblica. Fu presentato ricorso, ma questo fu rigettato dal tribunale federale distrettuale²⁵. Dopo non aver frequentato la scuola per quasi un anno in pendenza della causa d'appello, la Corte d'appello del Nono Cir-

cuito federale statui, in una sentenza non pubblicata, che i ricorrenti dovevano essere riammessi a scuola, ma il *kirpan* doveva essere reso sicuro incollandolo alla guaina o cucendolo saldamente in modo da non poterlo rimuovere. Questa scelta di compromesso assurge a modello nell'ambito di altri conflitti culturali. A seguito di tale contenzioso, l'allora senatore della California Bill Lockyer presentò un disegno di legge per esentare il *kirpan* dalle leggi in materia di armi. Anche se la legge fu approvata da entrambe le Camere, fu in ultima istanza oggetto di veto da parte del governatore e non entrò mai in vigore.

Per contro, altri Paesi consentono ai *sikh* di indossare il *kirpan*. Per esempio, il Parlamento del Regno Unito ha promulgato una deroga alle leggi in materia che ammette il porto del *kirpan*²⁶. In altri Stati, la magistratura si è pronunciata in favore dei *sikh*, come nel caso in cui la Corte suprema del Canada ha pronunciato la sentenza *Multani*²⁷ con cui ha stabilito il diritto degli studenti *sikh* di portare il *kirpan* o come il caso italiano dove la magistratura di merito²⁸ ha utilizzato il criterio del «giustificato motivo» di cui all'art. 4 legge 18 aprile 1975, n. 110 e l'art. 19 della Costituzione italiana per stabilire che il coltello rituale può essere portato nello spazio pubblico. Sebbene sia globalmente risaputo che il *kirpan* è un simbolo religioso che, pur somigliando ad un coltello, non rappresenta alcun pericolo, il legislatore della California non ha di fatto tutelato la libertà religiosa dei *sikh*. Così, spetterà inevitabilmente ai giudici spesare, se del caso, le argomentazioni difensive religiose quando un *sikh* dovesse essere perseguito per aver portato sulla propria persona simboli religiosi obbligatori. Non si può fare affidamento sul fatto che altri rami del governo promulghino le deroghe necessarie a garantire che le minoranze siano libere di seguire tradizioni fondamentali per il loro stile di vita.

Nonostante richiedere una deroga tramite l'*iter* legislativo sia una strategia prudente, non vi è alcuna garanzia che il legislatore ritenga sempre opportuno

24. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit, cap. 6, *Animals*. In merito al caso dell'anatra alla pechinese, A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit., pp. 105-106. Per approfondimenti circa il caso della torta di riso coreana, vedasi A. Dundes Renteln & R. Valladares, *The Importance of Culture for the Justice System*, in 92:4 *Judicature* pp. 198-199 (Mar. Apr. 2009). Si veda anche Ching-Ching Ni, *Food Fight Waged Over Asian Noodles*, in *L.A. Times*, 2 ottobre 2009, p. A3.

25. *Cheema v. Thompson*, n. 94-16097, 1994 U.S. App. LEXIS 24160 (9° Circuito, 2 settembre 1994) (sentenza non pubblicata), 67 F.3d 883 (9° Circuito 1995); A. Dundes Renteln, *Visual Religious Symbols and the Law*, in 47 *American Behavioral Scientist*, 2004, p. 1573.

26. Un commentatore ha osservato: «L'esperienza inglese dimostra che un Paese che ha a cuore la sicurezza pubblica e la questione dell'uso delle armi può prevedere un'eccezione *ad hoc* da interpretarsi restrittivamente nell'ottica di consentire ai *sikh* di indossare il *kirpan*. In effetti, nel Regno Unito vi è un maggior impegno sul fronte della sicurezza che negli Stati Uniti, ma ciò non ha precluso la possibilità di prevedere una deroga, senza far troppo rumore per nulla chiedendosi se qualcuno vestito come un *sikh* sia davvero un *sikh*.», A. S. Bhachu, *A Shield for Swords*, in 34 *American Criminal Law Review*, 1996, pp. 197, 218.

27. *Multani v. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256.

28. Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15.

autorizzare deroghe a favore delle minoranze culturali. Nella misura in cui gli usi e costumi appaiono bizzarri o controversi, i legislatori possono valutare se vietarli o ammetterli. Inoltre, coloro che mirano ad ottenere esenzioni appartengono spesso a minoranze distinte e isolate: per definizione, dunque, sono privi di rappresentanza politica e del peso politico necessario ad ottenere esenzioni legislative.

Pertanto, è inevitabile che certi conflitti culturali approdino alle aule di tribunale. In alcuni casi riguarderanno rivendicazioni religiose, come quando gli *Amish* chiesero – e ottennero – una deroga giudiziaria alla legge del Wisconsin sulla scuola dell'obbligo, in ragione dell'asserita messa a repentaglio del loro stile di vita a causa del potenziale contatto dei loro figli adolescenti con i valori secolari prevalenti nelle scuole pubbliche superiori²⁹.

Sebbene le esenzioni legislative siano in teoria preferibili, inevitabilmente i giudici dovranno decidere se le minoranze possano vedersi riconosciute delle deroghe alle leggi generali. In molti casi la questione interculturale approderà nei tribunali perché il legislatore non è riuscito a risolvere il conflitto in modo tale da tutelare i diritti culturali delle minoranze.

5. La cultura nel contenzioso civile

Nonostante la dottrina si concentri per lo più sull'utilizzo delle cosiddette prove culturali nel processo penale, è importante tener conto del ruolo della cultura anche in quello civile³⁰, dove le differenze culturali entrano in scena in un'ampia gamma di casi: diritto di famiglia, azioni concernenti i diritti civili,

discriminazione sul lavoro e azioni aquiliane in cui la cultura rileva nella quantificazione del risarcimento danni. Alcuni esempi possono dimostrare l'importanza dell'elemento culturale nel contenzioso civile.

Il diritto consuetudinario o *folk law* ha assunto un ruolo rilevante negli Stati Uniti in una causa in tema di diritti civili incentrata sulle conseguenze di una perquisizione illegale da parte della polizia³¹. A Spokane, Washington, la polizia sospettava che una famiglia *rom* fosse in possesso di beni rubati. Gli ufficiali di polizia eseguirono erroneamente la perquisizione prima di ottenere il mandato del giudice. Entrarono quindi nell'abitazione della suddetta famiglia, cercando argenteria, gioielli e contanti, ed eseguirono anche una perquisizione personale di alcune giovani donne *rom*. Poiché secondo la legge popolare gitana, le donne perquisite erano da considerarsi *marime*, «contaminate» in quanto venute a contatto con uomini prima del matrimonio, la famiglia citò in giudizio la polizia chiedendo un risarcimento del valore di 40 milioni di dollari. Poiché la perquisizione era tecnicamente illegale e la polizia lo ammise, l'unico oggetto della controversia fu la quantificazione dei danni. La deposizione dei periti confermò che le donne erano effettivamente inadatte al matrimonio. Il caso si concluse con una transazione extragiudiziale³².

I fattori culturali rilevano anche nelle cause per responsabilità civile. Alcuni ricorrenti affermano che, in ragione del loro *background* culturale o religioso, la condotta negligente ha causato loro più traumi di quanti ne avrebbe cagionati alla persona media³³. Ad esempio, nel 2006 i genitori di un giovane di origini egiziane rimasto ucciso in un incidente aereo fecero causa ad Egypt Air sostenendo che, poiché il defunto

29. *Wisconsin v. Yoder*, 406 Stati Uniti 205 (1972). Secondo alcuni, l'accoglimento del ricorso proposto dagli *Amish* sarebbe in parte dovuto all'idealizzazione della loro immagine da parte dell'opinione pubblica.

30. Si veda A. Dundes Renteln, *The Influence of Culture on the Determination of Damages: How Cultural Relativism Affects the Analysis of Trauma*, in R. Grillo et al. (a cura di), *Legal Practice And Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate 2009, pp. 199-218.

31. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit., pp. 119-121. Il film *American Gypsy*, che racconta la vicenda e il *background* socio-culturale di questo caso, ci spinge a riflettere. *Marks v. Clarke*, 103 F.3d 1012 (9° Circuito 1996); B. Morlin, *Expert Says Raids Were 'Catastrophic' to Gypsy Families*, in *Spokesman-Review*, 17 settembre 1992, p. 2.

32. In un altro caso, un Tribunale inglese ha stabilito che una ragazza iraniana aveva diritto al risarcimento dei danni in quanto uno scimpanzé le aveva morsicato (e staccato) le dita, dal momento che questo avrebbe potuto diminuire le sue *chances* di sposarsi. *Bakhitiari v. La Zoological Society of London*, 141 N.L.J. 55 (1991); S. Poulter, *Ethnicity, Law, And Human Rights: The English Experience*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 64 Poulter rileva la natura sessista di tale decisione; la disabilità potrebbe ridurre le prospettive di matrimonio. Per un'analisi del modo in cui la relatività culturale incide sulla visione delle disabilità, si veda A. Dundes Renteln, *Cross-Cultural Perceptions of Disability: Policy Implications of Divergent Views*, in S. Herr, L. Gostin & H. Koh (a cura di) *Different But Equal: The Rights Of People With Intellectual Disabilities*, Oxford, Oxford University Press., 2003.

33. Anche in altri casi sono stati introdotti fattori culturali. Si veda, ad esempio, *In re Air Crash Disaster Near New Orleans*, 789 F.2d 1092 (5° Circuito 1986); *Saavedra v. Korean Air Lines*, 93 F.3d 547 (9° Circuito 1996). Nei tribunali canadesi è stata presa in considerazione la pietà filiale ai fini della quantificazione dei danni in cause riguardanti la morte di un figlio o di una figlia di famiglie di origine cinese e vietnamita. Si veda, ad esempio, *To v. Toronto (City) Bd. of Educ.*, [2001], 55 O.R. (3°) 641 (C.A.); *Lian v. Money*, [1994] 8 W.W.R. 463 (B.C.S.C.), riformata, [1996] 4 W.W.R. 263 (B.C.C.A.); *Lai v. Gill*, [1980] 1 S.C.R. 431, [1868] B.C.J. No. 1988, [1978] B.C.J. No. 300. Sono grata alla Professoressa Jennifer A. Chandler, della Facoltà di Legge dell'Università dell'Ottawa per avermi segnalato questi casi.

era il figlio maggiore, nella cultura egiziana c'era una forte aspettativa che egli li avrebbe sostenuti durante la vecchiaia³⁴. Il giudice sposò questa tesi e liquidò alla famiglia 3,6 milioni di dollari a titolo di risarcimento danni³⁵.

In un altro caso, ad un indù che aveva ordinato un *burrito* di fagioli nella catena di *fast food* Taco Bell fu erroneamente servito un *burrito* di manzo, poi parzialmente consumato dallo stesso. Ciò rappresentò la violazione di un importante tabù alimentare, e l'uomo, che subì un trauma psicologico a causa dell'accaduto, si sentì costretto ad andare in India per purificarsi nel Gange. In seguito intentò una causa chiedendo il risarcimento dei danni per il trauma subito³⁶. Ne seguì una transazione stragiudiziale prima del processo per una somma non resa nota. L'opinione pubblica, almeno stando a quanto si può leggere nelle lettere inviate ai quotidiani che commentarono l'accaduto, non espresse grande simpatia nei confronti del ricorrente, sostenendo che, se l'interesse in gioco fosse stato effettivamente così alto, lo stesso avrebbe dovuto srotolare il *burrito* per controllarne preventivamente il contenuto.

Vi è, infine, un sorprendente numero di azioni legali intentate contro obitori e medici legali per il fatto di aver praticato autopsie. Secondo alcune culture, i morti vanno nell'aldilà nella condizione in cui si trovano al momento della sepoltura, quindi, se hanno subito una mutilazione, rimarranno mutilati per l'eternità. Poiché il diritto anglo-americano considera i morti come un bene soggetto ad un regime giuridico simile al diritto di proprietà (*quasi-property*) e di certo non in grado di citare in giudizio a proprio nome e per proprio conto, la causa intentata dai parenti si fonda non su alcun diritto culturale del defunto, ma sull'umiliazione da loro stessi subito per un'autopsia non autorizzata sul corpo del defunto³⁷.

6. Argomenti a sostegno e contro la rilevanza del fattore culturale

Una delle principali motivazioni contrarie alla *cultural defense* o difesa culturale è che l'introduzio-

ne di questo istituto comporterebbe una semplificazione eccessiva e una reificazione dei gruppi, trasformati in oggetti culturali e stereotipati. Se un tribunale ammette prove che dimostrano che i lividi sono stati causati dal *cao gio*, per esempio, questo potrebbe dare la fallace impressione che tutti i soggetti provenienti dal sud est asiatico utilizzino questo rimedio popolare.

Anche se vi è il rischio che l'uso della *cultural defense* rafforzi certi stereotipi, si può facilmente ovviare a questo inconveniente. I Tribunali e i mezzi di informazione dovrebbero, infatti, evidenziare con particolare cura che una data difesa culturale è stata invocata da un soggetto singolo in un caso specifico; se il caso giudiziario è presentato col dovuto equilibrio e buon senso, la collettività sarà meno incline a generalizzazioni. D'altra parte, potrebbe anche darsi che in alcuni casi un'usanza sia ampiamente praticata (come nel caso del *cao gio*), al punto che si potrebbe affermare, senza tema di smentita, che alcuni gruppi sono comunemente adusi a tale tecnica. Un modello di comportamento non equivale necessariamente ad uno stereotipo, ed è opportuno sempre considerare che in ogni gruppo culturale vi sono individui che deviano dal modello.

Un altro argomento contro il riconoscimento del fattore culturale è che certi soggetti potrebbero presentarsi come membri di determinati gruppi strategicamente per, ad esempio, avere la possibilità di portare addosso un coltello, usare un farmaco o una droga, sposare più donne, e via enumerando. Anche se non si può escludere in radice che qualcuno finga di appartenere a un gruppo religioso o culturale, i tribunali dispongono degli strumenti per determinare se tali soggetti sono veramente *sikh*, *rastafariani*, *mormoni*, o membri di determinate minoranze. Secondo alcuni, certi soggetti potrebbero non limitarsi a rivendicare una falsa appartenenza ad un gruppo, ma addirittura inventare interamente una pratica culturale o religiosa che non esiste, ad esempio, affermando di appartenere ad un credo che impone l'uso di mitragliatrici.

Sebbene questi rischi siano teoricamente possibili, i giudici dovrebbero essere in grado di accertare se

34. *In re Air Crash near Nantucket Island, Massachusetts v. EgyptAir*, 462 F. Supp. 2d 350 (E.D.N.Y. 2006). Poiché EgyptAir non negò la propria responsabilità, la decisione riguardò esclusivamente la quantificazione dei danni. Cit. (789 F.2d 1092 (5° Circuito 1986), p. 362.

35. John Marzulli, (8 dicembre 2006). *Air Crash Victim's Kin Win \$3.6M Award*, in *N.Y. Daily News*, 8 dicembre 2006, www.nydailynews.com. L'avvocato della famiglia rimarcò l'importanza dell'argomentazione culturale: «Il giudice ha tenuto conto, con grande elasticità, del ruolo del figlio primogenito in una famiglia egiziana».

36. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit., p. 107.

37. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit., cap. *The Dead*. Si veda, inoltre, A. Dundes Renteln, *The Rights of the Dead: Autopsies and Corpse Mismanagement in Multicultural Societies*, 100:4 S. ATL. Q. 1005-1027 (2001).

una siffatta religione esista davvero e se i membri di un gruppo non sono sinceri.

Al fine di aiutare i giudici nell'*iter* valutativo delle rivendicazioni culturali, ho suggerito un *test* per la *cultural defense* che ciascun giudice potrebbe applicare. Il *test* consiste di queste domande³⁸:

- 1) L'imputato o il ricorrente appartiene ad un gruppo etnico?
- 2) L'usanza appartiene al gruppo etnico in questione?
- 3) La condotta dell'imputato o del ricorrente è stata influenzata da tale usanza?

Se gli organi giudicanti adottano tale *test*, dovrebbero essere in grado di rilevare l'eventuale falsità delle affermazioni nei procedimenti penali e civili. La risposta negativa ad una delle domande del *test* è, infatti, di per sé sufficiente a mettere in dubbio la veridicità della difesa culturale invocata.

Supponendo di poter superare le difficoltà pratiche nella valutazione di certe rivendicazioni culturali dopo aver ammesso le prove che le sostengono, bisogna chiedersi quanto queste debbano poi prevalere nel merito, e quindi giustificare un certo tipo di condotta. Che cosa succede se vi è la prova che una cultura consente i delitti d'onore nel caso in cui le ragazze nubili hanno un comportamento apparentemente inaccettabile per la propria famiglia? Dovrebbe essere consentita una particolare usanza culturale che mette a repentaglio donne, bambini, o membri di altri gruppi vulnerabili? A mio parere, i costumi che causano un danno irreparabile non dovrebbero essere ammessi. Pertanto, da un lato ritengo che la cultura debba avere una massima rilevanza a livello procedurale, nel senso che la produzione di prove culturali dovrebbe sempre essere ammessa, ma dall'altro ritengo che le argomentazioni culturali debbano essere rigettate nel merito in tutti i casi in cui una data usanza si traduca in un danno irreparabile.

Alcuni temono che una politica ufficiale che riconosca la *cultural defense* possa pregiudicare l'integrità dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, l'idea di giustizia individualizzata impone la ricerca di una pena proporzionata al reato e l'argomento culturale serve proprio per garantire che la pena rappresenti una risposta commisurata alla gravità del reato commesso. Un genitore che cerca di guarire il figlio ha un minor grado di colpa rispetto a chi usa punizioni corporali su un minore. Nella misura in cui la legge consente la considerazione di qualità personali, come ad esem-

pio il fatto che un soggetto sia – o meno – sano di mente, maggiorenne o minorenni, l'aggiunta del fattore «identità culturale» rappresenta semplicemente un'ulteriore caratteristica di cui tenere conto; richiedere con determinazione la proporzionalità della giustizia non costituisce uno scostamento radicale rispetto alla politica attuale. L'introduzione di elementi di prova culturali aiuta i giudici a personalizzare la sentenza in modo da far sì che la pena non sia sproporzionatamente severa.

È doveroso evidenziare come la mera facoltà di invocare una difesa culturale non vincola in alcun modo il giudice o la giuria ad accogliere tale tipo di prova: come avviene nel caso di un imputato che eccipisce la propria infermità mentale, la difesa può essere rigettata. L'ipotesi che alcuni possano cercare di abusare di un mezzo probatorio non è un motivo sufficiente per negare tale diritto nei casi in cui il suo uso sarebbe legittimo.

In alcuni casi federali si è sostenuto che sono le linee guida su come redigere le sentenze elaborate a livello federale a precludere espressamente la considerazione dell'etnia o dell'origine nazionale. Tuttavia, a mio avviso bisogna considerare che la *ratio* di tali previsioni si spiega nell'ottica di una politica tesa ad evitare che razzismo e xenofobia influenzassero le decisioni giudiziarie, pertanto non sarebbe corretto invocarle al fine di escludere la rilevanza delle prove culturali. In questa sede si propone l'introduzione dei fattori culturali in un'ottica *pro reo*, pertanto non avrebbe senso fare affidamento sulla suddetta politica per escludere tali elementi di prova.

Sono state fornite varie motivazioni di ordine costituzionale in sostegno della rilevanza delle prove culturali. Oltre al principio di uguaglianza, del giusto processo, e del diritto ad una difesa effettiva, ve ne sono altre fondate sul Primo Emendamento e sulle obbligazioni internazionali in materia di diritti umani. Le prove culturali possono rendersi necessarie a garantire la libertà religiosa, come nel caso dei bambini *sikh* non ammessi a scuola a causa di un'errata visione secondo cui il *kirpan* sarebbe un'arma e non un simbolo religioso. Il diritto alla cultura è un diritto fondamentale stabilito dall'Articolo 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, ratificato da quasi tutti i Paesi, compresi gli Stati Uniti. I firmatari hanno l'obbligo positivo di far rispettare il diritto alla cultura: tale obbligo può essere interpretato nel senso di garantire alle parti di un procedimento il diritto di spiegare le proprie motivazioni culturali in giudizio e quindi il diritto procedurale di esibire pro-

38. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit., p. 207. Si veda anche A. Dundes Renteln, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, 20:1 Canadian Journal of Law & Society, 2005, pp. 47–67, ripubblicato in M.C. Foblets & A. Dundes Renteln (a cura di), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

ve culturali che poi il giudice valuterà se accogliere o meno nel merito³⁹.

Il diritto alla cultura, tuttavia, deve anche essere bilanciato con altri importanti diritti umani, quali i diritti delle donne, i diritti dei bambini, i diritti delle persone con disabilità e i diritti fondamentali alla vita e alla integrità fisica. Quando un'usanza determina un danno irreparabile, la prova culturale non dovrebbe attenuare la responsabilità penale, i soggetti in questione non dovrebbero ottenere una deroga, e la quantificazione dei danni non dovrebbe discostarsi dalla determinazione ordinaria. Per contro, quando un'usanza non comporta alcun rischio grave in tal senso, sono dell'opinione che le persone abbiano il diritto di seguire i propri progetti di vita senza subire interferenze da parte delle istituzioni.

7. Indicazioni pratiche per valutare efficacemente le prove culturali

L'ammissione e la valutazione delle prove concernenti culture diverse nell'ambito di specifiche controversie giudiziarie potrebbero scoraggiare i giudici⁴⁰, ma esistono vari modi di affrontare tali sfide in modo che la diversità culturale, sempre più frequentemente rilevata nelle aule di tribunale, non sia considerata un problema.

I giudici possono manifestare la propria attenzione e considerazione nei confronti di soggetti provenienti da altre culture in molti modi. Nel far prestare giuramento, i Tribunali possono mettere a proprio agio i testimoni consentendo loro di utilizzare simboli rappresentativi per il loro credo, come i loro libri sa-

cri, per esempio, Gita (per gli *indù*), il Sunder Gutka (per i *sikh*), e il Corano (per i *musulmani*). Questa pratica di sostituzione del testo sacro di riferimento, consentita da vari anni nel Regno Unito⁴¹, presenta vari vantaggi: mostra rispetto nei confronti delle differenze culturali e aumenta significativamente le probabilità che il soggetto chiamato a deporre si senta in dovere di dire la verità. Potrebbero anche rendersi necessari alcuni piccoli *adattamenti*, come nel caso dei membri di minoranze religiose che potrebbero avere bisogno di lavarsi prima di prestare giuramento, o per chi è tenuto a indossare un copricapo religioso; questo potrebbe richiedere un'interpretazione elastica della regola tradizionale che vieta di indossare cappelli in aula.

L'uso e la corretta pronuncia dei nomi possono essere utili, per non parlare della disponibilità di interpreti qualificati e periti specializzati in questioni culturali⁴². Gli studiosi che hanno dedicato la propria carriera allo studio delle usanze popolari di specifici gruppi sono qualificati a rendere pareri ai giudici circa la fondatezza delle affermazioni di ordine culturale. I tribunali potrebbero dover decidere se nominare periti d'ufficio per giudicare le contrastanti opinioni dei periti di parte o per rendere un parere in luogo degli stessi⁴³.

Il Regno Unito ha da tempo adottato un manuale giudiziario sulle tradizioni delle minoranze etniche – il *Judicial Handbook on Ethnic Minority Traditions* del 1994 riedito nel 1999 come *Equal Treatment Bench Book* – i cui capitoli illustrano diversi modi di far prestare giuramento e danno informazioni su diversi sistemi di attribuzione dei nomi, sul linguaggio corporeo, sulle religioni e i modelli familiari interculturali. Sarebbe auspicabile che l'*American Bar Association*,

39. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit. Si veda, inoltre, A. Dundes Renteln, *Cultural Rights*, in P. Baltes & N. Smelser (a cura di), *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*, 2002; A. Dundes Renteln, *In Defense of Culture in the Courtroom*, in R. Shweder, M. Minow & H. Rose-Markus (a cura di) *Engaging Cultural Differences: The Multicultural Challenge In Liberal Democracies*, New York, Russell Sage Foundation, 2002, pp. 194-215.

40. I giudici che hanno conoscenze nell'ambito dell'antropologia, del folklore, di questioni comparatistiche in materia religiosa, cultura politica, e settori correlati saranno con ogni probabilità più a proprio agio quando si troveranno a dover analizzare tradizioni culturali diverse dalle loro.

41. Il *Judicial Studies Board* ha prodotto il *Handbook On Ethnic Minority Issues* (1994) che al capitolo 2 elenca diversi tipi di giuramento e spiega come i Tribunali possano accogliere eventuali richieste speciali relativi agli stessi. «Se da un lato la legge prevede la procedura da seguire per un cristiano o un ebreo, dall'altro si limita ad affermare che il giuramento debba essere prestato "con qualsiasi legittima modalità" da soggetti che non siano né cristiani né ebrei» (cap. 2.4). Il manuale del 1994 è stato più volte aggiornato, si veda *Judicial Studies Board, Equal Treatment Bench Book* (2004), cap. 3. Quanto sopra è previsto anche dalla legge della California.

42. L'*American Bar Association* potrebbe creare un sito *web* contenente l'elenco dei periti specializzati sui vari gruppi etnici e le loro usanze. Le informazioni per creare un siffatto database potrebbero essere ottenute consultando varie associazioni di categoria.

43. Alcuni temono che certi periti "mercenari" possano essere indotti a fornire una visione volutamente travisata dei gruppi culturali i cui membri sono *sub iudice*. Nonostante non possa escludersi a priori che ciò accada, i codici di deontologia professionale forniscono le indicazioni necessarie ai periti che si trovano a dover rendere testimonianza in simili circostanze.

l'*American Judicature Society* e altre organizzazioni redigessero congiuntamente un manuale analogo per i giudici statunitensi e lo stesso dovrebbe, a mio avviso, avvenire anche in altre giurisdizioni.

Una certa *varietà culturale* nella composizione del corpo giudiziario e della giuria sarebbe, ugualmente, molto utile. Se tra i giurati di un caso riguardante una data tradizione culturale vi fosse un membro della stessa comunità culturale, probabilmente sarebbero garantite una maggior comprensione ed equità; certamente, la preclusione di giurati con lo stesso *background* culturale potrebbe essere dannosa. Inoltre, l'elaborazione di modelli di istruzioni per la giuria concernenti la valutazione delle usanze arrecherebbe un beneficio a tutte le parti del contenzioso.

Ancora, i giudici nelle cui giurisdizioni risiede un numero considerevole di minoranze culturali potrebbero imparare le loro lingue, documentarsi sul loro folklore e interagire con le comunità etniche presenti nelle loro collettività, dato che aumenterebbe la fiducia di tutti i consociati nei confronti del sistema giudiziario.

Programmi di formazione giudiziaria potrebbero contribuire a rendere edotti i giudici circa quali usanze sono più esposte al rischio di essere interpretate erroneamente. Questo tipo di corsi potrebbe rientrare nei programmi di orientamento per i nuovi giudici, nonché nella formazione giudiziaria continua. Ad esempio, sempre negli Stati Uniti, l'avvocato Kathleen Sikora, *research attorney*, e il giudice Robert Timlin hanno istituito un corso annuale, «Giurisprudenza e cultura», presso il Centro per l'istruzione e la ricerca giudiziaria della California. Più di recente, il giudice Delissa Ridgway, una pioniera della giustizia trans-culturale, ha organizzato Comitati per la giustizia trans-culturale presso l'American bar association, l'Associazione nazionale delle donne giudici, e altri gruppi professionali. Un numero crescente di associazioni giuridiche e giudiziarie, che vanno dall'*American Bar Association* (Aba) al *North American south Asian bar associaton* (Ordine degli avvocati del Nord America e dell'Asia meridionale) (Nasaba) hanno condotto azioni di sensibilizzazione su questo argomento. Oltre ai corsi nazionali sulla formazione culturale, potrebbero essere stanziati dei finanziamenti anche per consentire ai giudici di fare viaggi

di «immersione culturale» in altri Paesi, in modo da sperimentare direttamente visioni del mondo diverse dalla propria e vedere gli aspetti positivi del folklore di altre società. Iniziative come questa porterebbero una maggiore comprensione trans-culturale e la magistratura ne trarrebbe enormi benefici.

Conclusioni

Le questioni culturali sono approdate nelle aule dei tribunali, sia nelle aree urbane che in quelle rurali degli Stati Uniti, e i giudici di tutto il mondo si sono ritrovati di fronte a domande complesse poste dalla convivenza multiculturale. È evidente che per garantire il diritto ad un equo processo, una giustizia uguale per tutti, la libertà di credo e di culto per tutte le fedi e i principali diritti umani internazionali, i giudici dovrebbero tenere in adeguata considerazione le differenze culturali. Riguardo alle modalità concrete, l'approccio da me consigliato è volto a ritenere sempre ammissibili le prove culturali a livello procedurale, seguite da un'attenta valutazione tramite il *test* culturale che ho elaborato per verificare se effettivamente la cultura abbia influenzato la condotta. Una volta valutata la fondatezza, la prova culturale dovrebbe assumere un peso nella decisione del caso a livello sostanziale e di merito, salvo che la condotta in questione comporti un danno irreparabile a terzi, principalmente inteso in riferimento all'integrità fisica ma non solo, profilo che dovrebbe rappresentare un limite invalicabile al riconoscimento culturale.

I giudici hanno molte responsabilità, spesso potenzialmente confliggenti, una delle quali è quella di tutelare i diritti delle minoranze. Quando le parti in causa appartenenti a gruppi minoritari chiedono l'ammissione di prove culturali, i Tribunali possono accogliere tale richiesta, in quanto non vi è alcuna norma che impedisca che le stesse vengano prese in considerazione. Ugualmente niente impedisce di adattare lo *standard* dell'agente modello ai diversi gruppi culturali: dimostrando che l'ordinamento giuridico è flessibile al punto da tener conto di definizioni variabili della cosiddetta condotta «ragionevole», i Tribunali rendono comprensibili le azioni culturalmente motivate e garantiscono che l'interesse della giustizia sia preservato.