



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

*Facoltà di Giurisprudenza*

*Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale*

---

ANGELICA BONFANTI

**DIVERSITÀ CULTURALE,  
PRATICHE TRADIZIONALI DANNOSE  
E DIRITTI UMANI**

**UN'ANALISI DI DIRITTO INTERNAZIONALE  
PUBBLICO E PRIVATO**



**G. Giappichelli Editore**



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

*Facoltà di Giurisprudenza*

*Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale*

---

Studi di diritto internazionale ed europeo

27

*La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.*

*Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.*

*La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.*

ANGELICA BONFANTI

DIVERSITÀ CULTURALE,  
PRATICHE TRADIZIONALI DANNOSE  
E DIRITTI UMANI  
UN'ANALISI DI DIRITTO INTERNAZIONALE  
PUBBLICO E PRIVATO



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0758-6

ISBN/EAN 979-12-211-5754-3 (ebook - pdf)

*Il presente volume è pubblicato nell'ambito e con il contributo dello Jean Monnet Module su 'Cultural Diversity and Human Rights Law' (CultHum), co-finanziato dall'Unione Europea presso l'Università degli Studi di Milano (Project: 101085113 – CultHum – ERASMUS-JMO-2022-HEI-TCH-RSCH).*



**Co-funded by  
the European Union**

*Il finanziamento dell'Unione europea alla produzione di questo volume non costituisce un'approvazione del suo contenuto. Le opinioni e il punto di vista espressi in questo volume sono esclusivamente dell'autrice e non riflettono necessariamente quelli dell'Unione europea, della Commissione europea o di EACEA. L'Unione europea, la Commissione europea ed EACEA non possono essere ritenute responsabili per il loro contenuto.*

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

*Ad Achille, Giovanni e Michele*



## RINGRAZIAMENTI

*Sono profondamente grata alle colleghe e ai colleghi che hanno contribuito a farmi appassionare al tema della diversità culturale, delle pratiche tradizionali e dei diritti umani e che con i loro eccellenti spunti mi hanno stimolato a sviluppare le riflessioni che ho riferito in questo libro. In particolare, un ringraziamento sincero per le impeccabili osservazioni e i suggerimenti generosi alla Prof.ssa Nerina Boschiero. La mia gratitudine va anche alle Prof.sse Chiara Ragni e Sara De Vido, al Prof. Luca Maserà e al Dott. Michele Grassi per i loro preziosi consigli. Desidero ringraziare, inoltre, i professori che hanno eseguito il referaggio anonimo del volume, i cui pregevoli commenti sono stati per me di grande aiuto. Un sentito ringraziamento, infine, alle Prof.sse Micaela Frulli, Alessia Di Pascale, Ilaria Angela Anrò e Lucia Bellucci, per avermi ispirato con i loro preziosi contributi nel Modulo Jean Monnet 'Cultural Diversity and Human Rights Law', nell'ambito del quale questo volume è pubblicato, alla D.ssa Costanza Rizzetto, per il suo sempre competente apporto, e alle associazioni ActionAid, Aidos e WeWord, la collaborazione con le quali nel medesimo Modulo mi ha permesso di comprendere meglio i fenomeni di cui il libro tratta e testare nella prassi la ragionevolezza delle mie opinioni.*



## INDICE

*pag.*

### CAPITOLO I

#### LA DIVERSITÀ CULTURALE TRA UNIVERSALISMO E RELATIVISMO DEI DIRITTI UMANI

1. Definizione del tema e delimitazione dell'ambito d'indagine 1
2. La valorizzazione della diversità culturale nel diritto internazionale 8
3. La tutela della diversità culturale nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani 16
4. La tutela della diversità culturale nei sistemi interamericano e africano di protezione dei diritti umani e negli strumenti giuridici asiatici e mediorientali 27
5. La diversità culturale nel confronto tra universalismo e relativismo dei diritti umani 40
6. Universalismo e relativismo dei diritti umani, tra trattati a partecipazione universale e riserve 49
7. Lo *status* giuridico delle norme sui diritti umani e la sua incidenza sul dibattito tra universalismo e relativismo 64
8. (*Segue*): il rilievo del diritto internazionale cogente 80

### CAPITOLO II

#### LE PRATICHE TRADIZIONALI DANNOSE E I DIRITTI CONSUETUDINARI E RELIGIOSI ALLA LUCE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO

1. Pratiche tradizionali dannose e obblighi internazionali degli Stati 87
2. Le pratiche nocive per la salute e la vita delle bambine e delle donne: le mutilazioni genitali femminili 94

	<i>pag.</i>
3. I matrimoni precoci, infantili e forzati	103
4. Pratiche tradizionali discriminatorie in ambito familiare	116
5. ( <i>Segue</i> ): e in materia di diritto all'istruzione	127
6. Le consuetudini in materia di abbigliamento di carattere religioso: pratiche tradizionali dannose?	131
7. I diritti consuetudinari e religiosi alla luce del diritto internazionale	143
8. Diritti religiosi e consuetudinari e diritti umani, nelle prassi nazionali	154
9. Pratiche tradizionali dannose e reati culturalmente motivati: un <i>focus</i> sulla giurisprudenza italiana	163

### CAPITOLO III

#### DIVERSITÀ CULTURALE E PRATICHE TRADIZIONALI DANNOSE NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

1. La valorizzazione della diversità culturale nel diritto internazionale privato	175
2. Diversità culturale e ordinamenti plurilegislativi: i diritti religiosi e consuetudinari nel diritto internazionale privato	186
3. L'ordine pubblico internazionale in una società multiculturale	195
4. I matrimoni forzati, precoci e infantili	206
5. Il ripudio	218
6. L'accesso alla giustizia in una società multiculturale: la mancata previsione nel Regolamento Bruxelles-II <i>ter</i> del <i>forum necessitatis</i> in materia di divorzio	226
<i>Conclusioni</i>	239

CAPITOLO I

LA DIVERSITÀ CULTURALE TRA UNIVERSALISMO  
E RELATIVISMO DEI DIRITTI UMANI

SOMMARIO: 1. Definizione del tema e delimitazione dell'ambito d'indagine. – 2. La valorizzazione della diversità culturale nel diritto internazionale. – 3. La tutela della diversità culturale nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani. – 4. La tutela della diversità culturale nei sistemi interamericano e africano di protezione dei diritti umani e negli strumenti giuridici asiatici e mediorientali. – 5. La diversità culturale nel confronto tra universalismo e relativismo dei diritti umani. – 6. Universalismo e relativismo dei diritti umani, tra trattati a partecipazione universale e riserve. – 7. Lo *status* giuridico delle norme sui diritti umani e la sua incidenza sul dibattito tra universalismo e relativismo. – 8. (*Segue*): il rilievo del diritto internazionale cogente.

1. *Definizione del tema e delimitazione dell'ambito d'indagine.*

Garantire la diversità culturale costituisce una sfida di importanza cruciale per la società odierna. Se per cultura si intende l'insieme degli elementi distintivi di carattere spirituale, materiale, intellettuale ed emotivo che contraddistinguono un gruppo sociale in un dato momento storico, e che comprendono, oltre ad arte e letteratura, gli stili di vita, i modi di convivenza, i sistemi di valori, le tradizioni, le credenze e la religione<sup>1</sup>, la tutela della diversità culturale oggi rappresenta senza dubbio una questione centrale, e quanto mai irrisolta. Ferma l'importanza della diversità culturale, «tratto di-

---

<sup>1</sup> UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, 2 novembre 2001, preambolo; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (art. 15, par. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/21, 21 dicembre 2009, par. 13.

stintivo [...] di una società democratica»<sup>2</sup>, non si può tacere tuttavia che talvolta la cultura è invocata anche come giustificazione per l'attuazione di pratiche tradizionali e l'applicazione di precetti, prescritti nei diritti tradizionali o religiosi, effettivamente o potenzialmente confliggenti con la tutela dei diritti umani. Il presente studio esamina le problematiche di carattere internazional-pubblicistico e internazional-privatistico che attengono al complesso bilanciamento tra le due esigenze, da un lato, di proteggere la diversità culturale e le differenti identità culturali e, dall'altro, di tutelare i diritti umani, nei casi in cui il loro rispetto è messo a repentaglio dall'attuazione di queste pratiche o dall'applicazione di questi precetti.

L'indagine si concentra, in particolare, sull'ambito delle relazioni familiari. Si tratta di un campo estremamente delicato, in quanto contraddistinto da consuetudini frequentemente connaturate all'appartenenza a comunità sociali o religiose e all'adesione al sistema dei valori, alle tradizioni, agli stili di vita e ai precetti da queste seguite. Pratiche tradizionali e religiose, stili di vita, precetti e consuetudini, espressione di culture diverse, sono in via di principio meritevoli di protezione ai sensi del diritto internazionale; ciò nonostante, essi talvolta confliggono con il rispetto di diritti riconosciuti come essenziali. Come rileva il *Working Group* delle Nazioni Unite *on the Issue of Discrimination against Women in Law*, persiste, ad esempio, in ambito familiare un approccio discriminatorio di genere, fondato sulla religione e sul ricorso a giustificazioni di carattere culturale, poste a fondamento di leggi discriminatorie o prassi confliggenti con i diritti umani<sup>3</sup>. Il Gruppo ritiene che la discriminazione troppo spesso abbia inizio proprio in famiglia, dove, ad esempio, le donne e le ragazze sono frequentemente costrette a rivestire ruoli stereotipati e secondari, sopportare pratiche dannose, subire l'oppressione patriarcale e significative violazioni dei diritti umani, tra cui violenza domestica e abusi sessuali. Con il pretesto di proteggere la famiglia, alcuni Stati stanno assumendo o hanno già assunto iniziative volte a diluire il rispetto dei diritti umani, ragion per cui, pur riconoscendo che la famiglia è la struttura

---

<sup>2</sup> Così European Court of Human Rights, Case of S.A.S. v. France, 43835/11, GC, 1° luglio 2014, par. 128. La traduzione è nostra.

<sup>3</sup> Working Group on the Issue of Discrimination against Women in Law, A/HRC/38/46, 14 maggio 2018, par. 26-30.

fondamentale della società, il Gruppo di lavoro insiste sulla necessità di riaffermare il diritto delle donne all'uguaglianza in tutti gli aspetti della vita familiare e affrontare le crescenti sfide poste alla parità di genere in nome della cultura e della religione.

Parecchie pratiche tradizionali in ambito familiare – espressioni di valori, credenze e consuetudini – comprimono il godimento di diritti umani che nel diritto internazionale appaiono indiscussi, giungendo talvolta a violarli in modo profondo. Ci riferiamo, ad esempio, ai matrimoni forzati e precoci, al ripudio o alle mutilazioni genitali femminili, che mostrano profili di incompatibilità evidente con il diritto di contrarre matrimonio e formare una famiglia scegliendo liberamente il proprio partner, di esercitare diritti su base paritaria con il coniuge nell'ambito del rapporto matrimoniale o di godere del rispetto dell'integrità fisica e del diritto alla salute. Ma anche altre pratiche, solo in apparenza meno drammaticamente contrarie ai diritti umani più fondamentali, presentano, dal punto di vista giuridico, aspetti altrettanto problematici: si pensi, ad esempio, alle discriminazioni nei confronti delle donne in materia di diritti successori o istruzione, o a istituti sconosciuti – o non più conosciuti – negli ordinamenti europei, come i reati d'onore o il conferimento della dote. E non sono i soli esempi: tra le pratiche in questione si annoverano anche le restrizioni dietetiche estreme imposte alle donne, anche durante la gravidanza, l'alimentazione forzata, i test di verginità, le pratiche tradizionali relative al parto, la marchiatura e l'inflizione di marchi tribali, le punizioni corporali, la lapidazione, i riti di iniziazione violenta, le pratiche correlate alla vedovanza, le accuse di stregoneria, l'infanticidio e l'incesto, l'allungamento del collo con anelli o la stiratura del seno<sup>4</sup>. Si tratta di quelle pratiche che le Nazioni Unite definiscono 'pratiche tradizionali dannose' (in inglese *'harmful traditional practices'*)<sup>5</sup>. Il *Working Group* delle Nazioni Unite sulla discriminazione contro le donne registra che, nonostante molti Paesi abbiano proibito le pratiche dannose, esse sono ancora diffuse in molti altri: «in some

---

<sup>4</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Committee on the Rights of the Child, Joint General Recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of the Discrimination against Women / General Comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on Harmful Practices, 14 novembre 2014, par. 7, 8 e 9.

<sup>5</sup> Ibid.

countries, women are deprived of their fundamental rights due to, inter alia, a lower minimum age of marriage for girls, guardianship systems, forced marriage, polygamous marriage, discrimination in nationality rights, divorce rights and unequal rights to custody, inheritance and access to property and land. In the name of perceived honour, purity and tradition, girls and women are subject to 'honour' killing, child marriage, widowhood rites and female genital mutilation, among other violations of their rights. In some regions, there has been no progress at all towards eliminating child marriage»<sup>6</sup>. Secondo i Comitati per i diritti dei fanciulli (di seguito 'Comitato CRC') e sull'eliminazione delle discriminazioni contro le donne (di seguito 'Comitato CEDAW'), le pratiche nocive sono tuttora spesso avallate per giustificare «gender-based violence as a form of 'protection' or control of women and children in the home or community» e sono associate con «serious forms of violence or are themselves a form of violence against women and children»<sup>7</sup>.

Occorre infine specificare che spesso si tratta di pratiche prescritte da regole del diritto locale consuetudinario, che gli individui rispettano in quanto membri di gruppi etnici, o di prassi previste da precetti di ispirazione religiosa. Numerosi ordinamenti nazionali hanno infatti carattere plurilegislativo, ossia sono sistemi giuridici complessi che integrano il diritto statale con regole che trovano applicazione su base personale e si applicano agli individui in virtù della loro appartenenza a determinate comunità. Un rapporto registra che delle 190 costituzioni nazionali esaminate, 115 prevedono disposizioni che attribuiscono rilievo normativo ai diritti consuetudinari<sup>8</sup>. Così è anche per gli ordinamenti di molti Paesi che conferiscono al diritto religioso lo *status* di fonte del diritto.

Il diritto consuetudinario consiste nell'insieme dei precetti di carattere tradizionale accettati come vincolanti, o delle norme di condotta, delle

---

<sup>6</sup> Working Group on the Issue of Discrimination against Women in Law, cit., par. 26.

<sup>7</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Committee on the Rights of the Child, Joint General Recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/General Comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on Harmful Practices, cit., par. 6 e 7.

<sup>8</sup> K. CUSKELL, *Customs and Constitutions: State Recognition of Customary Law Around The World*, IUCN, Bangkok, 2011, reperibile a: <https://www.iucn.org/resources/publication/customs-and-constitutions-state-recognition-customary-law-around-world>.

pratiche e delle credenze, intrinsecamente parte del sistema sociale ed economico, rispettate come leggi<sup>9</sup>. Esso ha una forte natura identitaria, come ricorda anche la Corte Suprema nigeriana, che lo identifica nell'«organic or living law of the indigenous people [...] regulating their lives and transactions. It is organic in that it is not static. It is regulatory in that it controls the lives and transactions of the community subject to it. It is said that custom is a mirror of the culture of the people [...] customary law goes further and imports justice to the lives of all those subject to it»<sup>10</sup>. Ricostruire il contenuto del diritto consuetudinario, o meglio dei diritti consuetudinari, è problematico, in ragione della frammentarietà e del carattere orale del processo di formazione delle regole, nei fatti, promananti dalle consuetudini delle differenti comunità localizzate nei diversi Stati, in particolare quelli africani, latino-americani e dell'Oceania. Il loro preminente ambito d'applicazione – soprattutto del diritto indigeno – coincide con la gestione e l'utilizzo delle terre ancestrali e delle risorse naturali, ma frequentemente essi regolano anche le relazioni familiari. Accanto ai precetti che i membri della comunità, in quanto tali, sono chiamati a seguire, i diritti consuetudinari prevedono anche l'istituzione di sistemi tradizionali di soluzione delle controversie, affidati ad autorità operanti nel rispetto di regole di carattere sostanziale e procedurale differenti da quelle che governano l'amministrazione della giustizia dinanzi alle autorità statali.

Anche i diritti religiosi costituiscono sistemi normativi a statuto personale, la cui applicazione coinvolge i fedeli e il cui contenuto si fonda sui precetti stabiliti dai testi sacri. Diversamente dai diritti consuetudinari, i diritti religiosi affondano le proprie radici in «something ('the sacred') or somebody (superhuman beings, gods, God) that transcends the human dimension and, at the same time, lays at its roots»<sup>11</sup>. Tra i diritti

---

<sup>9</sup> Questa la definizione di 'diritto consuetudinario' in B. GARNER (ed.), *Black's Law Dictionary*, VII ed., West Publishing Company, St Paul, 2009, richiamata in K. CUSKELL, *Customs and Constitutions: State Recognition of Customary Law Around the World*, cit., 1.

<sup>10</sup> E.S. NWAUCHE, *The Constitutional Challenge of the Integration and Interaction of Customary and the Received English Common Law in Nigeria and Ghana*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, 2010, 40.

<sup>11</sup> R. BOTTONI, S. FERRARI, R. SANDLBERG, *Introduction. Religious Laws and Their*

religiosi più diffusi ricordiamo i diritti canonico, islamico, ebraico e induista. Ancor più che per i diritti consuetudinari, per questi ultimi la disciplina delle relazioni familiari – in particolare, del matrimonio, del divorzio e dei diritti successori – è un aspetto preminente, così come la soluzione delle controversie negli stessi ambiti, per lo più rimessa a corti speciali operanti in conformità con i precetti religiosi. La natura identitaria dei diritti religiosi è forte: la dottrina evidenzia «la capacità delle grandi religioni e dei loro diritti (a differenza degli Stati e dei loro diritti) di superare i confini senza perdere la forza di attrazione che deriva da una identità e da una appartenenza storicamente e geograficamente collocate»<sup>12</sup>, al punto che «le religioni ed i loro teo-diritti, così carichi di identità e appartenenza, sembrano dunque essere la risposta (o almeno una delle risposte più importanti) all'anonimo e spersonalizzante diritto spaziale prodotto dalla globalizzazione»<sup>13</sup>.

L'attuazione di pratiche tradizionali dannose, il riconoscimento statale dei diritti consuetudinari e religiosi e la loro integrazione negli ordinamenti giuridici interni, congiuntamente all'amministrazione, da parte delle autorità tradizionali e delle corti religiose, dei contenziosi relativi alle materie disciplinate sulla loro base, possono determinare importanti questioni di coordinamento – e talvolta frizione – con la tutela dei diritti umani. In tutte le ipotesi all'esame del presente studio, la tutela dei diritti umani si intreccia con la protezione della diversità culturale, dei diritti culturali e della libertà di religione o con la salvaguardia dei diritti delle minoranze e dei popoli indigeni. Nella ricostruzione che proponiamo quella tra diversità culturale e diritti umani è, infatti, una relazione biunivoca, caratterizzata da due ordini di problemi, che corrispondono ai due principali interrogativi di ricerca cui cercheremo di dare risposta con questo volume: da un lato, occorre chiedersi come la diversità culturale debba essere protetta, quando rischia di essere sproporzionatamente compressa da un'applicazione dei diritti umani impermeabile ai fattori cultu-

---

*Comparison. Theoretical and Methodological Issues*, in R. BOTTONI, S. FERRARI (eds.), *Routledge Handbook of Religious Laws*, Routledge, Abingdon/New York, 7-8.

<sup>12</sup> S. FERRARI, *Tra geo-diritti e teo-diritti. Riflessioni sulle religioni come centri transnazionali di identità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2007, 9-10.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 10.

rali e religiosi che contraddistinguono i diversi gruppi sociali; dall'altro, è necessario individuare le soluzioni adeguate a garantire la tutela dei diritti umani, quando il loro rispetto è messo a repentaglio dall'attuazione di pratiche o dal perfezionamento di istituti che producono effetti confliggenti e ne pregiudicano il rispetto.

L'analisi sarà condotta nella prospettiva e con gli strumenti del diritto internazionale pubblico e privato. Dopo avere analizzato, in questo capitolo, la nozione di 'diversità culturale', esaminato come il diritto internazionale ne valorizzi la tutela e verificato, alla luce degli orientamenti universalista e relativista, se e quali diritti umani per la comunità internazionale siano irrinunciabili, nel Capitolo II il volume approfondirà l'analisi degli obblighi internazionali in materia di prevenzione e repressione delle pratiche tradizionali dannose e le problematiche connesse alla conformità dei diritti consuetudinari e religiosi ai principi internazionali in materia di protezione dei diritti umani. Si analizzeranno, in particolare, le regole e la giurisprudenza internazionale sviluppate con riferimento a specifiche pratiche dannose e ci si interrogherà sull'adempimento, da parte degli Stati con ordinamenti plurilegislativi su base personale, all'obbligo di adattare il diritto interno al diritto internazionale. L'analisi volgerà, infine, nel Capitolo III al diritto internazionale privato, con l'intento di analizzare le problematiche inerenti alla valorizzazione della diversità culturale, al richiamo di ordinamenti plurilegislativi, al riconoscimento di effetti civili a posizioni soggettive che discendono da istituti legittimanti pratiche tradizionali controverse sul piano della compatibilità con i diritti umani e alla protezione – ove necessario – dal rischio di diniego di giustizia.

L'obiettivo del volume è quello di delineare – con un approccio trasversale, che lo contraddistingue come originale e innovativo rispetto ad altri studi che, alternativamente, si concentrano sul diritto internazionale pubblico o privato, o su singoli istituti e pratiche tradizionali – soluzioni giuridicamente valide, in quanto adeguate a proteggere i diritti umani coinvolti e a contemperare le diverse esigenze in gioco, oltre che idonee a preservare e diffondere un approccio multiculturale al diritto, funzionale a tutelare la diversità culturale e salvaguardarne il valore essenziale.

## 2. *La valorizzazione della diversità culturale nel diritto internazionale.*

Uno studioso correttamente nota che «[l]a diversité est une donnée de fait. Dans plusieurs cas, elle exige de choix politiques, consistant à établir si une certaine diversité doit être préservée, afin de perpétuer son existence, ou bien atténuée, sinon éliminée, afin d'éviter des situations d'abus. Ces choix, à leur tour, se traduisent en règles juridiques»<sup>14</sup>. Essa è definita dalla Convenzione UNESCO sulla protezione e promozione della diversità nelle espressioni culturali come l'insieme dei molteplici modi in cui le culture dei gruppi e delle società trovano espressione<sup>15</sup>. In quanto fonte di scambio, innovazione e creatività, essa è definita patrimonio comune dell'umanità a beneficio delle generazioni presenti e future<sup>16</sup> ed è considerata necessaria per l'umanità, come la biodiversità per la natura, e requisito essenziale per lo sviluppo sostenibile<sup>17</sup>. La sua difesa è un imperativo etico, inseparabile dal rispetto della dignità umana, dei diritti umani e delle libertà fondamentali<sup>18</sup>.

La diversità culturale – così come le pratiche tradizionali e i diritti consuetudinari e religiosi in cui si esprime, oggetto dell'analisi condotta nel presente volume – affonda le proprie radici nella nozione di 'cultura'. Tra i plurimi strumenti giuridici che la codificano, la Dichiarazione universale sulla diversità culturale offre una definizione ampia di 'cultura', inclusiva delle caratteristiche spirituali, materiali, intellettuali ed emotive distintive di una società o di un gruppo sociale e comprensiva, oltre che dell'arte e della letteratura, dei «lifestyles, ways of living together, value systems, tradi-

---

<sup>14</sup>T. SCOVAZZI, *La diversité comme paradigme du droit international – Une notion en discussion*, in V. NEGRI (ed.), *La diversité dans la gouvernance internationale*, Bruylant, Parigi/Nanterre, 2016, 190.

<sup>15</sup>UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, 2005, art. 4(1).

<sup>16</sup>UNESCO Universal Declaration of Cultural Diversity, cit., art. 2; UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, cit., preambolo. Si veda T. SCOVAZZI, *La diversité comme paradigme du droit international – Une notion en discussion*, cit.

<sup>17</sup>UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, cit., art. 6.

<sup>18</sup>UNESCO Universal Declaration of Cultural Diversity, cit., art. 4.

tions and beliefs»<sup>19</sup>. La definizione è ulteriormente specificata dal *General Comment* all'art. 15 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali (di seguito 'Patto ESCR') che chiarisce che per 'cultura' si intendono «tra gli altri, i modi di vita, la lingua, la letteratura orale e scritta, la musica e il canto, la comunicazione non verbale, la religione o i sistemi di credenze, i riti e le cerimonie, lo sport e i giochi, i metodi di produzione o la tecnologia, gli ambienti naturali e artificiali, il cibo, l'abbigliamento e l'alloggio e le arti, i costumi e le tradizioni, attraverso cui individui, gruppi di individui e comunità esprimono la propria umanità e il significato che danno alla propria esistenza e costruiscono la propria visione del mondo»<sup>20</sup>. L'afferenza di tradizioni e pratiche sociali e rituali – anche di carattere religioso<sup>21</sup> – alla nozione di cultura è, peraltro, confermata dalla loro ricomprensione nella nozione di 'intangible cultural heritage', disciplinato dalla relativa Convenzione UNESCO del 2003<sup>22</sup>. Dopo avere enfatizzato il suo valore come «mainspring of cultural diversity and a guarantee of sustainable development»<sup>23</sup>, la Convenzione definisce il patrimonio

---

<sup>19</sup> Ibid., preambolo.

<sup>20</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 dicembre 1966, art. 15.1. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life* (art. 15, par. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), cit., par. 13. La traduzione è nostra. Sulla nozione di cultura si vedano: A. BUDZISZEWSKA, *The Right to Culture in International Law*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 315 ss.; R. O'KEEFE, *The 'Right to Take Part in Cultural Life' under Article 15 of the ICESCR*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, 904; ID., *Cultural Life, Right to Participate in, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 916; L. PINESCHI, *Cultural Diversity as a Human Right? General Comment No. 21 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in S. BORELLI, F. LENZERINI (eds.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity. New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, 29 ss.

<sup>21</sup> Sul punto, T. SCOVAZZI, *The Definition of Intangible Cultural Heritage*, in F. LENZERINI, S. BORELLI (a cura di), *Cultural heritage, cultural rights, cultural diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2012, 187.

<sup>22</sup> UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Parigi, 2003. La nozione di patrimonio culturale immateriale, naturalmente, è molto più ampia di quella riferibile all'ambito familiare, su cui il presente studio si focalizza.

<sup>23</sup> UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, cit., preambolo.

culturale immateriale come «le pratiche, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, le competenze – nonché gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali ad essi associati – che le comunità, i gruppi e, in alcuni casi, gli individui riconoscono come parte del loro patrimonio culturale [...] trasmesso di generazione in generazione, costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia, e [in grado di fornire] loro un senso di identità e continuità, promuovendo così il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana»<sup>24</sup>. Tra le sue manifestazioni, la Convenzione include le tradizioni e le espressioni orali, le pratiche sociali e rituali e le conoscenze e le consuetudini che riguardano la natura e l'universo<sup>25</sup>.

La diversità culturale è propedeutica alla protezione dei diritti umani, come stabilito dalla Convenzione dell'UNESCO sulla protezione e promozione della diversità nelle espressioni culturali, il cui preambolo enfatizza «the importance of cultural diversity for the full realization of human rights and fundamental freedoms proclaimed in the [UDHR] and other universally recognized instruments»<sup>26</sup>. Essa è protetta e promossa solo se sono garantiti i diritti umani e le libertà fondamentali, come la libertà di pensiero, espressione e informazione, nonché la capacità degli individui di scegliere le espressioni culturali<sup>27</sup>. La sua realizzazione si esplica, in particolare, nell'esercizio del diritto degli individui e delle collettività di prendere parte alla vita culturale, entro i limiti e con le prerogative previste nel diritto internazionale. Tale diritto è riconosciuto all'art. 15 del Patto ECSR, che stabilisce che gli Stati contraenti devono procedere alla piena realizzazione del diritto, non solo astenendosi dal violarlo, ma anche adottando le misure necessarie per assicurare la conservazione, lo sviluppo e la diffusione della cultura<sup>28</sup>. In merito, il *Gene-*

---

<sup>24</sup> Ibid., art. 2(1). La traduzione è nostra.

<sup>25</sup> Ibid., art. (2).

<sup>26</sup> UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, cit., preambolo; UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, cit., art. 2(1).

<sup>27</sup> UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, cit., preambolo.

<sup>28</sup> R. O'KEEFE, *The 'Right to Take Part in Cultural Life' under Article 15 of the*

*ral Comment* n. 21 del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali (di seguito 'Comitato ESCR') spiega che i diritti culturali sono parte integrante del sistema complessivo dei diritti umani: al pari degli altri, essi sono universali, interdipendenti e indivisibili e il loro rispetto e la loro promozione sono essenziali per la realizzazione della dignità umana e per l'interazione sociale in una prospettiva multiculturale<sup>29</sup>. Quanto alla titolarità, il diritto a prendere parte alla vita culturale è concepito tanto come individuale quanto come collettivo, ossia può essere esercitato sia individualmente sia in congiunzione con gli altri individui facenti parte di una comunità o di un gruppo sociale<sup>30</sup>. Esso si esplica nella partecipazione alla vita culturale, ossia nella libertà di praticare le tradizioni culturali della propria comunità<sup>31</sup>. Deve essere protetto consentendo a individui e gruppi sociali di scegliere liberamente la propria identità culturale, ossia «the whole sum of cultural elements which characterize a community and make it unique and different from all others»<sup>32</sup>, seguendo – o non seguendo – pratiche e stili di vita tradizionali, al riparo da trattamenti discriminatori<sup>33</sup>, e promosso attraverso l'introduzione di politiche che ne facilitino l'esercizio, ivi incluse quelle finalizzate a supportare le minoranze e le comunità di migranti nella preservazione delle culture di origine<sup>34</sup>.

La diversità culturale ha una particolare rilevanza presso minoranze e popoli indigeni. L'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici (di seguito

---

*ICESCR*, cit., 904; L. PINESCHI, *Cultural Diversity as a Human Right? General Comment No. 21 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., 29 ss.

<sup>29</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21, cit., par. 1. M. ODELLO, *The Right to Take Part to Cultural Life: General Comment No. 21 of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Anuario español de derecho internacional*, 2011, 491 ss.

<sup>30</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21, cit., par. 9.

<sup>31</sup> *Ibid.*, par. 15.

<sup>32</sup> M. IOVANE, *The Universality of Human Rights and the International Protection of Cultural Diversity: Some Theoretical and Practical Considerations*, in *International Journal of Minority and Group Rights*, 2007, 231 ss., 249.

<sup>33</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21, cit., par. 49.

<sup>34</sup> *Ibid.*, par. 52.

‘Patto CPR’) riconosce che i componenti delle minoranze etniche, religiose o linguistiche non devono essere privati del diritto di godere della propria cultura o di professare e praticare la propria religione e utilizzare la propria lingua. Si tratta di diritti per la protezione dei quali gli Stati devono attuare le necessarie misure positive<sup>35</sup>. Anche la Convenzione quadro del Consiglio d’Europa sulla protezione delle minoranze nazionali prevede l’obbligo delle parti contraenti di promuovere le condizioni necessarie affinché gli individui appartenenti a minoranze mantengano e sviluppino la propria cultura e preservino gli elementi essenziali della propria identità, vale a dire religione, lingua, tradizioni e patrimonio culturale<sup>36</sup>. La nozione di ‘cultura’ si estende sino a includere gli stili di vita tradizionali e i metodi di caccia e pesca o conservazione delle risorse naturali<sup>37</sup>. Così è per la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui popoli indigeni, secondo cui essi hanno il diritto di perseguire liberamente e senza discriminazioni il proprio sviluppo culturale, mantenere e rafforzare istituzioni culturali distinte, o partecipare, se così decidono, alla vita culturale dello Stato di localizzazione, oltre che praticare le proprie tradizioni<sup>38</sup> e

---

<sup>35</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 16 dicembre 1966. Human Rights Committee, General Comment no. 23: The Rights of Minorities (Art. 27), CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 aprile 1994, par. 6.2. M. SCHEININ, *The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights: Article 27 and Other Provisions*, in K. HENRARD, R. DUNBAR (eds.), *Synergies in Minority Protection: European and International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 23 ss. Sul tema: F. SALERNO, *Sulla tutela internazionale dell’identità culturale nelle minoranze straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, 257; B. VUKAS, *States, Peoples and Minorities*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1991, v. 231, 458.

<sup>36</sup> Council of Europe’s Framework Convention for the Protection of National Minorities, 1994, art. 5.

<sup>37</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 23: The Rights of Minorities (Art. 27), cit., par. 7.

<sup>38</sup> United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, res. 61/295, 13 settembre 2007, art. 2, 5 e 8. M. BARELLI, *The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, 957 ss.; M. DAVIS, *Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2008, 439 ss.; A. DI BLASE, V. VADI, *Introducing the Inherent Rights of Indigenous Peoples*, in A. DI BLASE, V. VADI (eds.), *The*

preservare la propria diversità culturale<sup>39</sup>. Anche la Convenzione dell'OIL n. 169 attribuisce agli Stati parti l'obbligo di sviluppare, con la partecipazione dei popoli interessati, un'azione coordinata per garantire il rispetto dell'identità culturale, dei costumi, delle tradizioni, dei valori e delle pratiche culturali, religiose e spirituali<sup>40</sup>. Nella stessa prospettiva, la Convenzione stabilisce che i diritti consuetudinari dei popoli indigeni e tribali siano presi in debita considerazione e applicati nei loro confronti<sup>41</sup>, fermo restando che essi «shall have the right to retain their own customs and institutions, where these are not incompatible with fundamental rights defined by the national legal system and with internationally recognised human rights»<sup>42</sup>.

La realizzazione del diritto di prendere parte alla vita culturale – e, con esso, la garanzia della diversità culturale – necessita infine che altri diritti siano congiuntamente garantiti, quali, ad esempio, il diritto all'istruzione,

---

*Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law*, Roma Tre-Press, Roma, 2020, 47 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in A.L. PALMISANO, P. PUSTORINO, *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Istituto Italo-Latino Americano, Roma, 2008, 19 ss.; A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 102 ss.

<sup>39</sup> United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, cit., art. 15 e 13.

<sup>40</sup> Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), 1989, art. 2 e 5. M.V.C. ORMAZA, M. OELZ, *The State's Duty to Consult Indigenous Peoples: Where Do We Stand 30 Years After the Adoption of the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention No. 169?*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2020, 71 ss.; P.B. LARSEN, L. NOLLE, *Enabling Human Rights-Based Development for Indigenous and Tribal Peoples? Summarising the 25th Anniversary Global Policy Debate on ILO Convention 169*, in *The International Journal of Human Rights*, 2020, 279 ss.; E. MEREMINSKAYA, *ILO Convention 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples: International Law and Comparative Experience*, in *Estudios Públicos*, 2011, 213 ss.; A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, cit., 49 ss.

<sup>41</sup> Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), cit., art. 8. Si veda A. PIETROBON, *L'applicazione del diritto indigeno come valore: fondamenti e limiti*, in A. ANNONI, S. FORLATI, P. FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, 2021, Jovene, Napoli, 139.

<sup>42</sup> Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), cit. art. 8.

all'auto-determinazione, a uno standard adeguato di vita, alla salute o al cibo, il diritto di proprietà e le libertà di pensiero, coscienza e religione, di opinione ed espressione o di associazione e assemblea pacifica. Questi diritti sono stati a più riprese interpretati dagli organismi di monitoraggio dei trattati sui diritti umani, nel senso di riconoscere il rilievo per gli individui, nella loro attuazione, del diritto di esprimere la propria identità culturale. Ad esempio, il Comitato ESCR ha chiarito che l'attuazione del diritto alla salute necessita che i servizi sanitari siano accettabili, nel senso di «culturally appropriate, i.e. respectful of the culture of individuals, minorities, peoples and communities»<sup>43</sup> e, più specificamente, che gli Stati contraenti devono adottare le misure adeguate «to shield women from the impact of harmful traditional cultural practices and norms that deny them their full reproductive rights»<sup>44</sup>. Analogamente, la protezione del diritto al cibo implica che quest'ultimo sia disponibile in quantità e qualità sufficienti per soddisfare i bisogni alimentari in maniera accettabile, ossia consona alle differenti tradizioni culturali<sup>45</sup>, così come il diritto all'istruzione

---

<sup>43</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health, art. 12, E/C.12/2000/4, 11 agosto 2000, par. 12. Sull'approccio culturalmente orientato ai diritti umani, F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014. Sul diritto alla salute: P. ACCONCI *Tutela della salute e diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2011; S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2018; J. TOBIN, *The Right to Health in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012; L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Società italiana di diritto internazionale e diritto dell'Unione europea, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; F. SEATZU, *General Comment No. 14 on the Right to the Highest Attainable Standard of Health: A Critical Appraisal*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Scritti in onore di Claudio Zanghi*, v. 2, Giappichelli, Torino, 2012.

<sup>44</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14, cit., par. 21.

<sup>45</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11), E/C.12/1999/5, 12 maggio 1999, par. 8. F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 156; M.C. MAFFEI, *Food as a Cultural Choice: A Human Right to Be Protected?*, in S. BORELLI, F. LENZERINI (eds.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity. New Developments in International Law*, cit., 83 ss.; S. SÖLLNER, *The 'Breakthrough' of the Right to Food: The Meaning of*

deve essere protetto mediante la predisposizione di servizi educativi e metodi di insegnamento culturalmente accettabili e adatti alle esigenze delle società multiculturali<sup>46</sup>. L'approccio culturalmente orientato è avallato anche dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui popoli indigeni, che sancisce il diritto di questi popoli a beneficiare di sistemi di istruzione che valorizzino cultura e lingua tradizionali e ad accedere a metodi sanitari rispettosi delle cure tradizionali<sup>47</sup>. Ancor più chiaro il *General Comment* n. 21 del Comitato ESCR, che riconosce l'esigenza di prendere in considerazione «as far as possible, cultural values attached to, *inter alia*, food and food consumption, the use of water, the way health and education services are provided and the way housing is designed and constructed»<sup>48</sup>, ossia la necessità di proteggere i citati diritti conferendo loro un'interpretazione culturalmente rispettosa<sup>49</sup>.

Non solo non esiste pertanto un conflitto in parola tra norme internazionali che proteggono la diversità culturale e che tutelano i diritti umani, ma addirittura la prima si realizza, sul piano giuridico, proprio attra-

---

*General Comment No. 12 and the Voluntary Guidelines for the Interpretation of the Human Right to Food*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2007, 391 ss.; F. SEATZU, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Right to Adequate Food*, in *Anuario español de derecho internacional*, 2011, 573.

<sup>46</sup>Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13), E/C.12/1999/10, 8 dicembre 1999, par. 6. S. KALANTRY, J.E. GETGEN, S.A. KOH, *Enhancing Enforcement of Economic, Social, and Cultural Rights Using Indicators: A Focus on the Right to Education in the ICESCR*, in *Human Rights Quarterly*, 2010, 253 ss.

<sup>47</sup>United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, cit., art. 14 e 24.

<sup>48</sup>Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21, cit., par. 16.

<sup>49</sup>Ibid., par. 41. Partendo da presupposti analoghi, il Comitato CRC nel proprio *General Comment* n. 11 sviluppa un interessante orientamento della nozione di 'interesse superiore del minore', richiamata all'art. 3 della Convenzione: «the best interests of the child is conceived both as a collective and individual right, and [...] the application of this right to indigenous children as a group requires consideration of how the right relates to collective cultural rights». Così Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 11 (2009). Indigenous Children and Their Rights Under the Convention, CRC/C/GC/11, gennaio 2009, par. 32. Il caso è citato in F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 161.

verso il godimento, da parte di individui e collettività, del diritto di prender parte alla vita culturale, sancito nel diritto internazionale, e mediante l'interpretazione degli altri diritti umani secondo un approccio culturalmente orientato. Sul piano teorico, la valorizzazione della diversità culturale e il coordinamento con i diritti umani evitano, pertanto, che la prima sia ingiustamente compressa. Effetto reso ancor più evidente alla luce della giurisprudenza sviluppata nei sistemi regionali di protezione dei diritti umani, che formerà l'oggetto dell'analisi che si andrà a svolgere nei prossimi paragrafi.

### 3. *La tutela della diversità culturale nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani.*

La valorizzazione della diversità culturale trova supporto nelle specifiche concezioni elaborate nei sistemi regionali di protezione dei diritti umani. Esse presentano non solamente tratti distintivi che è utile esaminare in questa sede, ma sviluppano anche interpretazioni particolari dei diritti culturali e della tutela che deve essere loro garantita, incidendo così sulla protezione dell'identità culturale e sulla valorizzazione della diversità.

Prendendo le mosse dal sistema europeo, appare quanto mai interessante notare che la Convenzione europea dei diritti umani<sup>50</sup> non contiene disposizioni esplicitamente dedicate alla protezione dei diritti culturali. Ciò nonostante, per la Corte europea «pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a democratic society»<sup>51</sup>, condizioni assicurate nell'alveo di altri diritti, quali il diritto alla vita privata e familiare e di

---

<sup>50</sup> European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 novembre 1950.

<sup>51</sup> European Court of Human Rights, Case of S.A.S. v. France, cit., par. 128. Sulla sentenza: S. BERRY, *SAS v France: Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?*, in *EJIL: Talk!*, 2 luglio 2014; N. FLEMING, *S.A.S. v. France: A Margin of Appreciation Gone Too Far*, in *Connecticut Law Review*, 2020, 917 ss.; J. MARSHALL, *S.A.S. v France: 'Burqa' Bans and the Control or Empowerment of Identities*, in *Human Rights Law Review*, 2015, 377 ss.; P. PAROLARI, *Velo integrale e rispetto per le differenze nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso "S.A.S. c. Francia"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 85 ss.

proprietà, la libertà di religione, o il divieto di discriminazione e trattamenti inumani e degradinganti.

Quanto al primo, nel caso *Chapman c. Regno Unito*, la Grande Camera ha ritenuto, ad esempio, che lo stile di vita delle famiglie rom – e in particolare la loro modalità abitativa in caravan – sia tutelato dall'art. 8 della Convenzione, che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>52</sup>. La ricorrente – che aveva dovuto abbandonare la soluzione abitativa in roulotte, dopo essere stata multata per avere stazionato senza autorizzazione – lamentava in giudizio la violazione, tra gli altri, degli art. 8 e 14 della Convenzione. Per quanto la Corte nel caso di specie abbia ritenuto che il Regno Unito non dovesse essere considerato responsabile della violazione del diritto alla vita privata e familiare né del divieto di discriminazione, la sentenza adotta un'interpretazione incline a proteggere il diritto di queste comunità a salvaguardare la propria identità culturale e ad attribuire allo Stato l'obbligo di porre in essere le misure positive necessarie in tal senso. La modalità abitativa in caravan deve essere considerata infatti «an integral part of [...] ethnic identity as a Gypsy, reflecting the long tradition of that minority of following a travelling lifestyle»<sup>53</sup>. In questo senso, la Corte osserva che «si può dire che stia emergendo un consenso internazionale tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa favorevole a riconoscere le particolari esigenze delle minoranze e l'obbligo di tutelarne la sicurezza, l'identità e lo stile di vita, non solo allo scopo di salvaguardarne gli interessi, ma anche al fine di preservarne la diversità

---

<sup>52</sup> European Court of Human Rights, Case of Chapman v. The United Kingdom, 27238/95, GC, 18 gennaio 2001. Sulla decisione si vedano: K. HENRARD, *A Patchwork of 'Successful' and 'Missed' Synergies in the Jurisprudence of the ECHR*, in K. HENRARD, R. DUNBAR (eds.), *Synergies in Minority Protection. European and International Law Perspectives*, cit., 341 ss.; J. RINGELHEIM, *Chapman Redux: The European Court of Human Rights and Roma Traditional Lifestyle*, in E. BREMS (ed.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 426. Più in generale sul tema: D. ZIEGENFUSS, *Zingari or Italiani? Discrimination Against Roma in Italy and the European Court of Human Rights*, in *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 2011, 555 ss.; N. PELEG, *Marginalisation by the Court: The Case of Roma Children and the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2018, 111 ss.

<sup>53</sup> European Court of Human Rights, Case of Chapman v. The United Kingdom, cit., par. 73.

culturale, che è un valore per l'intera comunità»<sup>54</sup>. Secondo la Corte, il fatto di essere membri di una minoranza con uno stile di vita tradizionale diverso da quello della maggioranza non consente di non rispettare le leggi volte a salvaguardare beni comuni di tutta la società, come l'ambiente; esso, tuttavia, può avere un'incidenza sul modo in cui tali leggi devono essere attuate, tenuto conto che «la posizione vulnerabile dei rom, in quanto minoranza, impone di prestare particolare attenzione ai loro bisogni e ai loro diversi stili di vita, sia nel quadro delle pianificazioni normative sia nell'ambito delle decisioni nei casi particolari. In questo senso, esiste un obbligo positivo, imposto agli Stati contraenti in virtù dell'art. 8, di facilitare lo stile di vita dei rom»<sup>55</sup>. Le conclusioni raggiunte dalla Grande Camera in merito all'art. 8 non influenzano, invece, l'interpretazione del divieto di discriminazione, di cui all'art. 14 della Convenzione, relativamente al quale la Corte assume un orientamento meno evoluto di quello che già in passato aveva elaborato nella decisione nel caso *Thlimmenos c. Grecia*<sup>56</sup>, con cui aveva riconosciuto che il diritto a non essere discriminato è violato non solo quando gli Stati trattano diversamente individui in situazioni analoghe, ma anche quando, senza un'obiettivo e ragionevole giustificazione, non trattano in modo diverso persone che si trovano in situazioni diverse. Seguendo un approccio formalistico la Corte conclude pertanto che sarebbe discriminatorio applicare alla ricorrente un trattamento diverso da quello accordato a chiunque abiti una casa abusiva, conclusione che prescinde dalla situazione della ricorrente, diversa per alcuni aspetti cruciali da quella di chi vive in modo sedentario, poiché per un rom che voglia mantenere il proprio stile di vita tradizionale la possibilità di trovare una soluzione alternativa è molto più limitata.

Ancora, pronunciandosi su un caso di presunta tratta in Italia e trattamenti inumani e degradanti ai danni di una giovane ragazza bulgara di origine rom – caso su cui si tornerà anche più avanti – la Corte osserva che, alla luce delle circostanze, nel caso di specie si deve concludere che, anche qualora sia dimostrato che il padre ha ricevuto una somma di denaro in relazione al presunto matrimonio, tale importo non deve essere con-

---

<sup>54</sup> Ibid., par. 93. La traduzione è nostra.

<sup>55</sup> Ibid., par. 96. La traduzione è nostra.

<sup>56</sup> European Court of Human Rights, *Thlimmenos v. Greece*, 34369/97, GC, 6 aprile 2000, par. 44.

siderato il prezzo per il trasferimento della figlia, ma piuttosto un aspetto rituale del matrimonio tradizionale<sup>57</sup>. Secondo la Corte, infatti, «il matrimonio ha connotazioni sociali e culturali profondamente radicate, che possono differire notevolmente di società in società. Secondo la Corte, questo pagamento può ragionevolmente essere considerato come un dono da una famiglia all'altra, una tradizione comune a molte culture diverse nella società odierna»<sup>58</sup>. Non si può che rilevare la complessità del caso, in un ambito che è esattamente tra quelli oggetto del presente studio.

La natura identitaria del matrimonio rom conduce infine la Corte europea, nel caso *Munoz Diaz c. Spagna*<sup>59</sup>, a re-interpretare il contenuto del diritto di proprietà, di cui all'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione, alla luce del divieto di discriminazione. Secondo la Corte, infatti, l'esclusione dal conferimento della pensione di reversibilità a beneficio della vedova di un defunto con cui era stato contratto esclusivamente un matrimonio tradizionale rom – al quale l'ordinamento spagnolo non riconosce effetti civili – integra una violazione da parte dello Stato della disposizione citata, poiché, «per valutare la buona fede della ricorrente, il tribunale deve prendere in considerazione il fatto che essa appartiene a una comunità all'interno della quale il matrimonio è celebrato secondo i propri riti e le proprie tradizioni e ciò non è contestato né è stato mai considerato contrario all'ordine pubblico dalla autorità nazionali, che hanno addirittura riconosciuto per certi aspetti lo *status* di coniuge della ricorrente. La Corte ritiene che la forza delle convinzioni collettive di una comunità culturalmente ben definita non possa essere ignorata»<sup>60</sup>. La Corte nel ca-

---

<sup>57</sup> European Court of Human Rights, *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, 40020/03, 31 luglio 2012. M.E. BOICU, *Advancing Equality Also for the Roma?: The M. And Others v. Italy and Bulgaria Ruling of the European Court of Human Rights*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 177 ss.

<sup>58</sup> European Court of Human Rights, *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, cit., par. 161. La traduzione è nostra.

<sup>59</sup> European Court of Human Rights, *Case of Muñoz Díaz v. Spain*, 49151/07, 8 marzo 2010. Sul caso: E.J. RUIZ VIEYTEZ, *Minority Marriage and Discrimination: Redrafting Muñoz Díaz v. Spain*, in E. BREMS (ed.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR*, cit., 401 ss.

<sup>60</sup> European Court of Human Rights, *Case of Muñoz Díaz v. Spain*, cit., par. 59. La traduzione è nostra.

so di specie non si spinge, tuttavia, sino a ritenere che lo Stato debba adottare misure positive che garantiscano anche un coerente esercizio del diritto al matrimonio, come sancito dall'art. 12 della Convenzione<sup>61</sup>.

La tutela di identità e diversità culturale coinvolge, inoltre, la sfera religiosa, in quanto espressione di convincimenti intimi e radicati nella coscienza individuale e manifestazione di pratiche e rituali in larga misura riconducibili alla tradizione. Esprimendosi sull'applicazione dell'art. 9, che assicura la libertà di pensiero, coscienza e religione, la Corte spiega che il pluralismo necessita del genuino riconoscimento e rispetto della diversità e delle specificità delle tradizioni culturali, delle identità etniche e delle credenze religiose, poiché se, da un lato, l'interazione di persone e gruppi contraddistinti da identità differenti è indispensabile per garantire la coesione sociale, dall'altro, il rispetto della diversità religiosa rappresenta una delle sfide odierne più importanti: per questo le autorità devono percepire la diversità religiosa non come una minaccia, ma come una fonte di arricchimento<sup>62</sup>. In questa prospettiva, non solo i diritti della maggioranza, ma anche quelli delle minoranze, devono essere tutelati e la diversità culturale che promana dalla libertà di religione acquisisce un valore cruciale e meritevole della più attenta protezione, in quanto fonda-

---

<sup>61</sup> Ibid., par. 72-81.

<sup>62</sup> European Court of Human Rights, *Izzettin Doğan and Others v. Turkey*, 62649/10, GC, 26 aprile 2016, par. 109. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, 370; Z.R. CALO, *Pluralism, Secularism and the European Court of Human Rights*, in *Journal of Law and Religion*, 2010, 261 ss.; G. CATALDI, *Brevi osservazioni in tema di libertà religiosa*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 109; V. CUCCIA, *La manifestazione delle convinzioni religiose nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *La Comunità Internazionale*, 2006, 574; C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2003; E. FOKAS, *Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence*, in *The Oxford Journal of Law and Religion*, 2015, 54 ss.; S-P. HWANG, *Margin of Appreciation in Pursuit of Pluralism? Critical Remarks on the Judgments of the European Court of Human Rights on the 'Burqa Bans'*, in *Human Rights Law Review*, 2020, 361 ss.; A. NIEUWENHUIS, *The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, 367 ss.

mento di una società democratica e pluralistica<sup>63</sup>. Proprio per queste ragioni, e al fine di conciliare gli interessi dei diversi gruppi e consentire il rispetto dei vari credo, nelle società in cui coesistono diverse religioni, può essere necessario che lo Stato imponga restrizioni alla libertà di cui all'art. 9. Nell'esercizio della propria funzione regolatoria lo Stato deve conservare un approccio neutrale, garante del pluralismo e del buon funzionamento della democrazia<sup>64</sup>: il ruolo dello Stato è quello di «impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs», una funzione che, se ben assolta, conduce a «public order, religious harmony and tolerance in a democratic society»<sup>65</sup>.

Numerose sono le decisioni della Commissione e della Corte europea dei diritti umani relative alla contestata legittimità di provvedimenti nazionali restrittivi della libertà di religione. La disposizione non garantisce infatti un diritto assoluto: la Corte chiarisce che è legittima l'interferenza statale che limita questa libertà in relazione a condotte incompatibili con «the key principles underlying the Convention, such as, for example, polygamous or underage marriage or a flagrant breach of gender equality, or if they are imposed on the believers by force or coercion»<sup>66</sup>. La Corte si è pronunciata, ad

---

<sup>63</sup> Sul punto si veda European Court of Human Rights, *Leyla Şahin v. Turkey*, 44774/98, GC, 10 dicembre 2005, par. 108. Sulla sentenza: K. ALTIPARMAK, O. KARAHANOGULLARI, *European Court of Human Rights: After Şahin: The Debate on Headscarves Is Not Over, Leyla Şahin v. Turkey, Grand Chamber Judgment of 10 November 2005, Application No. 44774/98*, in *European Constitutional Law Review*, 2006, 268 ss.; S. LANGLAUDE, *Indoctrination, Secularism, Religious Liberty, and the ECHR*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, 929 ss.; N. NATHWANI, *Islamic Headscarves and Human Rights: a Critical Analysis of the Relevant Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, 221 ss.; A. NIEUWENHUIS, *European Court of Human Rights: State and Religion, Schools and Scarves. An Analysis of the Margin of Appreciation as Used in the Case of Leyla Şahin v. Turkey, Decision of 29 June 2004, Application Number 44774/98*, in *European Constitutional Law Review*, 200, 495 ss.

<sup>64</sup> European Court of Human Rights, *Leyla Şahin v. Turkey*, cit., 106; European Court of Human Rights, *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, 45701/99, 27 marzo 2002, par. 115-116.

<sup>65</sup> European Court of Human Rights, *Bayatyan v. Armenia*, 23459/03, GC, 7 luglio 2011, par. 120.

<sup>66</sup> European Court of Human Rights, *Leyla Şahin v. Turkey*, cit., 115. G.

esempio, sulla legittimità del rifiuto, da parte di aderenti al credo dei Testimoni di Geova, di ricevere trasfusioni di sangue e ha rilevato che l'art. 9 della Convenzione non permette una compressione della libertà di religione se, come nel caso di specie, il diritto nazionale regola l'espressione del consenso informato da parte degli adulti e protegge in maniera adeguata l'interesse dei minori<sup>67</sup>. Il medesimo approccio è seguito anche con riferimento alla libertà di manifestare il credo indossando abbigliamento o simboli che ne siano espressione. Sul punto la Corte ha più volte ribadito che tale libertà non è illimitata. Ad esempio, pur ritenendo in linea teorica giustificata, sulla base dei principi che garantiscono il laicismo e la democrazia della Costituzione turca, la limitazione della libertà dei membri del gruppo religioso *Aczimendi tarikati* di indossare i propri costumi tradizionali in spazi pubblici, essa ha escluso che la criminalizzazione di questa condotta fosse giustificata sulla base dell'art. 9(2), perché le misure restrittive non apparivano necessarie e proporzionate<sup>68</sup>. In altri casi la Corte si è confrontata con le restrizioni imposte all'utilizzo in luoghi pubblici di indumenti tradizionali islamici, in particolare del *burqa* e del *niqab* (sentenze che saranno oggetto di trattazione nel capitolo successivo), ha escluso la violazione della libertà di religione in presenza di ordini impartiti da autorità scolastiche di rimuovere il turbante Sikh e sostituirlo con un copricapo senza valore religioso<sup>69</sup> e ha rigettato i ricorsi presentati contro Stati accusati di avere ingiustamente interferito con la libertà di religione per avere temporaneamente ordinato di rimuovere indumenti o simboli religiosi durante i controlli di sicurezza aeroportuali<sup>70</sup> e nelle fotografie dei documenti di identità<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> European Court of Human Rights, *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia*, 302/02, 10 giugno 2010, par. 119, par. 131-144.

<sup>68</sup> European Court of Human Rights, *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, 41135/98, 23 febbraio 2010. Sulla decisione: J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *The (Un)Protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law*, in *The Oxford Journal of Law and Religion*, 2012, 363 ss.

<sup>69</sup> European Court of Human Rights: *Gamaleddyn v. France*, 18527/08; *Aktas v. France*, 43563/08; *Ranjit Singh v. France*, 27561/08; *Jasvir Singh v. France*, 25463/08, 30 giugno 2009.

<sup>70</sup> European Court of Human Rights, *Phull v. France*, 35753/07, 11 gennaio 2005.

<sup>71</sup> European Court of Human Rights: *Mann Singh v. France*, 24479/07, 27 novembre 2008; *Emine Araç v. Turkey*, 9907/02, 23 settembre 2008.

Anche la presunta violazione della libertà di non credere e di educare i figli in conformità con i propri convincimenti laici è stata oggetto della giurisprudenza della Corte, in particolare nel caso *Lautsi* contro l'Italia. La sentenza del 3 novembre 2009, per cui l'apposizione obbligatoria del crocifisso sui muri delle classi delle scuole pubbliche avrebbe ingiustificatamente ristretto il diritto dei genitori di istruire i figli in conformità con i propri convincimenti e il diritto degli studenti di credere o non credere<sup>72</sup>, è stata rovesciata dalla Grande Camera nel 2011<sup>73</sup>. Quest'ultima ha ritenuto che, non essendovi un approccio uniforme negli Stati membri del Consiglio d'Europa<sup>74</sup> e tenuto conto che la scuola italiana, in ogni caso, non discrimina le altre religioni<sup>75</sup>, la decisione «whether or not to perpetuate a tradition»<sup>76</sup> ricada nel margine di apprezzamento dello Stato italiano<sup>77</sup>. La decisione, adottata con due voti contrari e accompagnata da tre opinioni concorrenti e una dissenziente<sup>78</sup>, è stata da più parti criticata in dottrina<sup>79</sup>. Già in precedenza la Corte aveva ritenuto che la pre-

---

<sup>72</sup> European Court of Human Rights, Case of *Lautsi and Others v. Italy*, 30814/06, Second Section, 3 novembre 2009.

<sup>73</sup> European Court of Human Rights, Case of *Lautsi and Others v. Italy*, 30814/06, GC, 18 marzo 2011, 30814/06, GC, 18 marzo 2011.

<sup>74</sup> European Court of Human Rights, Case of *Lautsi and Others v. Italy*, GC, cit., par. 70.

<sup>75</sup> Ibid, par. 74.

<sup>76</sup> Ibid., par. 68.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> European Court of Human Rights, Case of *Lautsi and Others v. Italy*, GC, cit. Concurring Opinion of Judge Rozakis Joined by Judge Vajić; (b) Concurring Opinion of Judge Bonello; (c) Concurring Opinion of Judge Power; (d) Dissenting Opinion of Judge Malinverni Joined by Judge Kalaydjieva.

<sup>79</sup> G. ITZCOVICH, *One, None and One Hundred Thousands Margins of Appreciations: The Lautsi Case*, cit., 287; D. KYRITSIS, S. TSAKYRAKIS, *Neutrality in the Classroom*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 200 ss.; F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 202; D. MCGOLDRICK, *Religion in the European Public Square and in European Public Life—Crucifixes in the Classroom?*, in *Human Rights Law Review*, 2011, 451 ss.; F.M. PALOMBINO, *Laicità dello Stato ed esposizione del crocifisso nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Lautsi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, 134; N. PEREZ, *Lautsi vs. Italy: Questioning the Majoritarian*

dominante matrice cristiana dei programmi e delle conoscenze trasmesse nelle lezioni di religione e filosofia delle scuole norvegesi non dovesse essere considerata una violazione della libertà di religione e formasse, invece, l'oggetto del margine di apprezzamento dello Stato convenuto<sup>80</sup>, al pari della predominanza dell'insegnamento di carattere islamico nelle ore di cultura religiosa ed etica impartite nelle scuole turche, dove «nonostante la condizione laica dello Stato, l'Islam è la religione maggioritaria praticata»<sup>81</sup>. Il diritto di educare i figli secondo il proprio credo era stato in passato riconosciuto anche dalla Commissione nel caso *Tennenbaum*, per cui lo Stato convenuto – la Svezia – non doveva essere considerato responsabile della violazione dell'art. 9, di cui era accusato dai ricorrenti – genitori di credo ebraico di una minorenne, privati giudizialmente della sua custodia – in quanto le autorità locali, prima di selezionare per l'affido una famiglia protestante, avevano adeguatamente cercato, anche con l'aiuto del rabbino locale, di individuare una famiglia ebraica<sup>82</sup>.

In ultima analisi, la decisione di vietare o meno tradizioni e pratiche riconducibili a credo e fedi religiose è rimessa, pertanto, al margine di apprezzamento dello Stato<sup>83</sup>. Nella sentenza *Handyside c. Regno Unito*<sup>84</sup> del 7

---

*Premise*, in *Politics and Religion*, 2015, 565; L. ZUCCA, *Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber*, in *I-CON*, 2013, 218.D.

<sup>80</sup> European Court of Human Rights, *Folgerø and Others v. Norway*, 15472/02, GC, 29 giugno, par. 89.

<sup>81</sup> European Court of Human Rights, *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, 1448/04, 9 ottobre 2007, par. 63. La traduzione è nostra.

<sup>82</sup> European Commission of Human Rights, *Monika and Peter Tennenbaum v. Sweden*, 16031/90, 3 maggio 1993.

<sup>83</sup> E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *New York Journal of International Law and Politics*, 1999, 843; J.A. BRAUCH, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Columbia Journal of European Law*, 2004-2005, 113; E. BREMS, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, 1996, 240; M. DELMAS-MARTY, M.L. IZORCHE, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2000, 753; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Rivista italiana di*

dicembre 1976, la Corte ha chiarito la natura sussidiaria dell'intervento della Corte europea in materia di tutela dei diritti umani, rispetto alla funzione primaria, che rimane affidata agli Stati contraenti. In questa prospettiva, spiega la Corte, le autorità statali hanno un certo margine di apprezzamento, che diventa più o meno ampio a seconda del grado di *consensus* esistente tra gli Stati contraenti su questioni non espressamente disciplinate dalla Convenzione. Il margine di apprezzamento consente pertanto, da un lato, di valorizzare la varietà delle concezioni e degli approcci culturali esistenti a livello europeo, tenuto conto che «non è rinvenibile nel diritto dei vari Stati contraenti una concezione uniforme della morale [e ]la visione

---

*diritto pubblico comunitario*, 1999, 743; M.R. HUTCHINSON, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, 638; E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, 238; P. LAMBERT, *Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité*, in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 63; N. LAVENDER, *The Problem of the Margin of Appreciation*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, 380; G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, 705; R. NIGRO, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil*, in *Human Rights Review*, 2010, 531; A.D. OLINGA, C. PICHERAL, *La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, 567; P. MAHONEY, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, 4; R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, 571; J. SCHOKKENBROEK, *The Basic, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, 30; Y. SHANY, *Toward A General Margin of Appreciation Doctrine In International Law?*, in *European Journal of International Law*, 2006, 907; J.A. SWEENEY, *Margin of Appreciation: Cultural Relativity and the ECHR in the Post-Cold War Era*, in *International and Comparative Law Journal*, 2005, 459; Y.A. TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen/Oxford/New York, 2002, 249; H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the Strasbourg Jurisprudence and the Constitution of Europe*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 1998, 233.

<sup>84</sup> European Court of Human Rights, Case of Handyside v. The United Kingdom, 5493/72, 7 dicembre 1976. G. JANNEKE, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, 241 ss.

delle questioni morali espressa nelle rispettive leggi varia di volta in volta e da Stato a Stato, ed è caratterizzata da una rapida e ampia evoluzione»<sup>85</sup>. Dall'altro, la sua applicazione non può che portare a confermare che «reference to a tradition cannot relieve a Contracting State of its obligation to respect the rights and freedoms enshrined in the Convention and its Protocols»<sup>86</sup>, rimanendo pertanto l'esercizio del margine di apprezzamento subordinato al controllo, da parte della Corte, dell'esistenza dei requisiti che giustificano un'eventuale restrizione della libertà a livello nazionale. Considerato che l'ambito della sfera culturale, religiosa e familiare è particolarmente sensibile, la sua regolamentazione rimane conseguentemente affidata, a maggior ragione, all'esercizio del margine di apprezzamento degli Stati<sup>87</sup>. L'ampiezza e le modalità di tale esercizio sono tuttavia discusse. Alcuni autori ritengono infatti che l'istituto garantisca il corretto funzionamento del sistema e del ruolo sussidiario della Corte<sup>88</sup> e assicuri il rispetto della sovranità degli Stati contraenti nell'esercizio della tutela dei diritti umani entro le rispettive giurisdizioni<sup>89</sup>. Altri, invece, considerano la sua operatività suscettibile di limitare il pluralismo nei singoli Stati, nella misura in cui le autorità nazionali tutelino preferibilmente valori che sono condivisi a livello maggioritario nelle proprie società<sup>90</sup>. Ciò può porre a rischio

---

<sup>85</sup> European Court of Human Rights, Case of Handyside v. The United Kingdom, cit., par. 48. La traduzione è nostra.

<sup>86</sup> European Court of Human Rights, Case of Lautsi and Others v. Italy, GC, cit., par. 68.

<sup>87</sup> European Court of Human Rights, S.A.S. v. France, cit., par 129: «It is also important to emphasise the fundamentally subsidiary role of the Convention mechanism. The national authorities have direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. In matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight [...]. This is the case, in particular, where questions concerning the relationship between State and religions are at stake».

<sup>88</sup> P. MAHONEY, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, cit., 4; H. PETZOLDD, *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, cit., 44.

<sup>89</sup> E. BREMS, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, cit., 240.

<sup>90</sup> M. DELMAS-MARTY, M.L. IZORCHE, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, cit.;

– come si vedrà nel prossimo capitolo – la garanzia nel sistema del Consiglio d'Europa del rispetto degli standard uniformi in materia di diritti umani e inficiare, in ultima analisi, proprio l'obiettivo di realizzare una società culturalmente pluralista e garantista dei diritti delle minoranze<sup>91</sup>.

#### 4. *La tutela della diversità culturale nei sistemi interamericano e africano di protezione dei diritti umani e negli strumenti giuridici asiatici e mediorientali.*

I sistemi interamericano e africano dei diritti umani presentano caratteristiche che li diversificano dai sistemi europeo e onusiano e specificità che, rispecchiando le diversità culturali delle aree geografiche interessate, consentono, a livello regionale, di proteggere i diritti umani nell'accezione più vicina ai valori e alle esigenze percepite da individui e collettività di riferimento. Uno dei loro tratti peculiari riguarda la dimensione collettiva, oltre che individuale, dei diritti umani protetti. Ciò in ragione della struttura sociale degli Stati che aderiscono rispettivamente all'Organizzazione degli Stati americani e all'Unione africana, e alla presenza sui territori di diverse minoranze con stili di vita, usanze, credo e tradizioni degni di protezione e oggetto di tutela nei sistemi normativi regionali e nella relativa prassi giurisprudenziale<sup>92</sup>.

---

J.A. SWEENEY, *Margin of Appreciation: Cultural Relativity and the ECHR in the Post-Cold War Era*, cit.; D.L. DONOHO, *Autonomy, Self-Governance, and the Margin of Appreciation: Developing a Jurisprudence of Diversity within Universal Human Rights*, in *Emory International Law Review*, 2001, 462.

<sup>91</sup> E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, cit.; J.A. BRAUCH, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit.; P. LAMBERT, *Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité*, cit.; J.A. SWEENEY, *Margin of Appreciation: Cultural Relativity and the ECHR in the Post-Cold War Era*, cit.

<sup>92</sup> F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 116 ss.; P. PUSTORINO, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, Cacucci, Bari, 2020, 71; C. ROBERTS, *Alternative Approaches to Human Rights: The Disparate Historical Paths of the European, Inter-American and African Regional Human Rights Systems*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023; F. SALDANHA KROETZ, *Between Global Consensus and Local Deviation: A Critical Approach on the Universality of Human Rights, Regional Human Rights*

Per quanto concerne la protezione dei diritti culturali nel sistema interamericano, la Dichiarazione americana dei diritti e doveri umani prevede che ogni individuo abbia il diritto di prendere parte alla vita culturale della comunità cui appartiene<sup>93</sup>. Una protezione specifica è garantita dalla Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni, adottata nel 2009 in seno all'Organizzazione degli Stati americani, che riconosce il diritto di questi popoli di «freely develop their cultural identity in all respects, free from any external attempt at assimilation»<sup>94</sup> e di proteggere, preservare, mantenere e sviluppare «their cultural heritage for their collective continuity»<sup>95</sup>. In questa prospettiva la Dichiarazione tutela il diritto dei popoli indigeni al rispetto di stili di vita, credenze, usi e tradizioni, norme e consuetudini, forme di organizzazione sociale, economica e politica, trasmissione del sapere, valori, abbigliamento e idioma<sup>96</sup>. Parimenti, la Dichiarazione garantisce la protezione delle conoscenze tradizionali e il diritto di istruire i figli in conformità con la propria cultura<sup>97</sup>, oltre che di praticare e trasmettere tradizioni, usanze e cerimonie<sup>98</sup>.

Anche il sistema africano dedica un'attenzione esplicita ai tratti distintivi della cultura locale e dei valori ad essa connessi, specificità che si riverberano sul contenuto e dei caratteri dei diritti umani protetti. Il Preambolo della Carta africana dei diritti umani e dei popoli richiama «the virtues of [the] historical tradition and the values of African civilization which should inspire and characterize their reflection on the concept of human and peoples' rights»<sup>99</sup>. Il sistema è fortemente segnato dall'evolu-

---

*Systems and Cultural Diversity*, in *Revista de Investigações Constitucionais*, 2016, 43; D. SHELTON, P.G. CAROZZA, *Regional Protection of Human Rights*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.

<sup>93</sup> American Declaration of the Rights and Duties of Man, OAS Res. XXX, Ninth International Conference of American States, 1948, art. XIII. F. SEATZU, *On the Meaning and Scope of Individual Human Duties and Obligations in the American Declaration of the Rights and Duties of Man of 1948*, in *Revista Electrónica Iberoamericana*, 2019, 1.

<sup>94</sup> American Declaration of the Rights of Indigenous Peoples, cit., art. X.1.

<sup>95</sup> Ibid., art. XI.1.

<sup>96</sup> Ibid., art. XII.3.

<sup>97</sup> Ibid., art. XIV.

<sup>98</sup> Ibid., art. XV.

<sup>99</sup> African Charter on Human and Peoples' Rights, Banjul, 1981. E.G. BELLO, *The*

zione storica e dalle condizioni economiche e sociali dei Paesi africani, ragion per cui riconosce un valore cruciale al diritto allo sviluppo e all'interdipendenza tra diritti civili e politici ed economici, sociali e culturali<sup>100</sup>. Il rapporto tra tradizione e globalizzazione è percepito come problematico: la Carta per la rinascita culturale africana, adottata dall'Unione africana nel 2006, definisce la globalizzazione «a challenge for cultural identities and cultural diversity»<sup>101</sup> e identifica la necessità di promuovere il dialogo tra culture come strumento di protezione dei valori tradizionali, fermo restando che «culture constitutes for our peoples the surest means to chart Africa's own course towards technological development, and the most efficient response to the challenges of globalisation»<sup>102</sup>. Infine, parecchi diritti riconosciuti dalla Carta hanno una dimensione collettiva e comportano, a loro volta, l'adempimento di doveri nei confronti di famiglia, società, gruppi, Stato e comunità internazionale. In questo senso, se ne legittima la compressione, nel caso in cui sia necessario – oltre che per proteggere i diritti altrui, la sicurezza collettiva e la morale – per tutelare l'interesse comune<sup>103</sup>. Tra i diritti aventi una dimensione collettiva vi sono i diritti culturali e di proprietà. I primi – riconosciuti dall'art. 17 della Carta africana – implicano il diritto di ogni individuo di partecipare alla vita culturale, singolarmente o nell'ambito della

---

*African Charter on Human and Peoples' Rights: a Legal Analysis*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1981, v. 194; M.D. EVANS, R. MURRAY (eds.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: the System in Practice*, 1986-2006, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 189 ss.; R. MURRAY, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019; N.J. SIMUZIYA *Universal Human Rights vs Cultural and Religious Variations: An African Perspective*, in *Cogent Arts & Humanities*, 2021. Si veda G. PASCALE, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano*, Jovene, Napoli, 2018.

<sup>100</sup> African Charter on Human and Peoples' Rights, cit., preambolo.

<sup>101</sup> Charter for African Cultural Renaissance, Khartoum, 2006, preambolo.

<sup>102</sup> Charter for African Cultural Renaissance, cit., preambolo e art. 3(a) e (b). Al fine di realizzare la rinascita culturale dell'Africa, la Carta si prefigge di garantire la dignità di uomini e donne, salvaguardare le radici popolari della loro cultura e promuovere libertà di espressione e «cultural democracy, which is inseparable from social and political democracy».

<sup>103</sup> African Charter on Human and Peoples' Rights, cit., art. 27.

propria comunità<sup>104</sup>, e determinano a carico dello Stato l'obbligo di proteggere e promuovere i valori tradizionali riconosciuti dalle comunità<sup>105</sup>.

In entrambi i sistemi il diritto di proprietà è interpretato nel senso di estendersi sino a ricomprendere le terre ancestrali che le comunità tradizionalmente abitano e le risorse naturali ivi disponibili. L'utilizzo di queste ultime forma l'oggetto specifico dell'art. 21 della Carta africana, che stabilisce che le risorse devono essere utilizzate nell'interesse collettivo e che, proprio per consentire che individui e collettività possano effettivamente beneficiarne, gli Stati contraenti si devono impegnare a eliminare le forme di sfruttamento economico straniero, in particolare quelle esercitate in regime monopolistico<sup>106</sup>. Analogamente, la Corte e la Commissione interamericane hanno sviluppato un'interpretazione del diritto di proprietà, previsto all'art. 21 della Convenzione americana dei diritti umani, favorevole a ricomprendervi i diritti collettivi delle comunità indigene sulle terre ancestrali, diritti oggi riconosciuti anche da numerosi ordinamenti nazionali<sup>107</sup>. La giurisprudenza che andremo ad analizzare,

---

<sup>104</sup> Ibid., art. 17.2.

<sup>105</sup> Ibid., art. 17.3. M. SSENIONJO, *The Development of Economic, Social and Cultural Rights under the African Charter on Human and Peoples' Rights by the African Commission on Human and Peoples' Rights*, in *International Human Rights Law Review*, 2015, 147 ss.; A. DI LIETO, *Tutela dei popoli indigeni in Africa*, in A.L. PALMISANO, P. PUSTORINO (ed.), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, cit., 137; C. SAMSON, *Indigenous Peoples Rights: Anthropology and the Right to Culture*, in R. MORGAN, B.S. TURNER (eds.), *Interpreting Human Rights. Social Science Perspectives*, Routledge, London/New York, 2009, 71.

<sup>106</sup> African Charter on Human and Peoples' Rights, cit., art. 21.5

<sup>107</sup> Così, ad esempio, la Costituzione della Bolivia, il cui capitolo IV è dedicato ai diritti dei popoli nativi indigeni ed il cui art. 30 prevede: «In the framework of the unity of the State, and in accordance with this Constitution, the nations and rural native indigenous peoples enjoy the following rights: 1. To be free. 2. To their cultural identity, religious belief, spiritualities, practices and customs, and their own world view. [...]. 4. To self-determination and territoriality. [...] 6. To the collective ownership of land and territories. 7. To the protection of their sacred places. [...] 9. That their traditional teachings and knowledge, their traditional medicine, languages, rituals, symbols and dress be valued, respected and promoted. 10. To live in a healthy environment, with appropriate management and exploitation of the ecosystems. [...] 16. To participate in the benefits of the exploitation of natural resources in their territory. 17. To autonomous indigenous territo-

tanto nel sistema interamericano quanto in quello africano, pur non focalizzandosi su casi che attengono all'ambito delle relazioni familiari, evidenza dunque come le corti regionali abbiano proceduto a sviluppare un'interpretazione attenta alle specificità culturali e alle tradizioni esistenti su quei territori.

Dopo che la Commissione interamericana aveva condannato la violazione da parte degli Stati Uniti dei diritti degli indiani Shoshoni occidentali, privati delle loro terre ancestrali<sup>108</sup>, con la decisione relativa alla lesione da parte del Nicaragua del diritto di proprietà della comunità Mayagna Awas Tingni, la Corte nel 2001 ha operato una significativa interpretazione evolutiva dell'art. 21 della Convenzione americana dei diritti umani<sup>109</sup>. Rilevato che il termine 'proprietà' include non solo beni materiali ma anche immateriali<sup>110</sup>, la Corte ha specificato che le comunità indigene, per esistere, devono godere del diritto di vivere liberamente sulle proprie terre e che il loro stretto legame con la terra «must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival», poiché questo rapporto rappresenta «a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations»<sup>111</sup>. Trattandosi, pertanto, della sopravvivenza della comunità Awas Tingni, la Corte interamericana ha concluso che il Nicaragua doveva essere considerato responsabile per non avere delimitato le terre ancestrali e non avere adottato misure efficaci per garantire il diritto di proprietà della comunità sulle risorse naturali. Nello svolgere le proprie valutazioni, la Corte ha ritenuto che dovesse essere preso in considerazione il diritto consuetudinario dei popoli indigeni, sulla base del quale, indipen-

---

rial management, and to the exclusive use and exploitation of renewable natural resources existing in their territory without prejudice to the legitimate rights acquired by third parties. 18.To participate in the organs and institutions of the State». Il testo della Costituzione è reperibile al sito: [https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia\\_2009](https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009).

<sup>108</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Mary and Carrie Dann v. United States*, 75/02, 27 dicembre 2002.

<sup>109</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, 31 agosto 2001, par. 125.

<sup>110</sup> *Ibid.*, par. 122.

<sup>111</sup> *Ibid.*, par. 149.

dentemente dalla registrazione formale del titolo, essi dovevano essere adeguatamente protetti nell'esercizio del proprio diritto di proprietà e nell'utilizzo delle terre e delle risorse naturali<sup>112</sup>.

L'interpretazione favorevole a estendere il diritto di proprietà alle terre ancestrali è stata successivamente ribadita nel caso relativo alla comunità Yakye Axa, in cui la Corte, pronunciandosi con riferimento ai diritti di questo popolo che abita il territorio del Paraguay, ha chiarito che il suo diritto si estende sino a coprire «le risorse naturali, i giardini, le piantagioni [...] significative per la [...] tradizione culturale»<sup>113</sup>. La Corte ha ribadito che l'art. 21 della Convenzione americana deve essere interpretato nel senso di riconoscere la relazione stretta delle comunità indigene con le loro terre e il valore di «fondamento per la loro cultura, vita spirituale, integrità, sopravvivenza economica, conservazione e trasmissione alle generazioni future»<sup>114</sup>, ammettendo che il mancato rispetto del diritto incide sull'identità culturale e sulla progressiva realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali, di cui all'art. 26 della Convenzio-

---

<sup>112</sup> Ibid., par. 164. In merito: J.A. AMIOTT, *Environment, Equality, and Indigenous Peoples' Land Rights in the Inter-American Human Rights System: Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni v. Nicaragua*, in *Environmental Law*, 2002, 873; G. CITRONI, *The Indigenous Peoples' Right to Lands and Natural Resources in the Inter-American Human Rights System: Preserving Cultural Identity While Ensuring Development*, in A. DI BLASE, V. VADI (eds.), *The Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law*, cit., 123 ss.; F. FRANCONI, *Riparazione per le violazioni dei diritti dei popoli indigeni: quale ruolo per il diritto internazionale?*, in A.L. PALMISANO, P. PUSTORINO (ed.), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, cit., 33 ss.; F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 174; V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, D. RIBEIRO, *Indigenous Rights before the Inter-American Court of Human Rights: A Call For A Pro Individual Interpretation*, in *Transnational Human Rights Review*, 2015, 32; M. ODELLO, *Indigenous Peoples' Rights and Cultural Identity in the Inter-American Context*, in *International Journal of Human Rights*, 2012, 25; G. PENTASSUGLIA, *Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights*, in *European Journal of International Law*, 2011, 170.

<sup>113</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, 17 giugno 2005, par. 120, 124 e 126. G. PENTASSUGLIA *Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights*, cit., 172. La traduzione è nostra.

<sup>114</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, par. 121. La traduzione è nostra.

ne<sup>115</sup>. La relazione delle comunità con le risorse naturali e l'ambiente merita di essere giuridicamente tutelata, poiché «la cultura dei membri delle comunità indigene riflette uno specifico modo di essere, vedere e agire nel mondo, sviluppato sulla base del loro stretto rapporto con le terre ancestrali e con le risorse ivi presenti, non solo perché costituiscono i loro principali mezzi di sussistenza, ma anche perché fanno parte della loro visione del mondo, della loro religiosità e, quindi, della loro identità culturale»<sup>116</sup>. Sulla base di queste considerazioni, in caso di conflitto tra i diritti delle comunità sulle terre ancestrali e i diritti di proprietà individuale istituiti sugli stessi terreni, la Corte ha ritenuto che, in linea con l'art. 21 della Convenzione, possano essere introdotte, per via legislativa, le sole restrizioni che si prefiggono di raggiungere obiettivi legittimi in una società democratica, nel rispetto dei criteri di necessità e proporzionalità. Ai sensi di questa disposizione, figurano, tra gli obiettivi, anche l'interesse della società e la soddisfazione di un interesse pubblico impellente, ai quali la tutela dell'identità culturale e la sopravvivenza delle comunità indigene possono essere ascritte, potendo pertanto eventualmente legittimare le restrizioni del diritto di proprietà

---

<sup>115</sup> Ibid., par. 147, 151. M. ODELLO, *Indigenous Peoples' Rights and Cultural Identity in the Inter-American Context*, cit., 37. Nella stessa linea di ragionamento la Corte, nella sentenza del 2020 sulla responsabilità dell'Argentina per non avere garantito il diritto di proprietà sulle terre ancestrali occupate da più di 400 anni dalle comunità indigene riunite nella Lhaka Honhat (Our Land) Association, ha riconosciuto che la violazione di tale diritto incide anche sulla loro «identità culturale espressa nel cibo». Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, 6 febbraio 2020, par. 284. In merito: S. DE MOERLOOSE, C.I. DE CASAS, *The Lhaka Honhat case of the Inter-American Court of Human Rights: the long-awaited granting of 400,000 Hectares Under Communal Property Rights*, in *EJIL: Talk!*, 16 luglio 2020; M.A. TIGRE, *Inter-American Court of Human Rights Recognizes the Right to A Healthy Environment*, in *ASIL Insights*, 2 giugno 2020; ID., *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, in *American Journal of International Law*, 2021, 706; J.J. FAUNDES PEÑAFIEL, C.G. CARMONA, P.P. SILVA SÁNCHEZ, *La Corte interamericana de derechos humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2020, 643.

<sup>116</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 135. La traduzione è nostra.

individuale concorrente<sup>117</sup>: come rilevato dalla Corte, infatti, «la preservazione dell'identità culturale dei popoli o delle comunità indigene può essere considerata un 'obiettivo collettivo' che rende necessario limitare i diritti dei privati»<sup>118</sup>. Argomento alla luce del quale, nel caso di specie, la Corte interamericana ha ordinato al Paraguay di restituire alla comunità Yakye Axa le sue terre ancestrali e di adottare le misure legislative e amministrative necessarie per garantirne l'effettivo esercizio del diritto di proprietà<sup>119</sup>.

Anche la Corte africana per i diritti umani e dei popoli ha riconosciuto lo stretto legame esistente tra terre ancestrali e identità culturale delle comunità indigene. In una decisione adottata nel 2017 la Corte, ad esempio, ha ritenuto il Kenya responsabile per avere costretto la comunità Ogieks – una comunità indigena costituita da circa 20.000 membri e tradizionalmente stanziata nella foresta di Mau – ad abbandonare le proprie terre, in violazione del diritto di proprietà e di sviluppo economico,

---

<sup>117</sup> M. ODELLO, *Indigenous Peoples' Rights and Cultural Identity in the Inter-American Context*, cit., 37. Inter-American Court of Human Rights: Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, cit., par. 144.

<sup>118</sup> Ibid., par. 148. La traduzione è nostra. La questione del bilanciamento tra diritti di proprietà individuale e diritti delle comunità sulle terre ancestrali è stata affrontata nella controversia relativa alla violazione da parte del Suriname del diritto di proprietà sulle terre ancestrali del popolo Saramaka. In quel caso la Corte ha concluso che uno Stato può imporre restrizioni al diritto di proprietà sulle terre ancestrali mediante la conclusione di contratti di concessione a investitori privati per l'estrazione e lo sfruttamento delle risorse naturali, nel rispetto di tre requisiti: lo Stato deve garantire la partecipazione effettiva dei membri della comunità indigena al processo decisionale, in conformità con le loro usanze e tradizioni; la comunità deve ricevere un beneficio ragionevole dallo sfruttamento; e lo sfruttamento deve avvenire sulla base di una previa valutazione dell'impatto ambientale e sociale sui territori e sulle comunità localmente stanziate. Inter-American Court of Human Rights, Case of the Saramaka People v. Suriname, 28 novembre 2007, par. 127-129. M.A. ORELLANA, *Saramaka People v. Suriname*, *American Journal of International Law*, 2008, 841; V. VADI, *The Protection of Indigenous Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, in A. DI BLASE, V. VADI (eds.), *The Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law*, cit., 197.

<sup>119</sup> Inter-American Court of Human Rights: Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, cit., par. 233.

sociale e culturale, della libertà di religione e dei diritti culturali e di disporre delle risorse naturali<sup>120</sup>. Pur non raggiungendo il livello di incisività delle decisioni della Corte interamericana<sup>121</sup>, la decisione rappresenta un importante passaggio, soprattutto con riferimento alla valorizzazione dell'identità culturale di queste comunità e alla necessità che sia adeguatamente protetta. La Corte africana afferma, infatti, che la popolazione in questione ha uno stile di vita distinto e largamente collegato alla foresta di Mau, da cui dipendono la sua cultura, la vita spirituale, l'integrità e la sopravvivenza economica<sup>122</sup>.

Nella stessa direzione si era pronunciata anche la Commissione africana nel 2010, in un caso relativo alla comunità Endorois<sup>123</sup>. La Commissione aveva concluso che «la cultura, la religione e lo stile di vita tradizionale degli Endorois sono intimamente intrecciati con le loro terre ancestrali: [...] il Lago Bogoria e la foresta Monchongoi sono cruciali per lo stile di vita degli Endorois; se gli Endorois non hanno accesso alle terre ancestrali, non sono in grado di esercitare pienamente i diritti cul-

---

<sup>120</sup> African Court on Human and Peoples' Rights, African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya, 006/2012, 26 maggio 2007. Sulla Corte africana: G. LE FLOCH, *La Cour africaine des droits de l'homme*, Pedone, Parigi, 2023.

<sup>121</sup> La decisione è meno incisiva perché la Corte africana si limita a statuire che i popoli indigeni hanno il diritto di occupare e utilizzare le terre ancestrali, senza spingersi a imporre agli Stati l'obbligo di demarcarle. E. TRAMONTANA, *The Contribution of the African Court on Human and Peoples' Rights to the Protection of Indigenous Peoples' Rights*, in *Federalismi*, 2018, 9. Sul caso: L. CLARIDGE, K. HENRARD, *Litigation as a Tool for Community Empowerment: The Case of Kenya's Ogiek*, in *Erasmus Law Review*, 2018, 57; C. FOCARELLI, *Indigenous Peoples' Rights in International Law: The Ogiek Decision by the African Court of Human and Peoples' Right*, in A. DI BLASE, V. VADI (eds.), *The Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law*, cit., 175; R. RÖSCH, *Indigeness and Peoples' Rights in the African Human Rights System: Situating the Ogiek Judgement of the African Court on Human and Peoples' Rights*, in *Verfassung und Recht in Übersee – Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 2017, 242.

<sup>122</sup> African Court on Human and Peoples' Rights, African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya, cit., par. 182.

<sup>123</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya, 276/03, 25 novembre 2009. Si veda: in D.M.K. INMAN, *The Cross-Fertilization of Human Rights Norms and Indigenous Peoples in Africa: From Endorois and Beyond*, in *International Indigenous Policy Journal*, 2014.

turali e religiosi»<sup>124</sup>. Secondo la Commissione, pertanto, la nozione di ‘cultura’ deve essere intesa come un insieme complesso che include l’associazione spirituale e fisica con le terre ancestrali, le conoscenze tradizionali, il credo, l’arte, la legge, la morale, i costumi e le tradizioni, ossia la somma delle attività e dei prodotti materiali e spirituali di un gruppo sociale, che lo distinguono da altri gruppi simili<sup>125</sup>. Ordinando il trasferimento forzato della comunità Endorois dalle proprie terre, il Kenya aveva pertanto violato l’art. 17 della Carta africana. La tutela dell’identità culturale delle comunità indigene avviene anche mediante la protezione della loro libertà di religione, di cui all’art. 8 della Carta. Sul punto la Corte ritiene che «in the context of traditional societies, where formal religious institutions often do not exist, the practice and profession of religion are usually inextricably linked with land and the environment»<sup>126</sup> e, conseguentemente, la libertà di culto e di partecipare a cerimonie religiose dipende dall’accesso alla terra e all’ambiente naturale. Per la Commissione è rilevante, infine, nella definizione dei diritti delle comunità indigene, il diritto consuetudinario: secondo i ricorrenti, il diritto di proprietà fondiaria è stabilito, nell’ordinamento giuridico keniano, attraverso titoli diversi, ossia il diritto di proprietà privata delle persone fisiche e giuridiche e quello di proprietà collettiva sancito, in conformità con il diritto consuetudinario africano, dal Land Group Act per i Trust Lands gestiti dal County Council<sup>127</sup>. Nel rispetto di queste leggi, «their traditional form of collective ownership of the land qualifies as a ‘right, interest or other benefit ... under African customary law’ vested in ‘any tribe, group [or] family’ for the purposes of Section 115(2)», cosicché «under Kenyan law, the Baringo and Koibatek County Councils were – and indeed still are – obligated to give effect to the rights and interests of the Endorois as concerns the land»<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> African Commission on Human and Peoples’ Rights, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on Behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya, cit., par. 156. La traduzione è nostra.

<sup>125</sup> Ibid., par. 241.

<sup>126</sup> Ibid., par. 164.

<sup>127</sup> Ibid., par. 68.

<sup>128</sup> Ibid., par. 89. D. INMAN, S. SMIS, E.A. CIRIMWAMI, C.B. BAHALAOKWIBUYE,

Diversamente dai sistemi europeo, interamericano e africano, la regione asiatica non si contraddistingue, invece, per un regime uniforme e istituzionalizzato di tutela dei diritti umani, né per l'adozione di strumenti specificamente dedicati alla protezione dell'identità e della diversità culturale. Sono stati, in ogni caso, siglati alcuni atti, in seno all'ASEAN o da parte di conferenze intergovernative convocate tra i Paesi del Medio Oriente, espressione della concezione dei diritti umani in questi ambiti regionali e delle loro peculiarità in termini culturali. Tali strumenti presentano una visione culturalmente caratterizzata – talvolta, estremamente caratterizzata – dei diritti umani, un collegamento forte con le condizioni storico-politiche ed economico-sociali delle regioni interessate e un legame estremamente intenso con i valori tradizionali, in particolare con quelli religiosi. Rimane sottinteso che, non essendo stati istituiti organi sovranazionali deputati al monitoraggio di questi strumenti, le loro previsioni conoscono un grado di effettività più ridotto rispetto agli altri sistemi regionali.

Con riguardo al Sud-Est Asiatico, ad esempio, la Dichiarazione dei diritti umani adottata dall'ASEAN nel 2012, pur sottolineando la natura universale, indivisibile, interdipendente e interrelata dei diritti umani, specifica che «the realisation of human rights must be considered in the regional and national context bearing in mind different political, economic, legal, social, cultural, historical and religious backgrounds»<sup>129</sup>. In questa prospettiva, essa valorizza alcuni caratteri distintivi dei diritti umani, così come riconosciuti nei Paesi membri dell'associazione asiatica, ossia, da un lato, evidenzia l'esistenza, al pari dei diritti, di doveri individuali nei confronti degli altri individui, delle comunità e della società; dall'altro, pone l'accento sul diritto allo sviluppo, che considera un diritto inalienabile, in virtù del quale ogni individuo deve poter partecipare,

---

*The (Un)Willingness to Implement the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights: Revisiting the Endorois and the Mamboleo Decisions*, in *African Human Rights Yearbook*, 2018, 400.

<sup>129</sup> ASEAN Human Rights Declaration, 19 Novembre 2012, art. 7. Sulla tutela dei diritti umani in Asia e sulle istituzioni regionali: T.-U. BAIK, *Emerging Regional Human Rights Systems in Asia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, spec. 155 ss.; H.-L. TAN, *The ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights. Institutionalising Human Rights in Southeast Asia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

godere e beneficiare dello sviluppo economico, sociale e culturale<sup>130</sup>.

La protezione dei diritti umani nel Medio Oriente è influenzata invece in misura determinante da fattori di carattere religioso. Per la Dichiarazione del Cairo dei diritti umani nell'Islam la protezione dei diritti è subordinata al rispetto dei principi dell'Islam e delle legislazioni nazionali – che in molti casi riconoscono valore costituzionale al diritto religioso –<sup>131</sup> e alle «national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds»<sup>132</sup>. La Dichiarazione prevede un'interessante disposizione sui diritti delle donne, per cui ogni donna ha diritto all'indipendenza economica e lo Stato deve adottare le misure necessarie per garantirne il pieno godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali e l'eliminazione delle difficoltà che impediscono l'emancipazione, inclusi l'accesso a un'istruzione di qualità, l'assistenza sanitaria, l'occupazione e il pari trattamento economico; essa precisa, tuttavia, che «women and men have equal human dignity, rights and responsibilities *as prescribed by applicable laws*» – leggi nazionali che, come detto, spesso integrano i precetti religiosi, che possono presentare tratti discriminatori<sup>133</sup>. Analogamente l'art. 5 protegge il diritto al matrimonio tra uomo e donna, stabilendo che «men and women of marrying age have the right to marry and to found a family *according to the rules and conditions of marriage*. No marriage can take place without the full and free consent of both spouses. The *laws in force* guarantee the rights and duties of man and woman as to

---

<sup>130</sup> ASEAN Human Rights Declaration, cit., art. 35-37. F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 64 ss.; H.-L. TAN, *The ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights. Institutionalising Human Rights in Southeast Asia*, cit. 206. S. DE VIDO, *Women's Rights and Gender Equality in Europe and Asia*, in Y. NAKANISHI (ed.), *Contemporary Issues in Human Rights Law*, Springer Open, Singapore, 2018, 143.

<sup>131</sup> Cairo Declaration of the Organization of Islamic Cooperation on Human Rights, adottata il 28 novembre 2020 (originariamente adottata al Cairo il 5 agosto 1990), art. 25. Ad esempio, il diritto alla vita è definito «a gift by Allah Almighty». A. AL-AHSAN, *Law, Religion and Human Dignity in the Muslim World Today: An Examination of OIC's Cairo Declaration of Human Rights*, in *Journal of Law and Religion*, 2008, 569 ss.; F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 83 ss.

<sup>132</sup> Cairo Declaration of the Organization of Islamic Cooperation on Human Rights, cit., preambolo.

<sup>133</sup> *Ibid.*, art. 6(a). Corsivo aggiunto.

marriage, during marriage and after its dissolution»<sup>134</sup>, ossia, nuovamente, attribuisce un ruolo primario al diritto nazionale nella definizione delle regole e del contenuto dei diritti di cui uomini e donne sono titolari. L'art. 6 sancisce che donne e bambine devono essere protette contro ogni forma di discriminazione, violenza, abuso e pratica tradizionale dannosa<sup>135</sup>.

Anche la Carta araba dei diritti umani della Lega degli Stati arabi<sup>136</sup> enfatizza il valore dell'identità degli Stati arabi, quando, all'art. 2, si prefigge l'obiettivo di proteggere i diritti umani riconosciuti «within the context of the national identity of the Arab States». Come la Dichiarazione del Cairo, essa si riferisce spesso ai diritti nazionali: ad esempio, contiene una disposizione in materia di diritto al matrimonio che rinvia al diritto nazionale l'identificazione dei diritti e degli obblighi di sposi e spose<sup>137</sup> – aspetto per il quale valgono le considerazioni già svolte – e prescrive il rispetto dei diritti delle minoranze, anche di carattere culturale e religioso, in conformità con il diritto interno<sup>138</sup>. Diversamente dalla Dichiarazione del Cairo, è presente un solo – ma significativo – richiamo al diritto islamico, quando l'art. 2, nel prescrivere il divieto di discriminazione e riconoscere in capo a ogni individuo i diritti sanciti dalla Carta, stabilisce: «Men and women are equal in respect of human dignity, rights and obligations within the framework of the positive discrimination established in favour of women by

---

<sup>134</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>135</sup> La Dichiarazione segna un importante passo avanti rispetto alla Universal Islamic Declaration of Human Rights, adottata dall'Islamic Council of Europe il 19 settembre 1981. N. CHOWDHURY, *The Quest for Universal Human Rights: A Brief Comparative Study of Universal Declarations of Human Rights by the UN and the Islamic Council of Europe*, in *International Journal of Human Rights*, 2008, 347. F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 83 ss.

<sup>136</sup> Arab Charter of Human Rights, League of Arab States, 22 maggio 2004. F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 87; M.Y. MATTAR, *Article 43 of the Arab Charter on Human Rights: Reconciling National, Regional, and International Standards*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2013, 91 ss.; M. RISHMAWI, *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?*, in *Human Rights Law Review*, 2005, 361; ID., *The Arab Charter on Human Rights and the League of Arab States: An Update*, in *Human Rights Law Review*, 2010, 169.

<sup>137</sup> Arab Charter of Human Rights, cit., art. 33.

<sup>138</sup> Ibid., art. 25.

the Islamic Shariah, other divine laws and by applicable laws and legal instruments»<sup>139</sup>. La Carta, peraltro, non contempla una specifica disposizione sui diritti delle donne, ma inserisce norme pertinenti negli articoli che, ad esempio, proteggono il diritto alla salute – ivi inclusa l’abolizione delle pratiche tradizionali dannose<sup>140</sup> – o al lavoro<sup>141</sup>. Essa, infine, prevede di dover essere interpretata in modo tale da non pregiudicare i diritti e le libertà riconosciuti dai diritti nazionali o dai trattati, inclusi quelli sui diritti delle donne, dei fanciulli e delle minoranze<sup>142</sup>; dall’altro, all’art. 2 precisa che gli Stati hanno il potere di derogare ai diritti riconosciuti, senza tuttavia specificare per quali obiettivi ciò può legittimamente avvenire.

### 5. *La diversità culturale nel confronto tra universalismo e relativismo dei diritti umani.*

L’approccio favorevole a valorizzare la diversità culturale trova conferma anche nel confronto teorico, che fa da sfondo alle riflessioni qui sviluppate, tra universalismo e relativismo dei diritti umani. Lo stesso dibattito consente, inoltre, di proporre una soluzione al secondo interrogativo nascente dalla già descritta relazione biunivoca tra tutela della diversità culturale e dei diritti umani, ossia come i diritti umani debbano essere protetti nei casi in cui sono pregiudicati dalla realizzazione di pratiche tradizionali dannose e dal perfezionamento di istituti giuridici con essi confliggenti, che affondano le proprie radici in tradizioni culturali diverse e a loro volta, al netto di questi casi problematici, meritevoli di essere tutelate nel diritto internazionale.

Il dibattito tra universalismo e relativismo dei diritti umani trae origine dall’accusa rivolta da studiosi di tradizione marxista o terzomondista nei confronti della concezione dei diritti umani, avallata dalle Nazioni Unite,

---

<sup>139</sup> Ibid., art. 3(3).

<sup>140</sup> Ibid., art. 39(2)(d). A. ALMUTAWA, K. MAGLIVERAS, *Enforcing Women’s Rights under the Arab Charter on Human Rights 2004*, in *International Journal of Human Rights*, 2021,1258.

<sup>141</sup> Arab Charter of Human Rights, cit., art. 34.

<sup>142</sup> Ibid., art. 43.

come universali, visione ritenuta da questa parte della dottrina essere strumentale a consentire all'Occidente di affermare il proprio dominio sul resto del mondo<sup>143</sup>. Oggetto della critica è il presupposto per cui i diritti umani si applicherebbero a tutte le società in maniera identica, indipendentemente dalle differenze culturali esistenti<sup>144</sup>. Tale concezione, secondo i sostenitori dell'opposta teoria relativista, comporterebbe la negazione che popoli diversi hanno culture differenti e di pari dignità e determinerebbe l'ingiustificabile sostituzione dei valori in cui tali culture si esprimono con valori e diritti consacrati come universali<sup>145</sup>. La concezione relativista si fonda sul presupposto per cui i giudizi morali non possono che essere culturalmente relativi e, conseguentemente, «non esistono standard giuridici o morali universali rispetto ai quali le pratiche che impattano sui diritti umani possano essere giudicate accettabili o inaccettabili»<sup>146</sup>. All'infinita varietà culturale rinvenibile al mondo corrisponderebbero, dunque, concezioni differenti di ciò che è giusto o sbagliato<sup>147</sup>, con inevitabili conseguen-

---

<sup>143</sup> In merito si vedano le osservazioni e i riferimenti bibliografici citati in M.K. ADDO, *Practice of United Nations Human Rights Treaty Bodies in the Reconciliation of Cultural Diversity with Universal Respect for Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2010, 601 ss.; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, VII ed., Wolters Kluwer-Cedam, Assago/Padova, 2023, 415; M. IOVANE, *The Universality of Human Rights and the International Protection of Cultural Diversity: Some Theoretical and Practical Considerations*, cit., 231 ss.; F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit.

<sup>144</sup> Sulla teoria universalista si rinvia a: L. HENKIN, *The Universality of the Concept of Human Rights*, in *The Annals of the American Academy*, 1989, 506; E. BREMS, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2001.

<sup>145</sup> A.D. RENTELN, *International Human Rights: Universalism v. Relativism*, Quid Pro Books, New Orleans, 1990; ID., *The Unanswered Challenges on Relativism and the Consequences for Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1985, 514; L. TESÓN, *International Human Rights and Cultural Relativism*, in *Virginia Journal of International Law*, 1985, 870-871; J.J. TILLEY, *Cultural Relativism*, in *Human Rights Quarterly*, 2000, 501. Si veda anche F. COWELL *Defensive Relativism: The Use of Cultural Relativism in International Legal Practice*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2022, 50.

<sup>146</sup> Così L. TESÓN, *International Human Rights and Cultural Relativism*, cit., 870-871. La traduzione è nostra.

<sup>147</sup> Y. DONDERS, *Do Cultural Diversity and Human Rights Make a Good Match?*, in *International Social Science Journal*, 2010, 16.

ze sulle differenti percezioni di cosa debba essere considerato e protetto come un diritto umano.

Guardando al sistema di protezione dei diritti umani adottato in seno alle Nazioni Unite, un approccio universalista è propugnato, come noto, già a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, che delinea «common standard of achievement for all peoples and all nations, to the end that every individual and every organ of society shall strive [...] to promote respect for these rights and freedoms and [...] to secure their universal and effective recognition and observance»<sup>148</sup>. Tale approccio sollevava, già ai tempi della sua adozione, perplessità. L'American Anthropological Association rilevava, infatti, che la protezione dei diritti dell'individuo non può che fondarsi «on a recognition of the fact that the personality of the individual can develop only in terms of the culture of his society»<sup>149</sup>. Analogamente, la delegazione sovietica rilevava che la Dichiarazione, per come era concepita, non poteva garantire che i diritti umani fossero protetti «with due regard to the particular economic, social and national circumstances prevailing in each country»<sup>150</sup>. Sulla base della lettura relativistica dei diritti umani, la Dichiarazione sarebbe stata pertanto inadeguata a essere applicata agli Stati non occidentali: poiché essa sviluppa una concezione occidentale dei diritti umani, non si sarebbe prestata a regolarli in quei Paesi che presentano inevitabili «differenze ideologiche, per cui ai diritti economici viene data priorità rispetto ai diritti civili e politici, e differenze culturali, per cui le basi filosofiche che definiscono la natura umana e il rapporto degli individui con gli altri e

---

<sup>148</sup> Dichiarazione universale dei diritti umani, cit., preambolo. G. CATALDI, *Introduzione alla Dichiarazione Universale dei Diritti umani*, in G. CATALDI (a cura di), *I diritti umani a settant'anni dalla Dichiarazione universale delle Nazioni Unite*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

<sup>149</sup> J. STEWARD, H.G. BARNETT, *Statement on Human Rights (1947) and Commentaries*, in M. GOODALE (ed.), *Human Rights: An Anthropological Reader*, Malden/Oxford, Blackwell, 2009, 23-24. In merito F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 10; F. ROSSI, *Justice, Freedom, Rights. An Introduction to the History of Human Rights*, Giappichelli, Torino, 2024, 142.

<sup>150</sup> M. LAZREG, *Human Rights and Ideology: A Historical Perspective*, in A. POLLIS, P. SCHWAB (eds.), *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives*, Praeger, New York, 1979, 36; F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 10.

con la società sono marcatamente in contrasto con l'individualismo occidentale»<sup>151</sup>. Ed è proprio per queste ragioni che la Dichiarazione non fu adottata all'unanimità, ma da una maggioranza di Paesi occidentali o filo-occidentali, con l'astensione di alcuni Paesi arabo-islamici e del blocco socialista<sup>152</sup>.

Pare a chi scrive che entrambe le concezioni presentino limiti considerevoli. Le obiezioni avanzate nei confronti della teoria universalistica sono condivisibili, nella misura in cui una simile concezione, applicata in modo radicale, potrebbe portare a non conferire un adeguato rispetto a culture, valori e tradizioni locali<sup>153</sup>. Anche la teoria relativista, nella sua accezione più pura, è tuttavia criticabile. Essa conduce infatti, in ultima istanza, a negare l'esistenza di valori universali comuni alle differenti culture e a difendere quella concezione della sovranità dello Stato che spesso legittima «reprehensible state actions through the argument of the society's cultural distinctiveness»<sup>154</sup>.

Il Consiglio per i diritti umani, nella propria risoluzione 12/21 *Promoting Human Rights and Fundamental Freedoms through a Better Understanding of Traditional Values of Humankind*, nel 2009 statuiva: «all cultures and civilizations in their traditions, customs, religions and be-

---

<sup>151</sup> A. POLLIS, P. SCHWAB, *Human Rights: A Western Construct With Limited Applicability*, in A. POLLIS, P. SCHWAB (eds), *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives*, cit., 8. La traduzione è nostra.

<sup>152</sup> G. CATALDI, *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, in G. CATALDI, R. MONTINARO (a cura di), *Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari*, UniOr Press, Napoli, 2021, 20.

<sup>153</sup> In merito A.A. AN-NA'IM, *Towards A Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights – The Meaning of Cruel, Inhumane and Degrading Treatment or Punishment*, in A. AHMED AN-NA'IM (ed.), *Human Rights in A Cross-Cultural Perspective: A Quest for Consensus*, University of Pennsylvania Press, 1992, 19.

<sup>154</sup> A. POLLIS, *Cultural Relativism Revisited, Through A State Prism*, in *Human Rights Quarterly*, 1996, 323. Si vedano anche A.F. BAYEFSKY, *Cultural Sovereignty, Relativism and Human Rights: New Excuses for Old Strategies*, in *Ratio Juris*, 1996; F. COWELL, *Defensive Relativism: The Use of Cultural Relativism in International Legal Practice*, cit., 47 ss., spec. 56 ss.; N. PETERSEN, *International Law, Cultural Diversity, and Democratic Rule: Beyond the Divide Between Universalism and Relativism*, in *Asian Journal of International Law*, 2011, 149.

liefs share a common set of values that belong to humankind in its entirety, and [...] those values have made an important contribution to the development of human rights norms and standards»<sup>155</sup>. Secondo il Consiglio, pur tenendo presente le – e indipendentemente dalle – particolarità nazionali e regionali e dei vari contesti storici, culturali e religiosi, tutti gli Stati hanno l’obbligo di promuovere e proteggere tutti i diritti umani e le libertà fondamentali. La risoluzione, adottata con il voto favorevole di 26 Stati – Paesi in via di sviluppo e meno avanzati – e il voto contrario di 16 – tra cui Belgio, Francia, Italia, Giappone, Norvegia, Paesi Bassi, Cile, Messico, Regno Unito e Stati Uniti d’America – inaugurava un’attività di ricognizione dei valori tradizionali universali e conduceva all’adozione, da parte dell’*Advisory Committee* del Consiglio nel 2012, del rapporto sulla promozione dei diritti umani alla luce dei valori tradizionali dell’umanità<sup>156</sup>. Il rapporto, presentato al Consiglio nell’ambito della XXII sessione, offre interessanti spunti di riflessione. Esso riconosce, in primo luogo, che i valori tradizionali possono avere sia impatti positivi sia negativi sull’effettiva tutela dei diritti umani: in alcuni casi essi sono stati e sono alla base del riconoscimento dei diritti umani; in altri, invece, hanno contribuito e contribuiscono a giustificare violazioni gravi dei diritti umani, in particolare a carico di donne e gruppi vulnerabili. In secondo luogo, la percezione di ciò che costituisce un valore tradizionale dipende dalla configurazione delle strutture di potere: è evidente che alcune pratiche lesive della dignità umana vengono fatte derivare da valori tradizionali invocati per giustificare il mantenimento dello *status quo* e impedire la naturale evoluzione di tradizioni, culture e norme sociali. La comunità internazionale deve pertanto adoperarsi per garantire il rispetto dei valori tradizionali e, allo stesso tempo, abolire, correggere o adeguare quei valori e quelle pratiche che esplicano un impatto dannoso sui diritti umani. Fatte queste

---

<sup>155</sup> Human Rights Council, Promoting Human Rights and Fundamental Freedoms Through a Better Understanding of Traditional Values of Humankind, A/HRC/RES/12/21, 12 ottobre 2009, preambolo.

<sup>156</sup> Study of the Human Rights Council Advisory Committee on Promoting Human Rights and Fundamental Freedoms Through a Better Understanding of Traditional Values of Humankind, A/HRC/22/71, 6 dicembre 2012. F. COWELL *Defensive Relativism: The Use of Cultural Relativism in International Legal Practice*, cit. 69.

premesse, l'*Advisory Committee* ritiene che alcuni valori tradizionali siano condivisi da tutte le culture e che «to the extent that humankind in its entirety can be said to share a common set of values, such values are those which have made an important contribution to the development of international human rights norms and standards»<sup>157</sup>. Escludendo che nel diritto internazionale sia rinvenibile una definizione univoca dei 'valori tradizionali dell'umanità', il rapporto li riconduce a tre nozioni comuni a tutti gli strumenti, universali e regionali, sulla tutela dei diritti umani, agli ordinamenti interni e alle culture: dignità, libertà e responsabilità.

Questa impostazione è stata duramente criticata da chi ritiene che sia «especially problematic for institutions like the Human Rights Committee [...] to use such an imprecise tool to assess whether a State is complying with its international obligations»<sup>158</sup>. Dall'altro lato, occorre notare che la dignità è stata riconosciuta, anche in dottrina, avere proprio la funzione di 'linguaggio' capace di riconciliare universalità dei diritti umani e relativismo culturale<sup>159</sup>. La dignità, concepita dai principali strumenti sui diritti umani come qualità propria di tutti gli esseri umani e fondamento dei diritti garantiti<sup>160</sup>, a partire dalla stesura della Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione universale dei diritti umani ha fornito «una base teorica per il movimento dei diritti umani»<sup>161</sup>, traducendosi in una percezione

---

<sup>157</sup> Study of the Human Rights Council Advisory Committee on Promoting Human Rights and Fundamental Freedoms Through a Better Understanding of Traditional Values of Humankind, cit., par. 7, che richiama Human Rights Council, Promoting Human Rights and Fundamental Freedoms Through a Better Understanding of Traditional Values of Humankind, A/HRC/RES/16/3, 8 aprile 2011, preambolo.

<sup>158</sup> Così lo *statement* dell'International Justice Resource Center, citato in F. COWELL, *Defensive Relativism: The Use of Cultural Relativism in International Legal Practice*, cit., 69-70.

<sup>159</sup> C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2008, 655.

<sup>160</sup> Si vedano i Patti CPR e ECSR, la CEDAW o la Convenzione contro la tortura. Sul significato giuridico della nozione di dignità si veda P. DE SENA, *Dignità umana in senso statico e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, 507 ss.

<sup>161</sup> C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, cit., 677. La traduzione è nostra.

comune alle diverse giurisdizioni e, nonostante i differenti contesti politici e storici, ha condotto alla «common recognition of the worth of the human person as a fundamental principle to which the positive law should be accountable» e all'individuazione di una «common enterprise across different jurisdictions»<sup>162</sup> che coincide, come minimo, con l'elaborazione delle sue implicazioni sul diritto alla vita e all'integrità fisica.

Fatte queste premesse e rilevati i limiti delle opposte concezioni, universalista e relativista, dei diritti umani, riteniamo più condivisibile una soluzione intermedia tra le due, che ammetta letture regionali e culturalmente orientate dei diritti umani, pur senza consentire che esse si spingano a negare l'esistenza e la protezione di diritti il cui rispetto deve essere universalmente o imperativamente garantito. Tale concezione, definita in dottrina 'universalista moderata'<sup>163</sup>, sembra meglio conciliarsi con l'odierna struttura del diritto internazionale. Essa, infatti, valorizza l'idea che i diritti culturali siano integrati tra i diritti di cui deve essere assicurata la tutela, nel rispetto, tuttavia, degli altri diritti umani. Il riconoscimento dei diritti culturali come diritti umani, la loro influenza sull'interpretazione degli altri diritti e le specificità dei sistemi regionali consentono di superare le critiche, sopra illustrate, rivolte all'universalismo, a beneficio di un approccio – che condividiamo – idoneo, al tempo stesso, a proteggere identità e diversità culturali, senza tuttavia rinunciare a tutelare valori che, per la loro importanza, sono essenziali per la comunità internazionale. Secondo uno studioso, si tratta di «una posizione intermedia tra il relativismo culturale e l'universalismo [...]: l'universalità esiste ma solo con riferimento ad alcuni concetti basilari in materia, particolarmente quelli relativi alla sacralità e dignità della vita umana»<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Così P.G. CAROZZA, *My Friend is a Stranger: The Death Penalty and the Global Jus Commune of Human Rights*, in *Texas Law Review*, 2003, 1081.

<sup>163</sup> J. DONNELLY, *Cultural Relativism and Universal Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1984, 400; ID., *The Relative Universality of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2007, 281; A. KOROMA, *International Law and Multiculturalism*, in S. YEE, J.-Y. MORIN (eds), *Multiculturalism and International Law. Essays in Honour of Edward McWhinney*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009, 82; F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 8.

<sup>164</sup> Così G. CATALDI, *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, cit., 20.

La ricostruzione in esame è conforme a quanto sancito dalla Dichiarazione di Vienna del 1993<sup>165</sup>, che diversamente dalla Dichiarazione universale per i diritti umani fu adottata per *consensus* da 171 Stati e che, anche nelle parole di un autore sensibile all'approccio terzomondista al diritto internazionale, «embodied the most legitimate view on human rights reached on a global, transnational and transcivilizational basis at the end of the twentieth century»<sup>166</sup>. Secondo la Dichiarazione, «tutti i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e interconnessi [...] Mentre si deve tenere presente l'importanza delle particolarità nazionali e regionali e dei diversi contesti storici, culturali e religiosi, è dovere degli Stati, indipendentemente dalla loro posizione politica, economica e culturale, promuovere e proteggere tutti i diritti umani»<sup>167</sup> e la loro protezione costituisce un «legitimate concern of the international community»<sup>168</sup>. La Dichiarazione inoltre stabilisce che i diritti delle donne sono parte integrante, indivisibile e inalienabile del sistema dei diritti umani e che la partecipazione delle donne alla vita politica, economica, civile, sociale e culturale e l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione fondate sul sesso sono obiettivi prioritari della comunità internazionale<sup>169</sup>. Secondo la già richiamata lettura, la Dichiarazione riconosce ed esprime pertanto «i principi normativi più legittimi su scala globale, superando le gravi differenze e i conflitti in termini politici ed economici, religiosi e culturali o, in una parola, le differenze di civiltà esistenti tra circa 200 nazioni»<sup>170</sup>. Pur avallando, con il consenso della comunità internazionale, la concezione universalista, la Dichiarazione è criticata, tuttavia, per la sua mancanza di dettaglio nell'individuazione e nella disamina degli specifici diritti<sup>171</sup>.

---

<sup>165</sup> Vienna Declaration and Programme of Action, adottata dalla World Conference on Human Rights in Vienna il 25 giugno 1993.

<sup>166</sup> Y. ONUMA, *International Law in a Transcivilizational World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 385.

<sup>167</sup> Vienna Declaration and Programme of Action, cit., par. 5. La traduzione è nostra.

<sup>168</sup> Ibid., par. 4.

<sup>169</sup> Ibid., par. 18.

<sup>170</sup> Y. ONUMA, *International Law in a Transcivilizational World*, cit., 387. La traduzione è nostra.

<sup>171</sup> Ibid.

L'equilibrio qui descritto tra diversità culturale e diritti umani, allineato con la concezione universalista moderata, è assicurato espressamente dagli strumenti internazionali che prevedono che la tutela dei diritti culturali avvenga nel rispetto dei diritti umani<sup>172</sup> e che la diversità culturale non possa essere invocata come giustificazione di pratiche che ne comportino la violazione<sup>173</sup>. Il Comitato ESCR in merito specifica che il diritto di prendere parte alla vita culturale deve essere esercitato nel rispetto degli altri obblighi previsti dal Patto<sup>174</sup> e che, pur dovendo tenere conto delle particolarità nazionali e regionali e dei diversi contesti storici, culturali e religiosi, la diversità culturale non può essere invocata come giustificazione per la violazione di altri diritti umani o per comprimerne il godimento<sup>175</sup>. I diritti culturali non sono assoluti e, in presenza di pratiche tradizionali che mettono a repentaglio la tutela di altri diritti umani, possono essere derogati, nel rispetto della legittimità degli obiettivi perseguiti in una società democratica e della necessità e proporzionalità delle limitazioni stesse<sup>176</sup>. In via generale, l'art. 4 del Patto ESCR ammette la restrizione, da parte degli Stati contraenti, dei diritti convenzionalmente riconosciuti, purché tali limitazioni siano «determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general

---

<sup>172</sup> UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, cit., art. 5; UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, cit., art. 2(1); UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, cit., art. 2(1). In particolare, quest'ultima disposizione, per cui «consideration will be given solely to such intangible cultural heritage as is compatible with existing international human rights instruments, as well as with the requirements of mutual respect among communities, groups and individuals, and of sustainable development», ha fondato le obiezioni mosse all'inclusione nella nozione di patrimonio culturale intangibile di alcune pratiche tradizionali ritenute incompatibili proprio con i diritti umani.

<sup>173</sup> UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, cit., art. 4.

<sup>174</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, cit., art. 15.1. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (art. 15, par. 1(a) of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), cit., par. 17.

<sup>175</sup> Ibid., par. 18.

<sup>176</sup> Ibid., par. 19.

welfare in a democratic society»<sup>177</sup>. Analogamente l'art. 18(3) del Patto CPR stabilisce che gli Stati possono limitare la libertà di manifestare la religione, «subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others».

Al di là di queste considerazioni, permangono le difficoltà connesse alla diffusa attuazione, sul territorio di numerosi Paesi, di pratiche e istituti che confliggono con i diritti umani di cui, anche secondo la concezione universalista moderata, si richiede il rispetto, oltre che l'apposizione da parte di numerosi Stati, contraenti di trattati fondamentali, di riserve che perseguono l'intento di limitare l'applicazione di disposizioni convenzionali essenziali per la protezione dei diritti umani. In uno scenario contrassegnato da una prassi tanto controversa e diffusa, è ragionevole pertanto domandarsi se e quali diritti umani possano essere davvero considerati universali, interrogativo cui si cercherà di rispondere nei prossimi paragrafi.

#### 6. *Universalismo e relativismo dei diritti umani, tra trattati a partecipazione universale e riserve.*

Numerosi diritti umani rilevanti ai fini della presente trattazione, in quanto potenzialmente lesi da pratiche tradizionali dannose o confliggenti con i precetti di carattere religioso e consuetudinario seguiti a livello locale, sono riconosciuti dai principali trattati internazionali a partecipazione universale. Tra questi, ad esempio, il diritto alla vita, i divieti di discriminazione e trattamenti inumani e degradanti, il diritto alla vita privata e familiare, al matrimonio, all'istruzione e alla proprietà, sono diritti previsti da fondamentali trattati conclusi in seno alle Nazioni Unite, che oggi vincolano, con rare eccezioni, la larghissima parte degli Stati che compongono la comunità internazionale<sup>178</sup>. Occorre tuttavia precisare che alcuni

---

<sup>177</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, cit., art. 4.

<sup>178</sup> I dati riprodotti nella tabella sono stati tratti da <https://indicators.ohchr.org/>.

degli Stati in cui si verificano le situazioni di conflitto, potenziale o effettivo, oggetto del presente studio, sono proprio tra i pochi che non hanno proceduto a ratificarli o che hanno apposto riserve ad alcune delle loro disposizioni fondamentali. È legittimo e opportuno, pertanto, chiedersi se questi diritti umani possano essere considerati davvero universali.

L'universalità dei diritti umani attiene alla loro fondamentale caratteristica di essere riconosciuti a tutti gli individui ovunque essi si trovino. Se, come statuito dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, si tratta di «equal and inalienable rights of *all* members of the human family»<sup>179</sup>, per cui «[a]ll human beings are born free and equal in dignity and rights»<sup>180</sup>, o se, come enfatizzato dalla Dichiarazione di Vienna del 1993, tutti gli Stati hanno l'obbligo di promuovere «universal respect for, and observance and protection of, *all* human rights and fundamental freedoms for *all* in accordance with the Charter of the United Nations, other

	<i>Parti contraenti</i>	<i>Stati firmatari</i>	<i>Stati non contraenti e non firmatari</i>
Patto CPR	173	Cina, Comoros, Cuba, Nauru, Palau, Saint Lucia	Arabia Saudita, Bhutan, Isole Cook, Brunei Darussalam, Emirati Arabi Uniti, Isole Salomone, Kiribati, Malesia, Micronesia, Myanmar, Niue, Oman, Saint Kiddy and Nevis, Singapore, Santa Sede, Tonga, Tuvalu
Patto ESCR	171	Cuba, Comoros, Palau, Stati Uniti d'America	Andorra, Arabia Saudita, Bhutan, Botswana, Brunei Darussalam, Emirati Arabi Uniti, Isole Cook, Kiribati, Malesia, Micronesia, Mozambico, Nauru, Niue, Saint Kiddy and Nevis, Saint Lucia, Samoa, Santa Sede, Singapore, Tonga, Tuvalu, Vanuatu
CEDAW	189	Palau, Stati Uniti d'America	Iran, Niue, Santa Sede, Somalia, Sudan, Tonga
CRC	196	Stati Uniti d'America	Nessuno

<sup>179</sup> Universal Declaration of Human Rights, preambolo. Corsivo aggiunto.

<sup>180</sup> *Ibid.*, art. 1. Corsivo aggiunto.

instruments relating to human rights, and international law» e «[t]he universal nature of these rights and freedoms is beyond question»<sup>181</sup>, l'universalità è, prima di tutto, il modo di essere dei diritti umani riconosciuto dalla comunità internazionale. Pur essendo tale caratterizzazione dei diritti umani cosa diversa dalla portata soggettiva delle norme internazionali che ne stabiliscono la protezione, rimane, tuttavia, inteso che la garanzia dell'universalità dipende evidentemente anche dall'ampiezza della titolarità degli obblighi che li prescrivono.

Questo rilievo è propedeutico, da un lato, all'esame del valore giuridico delle molte riserve apposte, ad esempio, alle convenzioni sulla lotta alla discriminazione contro le donne (di seguito 'CEDAW')<sup>182</sup> e sui diritti del fanciullo ('CRC')<sup>183</sup>, trattati che per pertinenza tematica sono particolarmente rilevanti nel nostro campo d'indagine – tema che sarà approfondito in questo paragrafo – e, dall'altro, all'analisi del contributo offerto, dalla partecipazione universale o quasi-universale ai trattati in esame, alla formazione di corrispondenti regole del diritto consuetudinario – questione che sarà trattata nel paragrafo successivo.

La CEDAW e la CRC sono gli strumenti internazionali sulla tutela dei diritti umani che hanno ricevuto il più elevato numero di ratifiche: la CEDAW conta 189 Stati parte, la CRC ben 196. Questa amplissima partecipazione, indice dell'importanza e della condivisione delle regole previste dai due trattati, si scontra tuttavia con un altrettanto elevato numero di riserve: dei 189 Stati parte della CEDAW quasi la metà ha specificato, al momento della ratifica, di non considerare applicabili alcune norme convenzionali o di ritenere che esse si debbano applicare a differenti condizioni. Così anche per la CRC, relativamente alla quale sono state apposte riserve da più di 60 Parti contraenti. Le riserve alla CEDAW e alla CRC suscitano particolari perplessità. L'art. 28 della CEDAW e l'art. 51 della CRC vietano l'apposizione di riserve incompatibili con l'oggetto e lo scopo del trattato; l'art. 29(2) della CEDAW consente alle Parti contraenti di apporre riserve alla giurisdizione della Corte internazionale di

---

<sup>181</sup> Vienna Declaration, par. 1. Corsivo aggiunto.

<sup>182</sup> Convention of the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women, 1979.

<sup>183</sup> Convention on the Rights of the Child, 1989.

giustizia per la soluzione delle controversie nascenti dall'applicazione della Convenzione, altrimenti prevista all'art. 29(1). Molte delle riserve apposte alle due convenzioni vanno, tuttavia, a toccare regole essenziali delle due Convenzioni.

La CEDAW stabilisce gli obblighi degli Stati in materia di prevenzione e repressione della discriminazione nei confronti delle donne, in tutte le forme e gli ambiti in cui tale fenomeno si manifesta<sup>184</sup>. Molte riserve alla CEDAW hanno carattere generale o concernono disposizioni centrali della Convenzione, contrastano con il suo oggetto e scopo, o pretendono di subordinare il rispetto del trattato alla compatibilità con il diritto interno e, in particolare, con i diritti religiosi o consuetudinari, che spesso presentano tratti discriminatori nei confronti delle donne. Particolarmente numerose e criticabili sono le riserve all'art. 2 della CEDAW, che sancisce l'obbligo degli Stati di adottare le misure positive adeguate a implementare la Convenzione, e all'art. 16, che prevede l'adozione di misure appropriate per eliminare la discriminazione nei confronti delle donne nel matrimonio e nei rapporti familiari. A titolo esemplificativo, si pensi alla riserva generale dell'Arabia Saudita, per cui «[i]n case of contradiction between any term of the Convention and norms of Islamic law, the Kingdom of Saudi Arabia is not under obligation to observe the contradictory terms of the Convention»<sup>185</sup>, dell'Egitto, che dichiara di voler rispettare l'art. 2 «provided that such compliance does not run counter to the Islamic Sharia»<sup>186</sup>, del Marocco, che specifica che «certain of the provi-

---

<sup>184</sup> Convention of the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women, cit., art. 1.

<sup>185</sup> Meeting of States Parties to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Declarations, Reservations, Objections and Notifications of Withdrawal of Reservations relating to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/SP/2006/2, 10 aprile 2006. M. BRANDT, J.A. KAPLAN, *The Tension Between Women's Rights and Religious Rights: Reservations to CEDAW by Egypt, Bangladesh and Tunisia*, in *Journal of Law and Religion*, 1995, 105 ss.; Y. DONDEERS, *Cultural Pluralism in International Human Rights Law: The Role of Reservations*, in A.F. VRDOLJAK (ed.), *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 205.

<sup>186</sup> Meeting of States Parties to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Declarations, Reservations, Objections and Notifica-

sions contained in the Moroccan Code of Personal Status according women rights that differ from the rights conferred on men may not be infringed upon or abrogated because they derive primarily from the Islamic Sharia»<sup>187</sup>, o degli Emirati Arabi Uniti, che dichiarano di non essere vincolati dall'art. 2(f), poiché incompatibile con le norme in materia successoria «established in accordance with the precepts of the Sharia»<sup>188</sup>. Di grande rilievo è anche la riserva presentata dal Malawi – e ritirata nel 1991 – per cui «[o]wing to the deep-rooted nature of some traditional customs and practices of Malawians, the Government of the Republic of Malawi shall not, for the time being, consider itself bound by such of the provisions of the Convention as require immediate eradication of such traditional customs and practices»<sup>189</sup>, o dall'India, che precisa di rispettare l'art. 16 tenendo conto che, per quanto la registrazione dei matrimoni sia certamente auspicabile, «it is not practical in a vast country like India with its variety of customs, religions and level of literacy»<sup>190</sup>. Meritano, infine, di essere menzionate le riserve apposte da Israele all'art. 16 «insofar as the laws of personal status binding on the several religious communities in Israel do not conform with the provisions of that article»<sup>191</sup>, dal Kuwait, che dichiara di non considerarsi vincolato dalla stessa disposizione «inasmuch as it conflicts with the provisions of the Islamic Sharia, Islam being the official religion of the State»<sup>192</sup> e dagli Emirati Arabi Uniti, che specificano che «the payment of a dowry and support after divorce is an obligation of the husband and [...] Sharia makes a woman's right to divorce conditional on a judicial decision, in a case in which she has been harmed»<sup>193</sup>.

Anche molte delle riserve apposte alla CRC concernono disposizioni di carattere sostanziale e portata essenziale con riferimento all'oggetto e

---

tions of Withdrawal of Reservations relating to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, cit.

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> Ibid.

<sup>189</sup> Ibid.

<sup>190</sup> Ibid.

<sup>191</sup> Ibid.

<sup>192</sup> Ibid.

<sup>193</sup> Ibid.

allo scopo del trattato, ossia la tutela dei diritti dei fanciulli<sup>194</sup>. Si pensi, ad esempio, a quella apposta dall'Iran, per cui non si applicano gli articoli che sono incompatibili «with Islamic Laws and the international legislation in effect»<sup>195</sup>, o dalla Santa Sede, per cui l'applicazione della CRC deve essere in linea «with the particular nature of the Vatican City State and of the sources of its Objective Law (art. 1, Law of 7 June 1929, n. 11) and, in consideration of its limited extent, with its legislation in the matters of citizenship, access and residence»<sup>196</sup>. Meritano, infine, la nostra attenzione anche le riserve relative a diritti specifici riconosciuti ai fanciulli dalla CRC, quali il diritto alla vita – che la Cina, ad esempio, si impegna a rispettare «under the prerequisite that the Convention accords with the provisions of article 25 concerning family planning of the Constitution of the People's Republic of China and in conformity with the provisions of article 2 of the Law of Minor Children of the People's Republic of China»<sup>197</sup> – o i diritti all'istruzione e alla vita privata e le libertà di religione e associazione, che la Santa Sede interpreta «in a way which safeguards the primary and inalienable rights of parents, in particular insofar as these rights concern education (articles 13 and 28), religion (article 14), association with others (article 15) and privacy (article 16)»<sup>198</sup>.

La ricostruzione del quadro giuridico di riferimento nella materia al nostro esame, così come della relazione esistente tra diversità culturale e diritti umani alla luce del dibattito tra universalismo e relativismo, non può dunque prescindere dall'incidenza delle riserve e dal ruolo che esse esplicano nella contrapposizione tra universalità e integrità dei trattati. Data l'ampiezza di molte delle riserve esaminate e la rilevanza dei loro contenuti è, infatti, legittimo chiedersi se, in assenza della possibilità di adottarle, tanti Stati avrebbero comunque ratificato la CEDAW e la CRC. E,

---

<sup>194</sup> United Nations Treaty Collection, Convention on the Rights of the Child, reperibile a: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_en.](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en;); W.A. SCHABAS, *Reservations to the Convention on the Rights of the Child*, in *Human Rights Quarterly*, 1996, 472 ss.

<sup>195</sup> United Nations Treaty Collection, Convention on the Rights of the Child, cit.

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> Ibid.

<sup>198</sup> Ibid.

ancora, se questi Stati acconsentirebbero a essere vincolati dai trattati in questione, qualora le riserve in esame, considerate contrarie all'oggetto e allo scopo delle convenzioni o eccessivamente generali, dovessero essere ritenute come non apposte. E, infine, se l'ampio numero delle riserve in questione incida negativamente sull'acquisizione, da parte delle corrispondenti norme, dello *status* di regole del diritto consuetudinario.

Occorre osservare che, pur essendo la disciplina delle riserve ai trattati sui diritti umani stata oggetto di significativi sviluppi nel diritto internazionale, essa è ancora per alcuni aspetti controversa. Le regole sancite dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati agli art. 19-23 sono infatti state ritenute da parte della dottrina e della prassi internazionale inadeguate ad applicarsi a questo tipo di convenzioni, che non sono rette da interessi fondati sulla reciprocità<sup>199</sup>. Le indicazioni della Corte internazionale di giustizia e della Convenzione di Vienna – favorevoli a un

---

<sup>199</sup> Come riconosciuto dalla Corte internazionale di giustizia con riferimento alle riserve apposte alla Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio, in questo tipo di trattati gli Stati contraenti non proteggono interessi propri, ma l'interesse comune alla realizzazione di quegli alti fini che sono la ragion d'essere della Convenzione. Sul tema più generale: R. BARATTA, *Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded?*, in *European Journal of International Law*, 2000, 413 ss.; G. GAJA, *Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 349; K. KORKELIA, *New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in *European Journal of International Law*, 2002, 437; C. REDGWELL, *Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 1994, 245; B. SIMMA, G.I. HERNANDEZ, *Legal Consequences of an Impermissible Reservation to A Human Rights Treaty: Where Do We Stand?*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 60; W.A. SCHABAS, *Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the Convention on the Rights of the Child*, in *Mary Journal of Women and the Law*, 1997, 79; ID., *Reservations to the Convention on the Rights of the Child*, cit., 472 ss.; ID., *Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform*, in *Annuaire Canadien de Droit International*, 1994, 39. Critici sull'impostazione in esame, e in particolare sulla riferibilità degli aspetti in discussione ai soli trattati sulla protezione dei diritti umani: A. PELLET, D. MÜLLER, *Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil ...*, in U. FASTENRATH (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

orientamento improntato alla flessibilità, per il quale le riserve sono consentite a meno che siano specificamente proibite dal trattato, non rientrano tra quelle esplicitamente ammesse o siano incompatibili con il suo oggetto e il suo scopo, e non necessitano di essere approvate dall'unanimità dei contraenti<sup>200</sup> – possono determinare infatti un'eccessiva erosione dell'integrità del trattato. Il meccanismo delle obiezioni, d'altra parte, non è affidabile e «appears to have a more political than a legal significance»<sup>201</sup>: come rilevato dal Comitato sui diritti umani nel *General Comment* n. 24, «the pattern is so unclear that it is not safe to assume that a non-objecting State thinks that a particular reservation is acceptable»<sup>202</sup>. Poiché la Convenzione di Vienna appare poco chiara circa le conseguenze che discendono dall'apposizione di riserve contrarie all'oggetto e allo scopo del trattato, autorevole dottrina conclude che il suo «regime on the acceptance of and objection to reservations as well as on the legal effects of reservations, their acceptance and objections thereto does not apply to impermissible reservations, and should not apply to impermissible reservations to human rights treaties by analogy»<sup>203</sup>.

Queste considerazioni valgono anche con riferimento alle riserve apposte alla CEDAW: solamente 24 Parti contraenti hanno presentato obiezioni, la gran parte delle quali rileva l'incompatibilità delle riserve

---

<sup>200</sup> La Convenzione di Vienna attribuisce un ruolo fondamentale alle obiezioni, che gli altri Stati parte possono presentare entro 12 mesi dall'apposizione della riserva: attraverso le obiezioni gli altri contraenti possono rilevare l'inammissibilità delle riserve, specificando, qualora così ritengano, che il trattato non entri in vigore nei rapporti reciproci con lo Stato riservante. Qualora l'obiezione non impedisca, invece, l'entrata in vigore del trattato, il suo effetto si traduce nel fatto che la disposizione cui la riserva si riferisce non si applica «nella misura prevista dalla riserva» nei rapporti reciproci tra obiettore e riservante.

<sup>201</sup> W.A. SCHABAS, *Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the Convention on the Rights of the Child*, cit., 80.

<sup>202</sup> CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made Upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols Thereto, or in Relation to Declarations under article 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 4 novembre 1994, par. 17.

<sup>203</sup> B. SIMMA, G. I HERNÁNDEZ, *Legal Consequences of An Impermissible Reservation to A Human Rights Treaty: Where Do We Stand?*, cit.

con l'oggetto e lo scopo della Convenzione. La grande maggioranza specifica, tuttavia, di non impedire l'entrata in vigore della Convenzione tra l'obiettore e il riservante<sup>204</sup>. Così anche, ad esempio, per la già citata riserva con cui il Malawi dichiarava di non considerarsi vincolato dalle disposizioni della Convenzione che avrebbero richiesto l'eliminazione di usanze e pratiche tradizionali incompatibili, riserva, tuttavia, poi ritirata nel 1991 a fronte delle obiezioni sollevate da Germania, Svezia e Paesi Bassi. Da parte sua, il Comitato CEDAW constata il numero esorbitante di riserve apposte alla Convenzione e la loro incompatibilità con l'oggetto e lo scopo del trattato<sup>205</sup> e conclude che le riserve apposte per ragioni nazionali, tradizionali, religiose o culturali «are incompatible with the Convention and therefore impermissible and should be reviewed and modified or withdrawn» e «may be challenged by other State parties»<sup>206</sup>. Anche il

---

<sup>204</sup> Un autore sottolinea che in questi casi sarebbe auspicabile una «lock-out reaction» da parte degli altri Stati contraenti, con il conseguente isolamento giuridico dello Stato che pretenda di essere parte di una convenzione di cui non intende rispettare le regole essenziali. R. BARATTA, *Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded?*, cit., 424.

<sup>205</sup> General Recommendations 4 (1987); 20 (1992); 21 (1994); 28 (2010); 29 (2010); Decision 41/I (2008). In merito: J. RIDDLE, *Making CEDAW Universal: A Critique of CEDAW's Reservation Regime Under Article 28 and the Effectiveness of the Reporting Process*, in *The George Washington Law Review*, 2002, 605.

<sup>206</sup> Statement on Reservations to the Convention of the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women by the Committee on the Elimination of Discriminations Against Women, A/53/38/Rev.1, 1998, par. 17. In merito è interessante, ad esempio, la preoccupazione espressa nei confronti della riserva della Libia ritenuta dal Comitato contraria all'oggetto e allo scopo della CEDAW e oggetto di obiezioni presentate da altre Parti contraenti. Il Comitato chiedeva che la riserva venisse ritirata, avendo presente che il diritto islamico «came into force 1,500 years ago and [is] not immutable [...] Religions should evolve over time, but [...] the interpretation of the Shariah, had come to a standstill three centuries ago. The thinking about some religious roles [has] not evolved from that time and it [is] not proper to apply a standard that had applied several centuries ago to the present world» e pertanto raccomandava alla Libia di condurre gli sforzi necessari «to proceed to an interpretation of the Shariah that [is] permissible and [does] not block the advancement of women». CEDAW Report of the Committee for the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, U.N. Doc. A/49/38 (1994), par. 130-132. Pur essendo la riserva generale stata ritirata nel 1995, nel 2009 – al tempo dell'ultimo rapporto presentato dalla Libia –

Comitato CRC raccomanda, in occasione della presentazione dei rapporti periodici, il ritiro delle riserve incompatibili<sup>207</sup>. Ad oggi, la presunta invalidità delle riserve o le sue conseguenze non hanno, tuttavia, formato l'oggetto di comunicazioni individuali rivolte ai Comitati CEDAW e CRC, mentre le reazioni delle Parti contraenti alle raccomandazioni loro rivolte sono difficilmente interpretabili: un recente studio della prassi discesa dalle indicazioni ricevute nell'ambito della revisione periodica universale rileva che «[t]he cumulative effect of recommendations on state parties has, over the three review cycles [...] shown some impact on state behavior which may have legal consequences», pur rimanendo complessivamente frammentaria<sup>208</sup>. Anche la Conferenza mondiale sui diritti umani di Vienna del 1993 chiama gli Stati a limitare l'estensione delle riserve agli strumenti sui diritti umani, formularle nel modo più preciso e ristretto possibile, garantire che non siano incompatibili con l'oggetto e lo scopo del trattato, e in questo caso ritirarle e riesaminarle<sup>209</sup>.

Più incisivamente, alcuni organismi di monitoraggio sulle convenzioni sui diritti umani e fori internazionali mostrano, invece, un orientamento

---

permaneva, da parte del Comitato, la preoccupazione per le riserve relative agli art. 2 e 16, che l'organismo continuava a considerare contrarie all'oggetto e allo scopo del trattato e di cui continuava a raccomandare la rimozione.

<sup>207</sup> Report of the Committee on the Rights of the Child, U.N. Doc. A/49/41 (1994), par. 529-534. Interessanti sono le osservazioni mosse nei confronti del Pakistan e di altri Stati islamici, che avevano apposto riserve con cui subordinavano il rispetto della CRC alla compatibilità con il diritto islamico, così come le osservazioni rivolte alla Santa Sede. A quest'ultimo proposito nel 2014 il Comitato reiterava «its concern about the Holy See's reservations to the Convention which undermine the full recognition of children as subjects of rights, and condition the application of the Convention on its compatibility with the sources of law of Vatican City State» e raccomandava conseguentemente il ritiro delle riserve e che la Santa Sede assicurasse «that the Convention has precedence over internal laws and regulations». Committee on the Rights of the Child Concluding observations on the second periodic report of the Holy See, CRC/C/VAT/CO/2, 25 febbraio 2014, par. 11 e 12.

<sup>208</sup> F. COWELL *Defensive Relativism: The Use of Cultural Relativism in International Legal Practice*, cit., 163 e 147 ss. Lo studio analizza in particolare le reazioni – controverse – di Bahrain, Maldive ed Emirati Arabi Uniti alle raccomandazioni loro rivolte, nell'ambito della revisione periodica universale, di modificare o ritirare le riserve considerate incompatibili con l'oggetto e lo scopo della CEDAW.

<sup>209</sup> Vienna Declaration and Programme of Action, cit., par. 5, 39, 46.

incline a considerare le riserve contrarie all'oggetto e allo scopo dei trattati come non apposte, e valorizzano il proprio ruolo nella rilevazione oggettiva dell'invalidità di tali dichiarazioni. In questo senso si attestano il cosiddetto 'Strasbourg approach'<sup>210</sup>, sviluppato nelle decisioni nei casi *Temeltasch*<sup>211</sup>, *Loizidou*<sup>212</sup> e *Belilos*<sup>213</sup> della Commissione e della Corte europea dei diritti umani, la posizione della Corte interamericana nell'Opinione OC 3-83 in materia di restrizioni alla pena di morte<sup>214</sup> e l'orientamento espresso dal Comitato per i diritti umani nel già citato *General Comment* n. 24. Emerge dalla sentenza della Corte europea nel caso *Belilos* il convincimento che una riserva generale come quella apposta, nel caso di specie, dalla Svizzera all'art. 6(1) della Convenzione europea sia da considerarsi invalida e che lo Stato riservante rimanga parte contraente senza beneficiarne. La valutazione circa l'invalidità e l'inefficacia della riserva non dipende dell'eventuale assenza di obiezioni da parte degli altri Stati contraenti – che nel caso di specie, secondo la Svizzera, avevano manifestato la propria accettazione con

---

<sup>210</sup> Così B. SIMMA, *Reservations to Human Rights Treaties – Some Recent Developments*, in G. HAFNER et al. (eds.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, 659 ss., spec. 670.

<sup>211</sup> European Commission of Human Rights, *Alparslan Temeltasch v. Switzerland*, 9116/80, 5 maggio 1982. P.-H. IMBERT, *Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission: The Temeltasch Case*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1984, 558 ss.

<sup>212</sup> European Court of Human Rights, *Case of Loizidou v. Turkey*, Preliminary Objections, 15318/89, 23 marzo 1995. R. MOLONEY, *Incompatible Reservations to Human Rights Treaties: Severability and the Problem of State Consent*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2004, 155; N. STAFF, *The Severability Regime and Its Customary Elements: A Presumption Rebuttable at Any Time*, in *Nordic Journal of International Law*, 2018, 89 ss.

<sup>213</sup> European Court of Human Rights, *Belilos v. Switzerland*, 10328/83, 29 aprile 1988, par. 47. H.J. BOURGUIGNON, *The Belilos Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties*, in *Virginia Journal of International Law*, 1989, 347; I. CAMERON, F. HORN, *Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case*, in *German Yearbook of International Law*, 1990, 69; S. MARKS, *The Belilos case Before the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, 300.

<sup>214</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Advisory Opinion OC-3/83, Restrictions to the Death Penalty (Arts. 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights)*, 8 settembre 1983.

il silenzio<sup>215</sup>. L'orientamento è condiviso e ben sintetizzato dal Comitato per i diritti umani, per cui, proprio in ragione delle peculiarità dei trattati in esame, «the compatibility of a reservation with the object and purpose of the Covenant must be established objectively, by reference to legal principles», con la conseguenza che una riserva inammissibile «sarà generalmente separabile, nel senso che il Patto sarà operativo per lo Stato che ha apposto la riserva senza il beneficio della stessa»<sup>216</sup>. Conseguenza verso cui, ad eccezione di alcune – e non frequenti – proteste, gli Stati hanno generalmente mostrato un atteggiamento acquiescente<sup>217</sup>. Se l'orientamento appare condivisibile e auspicabile sul piano giuridico, poiché funzionale a scongiurare il rischio che un ampio numero di riserve incompatibili con l'oggetto e lo scopo del trattato ne vanifichi non solo l'integrità ma anche l'effettività, esso appare più problematico sotto il profilo della sua opportunità in termini di politica legislativa: secondo autorevole dottrina, l'introduzione di un meccanismo imparziale di accertamento della compatibilità delle riserve con l'oggetto e lo scopo del trattato, infatti, potrebbe avere «verosimilmente l'effetto di scoraggiare le ratifiche formulate a fini meramente propagandistici», anche relativamente alle quali, tuttavia, si produce «la legittima aspettativa nella comunità degli Stati e della società civile che le disposizioni più qualificanti del trattato vengano rispettate», con la conseguente pressione nei confronti degli Stati riservanti<sup>218</sup>.

Sul valore delle riserve è infine intervenuta la Commissione del diritto internazionale, che nel 2011 ha adottato la *Guide to Practice on Reservations to Treaties*<sup>219</sup>. In linea con quanto sancito dalla Convenzione

---

<sup>215</sup> European Court of Human Right, *Belilos v. Switzerland*, cit., par. 247.

<sup>216</sup> CCPR General Comment No. 24, cit., par. 18. La traduzione è nostra. K. MCCALL-SMITH, *Severing Reservations*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, 599-634.

<sup>217</sup> M. DE PAUW, *Women's Rights: From Bad to Worse? Assessing the Evolution of Incompatible Reservations to the CEDAW Convention*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2013, 55; K. KORKELIA, *New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights*, cit., 452.

<sup>218</sup> A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, VII ed., Cedam/Wolter Kluwer, Milano, 2023, 133.

<sup>219</sup> International Law Commission, *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, 2011, in Report of the International Law Commission Sixty-third session (26 April-3

di Vienna, la *Guide* stabilisce che gli Stati possano formulare una riserva, a meno che sia vietata dal trattato, non sia inclusa tra quelle specificamente ammesse, o sia incompatibile con l'oggetto e lo scopo del trattato, ossia che si tratti di una riserva che «affects essential element of the treaty that is necessary to its general tenour, in such a way that the reservation impairs the raison d'être of the treaty»<sup>220</sup>. La Linea guida 3.1.5.6, stabilisce che, nella valutazione della compatibilità delle riserve con l'oggetto e lo scopo di un trattato che prevede diritti e obblighi interdipendenti (dunque, non solamente – ma certamente anche – i trattati in materia di diritti umani), si tenga conto di tale interdipendenza, nonché dell'importanza che la disposizione riveste nel tenore generale del trattato e della portata della riserva sul trattato medesimo<sup>221</sup>. La Linea guida 3.1.5.2 specifica, inoltre, che la riserva non deve essere vaga o generale. A maggior ragione, le riserve non possono modificare o impedire gli effetti di un trattato al punto da determinare un'incompatibilità con il diritto cogente, ipotesi da riferire anche al caso in cui la riserva, pur non indirizzata specificamente a una norma che lo riflette, determini effetti contrari a quanto da esso stabilito<sup>222</sup>.

Ai fini della presente trattazione è essenziale quanto previsto dalle Linee guida 3.3.1 e 3.3.3: le riserve formulate al di fuori dei limiti previsti dal trattato o incompatibili con il suo oggetto e il suo scopo sono inammissibili, condizione oggettiva che non può essere sanata dall'even-

---

June and 4 July-12 August 2011), A/66/10/ADD.1. Si vedano anche First Report on the Law and Practice Relating to Reservations to Treaties, 64, U.N. Doc. A/CN.4/470, 1995 e International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session, U.N. Doc. A/51/10, 1996, par. 128-132. A. PELLET, *The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties: A General Presentation by the Special Rapporteur*, in *European Journal of International Law*, 2013, 1061; K.L. MCCALL-SMITH, *Mind the Gaps: The ILC Guide to Practice on Reservations to Human Rights Treaties*, in *International Community Law Review*, 2014, 262.

<sup>220</sup> International Law Commission, Guide to Practice on Reservations to Treaties, cit., Guide 3.1.5, 3.1.5.1.

<sup>221</sup> I ZIEMELE, L. LIEDE, *Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to guideline 3.1.5.6*, in *European Journal of International Law*, 2013, 1144-1145.

<sup>222</sup> International Law Commission, Guide to Practice on Reservations to Treaties, cit., Guide 4.4.3.

tuale accettazione da parte degli altri Stati contrenti. In merito la Linea guida 3.3.2 specifica che l'apposizione di riserve inammissibili produce conseguenze ai sensi del diritto dei trattati, senza determinare a carico degli Stati riservanti l'insorgere della responsabilità internazionale, aspetto dibattuto in dottrina<sup>223</sup>. Infine, la *Guide* chiarisce che le riserve che non rispettano le condizioni di validità formale e di ammissibilità sono «devoid of any legal effect»<sup>224</sup>. L'invalidità non dipende dalle obiezioni avanzate dagli altri Stati contraenti<sup>225</sup> e comporta, in linea di principio, che il trattato si applichi allo Stato riservante senza il beneficio della riserva, a meno che questi abbia manifestato una volontà contraria, al tempo della ratifica o dell'adesione o in qualunque momento successivo o entro dodici mesi dalla valutazione espressa da un organismo di monitoraggio<sup>226</sup>.

La Commissione del diritto internazionale elabora, dunque, un bilanciamento tra l'esigenza di garantire l'integrità dei trattati, messa a repentaglio da riserve che ne minino le regole essenziali, e l'obiettivo della più ampia partecipazione agli stessi. Da un lato, essa segue l'approccio di Strasburgo e l'orientamento prospettato dal Comitato per i diritti umani, mostrandosi favorevole alla separabilità della riserva, alla sua inefficacia e alla perdurante vincolatività del trattato nella propria interezza, anche nei confronti dello Stato riservante; dall'altro, essa attribuisce un ampio – e corretto – rilievo alla volontà dello Stato riservante di non essere vincolato in assenza di una riserva che ritenga essenziale per la propria partecipa-

---

<sup>223</sup> I. ZIEMELE, L. LIEDE, *Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6*, cit., 1151. Il Commentario in merito ricorda che nessuno Stato ha mai, nel formulare un'obiezione a una riserva vietata, invocato la responsabilità dello Stato riservante. Le conseguenze dell'inammissibilità non comporterebbero un obbligo di riparazione, e l'obiezione avanzata da uno Stato affinché il riservante ritiri o modifichi la riserva opererebbe non sul piano della responsabilità internazionale, ma del diritto dei trattati. Sul punto in senso critico, G. GAJA, *Unruly Treaty Reservations*, in *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, Giuffrè, Milano, 1987, 317.

<sup>224</sup> International Law Commission, *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, cit., Guide 4.5.1.

<sup>225</sup> *Ibid.*, Guide 4.5.2.

<sup>226</sup> *Ibid.*, Guide 4.5.3.

zione e conferma che «paramount consideration [...] remains the reserving States' consent to be bound»<sup>227</sup>. Allontanandosi da quell'orientamento per cui, in caso di riserve incompatibili con l'oggetto e lo scopo del trattato «the only course open is to declare that this consent is not valid and decide that these States cannot be considered parties to the instrument in question»<sup>228</sup>, così come dalla posizione originariamente espressa nel 1997 dalla Commissione del diritto internazionale, secondo cui, in caso di riserve inammissibili, lo Stato riservante avrebbe «the responsibility for taking action», alternativamente «modificando la propria riserva in modo da eliminare l'inammissibilità, ritirandola, o rinunciando a diventare parte del trattato»<sup>229</sup>, la Guida prevede, dunque, una sorta di presunzione della volontà favorevole dello Stato, salva la manifestazione contraria<sup>230</sup>. Ferma restando la natura non vincolante della Guida, essa offre, pertanto, una soluzione alle domande rimaste fino ad oggi non risolte circa gli effetti giuridici delle molte riserve invalide ai trattati sui diritti umani e contribuisce allo sviluppo progressivo del diritto internazionale in questa materia.

---

<sup>227</sup> B. SIMMA, G.I. HERNÁNDEZ, *Legal Consequences of An Impermissible Reservation to A Human Rights Treaty: Where Do We Stand?*, cit., 78 Si veda A. PELLET, 'Human Rights' and International Law, *Gilberto Amado Lecture, 18 luglio 2000*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2000, 3.

<sup>228</sup> Così la posizione espressa dalla Francia nei confronti dell'orientamento assunto dal Comitato dei diritti umani nel General Comment n. 24. GAOR, 51st Session, UN Doc. A/51/40, 106, par. 13. In merito A. PELLET, D. MÜLLER, *Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil ...*, cit., 549.

<sup>229</sup> Preliminary Conclusions of the International Law Commission on Reservations to Normative Multilateral Treaties Including Human Rights Treaties Adopted by the Commission, 1997, par. 157. Corsivo aggiunto. La traduzione è nostra. In merito: A. PELLET, D. MÜLLER, *Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil ...*, cit., 549.

<sup>230</sup> I. ZIEMELE, L. LIEDE, *Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6*, cit., 1151.

7. *Lo status giuridico delle norme sui diritti umani e la sua incidenza sul dibattito tra universalismo e relativismo.*

Premessa l'invalidità di tante riserve apposte alle convezioni sui diritti umani, in quanto incompatibili con il loro oggetto e scopo, e tenuto conto della ratifica quasi-universale di tali trattati, occorre ora chiedersi se i diritti sanciti a livello convenzionale, o alcuni di essi e quali, abbiano acquisito lo *status* di norme del diritto consuetudinario e siano, pertanto, vincolanti per l'intera comunità internazionale.

La formazione e la sussistenza di principi di diritto consuetudinario in materia di diritti umani è, sotto molti aspetti, controversa. Autorevole dottrina rileva che «[t]he literature of human rights tends to neglect the role, or potential role, of customary law»<sup>231</sup> e sottolinea che «very few rules on human rights have acquired universal validity (i.e. have become customary law). Most have remained mere treaty rules, with all the inherent limitations that this entails»<sup>232</sup> e che occorre «prendere atto del fatto che l'universalità fa ancora difetto rispetto a molti diritti»<sup>233</sup>. Altri ritengono, invece, che a partire dagli anni Settanta molti dei principi statuiti nella Dichiarazione universale dei diritti umani abbiano acquisito valore consuetudinario: «in più di un quarto di secolo dalla sua adozione [...] la Dichiarazione è stata invocata così tante volte, sia nell'ambito delle Nazioni Unite che al di fuori di esse, da poter affermare che, qualunque fosse l'intenzione dei suoi autori, essa fa ora parte del diritto consuetudinario ed è pertanto vincolante per tutti gli Stati»<sup>234</sup>. Sarebbe infatti rintracciabile ampia evidenza che dimostra che almeno i suoi primi 25 articoli hanno acquisito tale valore<sup>235</sup> e che essa può essere considerata una statuizione autorevole del diritto consuetudinario «almeno per quanto riguarda i diritti umani più

---

<sup>231</sup> J. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, VI ed., Oxford University Press, Oxford, 2003, 538.

<sup>232</sup> A. CASSESE, *Human Rights in a Changing World*, Polity, Cambridge, 1990, 165.

<sup>233</sup> G. CATALDI, *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, cit., 34.

<sup>234</sup> J.P. HUMPHREY, *The International Bill of Rights: Scope and implementation*, in *William and Mary Law Review*, 1976, 529. La traduzione è nostra.

<sup>235</sup> P. ALSTON, *The Universal Declaration at 35: Western and Passée or Alive and Universal*, in *The Review of the International Commission of Jurists*, 1982, 69.

fondamentali, non importa quanto diffusa o costante sia la condotta statale non conforme»<sup>236</sup>. Per altri autori, infine, essa è divenuta «established customary international law, having the attributes of jus cogens and constituting the heart of a global bill of rights»<sup>237</sup>.

Ciò premesso, parte della dottrina ritiene che le regole del diritto internazionale in materia di tutela dei diritti umani abbiano un carattere speciale, in virtù del quale esse acquisirebbero lo *status* di diritto consuetudinario non necessariamente con la compresenza e l'uguale contributo dei due fattori tradizionalmente ritenuti indispensabili nel processo di formazione – ossia prassi generale e *opinio juris sive necessitatis* degli Stati<sup>238</sup> – ma anche con la sola sussistenza della seconda, pur se non accompagnata da una prassi necessariamente adeguata<sup>239</sup>. Opererebbe un processo di «disaggregazione e ricomposizione di valori ed interessi normativi già esistenti nella comunità internazionale», particolarmente evidente e ricorrente nei periodi di forte mutamento sociale, che porterebbe alla formazione di nuove regole del diritto consuetudinario «non fondat[e] sulla prassi ma su una composizione degli interessi e dei valori confliggenti sottesi alle norme in conflitto»<sup>240</sup>. Si tratterebbe di quella *'modern*

---

<sup>236</sup> F.L. KIRGIS, *Custom on a Sliding Scale*, in *American Journal of International Law*, 1987, 147. La traduzione è nostra.

<sup>237</sup> M.S. MCDUGAL, H. LASSWELL, L.-C. CHEN, *Human Rights and World Public Order*, Yale University Press, New Haven, 1980, 272.

<sup>238</sup> Così la definizione di diritto internazionale consuetudinario all'art. 38.1(b) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia: «international custom, as evidence of a general practice accepted as law».

<sup>239</sup> F.L. KIRGIS, *Custom on A Sliding Scale*, cit., 146-151; R. GUNNING, *Modernizing Customary International Law: the Challenge of Human Rights*, in *Virginia Journal of International Law*, 1991, 212; H. THIRLWAY, *Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues*, in *Leiden Journal of International Law*, 2015, 497-500; L. HENKIN, *Human Rights and State 'Sovereignty'*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1996, 35-39.

<sup>240</sup> E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, V ed., Giappichelli, Torino, 2022, 123. Si veda anche ID., *Unità e pluralità dei metodi accertamento del diritto consuetudinario*, in P. PALCHETTI (a cura di), *L'incidenza del diritto non scritto nel diritto internazionale ed europeo*, Società italiana di diritto internazionale e dell'Unione europea, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 23.

*custom*<sup>241</sup> che, in contrapposizione con la consuetudine ‘tradizionale’, «relies primarily on statements rather than actions»<sup>242</sup> e che si formerebbe mediante un processo deduttivo, che inizia con affermazioni generali piuttosto che con manifestazioni della prassi<sup>243</sup> e si sviluppa velocemente, perché dedotto, appunto, da trattati multilaterali e dichiarazioni adottate a livello intergovernativo, che possono rilevare consuetudini esistenti, cristallizzare consuetudini emergenti e generarne di nuove.<sup>244</sup> È stato notato che anche la Corte internazionale di giustizia avrebbe, sia pur non dichiaratamente, seguito questo approccio: ad esempio, nella sentenza *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* la Corte «paid lip service to the traditional test for custom but derived customs of non-use of force and nonintervention from statements such as General Assembly resolutions», senza condurre un’approfondita indagine sulla prassi<sup>245</sup>. Secondo

---

<sup>241</sup> Così A.E. ROBERTS, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, in *American Journal of International Law*, 2001, 758. R.J. Dupuy si riferisce alla ‘coutume sauvage’. Così R.J. DUPUY, *Coutume sage et coutume sauvage*, in *La communauté internationale. Melanges offerts a Charles Rousseau*, Pedone, Parigi, 1974, 75. Si vedano anche B. CHENG, *Custom: The Future of General State Practice in a Divided World*, in R. ST. JOHN MACDONALD, D.M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1983, 513; C. TOMUSCHAT, *Obligations Arising from States Without or Against Their Will*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1998, v. 281, 259.

<sup>242</sup> A.E. ROBERTS, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, cit., 758.

<sup>243</sup> Ibid.

<sup>244</sup> Ibid.

<sup>245</sup> International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, 27 giugno 1986. L’osservazione è di A.E. ROBERTS, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, cit., 758. Anche per H. BOURGEOIS, J. WOUTERS, *Methods of Identification of International Custom: A New Role for Opinio Juris?*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. DE SENA (eds.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, Springer, Cham, 2018, 77: «Upon closer inspection, it transpires indeed that international courts and tribunals have not always carried out an extensive analysis of both practice and opinio juris when identifying new rules of customary international law, and/or have (implicitly) emphasised one element over the other». A. ALVAREZ-JIMÉNEZ, *Methods for the Identification of Custo-*

uno studioso, quanto più l'attività è riprovevole – ad esempio, la violazione dei diritti umani – tanto più facilmente la prassi potrebbe essere sostituita dall'*opinio juris*<sup>246</sup>. È stato anche proposto di ricondurre alla nozione di *opinio juris*, rilevante ai fini della rilevazione del diritto consuetudinario, sia il convincimento che una certa prassi dovrebbe essere obbligatoria («the belief that a certain practice ought to be»), sia l'accettazione o l'erroneo convincimento che lo sia («the acceptance that a certain practice has been or the erroneous belief that it has been») <sup>247</sup>. Secondo questa ricostruzione, che combina il metodo tradizionale con quello moderno, le norme di diritto internazionale consuetudinario sorgerebbero, pertanto, non solamente quando una determinata prassi viene accettata come norma, ma anche quando si ritiene che dovrebbe sussistere una determinata norma giuridica, successivamente confermata dalla prassi: nel primo caso si applicherebbe un metodo induttivo, mentre, nel secondo, occorrerebbe applicare un processo deduttivo <sup>248</sup> attraverso cui «certain principles are projected and subsequently confirmed by specific instances of practice» <sup>249</sup>.

Parte della dottrina, ritiene infine che il diritto internazionale consuetudinario stia vivendo una 'crisi di identità' <sup>250</sup> e che i descritti processi deduttivi abbiano portato a concepire la sua formazione come una mera operazione di retorica, nell'ambito della quale le regole o i principi proclamati, ad esempio, dall'Assemblea Generale, sono presi in considerazione «non solo come punti di partenza per un possibile sviluppo del diritto consuetudinario nel caso in cui la prassi statale finisca per agganciarsi a queste proclamazioni, ma come un processo legislativo in sé più o meno completo, anche a fronte di fatti 'esterni' contrastan-

---

*mary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, 686.

<sup>246</sup> F.L. KIRGIS, *Custom on a Sliding Scale*, cit., 146.

<sup>247</sup> H. BOURGEOIS, J. WOUTERS, *Methods of Identification of International Custom: A New Role for Opinio Juris?*, cit., 83.

<sup>248</sup> Ibid.

<sup>249</sup> Ibid.

<sup>250</sup> B. SIMMA, P. ALSTON, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and International Principles*, in *Australian Yearbook of International Law*, 1988-1989, 96.

ti»<sup>251</sup>. Per questi studiosi è preferibile qualificare i principi sulla protezione dei diritti umani non come diritto consuetudinario, bensì come principi generali del diritto<sup>252</sup>. In merito occorre ricordare che, pur essendo i principi generali finalizzati a proteggere «fundamental values try[ing] to represent the ethical convictions of a given community»<sup>253</sup>, la loro natura giuridica e la loro formazione sono ampiamente discusse in dottrina<sup>254</sup>. Secondo un primo orientamento essi deriverebbero dagli ordinamenti nazionali, in quanto comuni ad essi, e, come chiarito, ad esempio, nell'Opinione separata del Giudice Ammoun nel caso *Piattforma continentale del Mare del Nord*, sarebbero «nothing other than the norms common to the different legislations of the world, united by the identity of the legal reason therefore»<sup>255</sup>. Secondo un'altra concezione, essi sarebbero invece propri del diritto internazionale e verrebbero riconosciuti negli ordinamenti nazionali: in altre parole, essi «would (and should) [...] percolate down into domestic fora, instead of being elevated from the domestic level to that of international law by way of ana-

---

<sup>251</sup> Ibid. La traduzione è nostra.

<sup>252</sup> Ibid., 83.

<sup>253</sup> M. IOVANE, *Conflicts Between State-Centred and Human-Centred International Norms*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. DE SENA (eds.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, cit., 213. Per D. CARREAU, F. MARRELLA (*Diritto internazionale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2023, 338) «i principi generali del diritto costituiscono una sorta di stock di regole giuridiche, un serbatoio di norme applicabili soprattutto a nuovi settori del diritto internazionale come pure a rapporti giuridici delicati e complessi come quelli esistenti tra soggetti aventi diverso statuto giuridico».

<sup>254</sup> M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, A. TANZI, J. WOUTERS (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2019; B. BONAFÉ, P. PALCHETTI, *Relying on General Principles of International Law*, in C. BRÖLMANN, Y. RADI (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Edwards Elgar Publishing, Chentelham, 2016, 160; C. BASSIOUNI, *A Functional Approach to General Principles of Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 1990, 768; G. GAJA, *General Principles of Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2020; R. PISILLO MAZZESCHI, A. VIVIANI, *General Principles of International Law: From Rules to Values?*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. DE SENA (eds.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, cit., 113 ss.

<sup>255</sup> International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, 20 febbraio 1969, Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, 134.

logy»<sup>256</sup>. Entrambe le tipologie formano l'oggetto delle undici *Draft Conclusions* adottate in prima lettura dalla Commissione del diritto internazionale nel 2023<sup>257</sup>: mentre il metodo di formazione dei primi si fonda su un processo di 'distillazione' dagli ordinamenti giuridici nazionali – esaminati con un metodo comparatistico che garantisca un'analisi ampia e rappresentativa delle diverse regioni del mondo – e di trasposizione nel sistema giuridico internazionale<sup>258</sup>, per i secondi è necessario accertare che la comunità internazionale li abbia riconosciuti come intrinseci all'ordinamento giuridico internazionale<sup>259</sup>. La loro relazione con – e la loro distinzione dal – diritto consuetudinario appare talvolta complessa: pur identificati come una fonte autonoma dallo Statuto della Corte internazionale di giustizia, per alcuni autori i principi generali afferiscono al diritto consuetudinario<sup>260</sup>; per altri, provengono dai diritti nazionali e, dopo ripetuta applicazione in sede internazionale, sono assorbiti nel diritto consuetudinario<sup>261</sup>. Ulteriori concezioni spiegano, infine, con specifico riferimento ai principi generali in materia di diritti umani – riconosciuti dalla Corte internazionale di giustizia, ad esempio, nei casi *Canale di Corfù*<sup>262</sup>, *Barcelona Traction*<sup>263</sup> o *Riserve alla Conven-*

---

<sup>256</sup> Così B. SIMMA, P. ALSTON, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and International Principles*, cit., 102.

<sup>257</sup> International Law Commission, *Draft Conclusions on General Principles of Law Adopted by the Commission on First Reading*, Report of the International Law Commission, Seventy-fourth session (24 April-2 June and 3 July-4 August 2023), A/78/10, 10 ss., Draft Conclusion n. 3.

<sup>258</sup> Ibid., Draft Conclusions 4, 5 e 6.

<sup>259</sup> Ibid., Draft Conclusion 7.

<sup>260</sup> B. CONFORTI, *Diritto internazionale* (a cura di M. IOVANE), XII ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 54.

<sup>261</sup> A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, cit., 59; T. SCOVAZZI (a cura di), *Corso di diritto internazionale*, Parte II, II ed., Giuffrè, Milano, 2022, III ed., 169. Sul carattere 'transitorio' dei principi generali di diritto, anche D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, cit., 340.

<sup>262</sup> «The obligations incumbent upon [...] are based [...] on certain general and well-recognized principles, namely: *elementary considerations of humanity*, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and

zione sul genocidio<sup>264</sup> – che la loro formazione necessita «essenzialmente della stessa dimostrazione di accettazione e riconoscimento generale [...] che occorre per il diritto consuetudinario. Tuttavia, questo materiale non è equiparato alla prassi statale, ma è piuttosto visto come una varietà di modi in cui considerazioni morali [...] trovano più diretta e spontanea ‘espressione in forma giuridica’»<sup>265</sup>.

Gli orientamenti inclini a ricondurre i diritti umani al diritto consuetudinario o ai principi generali sono criticati dalla parte della dottrina che li qualifica come ‘human rightisms’<sup>266</sup>, ossia tendenze ingiustificatamente inclini a «blessing with the oil of custom any norm judged to be desirable *ad majorem gloriam* of human rights»<sup>267</sup> e a modificare la natura dei principi generali, ritenendoli «sufficiently anchored in positive law by the *opinio juris* of which they are declared to be the object»<sup>268</sup>. In pratica, queste ricostruzioni avrebbero «reinventato la consuetudine senza prassi,

---

every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States». Così International Court of Justice, *Affaire du detroit de Corfou* (fond), 9 aprile 1949, 22. Corsivo aggiunto.

<sup>263</sup> La sentenza *Barcelona Traction*, riferendosi alle obbligazioni *erga omnes*, chiarisce: «Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the *principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination*. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character». Così International Court of Justice, *Affaire de la Barcelona Traction, Lights and Company Limited*, 5 febbraio 1970, par. 33. Corsivo aggiunto.

<sup>264</sup> «[T]he principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation». Così International Court of Justice, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., 23.

<sup>265</sup> B. SIMMA, P. ALSTON, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and International Principles*, cit., 105. La traduzione è nostra.

<sup>266</sup> Così A. PELLET, ‘Human Rightism’ and International Law, *Gilberto Amado Lecture*, 18 luglio 2000, cit., 2000, 3.

<sup>267</sup> *Ibid.*, 7.

<sup>268</sup> *Ibid.*

o i principi generali del diritto senza il riconoscimento degli ordinamenti nazionali»<sup>269</sup>. In definitiva, dunque, le posizioni espresse dalla dottrina possono essere catalogate in tre: quella 'fondamentalista' o 'tradizionalista', che non ammette eccezioni al tradizionale processo di formazione del diritto consuetudinario; quella degli 'autonomisti' o 'secessionisti', che hanno una «tendance a développer une conception messianique de la protection des droits de l'homme en droit international» e che in questo senso identificano il settore dei diritti umani come regolato da processi di formazione del diritto distinti; e, infine, i sostenitori di un 'moderato evoluzionismo', che ritengono che la protezione dei diritti umani «gagnerait a s'appuyer davantage sur les règles établies du droit international», pur, in certi casi, ammettendo «la particularisation des règles de droit international»<sup>270</sup>.

Proprio il ricorso al diritto internazionale consuetudinario come fonte del diritto internazionale è criticato, infine, dalla dottrina d'inclinazione terzomondista, che sottolinea come «[t]he effectiveness of 'customary' law supported by the material and ideational power of major Western states eclipsed its lack of generality»<sup>271</sup>. Secondo la tesi in commento, ciò è il riflesso della struttura del potere nella società internazionale e della circostanza per cui «lo studio del diritto internazionale in passato era prevalentemente incentrato sull'Occidente e ignorava il fatto, fondamentale, che le nazioni non occidentali, che costituivano la stragrande maggioranza dell'umanità, erano escluse dal suo processo di formazione»<sup>272</sup>. Le disposizioni contenute nei trattati multilaterali oggi ratificati dalla grande maggioranza degli Stati godrebbero, pertanto, di una legittimità superiore rispetto a norme di diritto consuetudinario formatesi sulla base della prassi statale e dell'*opinio juris* solamente di alcuni potenti Stati occidentali<sup>273</sup>.

---

<sup>269</sup> Ibid. La traduzione è nostra.

<sup>270</sup> Così J.-F. FLAUS, *La protection des droits de l'homme et les sources du droit international*, in *Société française pour le droit international, Colloque de Strasbourg. La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, Parigi, 1998, 67-71.

<sup>271</sup> Y. ONUMA. *A Transcivilizational Perspective on International Law*, cit., 158.

<sup>272</sup> Ibid. La traduzione è nostra.

<sup>273</sup> Ibid., 163.

L'orientamento seguito dalla Commissione del diritto internazionale nelle *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*<sup>274</sup>, adottate nel 2018, segue il metodo più tradizionale e valorizza, al fine di determinare l'esistenza e il contenuto di una norma del diritto internazionale consuetudinario, l'accertamento dell'esistenza di una pratica generale accettata come legge<sup>275</sup>. Un approccio che, secondo la Commissione, non ammette eccezioni: la prassi senza *opinio juris*, anche se diffusa e coerente, equivale a un uso non vincolante, mentre l'*opinio juris* non sup-

---

<sup>274</sup> International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, 2018, A/73/10, 121 ss. H. BOURGEOIS, J. WOUTERS, *Methods of Identification of International Custom: A New Role for Opinio Juris?*, cit., 69 ss.; L. CHIUSI, *Remarks on the ILC Work on the Identification of Customary Law and Human Rights: Curbing "Droit de l'hommisme"?*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2018, 163 ss.; L. CREMA, *The ILC's New Way of Codifying International Law, the Motives Behind It, and the Interpretive Approach Best Suited to It*, in P. MERKOURIS, J. KAMMERHOFER, N. ARAJÄRVI (eds.), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, 161 ss.; M. LANDO, *Identification as the Process to Determine the Content of Customary International Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2022, 1040; G. NOLTE, *How to Identify Customary International Law? – On the Final Outcome of the Work of the International Law Commission*, in *KFG Working Paper Series*, No. 37, Berlin Potsdam Research Group 'The international rule of law – rise or decline?', 2019; M. WOOD, *Customary International Law and Human Rights*, in *EUI Working Paper AEL*, 2016/03.

<sup>275</sup> International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, cit., Conclusion 2. L'approccio coincide con quello spiegato dalla Corte Internazionale di Giustizia, per cui, perché si formi una norma di diritto consuetudinario, «two conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty». International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, cit., par. 77. Sul punto si veda A. PIETROBON, *Dalla comity all'opinio iuris: note sull'elemento psicologico nella formazione della consuetudine*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, 355.

portata dalla prassi coincide con una mera aspirazione<sup>276</sup>. Intervenendo specificamente sul tema qui discusso, la Commissione precisa che la necessità dei due elementi si applica all'identificazione dell'esistenza e del contenuto delle norme di diritto internazionale consuetudinario in tutti i campi del diritto internazionale. Ciò trova conferma nella prassi degli Stati e nella giurisprudenza ed è in linea con l'unità e la coerenza del diritto internazionale, che costituisce un unico ordinamento giuridico e non è suddiviso in sotto-sistemi distinti aventi approcci diversificati alle fonti<sup>277</sup>.

Le Conclusioni prevedono, tuttavia, alcune 'flessibilità', di rilievo ai fini del tema trattato nel presente studio<sup>278</sup>. In primo luogo, nella rilevazione di prassi e *opinio juris* la *Conclusion* n. 3 consente di tener conto delle specificità dell'ambito di riferimento: essa, ad esempio, stabilisce che nel valutare gli elementi per accertare se esiste una prassi generale accettata come legge, si debba avere riguardo al contesto generale, alla natura della norma e alle circostanze, così ammettendo che tali elementi possano acquisire un differente peso in ragione delle specificità del caso<sup>279</sup>. In particolare, «the type of evidence consulted (and consideration of its availability or otherwise) depends on the circumstances, and certain forms of practice and certain forms of evidence of acceptance as law (*opinio juris*) may be of particular significance, according to the context»<sup>280</sup>. La scelta

---

<sup>276</sup> International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, cit., Conclusion 2.

<sup>277</sup> Ibid., Conclusion 2, Commentary par. 6.

<sup>278</sup> H. BOURGEOIS, J. WOUTERS, *Methods of Identification of International Custom: A New Role for Opinio Juris?*, cit., 89; L. CHIUSI, *Remarks on the ILC Work on the Identification of Customary Law and Human Rights: Curbing "Droit de l'homme"*, cit., 169.

<sup>279</sup> Così International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, cit., Conclusion 3, Commentary par. 3. In merito si veda la decisione della Corte internazionale di giustizia nel caso *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua*, 13 luglio 2009, par. 141), secondo cui alla prassi in materia di pesca doveva essere riconosciuto lo *status* di norma di diritto consuetudinario regionale, tenuto conto che «the practice, by its very nature, especially given the remoteness of the area and the small, thinly spread population, is not likely to be documented in any formal way in any official record».

<sup>280</sup> Così International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, cit., Conclusion 3, Commentary, par. 3.

dell'approccio induttivo per la rilevazione del diritto consuetudinario non preclude il ricorso alla «deduzione come ausilio», fermo restando che per lo *Special Rapporteur* «l'*opinio juris*, come strettamente definita, non può precedere la prassi che intende accompagnare: piuttosto, vi può essere il convincimento per cui dovrebbe esistere una regola (o il convincimento errato che esista). Se in seguito si osserverà una prassi coerente con questa visione, sarà facilmente riconducibile ad essa. In questo senso l'*opinio* può, per così dire, essere retrodatata; ma quando è stata espressa era solo una *opinio*, e non una *opinio juris*»<sup>281</sup>. Infine, pur non potendo l'esistenza di un elemento essere semplicemente dedotta dall'esistenza dell'altro e pur essendo necessaria la rilevazione di ciascuno di essi, la *Conclusion* n. 3 non esclude che lo stesso materiale possa essere utilizzato per l'accertamento della prassi e dell'*opinio juris*: a questo fine, tuttavia, il materiale deve essere esaminato nell'ambito di due distinte indagini<sup>282</sup>. Si tratta, infatti, spesso di due aspetti dello stesso fenomeno: «a certain action which is subjectively executed and perceived in a certain fashion»<sup>283</sup>.

Ciò conduce a interrogarsi sul valore di determinati elementi, come espressione di prassi o *opinio juris*. Ferma la necessità, espressa dalla giurisprudenza e dalla Commissione del diritto internazionale, che la prassi sia generale, ossia sufficientemente diffusa e rappresentativa<sup>284</sup>, «extensive and virtually uniform»<sup>285</sup>, e inteso che non si può individuare uno standard assoluto che prescindano dal contesto, la dottrina ha discusso, ad esempio, della possibilità di ricondurre alla nozione di prassi le manifestazioni

---

<sup>281</sup> International Law Commission, Third report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, UN Doc. A/CN.4/682, 27 marzo 2015, nota 28. La traduzione è nostra. Si veda T. TREVES, *The Expansion of International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 398, 2019, 147.

<sup>282</sup> International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, cit., Conclusion 3, Commentary, par. 8.

<sup>283</sup> B. STERN, *Custom at the Heart of International Law*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2001, 92, citato in G. NOLTE, *How to Identify Customary International Law? – On the Final Outcome of the Work of the International Law Commission*, cit., 11.

<sup>284</sup> Così International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, cit., Conclusion 8, Commentary par. 2.

<sup>285</sup> International Court of Justice, North Sea Continental Shelf Case, cit., par. 74.

verbali degli Stati, ed è giunta alla conclusione che «both 'real' and 'verbal' acts are relevant State practice for the process of formation of customary international law»<sup>286</sup>. Conclusione condivisa dalla Commissione del diritto internazionale, che specifica che, nonostante sia stato sostenuto che solo ciò che gli Stati 'fanno', e non ciò che 'affermano', conti come prassi rilevante nella rilevazione del diritto consuetudinario, oggi è generalmente accettato che la prassi ricomprenda anche la condotta verbale (scritta o orale)<sup>287</sup>. Tra gli elementi di prassi la *Conclusion* n. 6 include pertanto, oltre agli atti diplomatici, la condotta relativa alla negoziazione, alla conclusione e all'implementazione dei trattati, delle risoluzioni e delle decisioni adottate in seno alle organizzazioni internazionali<sup>288</sup>, mentre la *Conclusion* n. 10, tra gli elementi atti a dimostrare l'esistenza dell'*opinio juris*, elenca anche le disposizioni convenzionali e la condotta posta in essere in connessione con l'adozione di risoluzioni a livello intergovernativo.

Quanto al valore delle risoluzioni, la Commissione del diritto internazionale chiarisce che esse possono assumere un ruolo, ma non determinare da sole la formazione di norme di diritto consuetudinario; i voti negativi o le astensioni possono rappresentare, invece, la prova dell'assenza dell'accettazione del loro contenuto come legge<sup>289</sup>. Per la Corte internazionale di giustizia, «even if they are not binding [...] they] can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*»<sup>290</sup>. In dottrina un autorevole studioso rileva che le risoluzioni dell'Assemblea generale sono «rilevanti elementi di prassi che, in quanto tali, possono contribuire alla formazione

---

<sup>286</sup> Si veda M. BYERS, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, 133-136. In merito anche T. MERON, *International Law in the Age of Human Rights*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 301, 2003, 378.

<sup>287</sup> Così International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, cit., Conclusion 6, Commentary par. 2.

<sup>288</sup> *Ibid.*, par. 5.

<sup>289</sup> *Ibid.*, Conclusion 12, Commentary par. 2.

<sup>290</sup> International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, cit., par. 188; International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 luglio 1996, par. 70.

del diritto internazionale e dunque anche alla sua ‘trasformazione’<sup>291</sup>. Per un’attrice esse possono contribuire allo sviluppo del diritto consuetudinario, tenuto conto del loro oggetto e del supporto ottenuto, ma non vi si deve ricorrere «come una scorciatoia per accertare la prassi internazionale nella sua interezza»<sup>292</sup>. Un altro orientamento sottolinea, infine, che le risoluzioni possono incidere profondamente sul processo di formazione della consuetudine, «nel senso che, attraverso di esse, spesso viene prima l’*opinio juris* e poi segue la pratica»<sup>293</sup>, e possono pertanto contribuire alla *reinassance* del diritto consuetudinario in un senso democratico e adeguato a riflettere la volontà dell’intera comunità internazionale.

Da ultimo – e così torniamo al valore dei trattati a partecipazione universale nella formazione del diritto consuetudinario – per la Commissione del diritto internazionale essi esplicano una particolare rilevanza. La Conclusione n. 11 chiarisce che una norma convenzionale riflette una norma di diritto consuetudinario se la codifica o ne ha portato alla cristallizzazione o se ha dato origine a una prassi consolidata accettata come legge, così contribuendo a generare una nuova norma di diritto internazionale consuetudinario. Allineandosi con quanto statuito dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza sulla *Piattaforma continentale (Libia/Malta)*, la Commissione specifica che il fatto che una norma sia riprodotta in un certo numero di trattati può indicare – ma ciò non è automatico – che essa riflette una norma di diritto internazionale consuetudinario<sup>294</sup>. L’ampia rati-

---

<sup>291</sup> Così G. NESI, *Immagine e realtà della funzione normativa dell’Assemblea generale e del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, in G. PALMISANO (a cura di), *Gaetano Arangio-Ruiz. La lezione di una vita. Cos’è e com’è il diritto internazionale*, RomaTre Press, Roma, 2023, 75. Si veda anche ID., *The General Assembly and the Formation of International Law in Recent Years*, in C. SANTULLI, P. MARTIN-BIDOU (ed.), *Le droit international pour un monde nouveau*, Pedone, Paris, 2023, 63.

<sup>292</sup> R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Clarendon, Oxford, 1995, 28. La traduzione è nostra.

<sup>293</sup> ABI-SAAB, *Reflexions on the Contemporary Process of Developing International Law, Ninth Gilberto Amado Memorial Lecture*, International Law Commission, 20 giugno 1985, 13, citato in T. MERON, *International Law in the Age of Human Rights*, cit., 387. La traduzione è nostra.

<sup>294</sup> «It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States, even though multi-

fica di un trattato può costituire, a sua volta, un elemento dimostrativo dell'esistenza di una regola di diritto consuetudinario, pur rimanendo inteso che «treaties cannot create a rule of customary international law or conclusively attest to its existence or content»<sup>295</sup>. La consuetudine, d'altronde, rileva la dottrina, «si evince principalmente attraverso elementi di prassi, come quella convenzionale, di natura scritta [...] il carattere non scritto di una determinata consuetudine si conferma in relazione alla sua autonomia rispetto a ciascun elemento scritto di prassi o *opinio juris*»<sup>296</sup>. Pronunciandosi sulla relazione esistente tra diritto convenzionale e consuetudinario, la Corte internazionale di giustizia conclude che il materiale costitutivo del diritto internazionale consuetudinario va ricercato anzitutto nella prassi e nell'*opinio juris* degli Stati, «even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them»<sup>297</sup>. Nell'ambito del processo di rilevazione, il numero delle parti contraenti di un trattato è, dunque, un fattore che acquisisce rilevanza, congiuntamente alla «attitude of *States not party* to a widely ratified treaty, both at the time of its conclusion and subsequently»<sup>298</sup>. Come notato dalla Corte nella sentenza sulla *Piattaforma continentale del Mare del Nord*, può accadere pertanto che, mediante il processo descritto, la conclusione di un trattato generi la formazione di una norma che, per quanto convenzionale al momento della propria origine, evolva in diritto consuetudinario e divenga vincolante anche per i Paesi che non sono mai stati parti della Convenzione<sup>299</sup>.

---

lateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them». Così International Court of Justice, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, 3 giugno 1985, par. 27. Y. DINSTEIN, *The Interaction Between Customary International Law and Treaties*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2007, v. 322, 357 ss.

<sup>295</sup> International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, cit., Conclusion 11(2).

<sup>296</sup> A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, cit., 101.

<sup>297</sup> International Court of Justice, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, cit., par. 27.

<sup>298</sup> International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, cit., Conclusion 11, Commentary par. 3. Corsivo aggiunto.

<sup>299</sup> International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf Case*, cit., par. 70. Y.

Fondando le proprie conclusioni sulle rilevazioni tratte dalla partecipazione quasi-universale ai trattati in materia di diritti umani, unitamente alla prassi e all'*opinio juris* dei pochi Stati che non ne sono parte contraenti, un recente studio conclude che, assieme ad altri, i divieti di schiavitù<sup>300</sup>, tortura e trattamenti inumani e degradanti<sup>301</sup> e violenza contro le donne<sup>302</sup>, il riconoscimento della personalità giuridica individuale<sup>303</sup>, i principi di non discriminazione<sup>304</sup> e dell'interesse superiore del minore<sup>305</sup>, il diritto alla vita privata e familiare<sup>306</sup> e a contrarre matrimonio<sup>307</sup> hanno acquisito valore consuetudinario e, pertanto, vincolano an-

---

DINSTON, *The Interaction Between Customary International Law and Treaties*, cit., 371. La traduzione è nostra.

<sup>300</sup> W.A. SCHABAS, *The Customary International Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2021, 142.

<sup>301</sup> *Ibid.*, 127.

<sup>302</sup> *Ibid.*, 139 ss.; H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, *The Gender of Jus Cogens*, in *Human Rights Quarterly*, 1993, 63.

<sup>303</sup> W.A. SCHABAS, *The Customary International Law of Human Rights*, cit., 155, 335, che ricorda il Comitato per i diritti umani ha chiarito che il diritto a essere riconosciuti giuridicamente come persone è di fondamentale importanza per le donne, in quanto implica, tra le altre cose, che esse non possano essere trattate come oggetti da conferire, insieme ai beni del marito defunto, alla sua famiglia.

<sup>304</sup> W.A. SCHABAS, *The Customary International Law of Human Rights*, cit., 166. Si veda anche F. IPPOLITO, *La non-discrimination en droits européens et international: approche compare*, in F. FINES, C. GAUTHIER, M. GAUTIER (eds.), *La non-discrimination entre les européens*, Pedone, Parigi, 2012, 37.

<sup>305</sup> W.A. SCHABAS, *The Customary International Law of Human Rights*, cit., 181.

<sup>306</sup> *Ibid.*, 233: «regardless of whether there is enough evidence to conclude that 'the natural and fundamental group of society' falls within the scope of customary international law, there can be much less doubt about the importance of the protection of 'family life'. It is associated in the treaties with 'private life' and there is indeed a close relationship. Just as the individual enjoys a 'private sphere' providing shelter against intrusion by the State, and by others, so the family benefits from an important degree of protection. The Human Rights Committee considers that the notion of 'family' should be given 'a broad interpretation so as to include all those comprising the family as understood in the society in question'. Cultural traditions should be taken into account when defining the term 'family' in a specific situation».

<sup>307</sup> W.A. SCHABAS, *The Customary International Law of Human Rights*, cit., 232.

che quei Paesi che non sono parte degli strumenti convenzionali che li prevedono. Lo studio fonda le sue conclusioni su due fattori: la già esaminata tendenza alla partecipazione universale ai principali trattati sui diritti umani e l'attuazione, presso il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, della revisione periodica universale, mediante la quale gli Stati riferiscono sulla conformità dei loro ordinamenti alle norme sui diritti umani, pur in assenza di specifici obblighi convenzionali<sup>308</sup>.

Il medesimo studio risponde anche al fondamentale interrogativo sul valore che le riserve apposte ai trattati esplicano nella formazione del diritto consuetudinario, tendendo a non enfatizzarne il valore. In particolare, pronunciandosi sull'incidenza delle numerose riserve, incompatibili con l'oggetto e lo scopo della CEDAW, sul processo di formazione di un principio consuetudinario di non discriminazione su base sessuale, l'autore conclude che, poiché le norme convenzionali in questione specificano, con riferimento alla condizione delle donne, il contenuto del più generale divieto di discriminazione, indiscutibilmente riconosciuto nel diritto consuetudinario<sup>309</sup>, «the reservations may [...] be understood as being of relevance to the application of the treaty and the jurisdiction of the treaty bodies but *without significance* in the assessment of the content of customary international law»<sup>310</sup>. Questa posizione non è tuttavia condivisa da chi ritiene che, al contrario, l'ampia apposizione di riserve alla CEDAW e alla CRC da parte di Stati che hanno condizionato il rispetto delle regole convenzionali alla compatibilità con il diritto interno, e in particolare con il diritto religioso o tradizionale applicabile sul loro territorio, incida sulla formazione di corrispondenti regole del diritto consuetudinario. Secondo uno studioso, «le riserve possono indebolire le pretese relative allo *status* di diritto consuetudinario delle norme a cui si riferiscono»<sup>311</sup>. Al

---

<sup>308</sup> Ibid., 39. Per la disamina degli elementi di prassi e *opinio juris* rilevanti ai fini della rilevazione dei singoli principi esaminati rinviamo all'analisi svolta in W.A. SCHABAS, *The Customary International Law of Human Rights*, cit.

<sup>309</sup> Sul punto si tornerà nel capitolo successivo, alla cui osservazioni si rimanda.

<sup>310</sup> W.A. SCHABAS, *The Customary International Law of Human Rights*, cit., 239. Corsivo aggiunto.

<sup>311</sup> T. MERON, *International Law in the Age of Human Rights*, cit., 235-236. La traduzione è nostra.

fine di valutarne l'impatto, occorre soppesarne il numero e il contenuto, fermo restando che «there is an obvious danger that reservations will result in encroachments upon customary law» e che la riluttanza della gran parte degli Stati ad avanzare obiezioni anche nei confronti di riserve dalla portata tanto ampia aumenta questo pericolo<sup>312</sup>. Un autore sottolinea, in particolare, che, se la grande maggioranza dei Paesi islamici ritiene che sia legittimo avanzare riserve sulle norme in questione, significa che «non le percepiscono come corrispondenti a obblighi giuridici. [...] E, anche se affermiamo che i suddetti standard sui diritti umani sono accettati come obblighi giuridici dall'intera comunità internazionale tranne che dai Paesi islamici, questi ultimi compongono un'area troppo grande [...] per essere ignorata»<sup>313</sup>, con l'effetto che al momento «no general acceptance exists that those standards correspond to binding rules of general international law»<sup>314</sup>. In conclusione, le suddette riserve, in quanto manifestazione dell'assenza di convincimento, da parte di un gruppo considerevole di Stati, della vincolatività del divieto di discriminazione nei confronti delle donne in ambito familiare, indebolirebbero pertanto l'affermazione secondo cui il diritto all'uguaglianza nel matrimonio sarebbe una norma del diritto internazionale consuetudinario<sup>315</sup>.

#### 8. (Segue): *il rilievo del diritto internazionale cogente.*

Nel dibattito tra universalismo e relativismo dei diritti umani nella materia oggetto della presente analisi e nell'identificazione dei diritti il cui rispetto deve essere garantito da tutti gli Stati della comunità internazionale assume un rilievo centrale il diritto internazionale cogente. La Convenzione di Vienna del 1969 al proprio art. 53 specifica che «[f]or the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international

---

<sup>312</sup> Ibid.

<sup>313</sup> F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 95-96. La traduzione è nostra.

<sup>314</sup> Ibid.

<sup>315</sup> Ibid.

community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character»<sup>316</sup>. Quella contenuta nell'art. 53 della Convenzione di Vienna è la definizione unanimemente condivisa di diritto cogente o, a dir che si voglia, di 'norme imperative del diritto internazionale generale'. Considerato che esse «riflettono e proteggono i valori fondamentali della comunità internazionale [e] sono universalmente applicabili e gerarchicamente superiori alle altre norme del diritto internazionale»<sup>317</sup>, nella stessa prospettiva seguita nel paragrafo precedente occorre ora interrogarsi sull'esistenza di norme aventi questo *status* ed il cui rispetto debba essere assicurato da tutti gli Stati – in quanto vincolanti e inderogabili per tutti<sup>318</sup> – anche in presenza di pratiche tradizionali confliggenti.

---

<sup>316</sup>Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969. Sul diritto cogente si vedano L. ALEXIDZE, *Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 172, 1981, 219; A. BIANCHI, *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*, in *European Journal of International Law*, 2008, 491; G. GAJA, *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1981, v. 172, 9 ss.; R. KOLB, *Peremptory International Law: Jus Cogens. A General Inventory*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2015; U. LINDERFALK, *What Is So Special About Jus Cogens? On the Difference Between the Ordinary and the Peremptory International Law*, in *International Community Law Review*, 2012, 3; ID., *The Creation of Jus Cogens: Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2011, 359; A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008; N. RONZITTI, *La disciplina dello jus cogens nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, in *Comunicazioni e studi*, 1978, 241; R.H. RUIZ FABRI, *Enhancing the Reticence of Jus Cogens*, in *European Journal of International Law*, 2012, 1049; D. SHELTON, *Sherlock Holmes and Mystery of Jus Cogens*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2015, 23; B. SIMMA, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 250, 2019, 286 ss.; T. TREVES, *The Expansion of International Law*, cit., 263 ss.

<sup>317</sup>International Law Commission, Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) with Commentaries, A/77/10, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2022, vol. II, Part Two, Conclusion 2.

<sup>318</sup>*Ibid.*, Commentary, par. 10.

La formazione del diritto cogente implica una ‘doppia accettazione’<sup>319</sup>. In primo luogo, la norma deve essere ascritta al diritto internazionale generale, ossia a quelle regole che, per la Corte internazionale di giustizia, «must have equal force for all members of the international community»<sup>320</sup>. La nozione di diritto internazionale generale è, peraltro, discussa: secondo il Gruppo di Studio sulla frammentazione del diritto internazionale, diretto da Koskenniemi, «there is no accepted definition of ‘general international law’»<sup>321</sup>. Data la sua natura generale, nell’ambito della ricostruzione del diritto cogente esso coincide certamente con il diritto internazionale consuetudinario e include, sia pur con una frequenza meno ampia, i principi generali del diritto. La Commissione del diritto internazionale nelle *Draft Conclusions sulle Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, adottate nel 2022, indica che anche i trattati multilaterali possono rilevare in questo contesto, come «basis of the peremptory norms of international law (*jus cogens*)»<sup>322</sup>. Il punto è delicato e attiene alla relazione esistente tra diritto convenzionale e consuetudinario, già richiamata nel paragrafo precedente. Chiarificatorie in merito appaiono la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Belgio c. Senegal* – che fonda le proprie conclusioni circa la natura cogente del divieto di tortura sul suo *status* di principio di diritto consuetudinario, non

---

<sup>319</sup> E. DE WET, *Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, in D. SHELTON (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 542; J. VIDMAR, *Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards A Vertical International Legal System?*, in E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford Scholarship Online, Oxford, 2011, 25.

<sup>320</sup> International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., par. 63. C. TOMUSCHAT, *General International Law: A New Source of International Law?*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. DE SENA (eds.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, cit., 185.

<sup>321</sup> *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, Corr.1, Add.1, 13 aprile 2006, par. 14(10), nota 11.

<sup>322</sup> International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) with Commentaries* cit., Conclusion 5, Commentary n. 8. G.I. TUNKIN, *Is General International Law Customary Law Only?*, in *European Journal of International Law*, 1993, 534.

limitandosi alla sola previsione convenzionale<sup>323</sup> – e le decisioni del Tribunale penale per la Ex-Jugoslavia nei casi *Furundžija*<sup>324</sup> e *Tolimir*<sup>325</sup>, che, a loro volta, dopo aver ricordato la previsione del divieto nei trattati fondamentali in materia di diritti umani, ne ricostruiscono la natura cogente a partire dalla rilevazione del diritto consuetudinario.

In secondo luogo, la norma del diritto internazionale generale deve essere successivamente riconosciuta o accettata dalla comunità internazionale degli Stati nel suo complesso come una norma alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata solamente da una successiva norma di diritto internazionale avente lo stesso carattere. Rispetto al diritto consuetudinario ‘ordinario’<sup>326</sup>, il diritto cogente necessita dunque di due livelli di accettazione: il primo si estrinseca nell’*opinio iuris sive necessitatis*, ossia si riferisce al convincimento che la condotta prescritta dalla norma sia obbligatoria per gli Stati; il secondo consiste nell’accettazione dell’inderogabilità della norma e integra, pertanto, la cosiddetta *opinio juris cogentis*<sup>327</sup>. Il riferimento, previsto dall’art. 53 della Convenzione di Vienna e dalla Conclusione n. 3 delle *Draft Conclusions*<sup>328</sup>, al-

---

<sup>323</sup> International Court of Justice, Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), 20 luglio 2012, par. 99.

<sup>324</sup> International Tribunal for the Former Yugoslavia, Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T, T.Ch., 10 dicembre 1998, par. 144.

<sup>325</sup> International Tribunal for the Former Yugoslavia, Prosecutor v. Tolimir, IT-05-88/2-T, 12 dicembre 2012, par. 733.

<sup>326</sup> L’espressione ‘ordinary’ è tratta da International Tribunal for the Former Yugoslavia, Prosecutor v. Furundžija, cit., par. 153, che chiarisce che le norme del diritto cogente «enjoy a higher rank in the hierarchy of international law than treaty law or even ‘ordinary’ customary rules». International Law Commission, Second Report on Jus Cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur, Ginevra, 1 maggio-2 giugno e 3 luglio-4 agosto 2017, par. 23.

<sup>327</sup> International Law Commission, Second Report on Jus Cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur, cit., par. 77.

<sup>328</sup> International Law Commission, Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) with Commentaries, cit., Conclusion 3. D. TLADI, *The International Law Commission’s Draft Conclusions on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Making Wine from Water or More Water Than Wine*, in *Nordic Journal of International Law*, 2020, 244 ss.; T. MOULIN, *Un nouveau “cheval de Troie”? Regard sur la codification des normes*

l'accettazione del carattere imperativo da parte della comunità internazionale 'as a whole', ha il valore di chiarire che, affinché la norma sia riconosciuta come di diritto cogente, non è necessario che essa sia considerata tale da tutti gli Stati individualmente, ma piuttosto dalla comunità internazionale nel suo complesso e collettivamente. Per usare le parole della *Conclusion* n. 7, sono necessarie l'accettazione e il riconoscimento della natura inderogabile della norma da parte di «a very large and representative majority of States», mentre «acceptance and recognition by all States is not required»<sup>329</sup>.

Fatte queste premesse e data la difficoltà di rilevare il diritto cogente, per comprendere se e quali norme abbiano acquisito tale valore, è utile riferirsi alla lista delle norme imperative contenuta nella *Conclusion* n. 23. L'elenco, di carattere espressamente non esaustivo – e in larga parte analogo a quello contenuto nel rapporto elaborato dal gruppo di studio diretto da Koskenniemi sul tema della frammentazione del diritto internazionale<sup>330</sup> e nel Commentario agli Articoli sulla responsabilità degli Stati

---

*impératives du droit international général (jus cogens)*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 2021, 225.

<sup>329</sup> International Law Commission, Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) with Commentaries, cit., Conclusion 7. L'approccio è in linea con quello seguito dalla Commissione del diritto internazionale nei lavori che avevano condotto all'adozione della Convenzione di Vienna: in quel contesto l'espressione era stata inserita dal Drafting Committee 'to indicate that no individual State should have the right of veto' nel processo di identificazione della norma come di diritto cogente. International Law Commission, Second Report on Jus Cogens by Dire Tladi, cit., par. 67.

<sup>330</sup> Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission finalized by Martti Koskenniemi, cit., par. 374: «Overall, the most frequently cited candidates for the status of jus cogens include: (a) the prohibition of aggressive use of force; (b) the right to self-defence; (c) the prohibition of genocide; (d) the prohibition of torture; (e) crimes against humanity; (f) the prohibition of slavery and slave trade; (g) the prohibition of piracy; (h) the prohibition of racial discrimination and apartheid, and (i) the prohibition of hostilities directed at civilian population ('basic rules of international humanitarian law')». M. KOSKENNIEMI, P. LEINO, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, in *Leiden Journal of International Law*, 2002, 553; S.D. MURPHY, *Deconstructing Fragmentation: Koskenniemi's 2006 ILC Project*, in *Temple International and Comparative Law Journal*, 2013, 293; A. PETERS,

per fatti illeciti internazionali, adottati dalla Commissione del diritto internazionale nel 2001 –<sup>331</sup> include, tra gli altri, il divieto di schiavitù, di crimini contro l'umanità, di tortura e di trattamenti inumani e degradanti. Si tratta di divieti che, a diverso titolo, possono avere una rilevanza sul piano ricostruttivo delle regole vigenti nel nostro campo d'indagine, se è vero che, ad esempio, «gender-based violence against women may amount to torture or cruel, inhuman or degrading treatment in certain circumstances, including in cases of rape, domestic violence or harmful practices. In certain cases, some forms of gender-based violence against women may also constitute international crimes»<sup>332</sup>. Si pensi, a quest'ultimo proposito, alle politiche di matrimonio forzato su larga scala praticate nell'ambito del conflitto in Sierra Leone e in Uganda o dai Khmer rossi in Cambogia – su cui si tornerà nel prossimo capitolo – condannate

---

*The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2017, 671; M. RALF, J. PAUWELYN, *Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2012, 349; M. DEN HEIJER, H. VAN DER WILT, *Jus Cogens and the Humanization and Fragmentation of International Law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2015, 3.

<sup>331</sup> International Law Commission, Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, 2001, Commentary on Article 40, par. 4-6: "(4) There also seems to be widespread agreement with other examples listed in the Commission's commentary to article 53: viz. the prohibitions against slavery and the slave trade, genocide, and racial discrimination and apartheid. [...]. (5) Although not specifically listed in the Commission's commentary to article 53 of the 1969 Vienna Convention, the peremptory character of certain other norms seems also to be generally accepted. This applies to the prohibition against torture as defined in article 1 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. The peremptory character of this prohibition has been confirmed by decisions of international and national bodies. In the light of the description by ICJ of the basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict as 'intransgressible' in character, it would also seem justified to treat these as peremptory. [...]"

<sup>332</sup> Così Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 35 on Gender-Based Violence Against Women, Updating General Recommendation No. 19, CEDAW/C/GC/35, 6 luglio 2017, par. 16. Si veda S. DE VIDO, *The Prohibition of Violence Against Women as Customary International Law? Remarks on the General Recommendation No. 35 (CEDAW)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 379.

come crimini contro l'umanità dal Tribunale speciale per la Sierra Leone<sup>333</sup>, dalla Corte penale internazionale<sup>334</sup> e dalle Camere straordinarie delle Corti della Cambogia<sup>335</sup>.

In conclusione, tornando al dibattito tra universalismo e relativismo dei diritti umani, occorre ricordare che la concezione universalista moderata – alla quale riteniamo di aderire – correttamente poggia sul presupposto per cui i diritti umani riconosciuti nel diritto cogente – quand'anche la loro ascrizione al diritto consuetudinario o la ratifica quasi universale dei trattati che li prevedono non fossero sufficienti – costituiscono l'ossatura dell'ordinamento internazionale e devono essere garantiti dall'intera comunità internazionale. Essa al tempo stesso ammette che il sistema internazionale debba attribuire un rilievo importante alla diversità culturale e con quest'ultima debba coordinare il rispetto dei diritti umani. Se, da un lato, il riconoscimento dei diritti culturali come diritti umani e la loro influenza sull'interpretazione degli altri diritti conducono, pertanto, a valorizzare l'approccio che tutela identità e diversità culturali, dall'altro è innegabile che ciò debba avvenire senza rinunciare a proteggere valori che, per la loro importanza, sono considerati essenziali per la comunità internazionale.

---

<sup>333</sup> Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu, SCSL-2004-16A, 22 febbraio 2008, par. 697 ss. e 710 ss. In merito, M. FRULLI, *Advancing International Criminal Law: The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as A 'New' Crime Against Humanity*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, 1033.

<sup>334</sup> International Criminal Court, Prosecutor v. Ongwen, 4 February 2021. In merito: C. RAGNI, *Il contributo della Corte penale internazionale alla qualificazione del matrimonio forzato come crimine contro l'umanità: la condanna di Dominic Ongwen*, reperibile a: [criminaljusticenetwork.eu](http://criminaljusticenetwork.eu). Si veda anche International Criminal Court, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, Decision of the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, 30 settembre 2008.

<sup>335</sup> Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, 002/02, 16 novembre 2018.

## CAPITOLO II

# LE PRATICHE TRADIZIONALI DANNOSE E I DIRITTI CONSUETUDINARI E RELIGIOSI ALLA LUCE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Pratiche tradizionali dannose e obblighi internazionali degli Stati. – 2. Le pratiche nocive per la salute e la vita delle bambine e delle donne: le mutilazioni genitali femminili. – 3. I matrimoni precoci, infantili e forzati. – 4. Pratiche tradizionali discriminatorie in ambito familiare. – 5. (*Segue*): e in materia di diritto all'istruzione. – 6. Le consuetudini in materia di abbigliamento di carattere religioso: pratiche tradizionali dannose? – 7. I diritti consuetudinari e religiosi alla luce del diritto internazionale. – 8. Diritti religiosi e consuetudinari e diritti umani, nelle prassi nazionali. – 9. Pratiche tradizionali dannose e reati culturalmente motivati: un *focus* sulla giurisprudenza italiana.

### 1. *Pratiche tradizionali dannose e obblighi internazionali degli Stati.*

Numerose pratiche in ambito familiare, espressione di valori tradizionali e precetti di carattere consuetudinario o religioso, comprimono il godimento dei diritti umani, giungendo talvolta a violarli in modo profondo. Come anticipato nel Capitolo I, tra le cosiddette '*harmful traditional practices*' si annoverano i matrimoni forzati e precoci, le mutilazioni genitali femminili, le pratiche discriminatorie nei confronti delle donne in materia di diritti successori, matrimonio, divorzio e istruzione, le restrizioni dietetiche estreme, le pratiche tradizionali relative al parto, l'inflizione di marchi tribali, i riti di iniziazione violenta, le pratiche correlate alla vedovanza, la stiratura del seno, i reati d'onore<sup>1</sup>. Il diritto in-

---

<sup>1</sup> Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Committee on

ternazionale richiede che gli Stati contrastino tali pratiche dannose e garantiscano agli individui il diritto di non prendere parte alle tradizioni che disconoscono. La tutela di identità e diversità culturale non può giustificare, infatti, la violazione di altri diritti umani: secondo lo *Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights*, Karima Bennoune, nel rapporto presentato all'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2018 «[n]ot all expressions of cultural diversity are acceptable when viewed from the perspective of universal human rights. Each tradition and practice identified as 'cultural' has to stand the test of universal human rights and show its capacity to build and maintain human dignity to be legitimate»<sup>2</sup>. Appare motivata in quest'ottica la condanna da parte delle Nazioni Unite del relativismo culturale, che contribuisce al mantenimento dello *status quo* a vantaggio di coloro che sono più propensi ad appellarsi alla tradizione per conservare il potere e il privilegio<sup>3</sup>.

Questo approccio trova riscontro negli strumenti giuridici internazionali. In merito, la Convenzione UNESCO sulla protezione e promozione della diversità nelle espressioni culturali prevede che gli Stati contraenti attuino le politiche culturali e le misure che ritengono adeguate a promuovere e proteggere la diversità culturale nel rispetto della condizione «of acting in conformity with [...] universally recognized human rights instruments»<sup>4</sup>. Analogamente, l'art. 4 della Dichiarazione UNESCO sulla diversità culturale stabilisce che «[n]o one may invoke cultural diversity to infringe upon human rights guaranteed by international law, nor to limit their scope». Sulla stessa linea, il Comitato ESCR interpreta l'art. 15.1(a) del Patto nel senso che gli Stati contraenti hanno l'obbligo di proteggere il diritto di prendere parte alla vita culturale rispettando gli altri obblighi previsti dal trattato<sup>5</sup>. In particolare, il Comitato specifica

---

the Rights of the Child, Joint General Recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/General Comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on Harmful Practices, cit., par. 7, 8 e 9.

<sup>2</sup> Universality, Cultural Diversity and Cultural Rights. Note by the Secretary-General, A/73/227, 25 luglio 2018, par. 46.

<sup>3</sup> Ibid., par. 54.

<sup>4</sup> UNESCO Universal Declaration of Cultural Diversity, cit., art. 5.

<sup>5</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, cit., art. 15.1. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21, Right

che «while account must be taken of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds», la diversità culturale non può essere invocata come giustificazione per la violazione di altri diritti umani o per comprimerne il godimento<sup>6</sup>. A questo riguardo, anzi, esso ammette la restrizione dei diritti convenzionalmente protetti in condizioni connesse alla diffusione di pratiche tradizionali che mettono a repentaglio la tutela dei diritti umani, nel rispetto della legittimità degli obiettivi perseguiti in una società democratica e della necessità e proporzionalità delle limitazioni stesse<sup>7</sup>.

Anche la CRC prevede l'obbligo di adottare le misure appropriate ad abolire le pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute dei bambini<sup>8</sup>, oltre che le pratiche che comportano violenza fisica e mentale, lesioni o abusi, maltrattamenti o sfruttamento, al cui novero il Comitato CRC ascrive mutilazioni genitali, amputazioni, legature, cicatrici, bruciate e marchiature, riti di iniziazione violenti e degradanti, alimentazione forzata, test di verginità e ispezione dei genitali femminili, matrimoni forzati e precoci, delitti 'd'onore', conferimento della dote e pratiche violente legate alla 'stregoneria'<sup>9</sup>. La CEDAW, a sua volta, impone alle Parti contraenti di modificare i modelli sociali e culturali, al fine di eliminare i pregiudizi, le consuetudini e le pratiche basate su concezioni e ruoli stereotipati<sup>10</sup>, e

---

of Everyone to Take Part in Cultural Life (art. 15, para. 1(a) of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), cit., par. 17.

<sup>6</sup> Ibid., par. 18.

<sup>7</sup> Ibid., par. 19.

<sup>8</sup> Convention on the Rights of the Child, cit., art. 24. In merito J. TOBIN, *The Obligation to Abolish Traditional Practices Harmful to Health*, in J. TOBIN, *The Right to Health in International Law*, cit., 303 ss.

<sup>9</sup> Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 13 (2011). The Right of the Child to Freedom from All Forms of Violence, CRC/C/GC/13, 18 aprile 2011, par. 29.

<sup>10</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, New York, 18 dicembre 1979, art. 5. A. HELMUM, H.S. AASEN (eds.), *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional, and National Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; R.J. COOK, *State Accountability Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, in *Human Rights of Women. National and International Perspective*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia,

stabilisce che gli Stati combattano le pratiche di matrimonio forzato, adottando le necessarie misure preventive e repressive<sup>11</sup>. Ancora, dopo avere riconosciuto nel preambolo che «women and girls are often exposed to serious forms of violence such as domestic violence, sexual harassment, rape, forced marriage, crimes committed in the name of so-called ‘honour’ and genital mutilation, which constitute a serious violation of the human rights of women and girls and a major obstacle to the achievement of equality between women and men», anche l’art. 12 della Convenzione di Istanbul impone agli Stati contraenti di adottare le misure necessarie per promuovere i cambiamenti dei modelli sociali e culturali di comportamento delle donne e degli uomini, al fine di eliminare i pregiudizi, i costumi, le tradizioni e tutte le pratiche basate sull’idea dell’inferiorità delle donne o sui ruoli stereotipati di donne e uomini<sup>12</sup>. Inoltre, l’art. 42 stabilisce che le Parti devono garantire che la cultura, le usanze, la religione, la tradizione e il cosiddetto ‘onore’ non siano considerati come una giustificazione per atti di violenza e, in particolare, con riferimento a fattispecie rilevanti sul piano penale<sup>13</sup>. Sulla stessa linea, il Protocollo sui diritti della donna in Africa<sup>14</sup> e la Convenzione interamericana sulla violenza contro

---

1994, 228. Sul tema dei diritti delle donne, A. LIGUSTRO, A. MANNA (a cura di), *Le libertà delle donne in Europa e nel Mediterraneo*, Laterza, Bari, 2003.

<sup>11</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, cit., art. 16.

<sup>12</sup> M. FERRI, *Art. 12. General Obligations*, in S. DE VIDO, M. FRULLI (eds.), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, Edward Elgar Publishing, The Hague, 2023, 212; MCQUIGG, *The Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights*, Routledge, New York/London, 2017; J. NIEMI, L. PERONI, V. STOYANOVA (eds.), *International Law and Violence Against Women. Europe and the Istanbul Convention*, Routledge, New York/London, 2020.

<sup>13</sup> S. KALANTRY, S. MOTI, *Unacceptable Justifications for Crimes, Including Crimes Committed in the Name of the So-Called ‘Honour’*, in S. DE VIDO, M. FRULLI (eds.), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, cit., 504.

<sup>14</sup> Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa, Maputo, 2023, art. 2.2. C. BEYANI, *Toward a More-Effective Guarantee of Women’s Rights in the African Human Rights System*, in R.J. COOK, *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, cit., 285; D. OLOWU, *A Critique of the*

le donne<sup>15</sup> impongono di modificare i modelli sociali e culturali di condotta di uomini e donne, istituire programmi educativi adeguati per contrastare pregiudizi, costumi e pratiche che si basano sull'idea dell'inferiorità o della superiorità di uno dei sessi o sui ruoli stereotipati che legittimano o esacerbano la violenza contro le donne<sup>16</sup>. La Carta africana sui diritti e il benessere dei bambini<sup>17</sup> chiama, infine, gli Stati ad adottare le misure appropriate per eliminare le pratiche sociali e culturali dannose che incidono sul benessere, la dignità, la crescita e lo sviluppo dei minori, con particolare attenzione alle usanze e alle pratiche pregiudizievoli per la salute o la vita, gli usi e i costumi discriminatori e i matrimoni forzati e precoci<sup>18</sup>.

Gli obblighi attribuiti agli Stati in materia di contrasto delle pratiche tradizionali dannose sono obblighi sia di risultato sia di mezzi; si tratta, inoltre, di obblighi tanto negativi quanto positivi. La Convenzione di Istanbul all'art. 5 stabilisce, ad esempio, che le Parti contraenti devono astenersi dall'intraprendere atti di violenza contro le donne, attraverso i propri organi e devono adottare le misure, legislative e di ogni altro tipo, necessarie per esercitare la dovuta diligenza per prevenire, indagare, punire e rimediare gli atti di violenza perpetrati da attori non statali<sup>19</sup>. Così

---

*Rhetoric, Ambivalence, and Promise in the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa*, in *Human Rights Review*, 2006, 78.

<sup>15</sup> Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women, Belem Do Para, 9 giugno 1994, art. 8. C. MEDINA, *Toward a More-Effective Guarantee of the Enjoyment of Human Rights by Women in the Inter-American System*, in R.J. COOK, *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, cit., 257.

<sup>16</sup> Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women, cit., art. 6.

<sup>17</sup> African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Addis Ababa, luglio 1990. Sulla Carta: D.M. CHIRWA, *The Merits and Demerits of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, in *The International Journal of Children's Rights*, 2002, 157; A.K. JOHNSON, J. SLOTH-NIELSEN, *Child Protection, Safeguarding and the Role of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child: Looking Back and Looking Ahead*, in *African Human Rights Law Journal*, 2020, 1.

<sup>18</sup> African Charter on the Rights and Welfare of the Child, cit., art. 21.

<sup>19</sup> S. DE VIDO, *States' Due Diligence Obligations to Protect Women from Violence: A*

anche l'art 2 della CEDAW, che prevede che gli Stati contraenti non solo si astengano dall'intraprendere atti o pratiche discriminatorie contro le donne, ma anche adottino le misure appropriate per eliminare la discriminazione nei loro confronti da parte di qualsiasi persona fisica, organizzazione o impresa. Nella misura in cui si tratta di obblighi di dovuta diligenza, gli Stati hanno la discrezione di individuare e attuare le misure che ritengono ragionevolmente appropriate per contrastare le pratiche in questione. Tra quelle indicate come adeguate, il Protocollo sui diritti della donna in Africa elenca l'adozione di divieti, la previsione di sanzioni, l'attuazione di politiche di sensibilizzazione, informazione e istruzione, la fornitura del sostegno necessario alle vittime, attraverso servizi sanitari, assistenza legale e giudiziaria e la protezione delle donne che rischiano di essere sottoposte a tali pratiche<sup>20</sup>.

La CEDAW richiede che gli Stati contraenti attuino, con tutti i mezzi appropriati e senza indugio, le opportune politiche e si impegnino ad adottare i necessari provvedimenti legislativi e sanzionatori per assicurare la protezione dei diritti delle donne, su base paritaria con gli uomini, dinanzi ai tribunali e alle istituzioni pubbliche, e, per quel che ci riguarda più da vicino, prendano le misure appropriate, comprese quelle di carattere legislativo, per modificare o abolire le leggi, i regolamenti, le consuetudini e le pratiche discriminatorie contro le donne, ivi inclusa l'introduzione delle adeguate disposizioni penali<sup>21</sup>. La criminalizzazione delle pratiche – approccio avallato anche dalla Convenzione di Istanbul, con riferimento a

---

*European Perspective in Light of the 2011 CoE Istanbul Convention*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2014, 365; ID., *La violenza di genere contro le donne nel contesto della famiglia: sviluppi nell'Unione europea alla luce della Convenzione di Istanbul*, in *Federalismi.it*, 2017, 1; ID., *Donne, violenza e diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Mimemis Edizioni, Milano, 2016; A. OLLINO, *Art. 5. State Obligations and Due Diligence*, in S. DE VIDO, M. FRULLI (eds.), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, cit., 136.

<sup>20</sup> In merito si veda ad esempio: L. SITHOLE, *Eliminating Harmful Practices Against Women in Zimbabwe: Implementing Article 5 of the African Women's Protocol*, in *African Human Rights Law Journal*, 2019, 568 ss.

<sup>21</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, cit., art. 2.

matrimoni forzati e mutilazioni genitali femminili<sup>22</sup> – appare dunque una delle misure per contrastare le pratiche in esame, anche se non sempre e non necessariamente la più efficace, considerato che, come suggerito durante i lavori preparatori della CRC, sussiste il rischio «of forcing practices into clandestinity if they [are] prohibited by State legislation»<sup>23</sup>.

Gli obblighi in questione hanno, infine, almeno in parte carattere progressivo: mentre il divieto di discriminazione deve essere applicato immediatamente<sup>24</sup>, l'attuazione delle misure finalizzate ad abolire le pratiche tradizionali dannose necessita di un contestuale cambiamento culturale. Trattandosi di un fenomeno di lungo termine, appare pertanto comprensibile che la sua progressiva realizzazione implichi «l'adozione di misure che minimizzino i danni subiti dalle donne, in circostanze in cui l'abolizione completa delle pratiche non è ancora avverabile, data la realtà dei vincoli sociali e culturali»<sup>25</sup>.

Il contrasto alle pratiche tradizionali dannose comporta infine che gli Stati garantiscano «the right not to participate in specific traditions, customs and practices, particularly those that infringe on human rights and dignity, to dissociate from an interpretation of values or beliefs and step out of the association with a group»<sup>26</sup>. A questo riguardo lo *Special Rap-*

---

<sup>22</sup> Istanbul Convention Action Against Violence Against Women and Domestic Violence, 11 maggio 2011, art. 37 e 38. S. DE VIDO, *Culturally Motivated Crimes Against Women in A Multicultural Europe. The Case of Criminalization of FGM in the 2011 CoE Istanbul Convention*, in L. ZAGATO, M. VECCO (eds.), *Citizens of Europe*, Ca' Foscari Digital Publishing, Venezia, 2015, 93; C. RAGNI, *Art. 37. Forced Marriage*, in S. DE VIDO, M. FRULLI (eds.), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, cit., 448; R.M. MESTRE I MESTRE, *Art. 38. Female Genital Mutilation*, ivi, 459.

<sup>23</sup> Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, UN Doc E/CN.4/1987/ 25, 9 marzo 1987, par. 29. Così in J. TOBIN, *The Obligation to Abolish Traditional Practices Harmful to Health*, cit., 303.

<sup>24</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13), E/C.12/1999/108 December 1999, 8 dicembre 1999, par. 31.

<sup>25</sup> J. TOBIN, *The Obligation to Abolish Traditional Practices Harmful to Health*, cit., 321. La traduzione è nostra.

<sup>26</sup> Universality, Cultural Diversity and Cultural Rights. Note by the Secretary-General, A/73/227, 25 luglio 2018, par. 64.

*porteur in the Field of Cultural Rights* sottolinea che l'applicazione dei diritti culturali implica che tutti gli individui accedano, partecipino e contribuiscano agli aspetti della vita e delle pratiche culturali, senza discriminazioni, e incidano sul loro mantenimento o, eventualmente, sul loro superamento. Ciò è tanto più vero e delicato in ambito familiare e con riguardo a pratiche che concernono il ruolo delle donne e dei bambini. Come riferito dal *Rapporteur*, infatti, «many practices and norms that discriminate against women are justified by reference to culture, religion and tradition, leading experts to conclude that no social group has suffered greater violation of its human rights in the name of culture than women»<sup>27</sup>. Lo Stato deve pertanto garantire, attraverso la predisposizione delle opportune misure, che le donne godano della libertà di creare nuove comunità di valori culturali e possano abbandonare e contribuire a rendere desuete pratiche culturali che ritengono non più condivisibili, senza il timore di subire azioni punitive, discriminatorie o violente. Appare a questo fine essenziale il contrasto alle forme strutturali di discriminazione e, in particolare, alla sotto-rappresentanza femminile nei processi decisionali delle comunità, altrimenti tradizionalmente affidati ai leader religiosi o agli anziani<sup>28</sup>.

## *2. Le pratiche nocive per la salute e la vita delle bambine e delle donne: le mutilazioni genitali femminili.*

Numerose sono le pratiche tradizionali che attengono al corpo femminile e che possono ledere il diritto alla salute e, in alcuni casi, alla vita di donne e bambine. Tra queste si ricordano, in via esemplificativa, le pratiche relative alla gravidanza o al parto e i regimi dietetici estremi, lo stiramento del seno e le mutilazioni genitali femminili, ossia pratiche che affondano le proprie radici in convincimenti (spesso del tutto erronei) di carattere sanitario o perseguono l'obiettivo di controllare la sessualità femminile<sup>29</sup> e la ri-

---

<sup>27</sup> Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights, A/67/287, 10 agosto 2012, par. 3.

<sup>28</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment no. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), cit., par. 52 (g).

<sup>29</sup> Circa 4 milioni di ragazze, specialmente in alcuni Paesi africani, subiscono la stira-

produzione e preservare la purezza delle ragazze e l'onore delle famiglie di appartenenza<sup>30</sup>.

Fortemente diffusa – e vietata nel diritto internazionale – è la mutilazione genitale femminile (MGF), ossia, secondo la definizione dell'OMS, la pratica che comporta la parziale o totale rimozione dei genitali femminili esterni o altre lesioni degli organi genitali femminili per ragioni non mediche<sup>31</sup>. Un recente studio dell'UNICEF riporta che la pratica è molto diffusa nei paesi africani dalla costa atlantica al Corno d'Africa, in aree del Medio Oriente come l'Iraq, lo Yemen, l'Oman, l'Arabia Saudita e gli Emirati Arabi Uniti, e in alcuni Stati dell'Asia, come l'Indonesia e la Malesia. La pratica è presente anche in alcuni Paesi del Sud America (Colombia)<sup>32</sup> ed è oggi eseguita anche nelle comunità di immigrati in Europa, Australia e Nord America. Nel mondo 200 milioni di donne e ragaz-

---

tura del seno, ossia una pratica attraverso cui il seno viene stirato con oggetti riscaldati, come pietre di grandi dimensioni, massaggiato, appiattito o schiacciato con cinture elastiche, con l'obiettivo di impedirne lo sviluppo. Lo stiramento del seno è «understood to be carried out in the belief that it will make young girls less sexually appealing and therefore prevent their appearance from encouraging sexual relationships prior to marriage and potentially protect them from sexual harassment, sexually transmitted infections and pregnancy». Così W.F. FINLAY, *Breast Ironing: An Under-Recognised Form of Gender-Based Violence*, in G. WILLIAMS, F. FINLAY, *Arch Dis Child*, 2020, 90.

<sup>30</sup> Circa 358.000 donne muoiono ogni anno per complicazioni legate alla gravidanza o al parto e parte di questi decessi sono imputabili, direttamente o indirettamente, all'essere state sottoposte a pratiche tradizionali, quali il massaggio addominale, l'utilizzo di erbe medicinali nocive e regimi dietetici estremi o dannosi. Si vedano M. TESFAYE, N. SOLOMON, D. GETACHEW, *Prevalence of Harmful Traditional Practices During Pregnancy and Associated Factors in Southwest Ethiopia: A Community-Based Cross-Sectional Study*, in *BMJ Open*; S. BUCHER, O. KONANA, E. LIECHTY, A. GARCES, P. GISORE, I. MARETE, C. TENGE, E. SHIPALA, L. WRIGHT, F. ESAMAI, *Self-Reported Practices Among Traditional Birth Attendants Surveyed in Western Kenya: A Descriptive Study*, 2016, in *BMC Pregnancy and Childbirth*; G.G. SHEEHY, Y. AUNG, A.M. FOSTER, *'She Learned It from Her Mother and Grandmother': Women's Experiences with Delivery and Post-Partum Practices in Periurban Yangon, Myanmar*, in *Matern Child Health Journal*, 2016, 854.

<sup>31</sup> L'organizzazione identifica quattro tipologie principali di MGF. Si veda World Health Organization, *Female Genital Mutilation*, 31 gennaio 2023, reperibile a: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>.

<sup>32</sup> UNICEF, *Female Genital Mutilation/Cutting: A Global Concern*, 2016, available at [www.unicef.org/media/files/fgmc\\_2016\\_brochure\\_final\\_unicef\\_spread.pdf](http://www.unicef.org/media/files/fgmc_2016_brochure_final_unicef_spread.pdf).

ze in 30 Paesi sono state sottoposte a MGF, di cui 44 milioni in età inferiore ai 15 anni. Le origini e i fattori che ne supportano la diffusione sono molteplici: la pressione sociale, il controllo sulla sessualità femminile, il valore di rituale di ammissione a una comunità, la stereotipizzazione dei ruoli sociali di donne e uomini, il rischio che il rifiuto comporti l'esclusione della donna dalla sua comunità o che sia considerato motivo di disonore per la famiglia. Dal punto di vista medico, tutte le forme di mutilazione possono causare gravi conseguenze fisiche e danni psicologici<sup>33</sup>. Oggi la gran parte dei Paesi africani vieta le MGF; in Medio Oriente, solo l'Iraq e l'Oman hanno promulgato leggi specifiche, mentre né gli Stati del Sud-Est asiatico né quelli dell'America latina hanno adottato strumenti in materia<sup>34</sup>. Il panorama normativo appare frammentario, se si pensa che gli ordinamenti di alcuni degli Stati in cui la pratica è diffusa non ne prevedono ancora il divieto e altri stanno valutando di eliminarlo<sup>35</sup>.

La pratica è unanimemente condannata nel diritto internazionale. L'Agenda 2030, nell'ambito dell'Obiettivo di sviluppo sostenibile n. 5 sull'eguaglianza di genere, indica il contrasto alle pratiche tradizionali dannose, e in particolare alle mutilazioni genitali femminili, come uno specifico *target*<sup>36</sup>. La CEDAW, come anticipato, impone agli Stati di adottare tut-

---

<sup>33</sup> S. DE VIDO, *Violence Against Women's Health in International Law*, Manchester University Press, Manchester, 2020, 50 ss. Si veda anche L. REICHENBACH, M.J. ROSEMAN, *Reproductive Health and Human Rights. The Way Forward*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2009.

<sup>34</sup> I dati sono disponibili sul sito: <https://equalitynow.org/fgm-a-global-picture/>. Sulle normative adottate nei Paesi africani si veda: *Building Bridges to End FGM*, <https://copfgm.org/home>.

<sup>35</sup> Il Parlamento del Gambia nel marzo 2024 ha votato a favore di un disegno di legge per l'eliminazione del divieto introdotto nel 2015. La notizia è reperibile al sito <https://www.africarivista.it/gambia-depenalizzate-le-mutilazioni-genitali-femminili-le-donne-protestano/227752/>.

<sup>36</sup> Agenda 2030, Sustainable Development Goal 5, Achieve Gender Equality and Empower All Women and Girls. S. DE VIDO, *La parità di genere nel contesto dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, in *Le Nazioni Unite di fronte alle nuove sfide economico-sociali, 75 anni dopo la loro fondazione*, in *La Comunità internazionale. Quaderni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 81. Sul valore dei Sustainable Development Goals: K. AKESTORIDI, F. SEATZU, *Enhancing the Transformative Potential of Sustainable Development Goals ('SDGs')*, in *Global Jurist*, 2021, 111; F. TROMBETTA PANIGADI, *Some*

te le misure appropriate per modificare i modelli di comportamento sociale e culturale di uomini e donne, al fine di ottenere l'eliminazione di pregiudizi, consuetudini e pratiche che si basano sull'idea dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso o sui loro ruoli stereotipati<sup>37</sup>. Il Comitato CEDAW, già nella propria risoluzione sulla MGF del 1990, chiama gli Stati a prendere misure appropriate ed efficaci a contrastare la pratica<sup>38</sup>. La CRC obbliga gli Stati a combattere le pratiche pregiudizievoli per la salute dei bambini<sup>39</sup> e più di 170 paesi si sono impegnati a porre fine alle MGF nel Programma d'azione della Conferenza internazionale del Cairo del 1994 su popolazione e sviluppo<sup>40</sup> e nella Conferenza di Pechino sulle donne del 1995<sup>41</sup>.

A livello regionale, il Protocollo sui diritti della donna in Africa prevede che gli Stati debbano proibire, mediante provvedimenti legislativi corredati da sanzioni, ogni forma di MGF, medicalizzazione e para-medicalizzazione delle mutilazioni e ogni altra pratica analoga<sup>42</sup>. Tra le misure ritenute appropriate, il Protocollo indica l'attuazione di politiche di sensibilizzazione, informazione e istruzione, la fornitura del sostegno alle vittime, attraverso servizi sanitari, assistenza legale e giudiziaria, consulenza psicologica, e la protezione delle donne che rischiano di divenirne vittime. L'art. 38 della Convenzione di Istanbul prevede, invece, che le Parti contraenti debbano procedere alla criminalizzazione delle condotte

---

*Remarks on Child and Forced Marriages and Traditional Practices Harmful to Women's Health. Their Possible Implications for Sustainable Development*, in L. PINESCHI (ed.), *Cultural Heritage, Sustainable Development and Human Rights*, Routledge, London/New York, 2024, 300.

<sup>37</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, cit., art. 5.

<sup>38</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, CEDAW General Recommendation No. 14: Female Circumcision, A/45/38 and Corrigendum, 1990.

<sup>39</sup> Convention on the Rights of the Child, cit., art. 24, par. 3.

<sup>40</sup> Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994, A/CONF.171113/Rev.1.

<sup>41</sup> Beijing Declaration and Platform for Action, United Nations, 1995.

<sup>42</sup> Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, cit., art. 2.2 e 5.

intenzionali di esecuzione delle MGF, di coercizione delle donne a questi fini e incitamento<sup>43</sup>.

Per comprendere quali siano le misure richieste agli Stati per contrastare adeguatamente la MGF è utile riferirsi anche alle osservazioni svolte dal Comitato CRC in risposta ai rapporti periodici di alcuni Paesi contrassegnati dalla diffusione della pratica nei propri territori. Nelle osservazioni indirizzate alla Nigeria, il Comitato segnala, ad esempio, la mancanza di normative che ne prevedano il divieto e l'insufficienza dei programmi di sensibilizzazione, dei servizi di supporto alla protezione delle ragazze che rifiutano di sottoporvisi e di riabilitazione delle vittime che l'hanno subita<sup>44</sup>. L'attenzione del Comitato è alta anche nei confronti di Sierra Leone, Mali e Uganda, tra i pochi Paesi che non hanno ancora adottato provvedimenti legislativi che vietino la MGF. Oltre a raccomandare l'introduzione del divieto, il Comitato sollecita la Sierra Leone a facilitare il passaggio a pratiche rituali alternative non invasive<sup>45</sup> e l'Uganda a condurre campagne di sensibilizzazione per incoraggiare un cambiamento culturale che coinvolga famiglie e leader tradizionali e religiosi, oltre a programmi di formazione e riqualificazione degli operatori, per sostenerli nello sforzo di reperire fonti alternative di reddito<sup>46</sup>.

Pur in difetto di una specifica normativa interna, l'Uganda è stata tuttora protagonista nel 2010 di un'importante sentenza costituzionale, nel caso *Law and Advocacy for Women in Uganda v. Attorney-General*, manifestazione della consapevolezza dell'illegalità delle MGF e del valore del divieto

---

<sup>43</sup> S. DE VIDO, *Culturally Motivated Crimes Against Women in A Multicultural Europe. The Case of Criminalization of FGM in the 2011 CoE Istanbul Convention*, cit.; R.M. MESTRE I MESTRE, *Art. 38. Female Genital Mutilation*, cit.

<sup>44</sup> Committee on the Rights of the Child, Thirty-Eighth Session Consideration of reports submitted by States Parties under Article 44 of the Convention, Concluding Observations: Nigeria, CRC/C/15/Add.257, 13 aprile 2005, par. 56-58.

<sup>45</sup> Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 44 of the Convention Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Sierra Leone, CRC/C/15/Add.116, 24 febbraio 2000, par. 62.

<sup>46</sup> Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 44 of the Convention. Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Uganda, CRC/C/UGA/CO/2, 23 November 2005, par. 55-56.

internazionale<sup>47</sup>. L'associazione ricorrente sosteneva che la pratica fosse incompatibile con la costituzione ugandese, assurgendo a trattamento crudele, inumano e degradante e violando il diritto alla vita e alla vita privata. Il caso alla base del ricorso coinvolgeva una donna cui era stata praticata una mutilazione in modo arbitrario e senza anestesia, pratica che le aveva causato danni permanenti e, infine, la morte. La Corte costituzionale ugandese concludeva che, sebbene la Costituzione proteggesse le consuetudini culturali o religiose, il loro esercizio non doveva violare la dignità umana e il divieto di trattamenti crudeli, inumani o degradanti e, pertanto, la MGF doveva essere considerata incompatibile con i precetti costituzionali<sup>48</sup>.

Nella stessa direzione si ricorda, con riferimento all'importanza del bilanciamento operato tra tutela dell'identità culturale e protezione da pratiche tradizionali dannose, anche la sentenza costituzionale colombiana sulle mutilazioni praticate sulle donne indigene della comunità Emberá-Chamí<sup>49</sup>. Il caso all'origine del rinvio concerneva le mutilazioni effettuate ai danni di due neonate, causa di infezioni e gravi conseguenze per la loro salute<sup>50</sup>. La posizione del Governo appare equilibrata: da un lato, l'autonomia dei popoli indigeni è «the most important right, as other rights derive from it»; dall'altro, nel caso di specie «there is a tension between certain traditional practices and the national and international legal frameworks. This is the case of FGM. In this case, the FGM practice has injured human rights and minimum universal standards»<sup>51</sup>. Richiamato l'art. 246 della Costituzione colombiana, per cui le autorità indigene pos-

---

<sup>47</sup> Supreme Court of Uganda, *Law and Advocacy for Women in Uganda v. Attorney-General*, Constitutional Petition No. 13 of 2005, 5 aprile 2007. S. DE VIDO, *Violence Against Women's Health in International Law*, cit., 220 ss.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Municipal Court Pueblo Rico, Risaralda (Colombia), M.B. of Seventeen Days of Age (17), A.N.M. and S.N.M., *Indigenous Minors of Sixteen (16) Days of Age*, 66573-40-89-001-2008-00005-00, 24 luglio 2008.

<sup>50</sup> In merito S. DE VIDO, *Violence Against Women's Health in International Law*, cit., 220.

<sup>51</sup> Official Letter 108-5787-DET-1000, Dated February Twenty-Ninth (29) of Two Thousand and Eight (2008) Addressed to the Court by the Assistant Director of Indigenous Affairs of the Ministry of Interior and Justice of the Republic of Colombia, citata in Municipal Court Pueblo Rico, Risaralda (Colombia), M.B. of Seventeen Days of Age (17), A.N.M. and S.N.M., *Indigenous Minors of Sixteen (16) Days of Age*, cit.

sono esercitare funzioni giurisdizionali nel loro ambito territoriale, secondo le loro regole e procedure, purché non contrarie alla Costituzione e alla legge, la Corte conclude che la protezione dell'ordine pubblico ha la priorità sul diritto indigeno, poiché finalizzato alla tutela di valori costituzionali superiori al principio della diversità etnica e culturale. La giurisdizione speciale e le funzioni di autogoverno delegate alle autorità indigene vanno esercitate, pertanto, nel rispetto delle norme imperative che tutelano il nocciolo duro dei diritti costituzionalmente protetti, in particolare il diritto alla vita e i divieti di tortura e trattamenti inumani e degradanti. Ritenendo che le autorità indigene non abbiano la competenza a decidere, poiché la condotta deve essere qualificata non come violenza domestica – materia rimessa alla loro giurisdizione speciale – ma come violazione di un principio costituzionalmente protetto, la Corte costituzionale colombiana conclude che la mutilazione «threatens man's most precious assets, composed of the right to life and other constitutional rights that are recognized by international conventions» e deve essere considerata «a barbaric and inhumane practice that violates the rights of the women and girls of that community, and is arbitrary and unjustifiable. It disregards the National Constitution and International Human Rights Treaties signed by Colombia». La Corte ordina, pertanto, che siano adottati i provvedimenti amministrativi e normativi e le opportune politiche per vietare e impedire la MGF nella comunità Emberá-Chamí, invita ONG e difensori dei diritti umani a intraprendere le azioni per supportare l'eliminazione concreta delle mutilazioni e le istituzioni internazionali a vigilare affinché la pratica sia concretamente eliminata.

Le decisioni esaminate si contraddistinguono per la conformità al diritto internazionale e per il bilanciamento effettuato tra tutela dei diritti delle comunità indigene e protezione della diversità culturale, da un lato, e garanzia dei diritti umani, messi a repentaglio dalle MGF, dall'altro. L'orientamento incline a considerare l'attuazione della pratica ultronea rispetto all'esercizio dei diritti culturali è, d'altronde, condiviso dal Comitato ESCR, che nel proprio *General Comment* n. 21 chiarisce che l'esecuzione delle MGF rappresenta un ostacolo al pieno esercizio del diritto sancito dall'art. 15, par. 1 (a) del Patto<sup>52</sup>. Più nettamente lo *Special Rap-*

---

<sup>52</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment no. 21,

*porteur* sulla tortura e gli i trattamenti crudeli, inumani o degradanti qualifica la MGF come tortura, specificando che «even if a law authorizes the practice, any act of FGM would amount to torture and the existence of the law by itself would constitute consent or acquiescence by the State»<sup>53</sup>. Tale qualificazione è condivisa, peraltro, anche dalla Corte europea dei diritti umani, che in più occasioni ha chiarito che «it is not in dispute that subjecting a child or adult to FGM amounts to treatment proscribed by Article 3 of the Convention»<sup>54</sup>, ossia che la pratica deve essere qualificata come un trattamento inumano e degradante, convenzionalmente vietato.

In quanto tale, il rischio di essere esposte alla pratica nel Paese di origine ha fondato numerosi ricorsi, presentati alla Corte europea da giovani donne migranti, diretti a far valere la responsabilità degli Stati di destinazione per avere rigettato le loro richieste di asilo<sup>55</sup>. Secondo la Corte europea, fermo il diritto degli Stati contraenti della Convenzione europea di disciplinare l'ingresso, la residenza e l'allontanamento degli stranieri, l'espulsione può infatti dar luogo a violazioni dell'art. 3 se ricorrono fondati motivi per ritenere che la persona interessata corra il rischio reale di essere sottoposta a trattamenti inumani e degradanti, causati dalle sofferenze inflitte intenzionalmente dalle autorità pubbli-

---

Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), cit., par. 64.

<sup>53</sup> Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, A/HRC/7/3, 15 gennaio 2008, par. 53.

<sup>54</sup> European Court of Human Rights, Case of R.B.A.B. and Others v. The Netherlands, 7211/06, 7 settembre 2016, par. 54. Si vedano anche European Court of Human Rights: Collins and Akaziebie v. Sweden, 23944/05, 8 marzo 2007; Izevbekhai and Others v. Ireland, 43408/08, 17 maggio 2011.

<sup>55</sup> Tra le prime prassi nazionali favorevoli a considerare la MGF come forma di persecuzione nell'ambito dei procedimenti in materia di asilo, si vedano i casi francesi Aminata Diop (RR 164078) del 18 settembre 1991 e Mlle Kinda (CRR, 366892) del 19 marzo 2001; la decisione inglese della House of Lords Fornah (FC) (Appellant) v. SSHD (Respondent) (UKHL 46) del 18 ottobre 2006 e il caso austriaco GZ (Cameroonian citizen) (220.268/0-X1/33/00, Austrian Federal Refugee Council, Independent Federal Asylum Senate) del 21 marzo 2002. I casi sono citati in United Nations High Commissioner for Refugees, Guidance Note on Refugee Claims Relating to Female Genital Mutilation, Ginevra, maggio 2009, 6-7.

che del Paese di origine o da enti non statali, qualora le autorità non siano in grado di garantire una protezione adeguata<sup>56</sup>. Per quanto inevitabilmente rilevino le circostanze concrete – che nel caso *R.B.A.B. c. Paesi Bassi* hanno condotto, ad esempio, a ritenere che il rigetto della richiesta d’asilo da parte dello Stato convenuto non configurasse una violazione dell’art. 3, in quanto il ricorrere del rischio non era stato dimostrato adeguatamente<sup>57</sup> – la Corte dovrebbe interpretare la norma tenendo conto della Nota con cui lo UNHCR già dal 2009 chiarisce che ragazze o donne costrette a subire, o che rischiano di essere sottoposte a, MGF hanno il diritto di beneficiare dello *status* di rifugiate ai sensi della Convenzione del 1951<sup>58</sup>. Tenuto conto della gravità della pratica e delle circostanze e dei motivi per cui è posta in essere, la MGF può infatti essere considerata una forma di persecuzione specifica nei confronti delle bambine e, più in generale, data la gravità del danno potenziale o effettivo, nei confronti delle donne<sup>59</sup>. Il timore di essere sottoposte a MGF può essere ricondotto a ragioni politiche o religiose o all’ap-

---

<sup>56</sup> European Court of Human Rights, Case of *R.B.A.B. and Others v. The Netherlands*, cit., par. 30-31.

<sup>57</sup> *Ibid.*, par. 54 ss. Nonostante la diffusione delle mutilazioni (tra il 68% e l’88% delle donne) in Sudan, Paese d’origine delle ricorrenti e il fatto che lo Stato non avesse ancora introdotto una legge che proibisse la pratica, alcune province, compresa quella di Cordofan, da cui le ricorrenti affermavano di provenire, avevano previsto specifici divieti; gli sforzi intrapresi, sotto forme diverse, dal governo e dalle ONG avevano determinato un calo nella diffusione delle mutilazioni e, in generale, non vi erano rischi reali di subire mutilazioni su istigazione di persone che non facessero parte della famiglia.

<sup>58</sup> United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidance Note on Refugee Claims Relating to Female Genital Mutilation*, cit.

<sup>59</sup> *Ibid.*, par. 10. Anche il genitore ha diritto di ottenere lo *status* di rifugiato, derivato dallo *status* della figlia, o di agire come richiedente principale nei casi in cui rischi la persecuzione per essersi opposto alla pratica, così come le donne già mutilate, se è dimostrato il fondato timore di future persecuzioni, il rischio che subiscano un’altra forma di MGF o soffrano in modo particolarmente grave e a lungo termine le conseguenze della pratica. United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidance Note on Refugee Claims Relating to Female Genital Mutilation*, cit., par. 11. European Court of Human Rights, Case of *R.B.A.B. and Others v. The Netherlands*, cit., par. 14.

partenenza a un particolare gruppo sociale – ossia un gruppo «who share a common characteristic other than their risk of being persecuted, or who are perceived as a group by society»<sup>60</sup> – tenuto conto che le ragazze e le donne vengono mutilate proprio in quanto femmine e la pratica fa spesso parte di un modello più ampio di discriminazione in una data società o nell'ambito di specifiche comunità<sup>61</sup>. Secondo la Nota dello UNHCR le ragazze esposte a rischio di MGF possono essere considerate membri di un gruppo sociale identificato proprio sulla base dei fattori del sesso, dell'età e della circostanza di rifiutare di subire alterazioni fisiche considerate contrarie alla dignità e al godimento dei diritti fondamentali. Infine, il divieto di mutilazioni imposto per legge dallo Stato di origine non è sufficiente per ritenere che sia disponibile un'adeguata protezione: lo *status* di rifugiato può e deve essere concesso anche laddove lo Stato non sia riuscito a garantire l'attuazione del divieto, se, come sottolineato dall'UNHCR, accade che gli Stati «may nevertheless continue to condone or tolerate the practice, or may not be able to stop it effectively. In such cases, the practice would still amount to persecution»<sup>62</sup>. Affinché la protezione sia considerata adeguata, gli Stati devono pertanto dimostrare di avere intrapreso azioni efficaci di prevenzione e punizione delle condotte in esame.

### 3. *I matrimoni precoci, infantili e forzati.*

Nonostante l'Obiettivo di sviluppo sostenibile n. 5 (sull'eguaglianza di genere) dell'Agenda 2030 indichi il contrasto ai matrimoni infantili, precoci e forzati come specifico *target*<sup>63</sup>, le statistiche rivelano che il fenome-

---

<sup>60</sup> Ibid., par. 23-24.

<sup>61</sup> Ibid., par. 22.

<sup>62</sup> United Nations High Commissioner for Refugees, Guidelines on International Protection No. 1: Gender-Related Persecution Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/01, 7 maggio 2002, par. 11.

<sup>63</sup> Agenda 2030, Sustainable Development Goal 5, Achieve Gender Equality and Empower All Women and Girls. F. TROMBETTA PANIGADI, *Some Remarks on Child and*

no è ancora molto diffuso e riguarda in maniera prevalente, ma non esclusiva, minori di sesso femminile<sup>64</sup>. Secondo l'UNFPA, 15 milioni di ragazze ogni anno si sposano prima di avere compiuto diciotto anni, con percentuali differenti nelle diverse regioni del mondo<sup>65</sup>. In Asia, ad esempio, il 45% delle spose ha meno di diciotto anni e il 17% è infra-quindecenne, con dati più preoccupanti in Bangladesh (il 52% è infra-diciottenne e il 18% infra-quindecenne) e Yemen (il 9% non ha raggiunto il quindicesimo compleanno)<sup>66</sup>. Nell'Africa sub-sahariana il 39% delle giovani si sposa prima di avere diciotto anni, con percentuali drammatiche in Niger (il 76% ha meno di diciotto anni e il 28% meno di quindici) e Nigeria (il 43% non ha compiuto diciotto anni e il 17% è infra-quindecenne)<sup>67</sup>. La pratica, comune anche in America Latina e nei Caraibi (dove il 23% delle spose ha meno di diciotto anni)<sup>68</sup>, si è progressivamente diffusa – o è tornata a diffondersi – negli Stati Uniti<sup>69</sup> e in Europa<sup>70</sup> in conseguenza dell'immigrazione.

Dal punto di vista definitorio, i matrimoni precoci coinvolgono coniugi (uno o entrambi) infra-diciottenni, ma maggiorenti ai sensi del diritto nazionale e, cionondimeno, non sufficientemente maturi dal punto

---

*Forced Marriages and Traditional Practices Harmful to Women's Health. Their Possible Implications for Sustainable Development*, cit., 301 ss.

<sup>64</sup> UNICEF, 115 Million Boys and Men Around the World Married as Children, 6 giugno 2019, reperibile al sito: <https://www.unicef.org/press-releases/115-million-boys-and-men-around-world-married-children-unicef>.

<sup>65</sup> Council of Europe, Steering Committee for Human Rights, Guide to Good and Promising Practices Aimed at Preventing and Combating Female Genital Mutilation and Forced Marriage, 13 luglio 2017.

<sup>66</sup> Dati citati da E. LOWE, N. KHAROUFEH, B. MCKINLEY, E. McDONALD, P. ALPHONSE, R. BOUSTANI, M. MILIVOJEVIC, R. FERGUSON, *The Development of Global Responses to Child, Early And Forced Marriages*, HAQ Centre for Child Rights, 2017.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Si vedano i dati riportati da L. MARTIN, *Restraining Forced Marriage*, in *Nevada Law Journal*, 2018, 928-929.

<sup>70</sup> Si vedano i dati citati da A. SABBE, M. TEMMERMAN, E. BREMS, E. LEYE, *Forced Marriage: An Analysis of Legislation and Political Measures in Europe*, in *Crime, Law, Social Change*, 2014.

di vista fisco, emotivo, sessuale o psicologico; quelli infantili sono celebrati invece da coniugi (uno o entrambi) bambini – ossia, secondo la definizione contenuta nell'art. 1 della CRC, individui minori di diciotto anni e minorenni ai sensi del diritto nazionale; infine, i matrimoni forzati consistono nella costrizione, attraverso l'impiego di coercizione fisica e psicologica, di un adulto o un minore a sposarsi<sup>71</sup>. Poiché la coercizione è spesso realizzata in modo occulto o con modalità ingannevoli, i dati disponibili sulla diffusione di questi ultimi matrimoni, sia a livello nazionale sia su scala globale, sono poco affidabili.

Il diritto internazionale prevede che i matrimoni siano celebrati tra sposi di età adeguata. Così, la Dichiarazione universale dei diritti umani, che riconosce che uomini e donne di età appropriata hanno, senza alcuna discriminazione, il diritto di sposarsi e costituire una famiglia e sono titolari di uguali diritti durante il rapporto matrimoniale e relativamente al suo scioglimento<sup>72</sup>. Analoghi diritti sono sanciti dai Patti CPR<sup>73</sup> e ESCR<sup>74</sup> e dalla CEDAW<sup>75</sup>. È interessante, tuttavia, che nessuno di questi strumenti, quando sanciscono che il matrimonio deve essere celebrato tra individui di età adeguata, indichi un'età specifica al di sotto della quale esso deve essere proibito o considerato invalido. Sotto altro verso, gli art. 5 e 16 della CEDAW impongono, invece, agli Stati contraenti di adottare le misure adeguate a modificare i modelli sociali e culturali, gli stereotipi che contribuiscono alla discriminazione nei confronti delle donne e le pratiche tradizionali fondate sull'idea dell'inferiorità di uno dei sessi e di introdurre le riforme degli ordinamenti familiari e matrimoniali che garantiscano a uomini e donne il diritto di contrarre matrimonio su base non discriminatoria e assicurino posizioni soggettive paritarie nei rapporti personali e patrimoniali con il coniuge, anche relativamente alla dissoluzione del vincolo e nelle relazioni con i figli. L'art. 16 stabilisce, infine,

---

<sup>71</sup> Council of Europe, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, cit., art. 37.

<sup>72</sup> Universal Declaration of Human Rights, cit., art. 16.1. e 16.2.

<sup>73</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, cit., art. 23.2 e 23.3.

<sup>74</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, cit., art. 10.1.

<sup>75</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, cit., art. 16.

che il fidanzamento e il matrimonio infantili non producono effetti giuridici e che, oltre a individuare un'età minima, gli Stati devono rendere obbligatoria la registrazione dei matrimoni. Il *Working Group* delle Nazioni Unite sulla discriminazione contro le donne ricorda che, in molti ordinamenti, le ragazze possono sposarsi a un'età inferiore rispetto a quella dei ragazzi e che molti Stati non hanno fatto progressi nell'eliminazione del matrimonio infantile<sup>76</sup>, mentre il Comitato CRC qualifica i matrimoni forzati, infantili e precoci come pratica dannosa ai sensi dell'art. 19 della CRC e obbliga gli Stati contraenti a porre in essere le azioni legislative, amministrative e di carattere sociale ed educativo appropriate per proteggere i bambini dal loro verificarsi<sup>77</sup>.

A livello regionale, l'art. 12 della Convenzione europea dei diritti umani riconosce che a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, uomini e donne hanno il diritto di sposarsi e fondare una famiglia nel rispetto delle regole previste dagli ordinamenti nazionali, mentre la Convenzione di Istanbul stabilisce l'obbligo per le Parti di adottare le misure legislative, o di altro tipo, necessarie per criminalizzare i matrimoni forzati e garantire che essi siano nulli o annullabili o possano essere sciolti, senza che ciò determini per le vittime oneri finanziari o amministrativi eccessivi<sup>78</sup>. Il Protocollo alla Carta africana sui diritti delle donne prevede all'art. VI l'obbligo per gli Stati contraenti di assicurare che uomini e donne godano dei medesimi diritti nell'ambito del matrimonio<sup>79</sup>. A que-

---

<sup>76</sup> Così Report of the Working Group on the Issue of Discrimination Against Women in Law and in Practice, A/HRC/38/46, 14 maggio 2018, par. 26.

<sup>77</sup> Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 13 (2011). The Right of the Child to Freedom From All Forms of Violence, CRC/C/GC/13, 18 aprile 2011, par. 29. G. CATALDI, *La tutela dei minori nell'ordinamento internazionale*, in A. CILARDO (a cura di), *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, 3.

<sup>78</sup> Istanbul Convention Against Violence Against Women and Domestic Violence, cit., art. 32 e 37. A. BONFANTI, *Art. 32. Civil Consequences of Forced Marriages*, in S. DE VIDO, M. FRULLI (eds.), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, cit., 385; C. RAGNI, *Art. 37, Forced Marriage*, ivi, 448.

<sup>79</sup> Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, cit. In merito anche Joint General Comment of the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) and the African Committee of Ex-

sto fine gli Stati devono introdurre le misure necessarie per garantire che i matrimoni siano celebrati con il consenso libero e pieno degli sposi e siano registrati, e che le donne possano esercitare su base paritaria il diritto di acquisire e amministrare i propri beni e contribuire all'educazione dei figli nel loro interesse. Il matrimonio monogamico deve essere preferito nelle legislazioni nazionali e, in ogni caso, anche nell'ambito dei matrimoni poligamici i diritti delle donne devono essere adeguatamente tutelati. Anche la Carta africana sui diritti e il benessere dei bambini sancisce che il matrimonio infantile deve essere proibito; l'art. 21.2 si segnala, inoltre, per contenere la specifica indicazione dell'età di diciotto anni come età minima per contrarre matrimonio.

L'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite qualifica, infine, il matrimonio forzato come una contemporanea forma di schiavitù<sup>80</sup>. Quando associato alla tratta, esso ricade nell'ambito di applicazione del Protocollo di Palermo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale<sup>81</sup> e della Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005<sup>82</sup>, ai sensi di cui tale fenomeno comprende il trasferimento forzato di persone, con la minaccia o l'uso della violenza o altre forme di coercizione, il rapimento, l'inganno, l'abuso di autorità o della condizione di vulnerabilità, a fini di sfruttamento, inclusi lo sfrut-

---

perts on the Rights and Welfare of the Child (ACERWC) on Ending Child Marriage, 2017.

<sup>80</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Abolishing Slavery and Its Contemporary Forms*, David Weissbrodt and Anti-Slavery International, HR/PUB/02/4, 2002. Si vedano N. BOSCHIERO, *Il diritto alla giustizia e il dovere di riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù*, Giuffrè, Milano, 2021; P. DE SENA, *Slaveries and New Slaveries: Which Role for Human Dignity?*, in *Questions of International Law*, Zoom-in 64, 2019, 7; S. SCARPA, *Conceptual Uncertainty, Human Dignity and Contemporary Forms of Slavery: An Appraisal and Some Proposals*, *ivi*, 19.

<sup>81</sup> Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 15 novembre 2000.

<sup>82</sup> Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, 3 maggio 2005, art. 4(a). S. DE VIDO, *A Legal Analysis of the Contributing Factors to Trafficking in Women: Points of Strength and Weakness of the Recent Developments in Europe*, in *Freedom, Security & Justice*, 2023, 41.

tamento sessuale, il lavoro forzato, la schiavitù o altre pratiche simili<sup>83</sup>. Quando i matrimoni forzati sono compiuti nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile, con la consapevolezza dell'attacco stesso, essi costituiscono violazioni talmente gravi del diritto internazionale da essere qualificate come crimini contro l'umanità. Sul punto si sono pronunciati il Tribunale Speciale per la Sierra Leone, le Camere Straordinarie delle Corti della Cambogia e la Corte penale internazionale. Il primo si è espresso sul tema nella sentenza *Prosecutor v. Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu* del 2008, con riguardo al fenomeno delle 'bush wives' nell'ambito del conflitto in Sierra Leone, ossia delle donne costrette a diventare spose di soldati contro la propria volontà<sup>84</sup>. Le Camere Straordinarie delle Corti della Cambogia hanno raggiunto conclusioni analoghe nel 2018, in un caso riguardante la responsabilità di due comandanti dei Khmer rossi per i trattamenti inumani e degradanti ravvisati nei matrimoni forzati e nelle pratiche di violenza sessuale perpetrate nel contesto della politica di crescita demografica, che costringeva le coppie a sposarsi e a riprodursi sotto il controllo e la coercizione delle autorità locali<sup>85</sup>. La Corte penale internazionale infine ha sviluppato un orientamento analogo nella sentenza adottata nei confronti di Dominic Ongwen, ex comandante nella milizia irregolare ugandese Lord's Resistance Army, accusato, tra gli altri, del crimine di matrimonio forzato, qualificato come crimine contro l'umanità, in quanto atto inumano diretto a provocare intenzionalmente nelle vittime grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> In merito si veda C. RAGNI, *Art. 37. Forced Marriage*, cit., 448.

<sup>84</sup> Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu*, cit., par. 697 ss. e 710 ss. In merito, M. FRULLI, *Advancing International Criminal Law: The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as A 'New' Crime Against Humanity*, cit., 1033.

<sup>85</sup> Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, cit.

<sup>86</sup> International Criminal Court, *Prosecutor v. Ongwen*, 4 February 2021. In merito: C. RAGNI, *Il contributo della Corte penale internazionale alla qualificazione del matrimonio forzato come crimine contro l'umanità: la condanna di Dominic Ongwen*, cit. Si veda anche International Criminal Court, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, Decision of the Confirmation of Charges*, cit.

I matrimoni forzati, precoci e infantili sono stati oggetto di numerose pronunce anche da parte delle corti regionali competenti in materia di diritti umani. Meritano di essere ricordate le decisioni assunte dalla Corte di Giustizia dell'ECOWAS e dalla Corte africana per i diritti umani e dei popoli, segnate dall'approccio relativista espresso, nella difesa delle proprie tradizioni, dagli Stati convenuti. Con la sentenza nel caso *Hadijatou Mani Koraou v. Niger* lo Stato convenuto è stato considerato dalla Corte di Giustizia ECOWAS responsabile per non avere adottato le misure positive appropriate per proteggere i diritti della ricorrente, una ragazza venduta all'età di dodici anni e costretta a vivere per nove anni come concubina e schiava del suo acquirente, in condizione di sottomissione, sfruttamento sessuale e violenza, in applicazione di una pratica tradizionale – detta 'wahiya' – che consiste nell'acquisizione e riduzione in schiavitù di una giovane fanciulla<sup>87</sup>. Per quanto la Corte ritenesse che il Niger non avesse adottato le misure di carattere amministrativo e giudiziario idonee a proteggere la ricorrente, la decisione risulta poco efficace sul piano della lotta alla pratica tradizionale in oggetto, poiché non prescrive esplicitamente che lo Stato convenuto ponga in essere le misure idonee a eliminarla e a rendere non operativi i precetti di carattere tradizionale e religioso su cui si fonda. Più incisiva la decisione del 2021 nel caso *Fodi Mohamed & Autres c. Etat du Niger*<sup>88</sup> con cui la Corte di Giustizia ECOWAS ha condannato il Niger al pagamento del risarcimento dei danni subiti dalla vittima, per non avere lo Stato prevenuto e impedito la sua riduzione in schiavitù – prescritta dalle regole consuetudinarie seguite in Niger – a partire dall'infanzia e per oltre trent'anni, durante i quali la donna era stata costretta a plurimi matrimoni, da cui erano nati figli anch'essi ridotti in schiavitù. Esauriti i ri-

---

<sup>87</sup> ECOWAS Community Court of Justice, *Hadijatou Mani Koraou v. Niger*, ECW/CCJ/JUD/06/08, 27 ottobre 2008. H.S. ADJOLOHOUN, *The ECOWAS Court as a Human Rights Promoter? Assessing Five Years' Impact of the Koraou Slavery Judgment*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2013, 342; J. ALLAIN, *Hadijatou Mani Koraou v. Republic of Niger*, in *American Journal of International Law*, 2009, 311; H. DUFFY, *Hadijatou Mani Koroua v Niger: Slavery Unveiled by the ECOWAS Court*, in *Human Rights Law Review*, 2009, 151.

<sup>88</sup> ECOWAS Community Court of Justice, *Fodi Mohamed & Autres c. Etat du Niger*, ECW-CCJ-JUD-19-21, 24 giugno 2021.

corsi interni con cui una delle figlie, dinanzi ai tribunali del Niger, aveva tentato inutilmente di ottenere giustizia per le violazioni subite del divieto di riduzione in schiavitù – all’epoca dei fatti, non criminalizzato nel diritto interno –, la Corte di Giustizia ECOWAS<sup>89</sup> ha ritenuto il Niger responsabile per non avere adeguatamente protetto i diritti di Fodi e dei suoi figli da trattamenti inumani e degradanti e dalla violazione del diritto alla vita familiare, oltre che per non avere assicurato loro un equo processo<sup>90</sup>.

La Corte africana dei diritti umani e dei popoli ha infine giudicato un ricorso presentato nei confronti del Mali per la non conformità della normativa nazionale in materia familiare con le norme della Carta africana, del Protocollo sui diritti delle donne in Africa e della Carta africana sui diritti e il benessere dei bambini. Oggetto specifico delle doglianze era la normativa del Mali sull’eliminazione delle pratiche tradizionali dannose e sulla definizione dell’età minima per contrarre matrimonio, fissata in diciotto anni per gli sposi e quindici per le spose, e ridotta ulteriormente a dodici con l’autorizzazione dei genitori<sup>91</sup>. Il Mali non solamente riteneva di non essere internazionalmente responsabile, ma difendeva il contenuto delle regole sancite nel diritto interno, spiegando che «the established rules must not eclipse social, cultural and religious realities» e che le norme in questione «should not be seen as a lowering of the marriage age or a discrimination against girls, but should rather be regarded as a provision that is more in line with the realities in Mali», tanto più che «all’età di quindici anni ci sono le condizioni biologiche e psicologiche per il matrimonio, e questo, in tutta obiettività, senza prendere posizione rispetto all’orientamento espresso da certi ambienti islamici»<sup>92</sup>. Rilevato che in Mali oltre il 22% delle spose sono in-

---

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> Ibid.

<sup>91</sup> African Court on Human and Peoples’ Rights, *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes e l’Institute for Human Rights and Development v. Republic of Mali*, 046/2016, 11 maggio 2018. A. BUDOO, *Introductory Note to Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes (APDF) and the Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v. Republic of Mali (11 May 2018)*, in *International Legal Materials*, 2018, 1097.

<sup>92</sup> African Court on Human and Peoples’ Rights, *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes e l’Institute for Human Rights and Devel-*

fra-diciottenni, il 13% infra-quindicenni e il 3% infra-dodicenni, la Corte ha rigettato l'argomentazione difensiva dello Stato<sup>93</sup>.

Le decisioni sono significative per l'esame del legame esistente tra matrimoni infantili e forzati, consuetudini locali e diritto nazionale, e ai fini della valorizzazione della funzione del diritto internazionale, quale fondamento di una concezione universalista culturalmente orientata dei diritti umani. Esse evidenziano la responsabilità degli Stati convenuti per l'inadeguatezza delle azioni intraprese nella lotta contro tali pratiche, sottolineando il valore degli impegni internazionali, anche con riferimento all'obbligo di modernizzare gli ordinamenti nazionali e superare le pratiche e i precetti tradizionali incompatibili con i diritti umani protetti.

Anche la Corte europea dei diritti umani si è confrontata con le pratiche in oggetto, in tre tipologie di casi. In primo luogo, la Corte ha preso in considerazione la rilevanza del rischio che le ricorrenti possano essere costrette a contrarre un matrimonio forzato, come elemento fondante le richieste di riconoscimento dello *status* di rifugiate. Nel caso *R.H. c. Svezia*<sup>94</sup> una cittadina somala lamentava che il rigetto della richiesta di asilo da parte della Svezia l'avrebbe costretta a fare ritorno in Somalia, esponendola al rischio di essere sottoposta a trattamenti inumani e degradanti. La violazione degli obblighi convenzionali di cui all'art. 3 della Convenzione europea si sarebbe configurata non solo per la situazione esistente in Somalia, ma anche a causa delle condizioni personali che l'avevano indotta a lasciare il Paese, ossia il fatto di essere stata forzata, anche con la violenza fisica, a sposare un uomo scelto dai parenti. La Corte riconosceva che, qualora le circostanze descritte fossero state adeguatamente dimostrate, la Svezia avrebbe dovuto essere considerata responsabile per la violazione dell'art. 3 della Convenzione; nel caso di specie, tuttavia, essa concludeva che le prove addotte non erano sufficienti a ritenere l'ipotesi fondata<sup>95</sup>.

---

opment v. Republic of Mali, cit. par. 66-67. La traduzione è nostra.

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> European Court of Human Rights, *R.H. v. Sweden*, 4601/14, 10 settembre 2015. Sul tema si rinvia a B. CALI, L. BIANKU, I. MOTOC, *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

<sup>95</sup> Secondo la Corte di Cassazione italiana, i matrimoni forzati costituiscono una violazione della dignità e trattamenti degradanti, che comportano un danno grave,

In secondo luogo, la Corte si è espressa in materia di matrimonio infantile e precoce nei casi di contestazione della conformità alla Convenzione della condotta di Stati che rifiutavano di riconoscere effetti civili a matrimoni celebrati in violazione delle loro norme nazionali sull'età minima. Emblematico il caso *H. and R.H. c. Svizzera*<sup>96</sup>, che coinvolgeva, in qualità di ricorrenti, una coppia di cittadini afgani che avevano contratto matrimonio in Iran quando la sposa aveva solo quattordici anni, matrimonio invalido ai sensi del diritto applicabile – quello afgano – e contra-

---

rilevante ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria ex art. 14 del D.Lgs. 251/2007, nel contesto della quale il riconoscimento della protezione si giustifica in presenza di «coercizione esercitata mediante minaccia su una persona (donna o uomo) finalizzata a contrarre un matrimonio forzato in base a norme consuetudinarie del Paese d'origine, proveniente anche da soggetti diversi dallo Stato, qualora le autorità pubbliche o le organizzazioni che controllano lo Stato, o una sua parte consistente, non possano o non vogliano fornire protezione adeguata» (così Corte di Cassazione, Sez. I civ., n. 6573 del 9 marzo 2020, che richiama Corte di Cassazione, n. 25463 del 12 dicembre 2016 e Corte di Cassazione, n. 25873 del 18 novembre 2013). Altre sentenze considerano il matrimonio forzato un atto persecutorio ai danni della donna, in ragione dell'appartenenza di genere, e ritengono che comporti conseguenze gravi, anche in termini di esclusione dalla famiglia, un'oggettiva discriminazione e l'impossibilità di condurre una vita autonoma (così Tribunale di Milano, Sez. specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, decreto del 28 gennaio 2019; Corte di Cassazione, Sez. I civ., n. 28152 del 24 novembre 2017). Si noti, infine, che le limitazioni al godimento dei diritti umani ai danni di una donna – in ragione, ad esempio nel caso oggetto della sentenza del 2017, del rifiuto di sposare, una volta divenuta vedova, il fratello del marito – «costituiscono atti di persecuzione basati sul genere, ex art. 7 d. lgs. 251/2007, rientranti nel concetto di violenza domestica di cui all'art. 3 della Convenzione di Istanbul dell'11.5.2011 [...] e, pertanto, giustificano il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi del citato decreto, poiché integrano i presupposti della persecuzione ex art. 7 del d.lgs. n. 251 del 2007 anche se posti in essere da autorità non statali, se, come nella specie, le autorità statali non le contrastano o non forniscono protezione, in quanto frutto di regole consuetudinarie locali» (così Tribunale di Genova, Sez. XI civ., decreto n. 2116 del 13 luglio 2020/2020, che richiama Corte di Cassazione, Sez. I civ., n. 28152 del 24 novembre 2017). Si veda A. BONFANTI, *Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato*, in *GenIus*, 2020, 9.

<sup>96</sup> European Court of Human Rights, *Z.H. and R.H. v. Switzerland*, 8 marzo 2016, 60119/12.

rio all'ordine pubblico svizzero. Nella sentenza la Corte ricorda, da un lato, che, in ragione della delicatezza delle scelte etiche sottese, l'art. 12 della Convenzione rimette l'identificazione delle regole applicabili al matrimonio alle determinazioni degli ordinamenti degli Stati contraenti e che l'art. 8 non può essere interpretato nel senso di proteggere la vita privata e familiare al punto di imporre agli Stati parte l'obbligo di riconoscere matrimoni contratti da coniugi minorenni; dall'altro, essa specifica tuttavia che, in conformità con la propria consolidata giurisprudenza, la tutela del diritto alla vita familiare deve essere garantita anche in situazioni *de facto*. Ciò implica che il carattere 'familiare' di una relazione sia valutato, oltre che sulla base dell'esistenza di un matrimonio, alla luce degli altri fattori ricorrenti nel caso concreto, tra cui la lunghezza della relazione e la circostanza che la coppia conviva e abbia generato figli. Come spiegato nell'Opinione separata del Giudice Nicolaou<sup>97</sup>, né la celebrazione del matrimonio è condizione necessaria per fondare il diritto alla vita familiare, né la contrarietà del vincolo al diritto nazionale e all'ordine pubblico inficia la relazione familiare al punto da privarla automaticamente della tutela convenzionale. La nozione di 'vita familiare' è ampia, non può essere predefinita e deve essere interpretata in modo autonomo, essendo «the existence or non-existence of "family life" [...] essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties»<sup>98</sup>. Sulla base di questo accertamento il Giudice Nicolaou concludeva che nel caso di specie la relazione tra i ricorrenti integrava la nozione di 'vita familiare' *ex art. 8* della Convenzione, nonostante la sposa fosse minorenne al tempo della celebrazione e il matrimonio contrario al diritto afgano e svizzero<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Ibid., Concurring Opinion of Judge Nicolaou, 15-16.

<sup>98</sup> Ibid., 15-16. Nella stessa linea di ragionamento, si vedano le sentenze: European Court of Human Rights, *Negreponitis-Giannisis v. Greece*, 56759/08, 3 maggio 2011, par. 55; *Moustaquim v. Belgium*, 12313/86, 18 febbraio 1991, par. 36; *Mustafa and Armağan Akin v. Turkey*, 4694/03, 6 aprile 2010, par. 19; *Angela and Rodney Price v. the United Kingdom*, 12402/86, 14 luglio 1998; *Vallianatos et al. v. Greece*, 29381/09 e 32684/09, GC, 16 dicembre 2013, par. 74.

<sup>99</sup> Ibid., 16. Sul tema in generale si rinvia a: F. PESCE, I. QUEIROLO, *La tutela dei diritti fondamentali: la famiglia tra CEDU e Carta dell'UE*, in L. CARPANETO, F. PESCE, I. QUEIROLO, *La «famiglia in movimento» nello spazio europeo di libertà e giustizia*, Giap-

Infine, in altri casi la Corte europea ha indagato la natura tradizionale di alcuni matrimoni e la loro qualificazione giuridica, pervenendo a conclusioni contrastanti. Al pari del Comitato per i diritti umani, per il quale la nozione di ‘famiglia’ dovrebbe ricevere «a broad interpretation so as to include all those comprising the family as understood in the society in question»<sup>100</sup>, anche la Corte si è dimostrata incline a ravvisare la violazione della Convenzione europea da parte degli Stati che non attribuiscono rilievo alla celebrazione di matrimoni tradizionali, non riconosciuti dalla legge nazionale, ai fini dell’attribuzione di diritti e benefici previsti dall’ordinamento nazionale, con conseguenti discriminazioni nei confronti degli aventi diritto. Ad esempio, nella già citata sentenza *Munoz Diaz c. Spagna*<sup>101</sup>, la Corte ha attribuito rilevanza all’avvenuta celebrazione di un matrimonio tradizionale rom non riconosciuto nell’ordinamento spagnolo, ai fini della determinazione della titolarità alla pensione di reversibilità, il cui diniego da parte della Spagna era lamentato in giudizio dalla ricorrente. Secondo la Corte occorre prendere in considerazione il fatto che la ricorrente appartiene a una comunità all’interno della quale i matrimoni sono celebrati secondo riti tradizionali e che tali matrimoni non sono mai stata contestati né considerati contrari all’ordine pubblico dalle autorità nazionali<sup>102</sup>. La Corte conclude che «the force of the collective beliefs of a community that is well-defined culturally cannot be ignored»<sup>103</sup>. L’orientamento, favorevole a valorizzare le tradizioni in materia familiare e matrimoniale e le relative strutture sociali, è condiviso dalla Corte interamericana nella sentenza *Aloeboetoe et al. c. Suriname*, che prende in considerazione le regole consuetudinarie seguite in questi ambiti dalla comunità Saramaka, al fine di determinare l’importo

---

pichelli, Torino, 2019, 85; E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, Cambridge, 2020.

<sup>100</sup> Human Rights Committee, Hopu *et al.* v. France, 549/1993, CCPR/C/51/D/549/1993, 30 ottobre 1995, par. 10.3.

<sup>101</sup> European Court of Human Rights, Case of Muñoz Díaz v. Spain, cit. Sul caso, E.J. RUIZ VIEYTEZ, *Minority Marriage and Discrimination: Redrafting Muñoz Díaz v. Spain*, cit., 401 ss.

<sup>102</sup> European Court of Human Rights, Case of Muñoz Díaz v. Spain, cit., par. 59.

<sup>103</sup> *Ibid.*

della riparazione dovuta dal Suriname per la violazione della Convenzione<sup>104</sup>. Secondo la Corte è dimostrato, infatti, che il diritto familiare del Suriname non è applicato e conosciuto dalla comunità, la quale, per risolvere i propri conflitti, si rivolge alle proprie autorità e applica il diritto indigeno. In conformità con quanto argomentato dalla Commissione, l'identificazione degli individui che hanno diritto a essere risarciti non può, pertanto, prescindere dalle strutture sociali indigene, di carattere matriarcale<sup>105</sup>. Le due Corti regionali assumono, dunque, un atteggiamento favorevole a estendere l'attribuzione dei benefici sulla base di una nozione evolutiva di 'famiglia' che tiene conto delle peculiarità culturali. Più controverso ci sembra invece il ragionamento svolto dalla Corte europea nel caso *M. and Others c. Italia e Bulgaria*<sup>106</sup>, in cui era chiamata a pronunciarsi sul ricorrere di un matrimonio forzato, che riteneva – con un ragionamento sotto alcuni aspetti criticabile – di qualificare come tradizionale, e dunque non confliggente, dal punto di vista sostanziale, con l'art. 3 della Convenzione. La ricorrente, cittadina bulgara di origine rom, lamentava di essere stata costretta dal padre a sposare un cittadino serbo contro il pagamento di una somma di denaro da parte dello sposo e, poi, maltrattata e costretta a lavorare per il marito. Le autorità italiane avevano ritenuto di non avviare un procedimento penale, dopo aver ravvisato le circostanze di un matrimonio tradizionale rom. Secondo la Corte, la mancata esecuzione, da parte delle autorità italiane, di un'indagine sulle accuse di maltrattamenti – qualificabili, in presenza di adeguate prove, come trattamenti inumani e degradanti – determinava la responsabilità dello Stato per la violazione dell'aspetto procedurale dell'art. 3 della Convenzione europea. Pur essendo stato dimostrato l'avvenuto pagamento di denaro, nel caso di specie la Corte escludeva, invece, che si configu-

---

<sup>104</sup> Inter-American Court of Human Rights, Case of Aloeboetoe *et al.* v. Suriname, Reparations and Costs, 10 settembre 1993. D.J. PADILLA, *Reparations in Aloeboetoe v. Suriname*, in *Human Rights Quarterly*, 1995, 541.

<sup>105</sup> Inter-American Court of Human Rights, Case of Aloeboetoe *et al.* v. Suriname, cit., par. 17.

<sup>106</sup> European Court of Human Rights, *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, cit. M.E. BOICU, *Advancing Equality Also for the Roma? The M. and Others v. Italy and Bulgaria Ruling of the European Court of Human Rights*, cit., 177.

rasse la violazione sostanziale della disposizione. La Corte riteneva, infatti, che «marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another. According to the Court, this payment can reasonably be accepted as representing a gift from one family to another, a tradition common to many different cultures in today's society»<sup>107</sup>, e sulla base di questa argomentazione rigettava la doglianza, da parte della vittima, di non essere stata adeguatamente protetta dall'Italia dall'essere sottoposta a un trattamento inumano e degradante.

#### 4. *Pratiche tradizionali discriminatorie in ambito familiare.*

Come anticipato, numerose pratiche dannose di carattere tradizionale consistono in trattamenti discriminatori in ambito familiare, nei confronti delle figlie e delle mogli. In questo ambito, infatti, le donne subiscono i retaggi di culture patriarcali e di diritti consuetudinari e religiosi, che si traducono in pratiche spesso dannose nei loro confronti e incompatibili con il divieto di discriminazione.

Il principio di non discriminazione è previsto da tutti i principali strumenti internazionali sulla tutela dei diritti umani. Tra gli obiettivi della Carta delle Nazioni Unite vi è quello di promuovere e incoraggiare il rispetto dei diritti umani «for all without distinction as to race, sex, language or religion»<sup>108</sup>. La Dichiarazione universale dei diritti umani prevede che «[e]veryone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status»<sup>109</sup>. Il Patto CPR stabilisce al proprio art. 2 che gli Stati contraenti hanno l'obbligo di rispettare e garantire a tutti gli individui che si trovano sul loro territorio o entro la loro giurisdizione i diritti convenzionalmente riconosciuti «without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other

---

<sup>107</sup> European Court of Human Rights, *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, cit., par. 161.

<sup>108</sup> United Nations Charter, San Francisco, 1945, art. 1(3).

<sup>109</sup> Universal Declaration of Human Rights, cit., art. 2.

opinion, national or social origin, property, birth or other status», con una disposizione analoga a quella contenuta all'art. 2.2 del Patto ESCR. Anche l'art. 2 della CRC statuisce l'obbligo delle Parti contraenti di rispettare e assicurare a tutti i bambini i diritti previsti, senza discriminazioni «of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status». Il principio costituisce inoltre l'oggetto di specifici strumenti convenzionali, quali la Convenzione delle Nazioni Unite del 1965 sulla discriminazione razziale<sup>110</sup> e, per quanto riguarda le discriminazioni nei confronti delle donne, la già più volte citata CEDAW. Quest'ultima, intendendo per 'discriminazione' qualsiasi distinzione, esclusione o restrizione operata in base al sesso, in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo<sup>111</sup>, richiede agli Stati parte di adottare tutte le misure appropriate, anche legislative, per assicurare il pieno sviluppo e la promozione delle donne, al fine di garantire loro l'esercizio e il godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali, su una base di uguaglianza con gli uomini<sup>112</sup>. Il principio è poi specificato in differenti aree applicative: quella dei diritti civili (attraverso la garanzia del diritto di voto, di ricoprire cariche pubbliche ed esercitare funzioni istituzionali)<sup>113</sup> e della tutela della personalità giuridica (per cui gli Stati devono garantire alle donne l'uguaglianza rispetto agli uomini davanti alla legge e la medesima capacità giuridica)<sup>114</sup>; quella dei diritti riproduttivi (per cui la Convenzione afferma il diritto delle donne alla scelta riproduttiva e auspica una corretta comprensione della funzione sociale della maternità e la piena condivisione da parte di entrambi i sessi delle responsabilità relative all'educazione dei figli)<sup>115</sup>; quella relativa al godi-

---

<sup>110</sup> International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 dicembre 1965.

<sup>111</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, cit., art. 1.

<sup>112</sup> Ibid., art. 2.

<sup>113</sup> Ibid., art. 7 e 8.

<sup>114</sup> Ibid., art. 15.

<sup>115</sup> Ibid., art. 5. Sul tema più ampio: F. IPPOLITO, F. SEATZU, *Interpreting Target 5.9*

mento dei diritti economici e sociali (tra cui il diritto all'istruzione, alla salute, al lavoro)<sup>116</sup>; e, infine, con riguardo all'impatto dei fattori culturali sulle relazioni di genere, in particolare sui rapporti familiari e matrimoniali<sup>117</sup>.

La ratifica quasi-universale degli strumenti internazionali sopra-mentzionati conduce a interrogarsi sullo *status* giuridico del divieto di discriminazione nel diritto internazionale. In merito occorre osservare che, nonostante il divieto non sia incluso nella lista delle norme di natura consuetudinaria contenuta nel *General Comment* n. 24 – della cui esaustività è lecito, in ogni caso, dubitare – il Comitato per i diritti umani ha chiarito che una riserva all'art. 2(1) del Patto CPR sarebbe contraria al suo oggetto e al suo scopo. La Corte interamericana dei diritti umani ha descritto i principi di uguaglianza e non discriminazione come norme imperative del diritto internazionale «because the whole legal structure of national and international public order rests on it and it is a fundamental principle that permeates all laws» e ha spiegato che nessun trattamento incompatibile è accettabile<sup>118</sup>. La Corte internazionale di giustizia nella sentenza *Barcelona Traction* ha ascrivito i principi «concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination»<sup>119</sup> alla categoria degli obblighi *erga omnes*<sup>120</sup>. Infine, la posizione assunta dalla Commissione del diritto internazionale nella redazione delle *Draft Conclusions* sulle norme imperative del diritto internazionale è purtroppo regressiva: la Commissione non include, infatti, un divieto generale di discriminazione tra i princi-

---

'Access to Reproductive Health and Rights' In the Light of the United Nations Convention on the Rights of the Child ("CRC"), in P. DURÁN Y LALAGUNA, S. MORÁN BLANCO, C.M. DÍAZ BARRADO (eds.), *Sustainable Development Goals Goal 5: Gender Equality*, Thomson Reuters, Navarra, 2018, 215.

<sup>116</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, cit., art. 10-14.

<sup>117</sup> Ibid., art. 16.

<sup>118</sup> Inter-American Court of Human Rights, Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, 17 settembre 2003, par. 101.

<sup>119</sup> International Court of Justice, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, cit., par. 34.

<sup>120</sup> Ibid., par. 33.

pi considerati cogenti, ma lo limita alla discriminazione razziale, quando connessa al fenomeno dell'*apartheid*<sup>121</sup>. La decisione è controversa: da un lato, si è osservato, «there was some support for the peremptory status of the principle of non-discrimination, but there seemed to be no universal recognition regarding the prohibition of discrimination in general, *including gender discrimination*»<sup>122</sup>, dall'altro, vi è chi ritiene che l'esclusione sia molto preoccupante<sup>123</sup>. In particolare, dunque, la natura consuetudinaria del principio di non discriminazione su base sessuale è dubbia: per parte della dottrina è ragionevole dedurre dal fatto che la gran parte, ad esempio, degli Stati islamici ritiene che le riserve apposte alle regole che lo sanciscono siano legittime, che essi non percepiscano il divieto di discriminazione su base sessuale come obbligatorio ed, essendo il numero di questo Stati consistente, ciò non possa che incidere sulla possibile formazione di un principio di diritto consuetudinario<sup>124</sup>. Dall'altro, come già osservato, le riserve in questione devono essere considerate invalide e come non apposte, con le conseguenze già esaminate nel capitolo precedente, alla cui analisi si rinvia.

Nel contesto del presente studio è utile esaminare alcune pratiche discriminatorie che affondano le proprie radici in precetti tradizionali o religiosi o che hanno carattere consuetudinario, per comprenderne gli effetti sul piano giuridico. In merito occorre ricordare che l'art. 16 della CEDAW stabilisce l'obbligo degli Stati di adottare le misure appropriate a eliminare la discriminazione nei confronti delle donne nelle questioni re-

---

<sup>121</sup> International Law Commission, Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), cit. Si veda anche Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, A/CN.4/727, par. 101. D. TLADI, *The International Law Commission's Draft Conclusions on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Making Wine from Water or More Water than Wine*, cit., 244.

<sup>122</sup> International Law Commission, Seventy-first Session (first part), Provisional Summary Record of the 3460th meeting, Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), A/CN.4/SR.3460, 3 giugno 2019, 16. Corsivo aggiunto.

<sup>123</sup> International Law Commission, Seventy-First Session (First Part), Provisional Summary Record of the 3461st Meeting, Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), A/CN.4/SR.3461, 11 giugno 2019, 10.

<sup>124</sup> F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 95-96.

lative al matrimonio e alle relazioni familiari e garantire su base paritaria gli stessi diritti e le stesse responsabilità durante il matrimonio e relativamente al suo scioglimento.

A quest'ultimo riguardo, il tema della 'prigionia coniugale' ha ricevuto una certa attenzione da parte degli organismi internazionali. Uno studio condotto nel 2014 stimava che nei Paesi Bassi si erano verificati negli anni 2011-2012 tra 447 e 1687 casi, numero che sarebbe equivalso a un ammontare compreso tra 18.000 e 68.000 casi di prigionia coniugale su tutto il territorio del Consiglio d'Europa<sup>125</sup>. Nella regione africana il fenomeno è preso specificamente in considerazione dal Protocollo alla Carta africana sui diritti delle donne, unico strumento internazionale che dedica una disposizione – l'art. VII – a separazione, divorzio e annullamento del matrimonio e stabilisce che gli Stati parti emanino una legislazione appropriata che garantisca che le donne e gli uomini godano degli stessi diritti di chiedere la separazione, il divorzio o l'annullamento del vincolo, fruiscano in modo paritario della ripartizione dei beni comuni ed esercitino i medesimi diritti e le medesime responsabilità nei confronti dei figli<sup>126</sup>.

Alcune pratiche dettate da precetti di carattere tradizionale e religioso in materia di scioglimento del matrimonio sono contrarie a queste disposizioni, in quanto discriminatorie. Tra queste, la pratica ebraica del *get*, ossia la lettera di ripudio che, secondo la religione ebraica, lo sposo deve consegnare alla sposa da cui intenda divorziare, per consentire a entrambi, se lo desiderano, in un secondo momento di risposarsi. Le conseguenze di un'eventuale mancata consegna sono gravi per le donne, che sono considerate adultere se hanno rapporti sessuali con altri uomini e i cui fi-

---

<sup>125</sup> Council of Europe, Parliamentary Assembly, Finding Solutions for Marital Captivity. Committee on Equality and Non-Discrimination Rapporteur: Ms Margreet De Boer, 13 ottobre 2022, par. 5.

<sup>126</sup> Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, cit., art. VII. La futura eventuale entrata in vigore del Protocollo alla Carta africana dei diritti umani e dei popoli sui diritti delle persone anziane, adottato nel 2016 e ad oggi ratificato da solo 11 Stati, istituirebbe nuovi standard giuridicamente vincolanti anche per i diritti delle persone anziane, richiedendo che le Parti Contraenti adottino le misure legislative e di altro tipo per garantirne i diritti di proprietà e di successione. Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Older Persons, adottato il 31 gennaio 2016, art. 8 e 9.

gli sono considerati ‘*mamzerim*’, ossia bambini nati da relazioni proibite<sup>127</sup>. Numerosi Stati hanno affrontato, con specifici provvedimenti normativi, la condizione delle ‘*agunah*’, o ‘*chained wives*’. Ad esempio, lo Stato di New York con la *Section 253* della *Domestic Relations Law* già nel 1986 aveva stabilito che è vietato l’annullamento del matrimonio o il divorzio, senza che il coniuge che lo richiede abbia preso tutte le misure necessarie, per quanto a sua conoscenza, per rimuovere le barriere che impediscono il ripristino dello stato di nubile o celibe dell’altro coniuge<sup>128</sup>, mentre i Paesi Bassi hanno recentemente introdotto una legge di modifica del Codice di procedura civile e del Codice civile finalizzata al contrasto alla detenzione coniugale, che consente ai giudici di ordinare di rispettare i rilevanti precetti religiosi, inclusi, dunque, quelli del diritto ebraico in materia di *get*<sup>129</sup>. Le corti olandesi hanno, peraltro, in più occasioni condannato mariti inadempienti, sulla base dell’orientamento sviluppato a partire dalla decisione del 1982, con cui la Corte Suprema aveva per prima condannato la condotta del marito che si rifiutava di consegnare il *get*<sup>130</sup>. Analogamente, in Israele le corti rabbiniche – che nello Stato hanno competenza in materia di matrimonio e divorzio e decidono sulla base del diritto religioso<sup>131</sup> – hanno ordinato al marito la consegna della lettera, almeno in casi eccezionali<sup>132</sup>, o prescritto alla famiglia di esercitare

---

<sup>127</sup> S.L. STONE, *Jewish Law. Dynamics of Belonging and Status*, in R. BOTTONI, S. FERRARI (ed.), *Routledge handbook of Religious Laws*, Routledge, New York, 2019, 165.

<sup>128</sup> 2021 New York Domestic Relations, art. 13-253 (Removal of Barriers to Remarriage). M. KARIYEVA, *Chained Against Her Will: What A Get Means for Women Under Jewish Law*, in *Touro Law Review*, 2018, 3.

<sup>129</sup> Wet Huwelijks Gevangenschap Kamerstuk, 27 novembre 2019.

<sup>130</sup> Supreme Court, *Nederlandse Jurisprudentie*, 22 gennaio 1982, 489. In merito L. SAPORITO, *La fatale attrazione tra diritto sacro e diritto secolare nel modello israeliano: la giurisdizione dei tribunali rabbinici in materia di matrimonio e divorzio*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2018, 8; S. RUTTEN, *Applying Shari’a to Family Law Issues in the Netherlands*, in M.S. BERGER (ed.), *Applying Shari’a in the West: Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in The West*, Leiden University Press, Leiden, 2013, 97.

<sup>131</sup> S. BALDIN, *La rilevanza del diritto ebraico nello Stato di Israele*, in S. BALDIN (a cura di), *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2005, 91 ss.

<sup>132</sup> Rabbinical Court (Safed), *Plonit v. Ploni*, 861974/2, 20 maggio 2014.

pressione affinché questi vi provveda<sup>133</sup>. Le risposte paiono comunque non sufficienti, e la soluzione è oggi in larga misura affidata alla conclusione di accordi pre-nuziali<sup>134</sup>.

In un caso portato all'attenzione della Commissione europea dei diritti umani, il marito ricorreva lamentando la violazione della sua libertà di religione da parte della Francia, poiché un tribunale gli aveva ordinato di risarcire la ex-moglie per i danni che le erano derivati dal ritardo della consegna del *get*, circostanza che, invece, secondo il ricorrente avrebbe dovuto essere considerata espressione della sua libertà protetta all'art. 9 della Convenzione<sup>135</sup>. Non era pertanto contestata la natura discriminatoria del *get* e la sua portata lesiva dei diritti della donna, bensì la sua qualifica come espressione della libertà religiosa. La Commissione considerava inammissibile il ricorso, dopo avere verificato che il ricorrente avrebbe dovuto consegnare la lettera ai sensi dello stesso diritto ebraico e che, per questa sua mancanza, era già stato invitato a comparire anche davanti alle autorità religiose di Parigi. La decisione, pertanto, consente di escludere che il rifiuto di consegnare la lettera di ripudio, che perfeziona il divorzio religioso, sia ascritto all'esercizio della libertà di religione e indirettamente affronta il tema della legittimità di una pratica di carattere religioso che incide in maniera sostanziale e discriminatoria sulla libertà delle donne di sciogliere il matrimonio ed esercitare il proprio diritto alla vita privata e familiare.

Anche il divorzio previsto dalla legge islamica presenta elementi di incompatibilità con il divieto di discriminazione nei confronti delle donne: il marito ha infatti il diritto unilaterale di divorziare (*'talaq'*), mentre il diritto può essere esercitato dalla moglie, solo se previsto dal *'nikah'* (contratto di matrimonio). In caso contrario, la moglie può richiedere il divorzio solo con il consenso del marito, rinunciando alla dote (*'mahr'*). Nel caso in cui il marito abbia abbandonato la moglie o si sia comportato

---

<sup>133</sup> Rabbinical Court (Tel-Aviv), Plonit v. Ploni, Almoni and Almoni, 927170/1, 14 marzo 2016. I casi sono citati in E. WESTREICH, A WESTREICH, *Jewish Law. Marriage*, in R. BOTTONI, S. FERRARI, *Routledge Handbook of Religious Laws*, cit., 233-234.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> European Commission of Human Rights, D. v. France, 10180/82, 6 dicembre 1983.

in modo irragionevole, il matrimonio può essere sciolto (*'faskh'*), ma solamente sulla base di una sentenza emessa secondo il diritto islamico dalle autorità religiose. Sia pur in un contesto e per ragioni diverse, l'incompatibilità della disciplina con il principio di non discriminazione è stata sottolineata dalla Corte europea dei diritti umani nella sentenza *Refah Partisi c. Turchia*, in cui la Corte ha affermato «Turkey, like any other Contracting Party, may legitimately prevent the application within its jurisdiction of private-law rules of religious inspiration prejudicial to public order and the values of democracy for Convention purposes (such as rules permitting discrimination based on the gender of the parties concerned, as in polygamy and privileges for the male sex *in matters of divorce and succession*)» e, dunque, ha ammesso la legittimità di eventuali restrizioni all'applicazione di precetti di carattere islamico che stabiliscono, nella materia in esame o – come vedremo – in materia successoria, trattamenti discriminatori nei confronti delle donne<sup>136</sup>.

A quest'ultimo riguardo è infatti opportuno ricordare che anche la regolamentazione dei diritti di successione delle figlie e delle mogli, come stabilita in alcuni diritti religiosi o consuetudinari, presenta elementi estremamente controversi sotto il profilo della compatibilità con il principio di non discriminazione<sup>137</sup>. Il tema è stato oggetto di importanti decisioni da parte dei principali organismi internazionali in materia di diritti umani. Oltre alla già citata posizione assunta nella sentenza *Refah Par-*

---

<sup>136</sup> European Court of Human Rights, *Refah Partisi and Others v. Turkey*, 41340/98, 13 febbraio 2003, GC, par. 128. Corsivo aggiunto. Sul punto si veda anche Consiglio d'Europa, Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Compatibility of Sharia Law with the European Convention on Human Rights: Can States Parties to the Convention Be Signatories to the "Cairo Declaration"?*, 14787, 3 gennaio 2019, par. 6, 12 e 27.

<sup>137</sup> C. DOSS, M. TRUONG, G. NABANOVA, J. NAMAALWA, *Women, Marriage and Asset Inheritance in Uganda*, in *Development Policy Review*, 2012, 597; A. HAGER, H. HILBIG, *Do Inheritance Customs Affect Political and Social Inequality?*, in *American Journal of Political Science*, 2019, 758 ss.; E. COOPER, *Women and Inheritance in Sub-Saharan Africa: What Can Change?*, in *Development Policy Review*, 2012, 641 ss.; S. ROY, *Empowering Women? Inheritance Rights, Female Education and Dowry Payments in India*, in *Journal of Development Economic*, 2015; M. HARAR *Women's Inheritance Rights and Bargaining Power: Evidence from Kenya*, in *Economic Development and Cultural Change*, 2019.

*tisi v. Turkey*<sup>138</sup>, la Corte europea dei diritti umani ha adottato un orientamento di significativo rilievo nel caso *Molla Sali c. Grecia*<sup>139</sup>. Il caso concerne il ricorso presentato da Chatitze Molla Sali, una donna di religione islamica residente nella Tracia occidentale, contro la Grecia, per le sentenze con cui la Corte Suprema e la Corte d'appello avevano deciso che il testamento disposto in suo favore dal marito deceduto, di fede islamica, non era valido, in quanto contrario alla *Shari'a*, legge che ritenevano applicabile, sulla base dei trattati di Losanna e Sèvres, ratificati dalla Grecia più di un secolo prima, alle questioni in materia successoria che coinvolgevano i membri della minoranza islamica residente in Tracia, da sottoporsi, peraltro, alla competenza del *mufti*, ossia all'autorità religiosa. L'operatività di un sistema plurilegislativo con effetti discriminatori in Tracia era stata ampiamente criticata anche prima della sentenza in esame. Il Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, nelle osservazioni conclusive sulla Grecia, aveva espresso preoccupazione per la mancata applicazione alla minoranza islamica della legislazione greca in materia matrimoniale e successoria, temendo che ciò comportasse una discriminazione nei confronti delle donne, in violazione della Costituzione greca e dell'art. 16 della CEDAW<sup>140</sup>. Anche il Comitato per i diritti umani condivideva la posizione<sup>141</sup>, così come il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, che affermava di essere «favourably positioned towards the withdrawal of the judicial competence from muftis, given the serious, aforementioned issues of compatibility of this practice with international and European human rights standards»<sup>142</sup>. Anticipando la sen-

<sup>138</sup> European Court of Human Rights, *Refah Partisi and Others v. Turkey*, cit.

<sup>139</sup> European Court of Human Rights, *Case of Molla Sali v. Greece*, 20452/14, GC, 19 dicembre 2018. I. IAKOVIDIS, P. MCDONOUGH, *The Molla Sali Case: How the European Court of Human Rights Escaped a Legal Labyrinth While Holding the Thread of Human Rights*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2019, 427; C. PAMBOUKIS, *La charia, le droit successoral et les droits fondamentaux: CEDH, GDE CH., 19 décembre 2018, n° 20452/14, Molla Sali c. Grèce*, in *Revue critique de droit international privé*, 2019, 1002.

<sup>140</sup> European Court of Human Rights, *Case of Molla Sali v. Greece*, cit., par 70.

<sup>141</sup> Human Rights Committee, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant*, 25 April 2005.

<sup>142</sup> Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Compatibility of Sharia Law*

tenza della Corte di Strasburgo, nel gennaio 2018 il Parlamento greco aveva approvato la Legge 4511/2018, con cui rendeva facoltativa, per la minoranza islamica, l'applicazione della legge religiosa in materia civile e successoria<sup>143</sup>.

Nella sentenza in commento la Grande Camera della Corte europea esprime una posizione nettamente contraria all'applicazione di precetti, come quelli previsti in materia successoria dal diritto islamico, che presentino tratti ed effetti incompatibili con il principio di non discriminazione nel godimento del diritto di proprietà, prescritto dall'art. 14 della Convenzione europea, in combinato disposto con l'art. 1 del Protocollo Opzionale n. 1. In particolare, la Corte ritiene che la disparità di trattamento lamentata dalla ricorrente non sia giustificata, poiché non persegue l'obiettivo di interesse pubblico di tutelare la minoranza islamica residente nella Tracia occidentale mediante l'applicazione della legge religiosa. I trattati di Losanna e Sèvres, d'altra parte, non richiedono allo Stato di applicare automaticamente la *Shari'a*, né prevedono esplicitamente la competenza del *mufti* nella materia oggetto del contendere<sup>144</sup>. Rilevate le perplessità sulla compatibilità dei precetti islamici con il principio di non discriminazione e gli altri standard in materia di diritti umani, la Grande Camera conclude che lo Stato non deve assumere il ruolo di garante dell'identità minoritaria di uno specifico gruppo a discapito del diritto dei suoi stessi membri di scegliere di non farne parte o di non seguirne le pratiche e le regole<sup>145</sup>. La violazione del diritto dei membri di una minoranza di decidere liberamente se sottoporsi al diritto civile o religioso «costituisce non solo un trattamento discriminatorio, ma anche la violazione di un diritto di fondamentale importanza per la specifica tutela delle minoranze, ossia il diritto alla libera identificazione. L'aspetto negativo riconducibile a questo diritto, cioè la libertà di scegliere di non essere considerato membro di una minoranza, non è limitato allo stesso modo del suo aspetto positivo [...]». La scelta deve essere del tutto libera, purché

---

with the European Convention on Human Rights: can States Parties to the Convention be signatories to the "Cairo Declaration"?, cit., par. 76.

<sup>143</sup> Ibid., par. 44.

<sup>144</sup> European Court of Human Rights, Case of Molla Sali v. Greece, cit., par. 152.

<sup>145</sup> Ibid., par. 156.

informata. Essa deve essere rispettata sia dagli altri membri della minoranza sia dallo Stato»<sup>146</sup>, tanto che «no bilateral or multilateral treaty or other instrument requires anyone to submit against his or her wishes to a special regime in terms of protection of minorities»<sup>147</sup>. Tale approccio conduce la Corte, in buona sostanza, a ritenere che i precetti di carattere religioso che inducono trattamenti discriminatori in ambito successorio debbano essere considerati incompatibili con il diritto internazionale e debbano essere disapplicati, se così richiesto<sup>148</sup>.

Anche la Corte africana si è pronunciata sull'incompatibilità di leggi nazionali che prevedono regolamentazioni discriminatorie dei diritti successori delle donne e dei bambini nati al di fuori del matrimonio con l'art. XX del Protocollo alla Carta africana sui diritti delle donne – per cui donne e uomini hanno diritto di ereditare, in quote uguali, le proprietà dei loro genitori e le vedove hanno diritto ad un'equa porzione dell'eredità dei beni del marito, di continuare a vivere nella casa matrimoniale e di conservarne la proprietà, anche in caso di nuovo matrimonio, se l'immobile appartiene loro – e l'art. 3 della Carta africana sui diritti e il benessere dei bambini – che sancisce il divieto di discriminazione nei loro confronti. Con la già ricordata decisione nel caso *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes e l'Institute for Human Rights and Development c. Mali*<sup>149</sup>, la Corte africana ha dichiarato la responsabilità dello Stato convenuto per non avere riformato la legislazione interna secondo cui, sulla scorta dei precetti islamici e di carattere tradizionale, i bambini nati al di fuori del matrimonio non hanno diritti successori e le donne hanno diritto a ereditare solamente metà di quanto

---

<sup>146</sup> Ibid., par. 157. La traduzione è nostra.

<sup>147</sup> Ibid.

<sup>148</sup> Ibid., par. 158. Il problema dell'applicazione del diritto islamico e del riconoscimento di effetti civili agli istituti dallo stesso previsti si pone anche con riferimento all'operatività delle corti islamiche sul territorio di alcuni degli Stati membri del Consiglio d'Europa. In merito si veda A. MAROTTA, *Il diritto musulmano in Occidente: Corti islamiche nel confronto tra democrazia e Sharia*, in *Heliopolis. Culture Civiltà Politica*, 2013, 193 ss.

<sup>149</sup> African Court on Human and Peoples' Rights, *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes e l'Institute for Human Rights and Development v. Republic of Mali*, cit.

riconosciuto agli uomini<sup>150</sup>. La Corte ha, dunque, ritenuto il Mali responsabile per non avere garantito la protezione di donne e bambini dall'applicazione di regole e istituti discriminatori in materia successoria, lesivi dei diritti sanciti dai pertinenti strumenti di diritto internazionale in materia di diritti umani. Le conclusioni sono condivise dalla Corte di Giustizia ECOWAS, che il 22 giugno 2021 si è pronunciata a favore della ricorrente nella causa *Kadiatou SIBY c. Mali*<sup>151</sup>. La vedova maliana, dopo la morte del marito nel 2013, rifiutava di sposarne il fratello e per questo veniva privata del diritto di ereditare, cacciata di casa dai suoceri e picchiata duramente. Come già osservato, nel ricorso presentato presso la Corte di Giustizia ECOWAS, il Mali è stato ritenuto responsabile per avere violato il diritto alla dignità, alla vita familiare e all'equo processo della vittima ed è stato obbligato a risarcirne i danni.

##### 5. (Segue): e in materia di diritto all'istruzione.

Anche nell'ambito dell'istruzione, le bambine e le ragazze sono purtroppo frequentemente discriminate sulla base di pratiche che affondano le radici nella consuetudine e nelle credenze tradizionali. Il rapporto delle Nazioni Unite sull'implementazione dell'Obiettivo di Sviluppo Sostenibile n. 4 registra che il tasso medio di istruzione delle bambine e delle ragazze per i 67 Paesi con dati disponibili tra il 2016 e il 2018, è complessivamente del 24%, con un terzo di Paesi in cui i tassi di scolarizzazione sono inferiori al 5%, e un sesto con meno dell'1%. I Paesi con i tassi di partecipazione femminile più bassi sono quelli a basso reddito, prevalentemente situati nell'Africa subsahariana, nell'America centrale e nell'Asia meridionale e sudorientale; nel sesto superiore dei Paesi del mondo (Nord America ed Europa) i tassi superano invece il 50%. Solamente un sesto dei Paesi ha raggiunto la parità di genere in questo ambito, mentre in circa la metà dei Paesi esaminati le bambine e le ragazze sono svantaggiate, con proporzioni che variano da regione a regione. In linea generale, negli

---

<sup>150</sup> Ibid., par. 102-103.

<sup>151</sup> ECOWAS Community Court of Justice, *Kadiatou SIBY v Mali*, ECW/CCJ APP/42/19, 22 giugno 2021.

Stati con tassi di partecipazione complessivamente bassi, anche le disuguaglianze di genere sono più profonde<sup>152</sup>. Uno studio rileva che nell’Africa settentrionale e subsahariana e nell’Asia occidentale più di 15 milioni di ragazze non sono scolarizzate. In Nigeria, nel 2000 il 46% delle ragazze in età scolare primaria non frequentava la scuola, dato che per le bambine più povere è andato peggiorando nel tempo<sup>153</sup>. Anche la situazione delle bambine e delle ragazze afgane è tristemente nota: il Paese è l’unico al mondo in cui oggi, dopo il divieto imposto nel 2021, è loro vietato frequentare le scuole secondarie, superiori e le università. Le conseguenze sul godimento degli altri diritti fondamentali sono drammatiche; da quando è stato imposto il divieto di istruzione per le ragazze, anche i tassi di matrimoni precoci e lavoro minorile sono aumentati. Gli *Special Rapporteur* sulla situazione in Afghanistan e sul diritto all’istruzione delle Nazioni Unite raccomandano di riaprire immediatamente alle giovani donne tutte le scuole secondarie e i luoghi di istruzione superiore, intensificare gli sforzi per garantire che il sistema educativo fornisca un’istruzione di qualità secondo gli standard internazionali, che la sicurezza delle ragazze nei luoghi di studio sia protetta e che siano rimosse le restrizioni imposte alle lavoratrici del settore dell’istruzione<sup>154</sup>.

Il diritto all’istruzione, sancito dall’art. 13 del Patto ESCR, deve essere realizzato su base non discriminatoria. Il principio di non discriminazione deve essere applicato immediatamente e, come spiega il Comitato sui diritti economici, sociali e culturale nel *General Comment* n. 13, non è soggetto alla disponibilità di risorse economiche da parte degli Stati contraenti<sup>155</sup>. Esso deve essere, inoltre, interpretato tenendo conto delle in-

---

<sup>152</sup> The Sustainable Development Goals Extended Report 2022, 4. Quality Education, reperibile al sito: [https://unstats.un.org/sdgs/report/2022/extended-report/Extended-Report\\_Goal-4.pdf](https://unstats.un.org/sdgs/report/2022/extended-report/Extended-Report_Goal-4.pdf), 5.

<sup>153</sup> UNESCO, *Global Education Monitoring Report, Education for People and Planet: Creating Sustainable Future for All*, 2016, 15-16.

<sup>154</sup> Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Afghanistan, Special Rapporteur on the Right to Education, Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism, Working Group on Discrimination Against Women and Girls, Afghanistan, *Quality Education Must Be Equally Accessible to All*, 20 marzo 2023.

<sup>155</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 13:*

dicazioni della Convenzione dell'UNESCO del 1960 contro la discriminazione nell'istruzione, che per prima ha esplicitamente sancito l'obbligo delle Parti di formulare, sviluppare e applicare politiche nazionali che promuovano la parità di opportunità e trattamento in materia di istruzione<sup>156</sup> e, pur riconoscendo il diritto dei genitori di scegliere liberamente l'istruzione dei figli, ha stabilito che gli Stati devono eliminare le pratiche discriminatorie in materia di istruzione e garantire che gli standard siano equivalenti<sup>157</sup>. La CEDAW, a sua volta, all'art. 10 sancisce che gli Stati Parte devono adottare le misure appropriate per eliminare la discriminazione nei confronti delle donne, garantire gli stessi diritti degli uomini nel campo dell'istruzione, assicurare, su base paritaria, le stesse condizioni in materia di orientamento professionale e accesso ai curricula, alle borse di studio, agli esami e ai programmi di formazione, cercare di ridurre i tassi di abbandono scolastico delle studentesse, facilitarne l'accesso a informazioni relative a salute e pianificazione familiare ed eliminare gli stereotipi di genere a tutti i livelli e in tutte le forme di istruzione, anche attraverso la revisione dei libri di testo, dei programmi scolastici e dei metodi di insegnamento. La CRC spiega, invece, che gli Stati riconoscono il diritto all'istruzione dei fanciulli e, al fine di realizzarlo progressivamente e sulla base di pari opportunità, devono rendere l'istruzione primaria obbligatoria e disponibile gratuitamente per tutti e l'istruzione secondaria e superiore accessibile, adottare misure per incoraggiare la regolare frequenza scolastica e la riduzione dei tassi di abbandono e garantire che la disciplina scolastica sia amministrata in modo compatibile con la dignità

---

The Right to Education (Art. 13), cit., par. 31. Ai sensi del par. 43: «While the Covenant provides for progressive realization and acknowledges the constraints due to the limits of available resources, it also imposes on States parties various obligations which are of immediate effect. States parties have immediate obligations in relation to the right to education, such as the “guarantee” that the right “will be exercised without discrimination of any kind” (art. 2(2)) and the obligation “to take steps” (art. 2(1)) towards the full realization of article 13. Such steps must be “deliberate, concrete and targeted” towards the full realization of the right to education».

<sup>156</sup> UNESCO Convention against Discrimination in Education, 14 dicembre 1960, art. 3-4.

<sup>157</sup> Ibid., art. 5. In merito si veda L.E. CHAMBLEE, *Rhetoric or Rights: When Culture and Religion Bar Girls' Right to Education*, in *Virginia Journal of International Law*, 2004, 1073 ss.

dei fanciulli<sup>158</sup>. Oltre a dover tendere allo sviluppo della personalità del bambino e dei suoi talenti, l'istruzione deve valorizzare l'identità culturale, il linguaggio e i valori del Paese di residenza o di origine<sup>159</sup>.

Fatte queste premesse, desideriamo ricordare la decisione *Women Against Violence and Exploitation in Society (WAVES) & Child Welfare Society, Sierra Leone (CWS SL) v. Sierra Leone*, con cui la Corte di Giustizia ECOWAS ha sancito la responsabilità della Sierra Leone per la discriminazione in materia di diritto all'istruzione nei confronti delle ragazze, sulla base del divieto per le studentesse incinte di frequentare la scuola. La proibizione era stata proclamata dal Ministro dell'Istruzione della Sierra Leone – a fronte di una politica già diffusa – al fine di evitare che con la loro presenza le ragazze incinte influenzassero le altre studentesse e facilitassero, in questo modo, l'incremento dei tassi di gravidanza tra le adolescenti<sup>160</sup>. Secondo le associazioni ricorrenti la misura adottata dal Governo era incompatibile con il diritto all'istruzione delle studentesse e il divieto di discriminazione nei loro confronti, come sanciti dai principali strumenti internazionali (in particolare la CRC e Convenzione dell'UNESCO contro la discriminazione nell'istruzione) e regionali (Carte africane per i diritti umani e dei popoli e per i diritti e il benessere dei bambini)<sup>161</sup>. Nel 2020 anche la Tanzania è stata convenuta in giudizio – dinanzi alla Corte africana per i diritti umani e dei popoli – per ragioni analoghe. Dopo che la Tanzania ha ritirato il divieto contestato, la Commissione africana ha dichiarato di apprezzare «this change of position on a decision which had led to the discriminatory exclusion of the girl-child from exercising the right to education and the right to non-discrimination»<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> Convention on the Rights of the Child, cit., art. 28.

<sup>159</sup> Ibid., art. 29.

<sup>160</sup> ECOWAS Community Court of Justice, *Women Against Violence and Exploitation in Society (WAVES) & Child Welfare Society, Sierra Leone (CWS SL) (on Behalf of Pregnant Adolescent School Girls in Sierra Leone) v. Sierra Leone*, ECW/CCJ/JUD/37/19, 12 dicembre 2019.

<sup>161</sup> Così African Court on Human and Peoples' Rights, *Tike Mwambipile (1st Applicant) Equality Now (2nd Applicant) v. The United Republic of Tanzania*, 042/202, 19 novembre 2020.

<sup>162</sup> Statement on Letter of Appreciation to the United Republic of Tanzania, 25 novembre 2021.

6. *Le consuetudini in materia di abbigliamento di carattere religioso: pratiche tradizionali dannose?*

È controverso se le consuetudini in materia di abbigliamento di carattere religioso debbano essere equiparate a pratiche tradizionali dannose, potenzialmente lesive di diritti internazionalmente protetti, o se, al contrario, esse debbano essere tutelate in quanto manifestazione dell'identità culturale e della libertà di religione. Sul tema si sono espressi vari ordinamenti europei, molti dei quali hanno progressivamente introdotto normative che regolano o vietano l'utilizzo di abiti o oggetti religiosi nei luoghi pubblici. Le corti nazionali a più riprese hanno valutato la conformità di tali provvedimenti con i principi fondamentali in materia di tutela dei diritti umani. Da ultimo, le corti internazionali, come la Corte europea dei diritti umani, in numerose sentenze hanno manifestato il proprio orientamento su un argomento tanto delicato<sup>163</sup>. Le posizioni emerse e i metodi attraverso i quali i conflitti normativi sono stati prevenuti e risolti delineano tensioni tra diritti e interessi potenzialmente o realmente confliggenti, che necessitano di essere regolati o conciliati nei casi di specie.

La questione, in particolare, si pone con riferimento al velo islamico. In merito, non si può non notare che, a fronte di Stati che, in altre regioni del mondo, impongono alle donne, anche con metodi coercitivi duramente criticati dalla comunità internazionale, di indossarlo<sup>164</sup>, alcuni

---

<sup>163</sup>Tra i casi più significativi, quelli che concernono la legittimità dei divieti di indossare simboli religiosi nelle scuole pubbliche da parte dei docenti (così *European Court of Human Rights: Dahlab v. Switzerland*, 42393/98, 15 febbraio 2011; *Kurtulmuş v. Turkey*, 65500/01, 24 gennaio 2006) e degli studenti (*European Court of Human Rights: Leyla Şahin*, cit.; *Köse and Others v. Turkey*, 26625/02, 7 dicembre 2010; *Kervanci v. France*, no. 31645/04, 4 dicembre 2008; *Aktas v. France*, 43563/08, 30 giugno 2009; *Ranjit Singh v. France*, 27561/08, 30 giugno 2009); o dell'obbligo di rimuoverli nell'ambito dei controlli di sicurezza (*European Court of Human Rights: Phull v. France*, 35753/07, 11 gennaio 2005; *El Morsli v. France*, 15585/06, 4 marzo 2008) o di apparire a capo scoperto nelle fotografie dei documenti di identità (*European Court of Human Rights: Mann Singh v. France*, 24479/07, 13 novembre 2008). J. MARSHALL, *Conditions for Freedom? European Human Rights Law and the Islamic Headscarf Debate*, in *Human Rights Quarterly*, 2008, 631.

<sup>164</sup>Office of the High Commissioner for Human Rights, Iran: Crackdown on hijab law, 26 aprile 2024.

Paesi del Consiglio d'Europa ne proibiscono o limitano l'utilizzo, con provvedimenti che sono stati oggetto di un'interessante giurisprudenza della Corte europea. Ad esempio, nella sentenza nel caso *Dahlab c. Svizzera*, relativa al divieto imposto a una donna islamica residente in Svizzera e insegnante della scuola pubblica primaria di indossare l'*hijab* sul posto di lavoro, la Corte europea dei diritti umani ha qualificato il velo islamico come un «powerful external symbol»<sup>165</sup> e ha riconosciuto un ampio margine d'apprezzamento in capo agli Stati, così come l'eventuale legittimità di interferenze statali che perseguano l'obiettivo di garantire la neutralità delle scuole pubbliche e la tutela della libertà di religione degli alunni. Secondo la Corte, nelle circostanze del caso *Dahlab*, il velo avrebbe, infatti, potuto esercitare un forte impatto sui giovani alunni della ricorrente, nel dispregio dei principi di eguaglianza tra i sessi e non discriminazione<sup>166</sup>. Le conclusioni della Corte in merito sono nette: non si può escludere che il velo «might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which [...] is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils»<sup>167</sup>.

La legittimità dell'imposizione del divieto di indossare il velo islamico e della discrezione dello Stato nell'esercizio del proprio margine di apprezzamento sono stati successivamente ribaditi nella sentenza della Grande Camera nel caso *Leyla Şahin c. Turchia*<sup>168</sup>, in cui una studentessa della facoltà di medicina dell'Università di Istanbul, cui era stato negato di frequentare alcuni corsi sulla base di un decreto rettorale che vietava a chi indossava il velo di partecipare alle lezioni, aveva presentato ricorso

---

<sup>165</sup> European Court of Human Rights, *Dahlab v. Switzerland*, cit., 13.

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> *Ibid.* In dottrina è stato sottolineato che la decisione difetta di una dimostrazione adeguata dei lamentati rischi di proselitismo e di coercizione sulle donne. Così N. ALKIVIADOU, *Freedom of Religion: Lifting the Veils of Powers and Prejudice*, in *International Journal of Human Rights*, 2020, 513.

<sup>168</sup> European Court of Human Rights, *Leyla Şahin v. Turkey*, cit.

alla Corte per far valere la violazione, da parte dello Stato convenuto, della sua libertà di religione *ex* art. 9 della Convenzione. La Grande Camera ha ritenuto che la misura fosse giustificata in nome dell'uguaglianza di genere – «recognised by the European Court as one of the key principles underlying the Convention and a goal to be achieved by member States of the Council of Europe» –<sup>169</sup> e del rischio di proselitismo connesso all'utilizzo del velo. Uguaglianza di genere e secolarismo sono valori che, secondo la Corte, legittimano restrizioni della libertà di religione al fine di garantire la protezione dei diritti e delle libertà degli altri e dell'ordine pubblico, specialmente «in un Paese in cui la maggioranza della popolazione, pur professando un forte attaccamento ai diritti delle donne e a uno stile di vita laico, aderisce alla fede islamica»<sup>170</sup>.

L'opinione dissenziente del Giudice Tulkens enfatizza alcuni aspetti problematici, centrali nell'analisi del coordinamento tra diversità culturale e diritti umani. L'art. 9 non autorizza tutte le manifestazioni della libertà religiosa: nelle società democratiche in cui coesistono più religioni può essere necessario attuare restrizioni che concilino gli interessi dei vari gruppi e garantiscano il rispetto delle convinzioni di tutti, in nome di «pluralism, tolerance and broadmindedness [...] hallmarks of a democratic society»<sup>171</sup>. Anche se gli interessi individuali devono talvolta essere subordinati a quelli di un gruppo, democrazia non significa, tuttavia, che prevalgano semplicemente le opinioni della maggioranza: occorre raggiungere invece un equilibrio che garantisca un trattamento adeguato delle minoranze<sup>172</sup>. È necessario, pertanto, che le autorità statali non si limitino a rimuovere la causa delle tensioni – condotta che metterebbe a rischio proprio il pluralismo – ma, al contrario, facciano sì che i gruppi si tollerino reciprocamente<sup>173</sup>. Alcuni autori criticano, inoltre, l'assunto della Grande Camera, per cui non sarebbe stato ravvisabile nel Consiglio

---

<sup>169</sup> Ibid., par. 115.

<sup>170</sup> Ibid. La traduzione è nostra.

<sup>171</sup> European Court of Human Rights, *Young, James and Webster v. The United Kingdom*, 7601/76, 7806/77, 3 agosto 1988, par. 63.

<sup>172</sup> Ibid.

<sup>173</sup> European Court of Human Rights, *Leyla Şahin v. Turkey*, cit., Dissenting Opinion of Judge Tulkens, par. 1.

d'Europa un adeguato *consensus* in materia di utilizzo del velo, poiché all'epoca dei fatti solo pochi Stati avevano vietato la pratica<sup>174</sup>. Perseguendo in linea teorica l'obiettivo di garantire il pluralismo, la Corte attraverso la legittimazione del divieto di indossare il velo – pratica seguita da una minoranza – avrebbe conseguito l'effetto di consolidare la tutela dei valori condivisi a livello maggioritario, a discapito della protezione di quelli delle minoranze<sup>175</sup>. Con le parole di due studiosi, in simili frangenti, il rischio associato all'esercizio del margine di apprezzamento «is that, especially in the enlarged Council of Europe, it will become the source of a pernicious 'variable' geometry of human rights, eroding the *acquis* of existing jurisprudence and giving undue deference to local conditions, traditions, and practices»<sup>176</sup>, fenomeno suscettibile di compromettere le aspettative di con-

---

<sup>174</sup>In merito è utile ricordare che, dopo la legge francese del 2010 (*Loi 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*), anche il Belgio nel 2011, l'Austria nel 2016 e la Danimarca nel 2018 hanno vietato l'uso del velo negli spazi pubblici; in Francia è stato poi presentato un disegno di legge per estendere la proibizione dell'utilizzo dell'*hijab* alle minori di diciotto anni e nell'ambito delle competizioni sportive nazionali e per vietare di indossare il *burqini* sulle spiagge e nelle piscine pubbliche. Sul tema: N. FIORITA, *Libertà religiosa e società multiculturali: il caso del velo islamico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, giugno 2008; R. ALUFFI BECH-PECCOZ, *'Burqa' e Islam*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2012, 13 ss.; S. FERRARI, *Islam ed Europa. I simboli religiosi nei diritti del vecchio continente*, Carocci, Roma, 2006; L. MANCINI, *'Burqa' 'niqab' e diritti della donna*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2012, 27 ss.; M.L. QUATTROCCHI, *Il divieto di indossare il burqa ed il niqab in Italia e in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 3 ss.; D. TEGA, *Il Parlamento francese approva la legge 'anti-velo'*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 398 ss.

<sup>175</sup>N. ALKIVIADOU, *Freedom of Religion: Lifting the Veils of Powers and Prejudice*, cit., 515; E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, cit.; P. LAMBERT, *Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité*, cit.; J.A. BRAUCH, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit.; M. DELMAS-MARTY, M.L. IZORCHE, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, cit.; J.A. SWEENEY, *Margin of Appreciation: Cultural Relativity and the ECHR in the Post-Cold War Era*, cit.; D.L. DONOHO, *Autonomy, Self-Governance, and the Margin of Appreciation: Developing a Jurisprudence of Diversity Within Universal Human Rights*, in *Emory International Law Review*, 2001, 462.

<sup>176</sup>A. LESTER, *Universality versus Subsidiarity: A Reply*, in *European Human Rights Law Review*, 1998, 76.

solidamento degli standard uniformi, poiché il margine di apprezzamento, «with its principled recognition of moral relativism is at odds with the concept of the universality of human rights»<sup>177</sup>.

Il ragionamento della Corte è portato all'estremo nel caso *S.A.S. c. Francia*, anch'esso relativo alla legittimità del divieto di utilizzo del velo islamico in pubblico, prescritto dalla *Loi 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*<sup>178</sup>. Nella sentenza la Grande Camera elabora la nozione di *'vivre ensemble'* come obiettivo che fonda la legittimità delle restrizioni al diritto di manifestare la religione imposte alla ricorrente, una donna pachistana la cui tradizione sunnita prevede che il volto femminile sia coperto dal velo<sup>179</sup>. Secondo il governo francese, il volto svolge un ruolo significativo nell'interazione umana e, più di qualsiasi altra parte del corpo, esprime l'esistenza dell'individuo come persona. Nascondere nei luoghi pubblici rende impossibile l'instaurazione di legami sociali e nega alle donne il diritto di esistere come individui. Secondo lo Stato convenuto, il divieto tutela pertanto la parità di genere e protegge la dignità delle donne<sup>180</sup> – argomenti che, a parere di chi scrive, avrebbero dovuto essere considerati dirimenti dalla Corte, ma che, tuttavia, la sentenza non approfondisce, sulla base del rilievo per cui, nel caso di specie, la ricorrente indossa volontariamente il velo e tale pratica è espressione della sua identità culturale<sup>181</sup>. La Corte

---

<sup>177</sup> E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus and Universality*, cit., 844.

<sup>178</sup> *Loi 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, cit. Sul caso: N. ALKIVIADU, *Freedom of Religion: Lifting the Veils of Power and Prejudice*, cit; S.H. CLEVELAND, *Banning the Full-Face Veil: Freedom of Religion and Non-Discrimination in the Human Rights Committee and the European Court of Human Rights*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2021, 225; S. MECHOULAN, *The Case against the Face-Veil: A European Perspective*, in *I-CON*, 2018, 1267; R. MCCREA, *The Ban on the Veil and European Law*, in *Human Rights Law Review*, 2013, 57 ss.; K. NIEMINEM, *Eroding the Protection against Discrimination: The Procedural and De-Contextualized Approach to S.A.S. v. France*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, 2019, 68 ss.

<sup>179</sup> European Court of Human Rights, *S.A.S. v. France*, cit., par. 76.

<sup>180</sup> *Ibid.*, par. 77.

<sup>181</sup> *Ibid.*, par. 118-120: «the Court is not convinced by the Government's submission in so far as it concerns respect for equality between men and women. [...] It does not doubt that gender equality might rightly justify an interference with the exercise of certain rights and freedoms enshrined in the Convention [...]. It reiterates in this con-

giustifica invece il divieto inquadrando il «*vivre ensemble*» tra i «minimum set of values of an open and democratic society»<sup>182</sup> e riconducendolo all'obiettivo di proteggere i diritti e le libertà degli altri, convenzionalmente previsto tra quelli, esaustivamente elencati all'art. 9(2) della Convenzione, che possono legittimare restrizioni della libertà di religione<sup>183</sup>. La Corte ritiene che il divieto imposto dalla Francia soddisfi il test di

---

nection that advancement of gender equality is today a major goal in the member States of the Council of Europe [...]. Thus a State Party which, in the name of gender equality, prohibits anyone from forcing women to conceal their face pursues an aim which corresponds to the “protection of the rights and freedoms of others” within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 and 9 of the Convention [...]. The Court takes the view, however, that a State Party cannot invoke gender equality in order to ban a practice that is defended by women – such as the applicant – in the context of the exercise of the rights enshrined in those provisions, unless it were to be understood that individuals could be protected on that basis from the exercise of their own fundamental rights and freedoms. [...] Secondly, the Court takes the view that, however essential it may be, respect for human dignity cannot legitimately justify a blanket ban on the wearing of the full-face veil in public places. The Court is aware that the clothing in question is perceived as strange by many of those who observe it. It would point out, however, that it is the expression of a cultural identity which contributes to the pluralism that is inherent in democracy. It notes in this connection the variability of the notions of virtuousness and decency that are applied to the uncovering of the human body. Moreover, it does not have any evidence capable of leading it to consider that women who wear the full-face veil seek to express a form of contempt against those they encounter or otherwise to offend against the dignity of others».

<sup>182</sup> European Court of Human Rights, *S.A.S. v. France*, cit., par. 116. Si vedano anche le sentenze nei casi: European Court of Human Rights, *Belkacemi e Oussar c. Belgio*, 37798/13, 11 luglio 2017; European Court of Human Rights, *Dakir v. Belgio*, 4619/12, 11 luglio 2017. M. FERRI, *Belkacemi and Oussar v. Belgium and Dakir v. Belgium: the Court Again Addresses the Full-Face Veil, but It Does Not Move Away from Its Restrictive Approach*. In *Strasbourg Observers*, 2017: <https://strasbourgobservers.com/2017/07/25/belkacemiand-oussar-v-belgium-and-dakir-v-belgium-the-court-again-addresses-the-full-face-veil-but-it-does-not-move-away-from-its-restrictive-approach/>.

<sup>183</sup> La Corte, d'altronde, ritiene che il bando non possa essere giustificato da esigenze di pubblica sicurezza: «in view of its impact on the rights of women who wish to wear the full-face veil for religious reasons, a blanket ban on the wearing in public places of clothing designed to conceal the face can be regarded as proportionate only in a context where there is a general threat to public safety. The Government have not shown that the ban introduced by the Law of 11 October 2010 falls into such a context». Così European Court of Human Rights, *S.A.S. v. France*, cit., par. 139.

proporzionalità, anche se riconosce che può sembrare eccessivo, se si pensa che solo un piccolo numero di donne ne è colpito<sup>184</sup>, ha un impatto più forte sulla situazione delle donne che, come la ricorrente, hanno scelto liberamente di indossare il velo integrale per motivi legati alle proprie convinzioni – per le quali una sanzione di tipo penale potrebbe risultare particolarmente traumatica –<sup>185</sup>, può avere l'effetto di isolare e limitare ulteriormente l'autonomia delle donne e la loro libertà di manifestare le convinzioni o di minacciarne l'identità<sup>186</sup> e, infine, può determinare il consolidamento di stereotipi e l'intolleranza verso determinate categorie sociali<sup>187</sup>. Il rischio che il provvedimento limiti il pluralismo e impedisca ad alcune donne di esprimere la propria personalità e le proprie convinzioni è, tuttavia, superato, secondo la Grande Camera, dal fatto che la pratica è ritenuta incompatibile, nella società francese, con le regole di base della comunicazione sociale e, più in generale, con le esigenze della convivenza: lo Stato deve proteggere l'interazione tra individui, che a suo avviso è essenziale per l'espressione non solo del pluralismo, ma anche della tolleranza e dell'apertura mentale, senza le quali la società non può essere democratica: «[i]t can thus be said that the question whether or not it should be permitted to wear the full-face veil in public places constitutes a choice of society»<sup>188</sup>.

La Corte considera dunque correttamente esercitato il margine di apprezzamento e approva un'interpretazione ampia degli obiettivi che legittimano le deroghe ai diritti convenzionalmente sanciti<sup>189</sup>. Ciò rischia, tuttavia, di comprimere la diversità culturale e la salvaguardia del plurali-

---

<sup>184</sup> Ibid., par. 145.

<sup>185</sup> Ibid., par. 151 e 152. A. VAKULENKO, *Islamic Headscarves' and the European Convention on Human Rights: An Intersectional Perspective*, in *Social & Legal Studies*, 2017, 183.

<sup>186</sup> European Court of Human Rights, *S.A.S. v. France*, cit., par. 146.

<sup>187</sup> Ibid., par. 147.

<sup>188</sup> Ibid., par. 153.

<sup>189</sup> «Even if it could arguably be regarded as touching upon several rights, such as the right to respect for private life (Article 8) and the right not to be discriminated against (Article 14), the concept seems far-fetched and vague». Così European Court of Human Rights, *S.A.S. v. France*, cit., Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Nussberger and Jäderblom, par. 5.

smo delle identità culturali, ossia proprio i valori che costituiscono il fondamento della società democratica<sup>190</sup>. Se è vero, infatti, che la convivenza rispettosa e pacifica di culture differenti è la base della democrazia ed è un valore essenziale, l'espressione delle culture minoritarie dovrebbe essere assicurata, salve le ipotesi – eccezionali – in cui la Convenzione stessa ne legittima la restrizione. Tenuto conto che la Corte «is aware that the clothing in question is perceived as strange by many of those who observe it», ma è anche espressione «of a cultural identity which contributes to the pluralism that is inherent in democracy»<sup>191</sup>, nella loro Opinione parzialmente dissenziente i Giudici Nussberger e Jäderblom sottolineano che la Convenzione non prevede il diritto a non essere scioccati o provocati dai diversi modelli di identità culturale o religiosa, anche se molto lontani dallo stile di vita tradizionale francese ed europeo<sup>192</sup>. Ciò implica che il pluralismo debba essere interpretato nel senso di condurre a un modello che consenta la condotta contestata, se liberamente scelta dalle donne – e solo se liberamente scelta –, invece di limitarsi a proibirla, eliminando con essa la causa della tensione culturale<sup>193</sup>. L'aspetto cruciale e dirimente in questi casi dovrebbe essere proprio il rispetto della libertà di scelta delle donne, espressione dei diritti convenzionalmente protetti, e la protezione della parità di genere, valori idonei a fondare, essi sì, la restrizione della libertà di religione, nei casi in cui la pratica sia imposta; la sentenza esaminata purtroppo – nonostante la centralità di questi argomenti e la loro persistente attualità – non li approfondisce adeguatamente e attribuisce invece valore dirimente al sopra descritto obiettivo della convivenza sociale, con le relative criticità.

La difficoltà di trovare un adeguato bilanciamento emerge, infine, anche dalla giurisprudenza, non approdata allo scrutinio della Corte euro-

---

<sup>190</sup> A.R. JACKSON, D. GOZDECKA, *Caught between Different Legal Pluralisms: Women Who Wear Islamic Dress as the Religious 'Other' in European Rights Discourses*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2011, 91; E. FOKAS, *Directions in Religious Pluralism In Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2015, 54.

<sup>191</sup> European Court of Human Rights, *S.A.S. v. France*, cit., par. 120.

<sup>192</sup> European Court of Human Rights, *S.A.S. v. France*, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Nussberger and Jäderblom, cit., par. 7.

<sup>193</sup> *Ibid.*, par. 14.

pea, in materia di simboli e indumenti religiosi sviluppata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa. Si avverte in questi casi la difficoltà per i giudici nazionali di identificare una posizione che sia, al tempo stesso, corretta dal punto di vista giuridico, equilibrata sul piano valoriale e garantista a livello culturale. Significativa è, ad esempio, la sentenza con cui la Corte di Cassazione italiana nel 2017, confermando il giudizio di condanna già emesso dal Tribunale di Mantova nei confronti del Sig. Singh Jatinder, indiano di religione Sikh, per il porto d'armi illegale (un coltello della lunghezza di 18,5 centimetri), rigettava la giustificazione secondo cui la condotta si sarebbe conformata ai precetti della religione, che prescrivono che i seguaci portino con sé il *Kirpan*, ed escludeva «che il simbolismo legato al porto del coltello [potesse] comunque costituire la scriminante posta dalla legge»<sup>194</sup>. La Corte si esprimeva – in maniera esplicita e radicale – nella direzione di un approccio assimilazionista, che subordina l'atteggiamento di tolleranza nei confronti dei sistemi valoriali differenti al rispetto della cultura maggioritaria. Secondo il Giudice di legittimità, in una società multietnica «se l'integrazione non impone l'abbandono della cultura di origine, in consonanza con la previsione dell'art. 2 Cost. che valorizza il pluralismo sociale, il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante»<sup>195</sup>. Fatta questa premessa e individuata la cultura maggioritaria come espressione della civiltà giuridica di riferimento, la Corte spiegava che «è quindi essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi, e di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina. La decisione di stabilirsi in una società in cui è noto, e si ha consapevolezza, che i valori di riferimento sono diversi da quella di provenienza ne impone il rispetto e non è tollerabile che l'attaccamento ai propri valori, seppure leciti secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, porti alla violazione co-

---

<sup>194</sup> Corte di Cassazione, Sez. I pen., n. 24084 del 31 marzo 2017, par. 1 e 2. Sulla sentenza: L. MANCINI, *La diversità culturale tra diritto e società*, Franco Angeli, Milano, 2018, 76-78.

<sup>195</sup> Corte di Cassazione, Sez. I pen., n. 24084 del 31 marzo 2017, cit., par. 2.3.

sciente di quelli della società ospitante»<sup>196</sup>. Da cui discende la conclusione per cui «[l]a società multiethnica è una necessità, ma non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali configgenti, a seconda delle etnie che la compongono, ostandovi l'unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro paese che individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare»<sup>197</sup>.

Di opposto orientamento la pronuncia con cui il Consiglio di Stato italiano ha rilevato l'erroneità del richiamo dell'art. 85.1 del R.D. 773/1931 e dell'art. 5 della Legge 152/1975 (che sanciscono il divieto di comparire mascherati in luogo pubblico e la proibizione di utilizzare «caschi protettivi, o [...] qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo») a fondamento dell'ordinanza adottata in materia di pubblica sicurezza dal Sindaco del Comune di Azzano Decimo, che sanciva che tali norme avrebbero dovuto essere interpretate come riferite anche al 'velo che copra il volto'. Secondo il Consiglio di Stato «è evidente che il *burqa* non costituisce una maschera, ma un tradizionale capo di abbigliamento di alcune popolazioni, tuttora utilizzato anche con aspetti di pratica religiosa, e il riferimento all'art. 5 della Legge 152/1975 è inappropriato», poiché «la *ratio* della norma, diretta alla tutela dell'ordine pubblico, è quella di evitare che l'utilizzo di caschi o di altri mezzi possa avvenire con la finalità di evitare il riconoscimento. Tuttavia, [...] l'utilizzo di mezzi potenzialmente idonei a rendere difficoltoso il riconoscimento è vietato solo se avviene 'senza giustificato motivo'. Con riferimento al 'velo che copre il volto' o al *burqa*, si tratta invece di un utilizzo che generalmente non è diretto ad evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e culture»<sup>198</sup>. Il Consiglio di Stato conclude, pertanto, che «non si è in presenza di un mezzo finalizzato a impedire senza giustificato motivo il riconoscimento. Il citato art. 5 consente nel nostro ordinamento che una persona indossi il velo per motivi religiosi o culturali; le esigenze di pubblica sicurezza sono soddisfatte dal divieto di utilizzo in occasione di manifestazioni e dal-

---

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> Ibid.

<sup>198</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3076 del 19 giugno 2008.

l'obbligo per tali persone di sottoporsi all'identificazione e alla rimozione del velo, ove necessario a tal fine»<sup>199</sup>.

Nella stessa direzione si segnala anche l'annullamento da parte del Consiglio di Stato francese dell'ordinanza con cui il Sindaco del comune di Villeneuve-Loubert, nell'estate del 2016, aveva vietato l'utilizzo del *burqini* sulle spiagge comunali della Costa Azzurra. Il provvedimento impediva l'accesso ai bagnanti che non indossavano un abbigliamento rispettoso del buon costume, del laicismo e delle regole di igiene e di sicurezza<sup>200</sup>. L'ordinanza veniva annullata dal Consiglio di Stato francese, in quanto illegittima e lesiva delle libertà di coscienza e di circolazione: in assenza di rischi per l'ordine e la sicurezza pubblica, «l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes, et notamment de celui commis à Nice le 14 juillet dernier, ne sauraient suffire à justifier légalement la mesure d'interdiction contestée»<sup>201</sup>. Come correttamente rilevato in dottrina i divieti di indossare i *burqini* erano, di fatto, fondati implicitamente su quell'obiettivo di socializzazione elaborato nella sentenza della Corte europea nel caso *S.A.S. c. Francia*: poiché il *burqini* non copre il volto, esso non può evidentemente suscitare un problema di sicurezza pubblica, ma solamente un «symbolic assault on shared customs»<sup>202</sup>. Le ragioni profonde atenevano all'invasione degli spazi pubblici da parte di precetti di carattere religioso, la violazione della regola di etichetta per cui i simboli religiosi devono essere ridotti al minimo in pubblico, oltre che l'idea che il *burqini* sottenda un'ideologia specifica sul corpo della donna e la sua parità nella società: «[s]uccintly, the burqini was perceived as a beacon of subversion»<sup>203</sup>.

L'analisi della legittimità della pratica in questione non può non tenere conto, infine, della posizione assunta dal Comitato per i diritti umani relativamente alle comunicazioni individuali presentate alla sua attenzio-

---

<sup>199</sup> Ibid.

<sup>200</sup> Villeneuve-Loubert, ordinanza del 5 agosto 2016.

<sup>201</sup> Conseil d'Etat, Ligue des droits de l'homme et autres – association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France, 402742,4027776, ordinanza del 26 agosto 2016.

<sup>202</sup> S. MECHOULAN, *The Case against the Face-Veil: A European Perspective*, cit., 1273.

<sup>203</sup> Ibid.

ne nei casi *Yaker v. France*<sup>204</sup> e *Hebbadj c. Francia*<sup>205</sup>. Occorre infatti rilevare che, al contrario della Corte europea – che, come abbiamo visto, si è mostrata favorevole a considerare legittimi i provvedimenti restrittivi adottati a livello nazionale – il Comitato ha ritenuto ingiustificato e discriminatorio il divieto imposto dalla Francia con la legge del 2010. Questo anche perché, diversamente dalla Corte, il Comitato non applica la dottrina del margine d'apprezzamento e interpreta in maniera più rigida e restrittiva l'obiettivo della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali degli altri, obiettivo che, ai sensi dell'art. 18(3) del Patto CPR, può giustificare la restrizione della libertà religiosa<sup>206</sup>. Occorre poi aggiungere che il Comitato per i diritti umani è un organismo 'globale' poiché monitora l'applicazione del Patto da parte dei più di 170 Stati contraenti<sup>207</sup> e che questi ultimi si differenziano per standard molto variegati di tutela dei diritti umani e per tradizioni culturali, politiche e religiose profondamente diverse. Prevedendo l'art. 18(3) che le restrizioni si giustifichino se dirette a proteggere solamente diritti *fondamentali* di altri, un'interpretazione estensiva ne risulta ancora meno accettabile e l'assenza dell'identificazione di uno specifico diritto – come nel caso del '*vivre ensemble*' – rende la deroga, a maggior ragione, ingiustificata. Il divieto di indossare il velo è, infine, considerato dal Comitato un'irragionevole, sproporzionata e ingiustificata discriminazione nei confronti delle donne musulmane che desiderano seguire la pratica tradizionale, rispetto ad altri individui che possono invece legittimamente coprire il volto in pubblico<sup>208</sup>.

L'analisi svolta ci conduce a concludere che indossare il velo – purché scelto liberamente, e solo se scelto liberamente, dalle donne – non sia ne-

---

<sup>204</sup> Human Rights Committee, *Yaker v. France*, CCPR/C/123/D/2747/2016, 2747/2016. Views adopted by the Committee under Article 5(4) of the Optional Protocol at its 123rd session, 17 luglio 2008.

<sup>205</sup> Human Rights Committee, *Hebbadj v. France*, CCPR/C/WG/123/DR/2807/2016, 2807/2016. Views adopted by the Committee under Article 5(4) of the Optional Protocol at its 123rd session, 17 luglio 2008.

<sup>206</sup> Human Rights Committee, *Yaker v. France*, cit., par. 8.5.

<sup>207</sup> S.H. CLEVELAND, *Banning the Full-Face Veil: Freedom of Religion and Non-Discrimination in the Human Rights Committee and the European Court of Human Rights*, cit., 225.

<sup>208</sup> Human Rights Committee, *Yaker v. France*, cit., par. 8.17.

cessariamente equiparabile ad una pratica tradizionale dannosa nei loro confronti. Tenuto conto che, come rileva la Corte europea, la parità di genere può giustificare un'interferenza nell'esercizio dei diritti protetti dalla Convenzione e il progresso in questo ambito è una delle sfide principali del Consiglio d'Europa, i diritti di queste ultime devono invece essere protetti anche mediante le opportune deroghe alla libertà di religione, qualora ingiustamente compressi dall'imposizione della pratica in esame. La compatibilità con la parità di genere e la tutela dei diritti delle donne dovrebbero essere centrali nella valutazione della legittimità delle misure restrittive adottate su base nazionale. Appare, invece, problematico il restringimento della libertà religiosa effettuato in nome del solo '*vivre sociale*' e il corrispondente orientamento giurisprudenziale che valorizza il margine d'apprezzamento degli Stati nell'interpretazione estensiva, e a questo fine orientata, degli obiettivi di cui all'art. 9(2) della Convenzione europea, in nome dei valori e delle scelte della sola cultura maggioritaria e di un approccio assimilazionista nei confronti delle culture minoritarie.

### *7. I diritti consuetudinari e religiosi alla luce del diritto internazionale.*

Molte delle pratiche tradizionali dannose esaminate nei paragrafi precedenti sono eseguite in conformità con i precetti di carattere consuetudinario o religioso applicati dalle comunità di appartenenza. In molti Paesi, pur non avendo uno *status* giuridico formale, tali regole trovano applicazione nella pratica; in molti altri, invece, l'ordinamento riconosce loro uno *status* giuridico vero e proprio e le qualifica come fonte del diritto. Questi ultimi Stati presentano ordinamenti plurilegislativi, ossia ordinamenti in cui si verifica «the coexistence [...] of State laws, regulations, procedures and decisions on the one hand, and religious, customary, indigenous or community laws and practices on the other. Therefore, plural justice systems include multiple sources of law, whether formal or informal, whether State, non-State or mixed»<sup>209</sup>.

---

<sup>209</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation no. 33 on women's access to justice, CEDAW/C/GC/33, 3 agosto 2015, par. 5.

Le Costituzioni di molti Stati africani attribuiscono al diritto consuetudinario il valore di fonte di legge. Ad esempio, l'art. 11 della Costituzione del Ghana stabilisce «[t]he common law of Ghana shall comprise the rules of law generally known as the common law, the rules generally known as the doctrines of equity and the rules of customary law including those determined by the Superior Court of Judicature», fermo restando che «‘customary law’ means the rules of law which by custom are applicable to particular communities in Ghana»<sup>210</sup>. La Costituzione della Repubblica Democratica del Congo prevede che i tribunali applichino il diritto consuetudinario non contrario all'ordine pubblico<sup>211</sup>, mentre quella del Ruanda sancisce che «[u]nwritten customary law remains applicable as long as it has not been replaced by written laws, is not inconsistent with the Constitution, laws and regulations, and does not violate human rights, prejudice public order or offend public decency and morals»<sup>212</sup>. La Costituzione della Liberia richiede ai tribunali di applicare le leggi sia statutarie sia consuetudinarie<sup>213</sup>, la Costituzione sudanese afferma che il diritto consuetudinario è fonte del diritto e rappresenta il diritto applicabile se seguito dalla maggioranza degli individui<sup>214</sup>, mentre quella del Chad sancisce che le regole consuetudinarie sono applicabili solo nelle comunità in cui sono riconosciute e sono vietate se contrarie all'ordine pubblico o se promuovono la disuguaglianza<sup>215</sup>, e specifica che «[c]ustomary or traditional rules dictating matrimonial regimes and inheritances may be applied only with the consent of the parties concerned»<sup>216</sup>. La Costituzione del Sud Africa, infine, sancisce il valore giuridico dei matrimoni contratti secondo tra-

---

<sup>210</sup> Constitution of the Republic of Ghana, art. 11(2). I dati e le citazioni sono reperibili in K. CUSKELL, *Customs and Constitutions: State Recognition of Law Around the World*, cit. Si veda anche R.D. ROY, *Traditional Customary Laws and Indigenous Peoples in Asia*, *Minority Rights Group International*, 2005.

<sup>211</sup> Constitution of the Democratic Republic of the Congo, art. 153.

<sup>212</sup> Constitution of the Republic of Rwanda, art. 201.

<sup>213</sup> Constitution of the Republic of Liberia, art. 65.

<sup>214</sup> Interim National Constitution of the Republic of Sudan, art. 5(2) e (3).

<sup>215</sup> Constitution of the Republic of Chad, art. 161.

<sup>216</sup> *Ibid.*, art. 162.

dizione o nel rispetto dei diritti religiosi, purché in linea con i diritti protetti dalla Costituzione<sup>217</sup>. Anche gli ordinamenti costituzionali dei Paesi latino-americani attribuiscono ampio spazio al diritto consuetudinario: ad esempio, la costituzione del Perù prevede che le autorità delle comunità contadine esercitino funzioni giurisdizionali a livello territoriale secondo il diritto consuetudinario, purché nel rispetto dei diritti fondamentali individuali, e stabilisce l'applicazione dei principi generali del diritto e del diritto consuetudinario, in caso di lacuna<sup>218</sup>. Le Costituzioni di Colombia e Venezuela riconoscono che le autorità dei popoli indigeni possano amministrare la giustizia secondo il proprio diritto, purché esso non sia contrario alla Costituzione, al diritto nazionale e ai diritti fondamentali<sup>219</sup>, mentre la Costituzione della Bolivia afferma che le autorità indigene esercitano la giurisdizione secondo i propri principi e le pratiche culturali, fermo il rispetto del diritto alla vita, del diritto alla difesa e degli altri diritti costituzionalmente garantiti<sup>220</sup>. Infine, anche gli ordinamenti di diversi Paesi dell'Oceania si contraddistinguono per un ampio riconoscimento del valore del diritto consuetudinario: la Costituzione della Micronesia, ad esempio, richiede che tutte le decisioni dei tribunali siano coerenti con le usanze e le tradizioni<sup>221</sup>, al pari di quella della Papua Nuova Guinea e di Vanuatu<sup>222</sup>.

Allo stesso modo i diritti religiosi trovano ampio riconoscimento a livello costituzionale in molti Stati. Le Costituzioni di molti Paesi proclamano l'Islam religione ufficiale e stabiliscono che la *Shari'a* deve essere rispettata come legge e fonte del diritto, almeno nella disciplina dei rapporti familiari<sup>223</sup>. Si ricordano, ad esempio, il Baharain – l'art. 2 della Co-

---

<sup>217</sup> Constitution of the Republic of South Africa, section 15(3).

<sup>218</sup> Constitution of Peru, art. 149.

<sup>219</sup> Constitution of Colombia, art 246; Constitution of Venezuela, art. 26.

<sup>220</sup> Constitution of Bolivia, art. 179 e 190.

<sup>221</sup> Constitution of the Federated States of Micronesia, art. XI.

<sup>222</sup> Constitution of Papua New Guinea, section 2.10(1); Constitution of Vanuatu, art. 47(1).

<sup>223</sup> In merito si rinvia allo studio ricostruttivo effettuato dalla United States Commission on International Religious Freedom, T. STAHNKE, R.C. BLITT, *The Religion-State Relationship and the Right to Freedom of Religion or Belief: A Comparative Textual*

stituzione del quale proclama «[t]he Islamic Shari'a is a principal source for legislation»<sup>224</sup> –, lo Yemen, la cui Costituzione sancisce che «[t]he Islamic Shari'a (jurisprudence) shall be the source of all legislations» e all'art. 23 precisa «the right to inherit according to Islamic Shari'a shall hereby be guaranteed by law»<sup>225</sup>, o l'Egitto, per cui «Islam is the religion of the State [...] Islamic jurisprudence is the principal source of legislation»<sup>226</sup>. La Costituzione degli Emirati Arabi Uniti sancisce «Islam shall be the official religion of the Union. The Islamic Shari'a shall be a principal source or legislation in the Union», così come quella del Qatar, per cui «religion is Islam, and the Islamic Law is the main source of its legislations»<sup>227</sup> e «the right of inheritance is inviolable and is governed by the Islamic Law»<sup>228</sup>. Inoltre, vi sono Paesi a predominanza musulmana che, pur non proclamando l'Islam religione ufficiale, vi attribuiscono valore di legge. Così, ad esempio, il Sudan, la cui costituzione all'art. 65 stabilisce che la legge islamica, la Costituzione e la consuetudine sono le fonti del diritto ed è vietato adottare legislazioni contrarie ad esse<sup>229</sup>. Altri Stati, infine – la cui popolazione predominante non è musulmana – attribuiscono ciò nondimeno rilievo alla *Shari'a* come legge applicabile su base personale in determinati ambiti. Così, ad esempio, la Costituzione nigeriana, il cui art. 262 stabilisce che «the Sharia Court of Appeal shall be competent to decide – (a) any question of Islamic personal law regarding a marriage concluded in accordance with that law, including a question relating to the validity or dissolution of such a marriage or a question that depends on such a marriage and relating to family relationship or the guardianship of an infant»<sup>230</sup>.

---

*Analysis of the Constitutions of Predominantly Muslim Countries*, marzo 2005, studio dal quale sono tratte le citazioni delle disposizioni costituzionali richiamate di seguito.

<sup>224</sup> Constitution of the Kingdom of Bahrain, art. 2.

<sup>225</sup> Constitution of the Republic of Yemen, art. 3.

<sup>226</sup> Constitution of the Arab Republic of Egypt, art. 2.

<sup>227</sup> Permanent Constitution of the State of Qatar, art. 1.

<sup>228</sup> *Ibid.*, art. 51. Le Costituzioni tunisina e marocchina, pur proclamando, che l'Islam è religione ufficiale, non riconoscono invece alla *Shari'a* il valore di legge.

<sup>229</sup> Constitution of the Republic of the Sudan, art. 65. La traduzione è nostra.

<sup>230</sup> Constitution of the Federal Republic of Nigeria, art. 262.

Quest'ultima disposizione fa esplicito riferimento ad un altro carattere distintivo di questi ordinamenti, ossia la competenza – riconosciuta nell'ordinamento interno – delle corti religiose a decidere i contenziosi in materia familiare tra fedeli<sup>231</sup>. Anche molti altri Stati che prevedono l'applicazione su base personale di una pluralità di fonti normative riconoscono il funzionamento di sistemi di giustizia tradizionali e religiosi. Tra questi, ad esempio le corti islamiche presenti sui territori di Paesi con ordinamenti confessionali<sup>232</sup>, i tribunali di carattere tradizionale, come quelli riconosciuti dalle costituzioni etiope, del Malawi, della Sierra Leone e del Chad<sup>233</sup>, e le corti rabbiniche operanti in Israele<sup>234</sup>.

Il diritto islamico non è infatti il solo diritto religioso a trovare riconoscimento negli ordinamenti statali. In merito occorre ricordare le peculiarità dell'ordinamento dello Stato di Israele<sup>235</sup>. Pur non riconoscendo la Dichiarazione di Indipendenza del 1948 dello Stato di Israele una religione ufficiale, il *Foundation of Law Act* del 1980 sancisce che «[w]here the court, faced with a legal question requiring decision, finds no answer to it in statute law or case-law or by analogy, it shall decide it in the light of the principles of freedom, justice, equity and peace of Israel's heritage», ossia riconosce il primato della tradizione ebraica. Coesistono, tuttavia, nell'ordinamento una pluralità di diritti applicati su base personale e di giurisdizioni, e la corrispondente disciplina del diritto di famiglia e dello statuto personale rimane affidata al diritto della confessione religiosa di appartenenza (ebraica, islamica, drusa, cristiana) e alle autorità religiose. L'appartenenza religiosa dei coniugi determina, dunque, la legge

---

<sup>231</sup> Ibid.

<sup>232</sup> Così, ad esempio, per le costituzioni dell'Iraq (art. 76), della Giordania (art. 104), della Malesia (Ninth Schedule) e dell'Iran (art. 21).

<sup>233</sup> Constitution of the Federal Republic of Nigeria, art. 282; Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, art 78(5); Constitution of the Republic of Malawi, art 110(3); Constitution of Sierra Leone, art. 120(4); Constitution of the Republic of South Africa, section 16; Constitution of the Republic of Chad, art 2. In merito si veda: United Nations Office of the High Commissioner, Human Rights and Traditional Justice Systems in Africa, 2016.

<sup>234</sup> L. SAPORITO, *La fatale attrazione tra diritto sacro e diritto secolare nel modello israeliano: la giurisdizione dei tribunali rabbinici in materia di matrimonio e divorzio*, cit., 1.

<sup>235</sup> Ibid.

applicabile al matrimonio e la giurisdizione competente, mentre l'ordinamento civile non prevede gli istituti del matrimonio o del divorzio e si limita a riconoscere effetti civili a matrimoni e divorzi religiosi, aspetto che «impedisce di fatto a quegli israeliani che non intendano adeguare ai precetti religiosi le loro scelte e azioni, di disporre di una valida alternativa»<sup>236</sup>. In particolare, ai sensi della legge del 1953 sulla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici, i matrimoni e i divorzi tra ebrei sono regolati dalle leggi della *Torah* e la materia rientra nella competenza esclusiva dei tribunali rabbinici. Pur essendo l'ambito della competenza esclusiva di queste corti stato progressivamente ridotto grazie alle successive iniziative legislative in materia, ad esempio, di uguaglianza delle donne, rapporti patrimoniali tra coniugi o successione, o in virtù delle incursioni operate dalla Corte Suprema – al centro, peraltro, di una «controversa riforma che rischia di minare gravemente gli assetti istituzionali del Paese»<sup>237</sup> – permangono, come minimo, le criticità già espresse circa i divieti di matrimoni inter-religiosi e la già ricordata subordinazione, per le donne, del divorzio al rilascio del *get*.

Significativa è, infine, la struttura dell'ordinamento giuridico indiano, composto da un insieme eterogeneo di norme stabilite dall'autorità statale e di regole applicate su base personale ai differenti gruppi religiosi. La comunità più rilevante per numerosità (circa l'80% della popolazione) è quella indù, cui si aggiungono quella musulmana e quelle più ridotte dei sikh, dei giainisti, dei buddhisti, dei parsi e dei cristiani. Il diritto indù è il diritto religioso più diffuso, in quanto applicato non solo al gruppo più numeroso, ma esteso per legge anche a sikh, giainisti e buddhisti. Si pensi all'*Hindu Marriage Act* del 1955, che si applica «(a) to any person who is Hindu by religion in any of its forms or developments, including a Virashaiva, a Lingayat or a follower of the Brahmo, Prarthana or Arya Samaj; (b) to any person who is a Buddhist, Jaina or Sikh by religion and; (c) to any other person domiciled in the territories to which this Act extends who is not a Muslim, Christian, Parsi or Jew by religion, unless it is proved that any such person would

---

<sup>236</sup> S. DAZZETTI, *La qualificazione giuridica dello Stato di Israele dal punto di vista della libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2023, 42.

<sup>237</sup> *Ibid.*, 43.

not have been governed by the Hindu law or by any custom or usage as part of that law in respect of any of the matters dealt with herein if this Act had not been passed»<sup>238</sup>. La subordinazione dei fedeli di religioni diverse all'induismo è causa di conflitti sociali e critiche, così come la qualificazione rigida dei criteri con cui ciascun individuo è ricondotto all'una o all'altra fede, sulla base di un'interpretazione dei canoni religiosi approvata dallo Stato, ma spesso non considerata adeguata dai credenti<sup>239</sup>. Come notato in dottrina, mentre «i Sikh, i giainisti e i buddisti [...] vengono misconosciuti, perché inclusi nelle categorie esistenti, [...] atei, agnostici o appartenenti a movimenti religiosi più piccoli e nuovi versano in condizioni ben peggiori, perché non sono riconosciuti affatto dal sistema giuridico»<sup>240</sup>.

Fatte queste premesse, è necessario interrogarsi sul rilievo, ai sensi del diritto internazionale, dei diritti religiosi e consuetudinari e dei sistemi di giustizia tradizionali che essi prevedono. Pare a chi scrive che la valutazione debba tenere conto di una serie duplice di fattori: da un lato, il rispetto dei precetti di carattere tradizionale e religioso è funzionale a proteggere identità culturale e religiosa e, conseguentemente, conforme al diritto internazionale; dall'altro, tale rispetto deve essere in linea con le garanzie fondamentali in materia di diritti umani previste nel diritto internazionale stesso.

Sul primo fronte, la previsione, negli ordinamenti nazionali, dell'applicazione dei precetti consuetudinari e religiosi è certamente conforme all'obbligo di proteggere i diritti culturali, la libertà di religione e i diritti di manifestare la cultura, la religione e l'identità degli individui apparte-

---

<sup>238</sup> In merito si rinvia a J.-L. HALPÉRIN, *Personal Laws: Undetermined Norms and Undetermined Concept?*, in *Liverpool Law Review*, 2019, 259; C.A. MACKINNON, *Sex Equality under the Constitution of India: Problems, Prospects, and "Personal Laws"*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 181 ss.; Center for Reproductive Rights, *Child Marriage and Personal Laws in South Asia. International Standards Requiring Governments to End Human Rights Violations Based on Religious Norm*, 2014.

<sup>239</sup> J.-L. HALPÉRIN, *Personal Laws: Undetermined Norms and Undetermined Concept?*, cit.; F. AHMED, *Remedying Personal Law Systems*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2006, 254.

<sup>240</sup> F. AHMED, *Remedying Personal Law Systems*, cit., 253-254. La traduzione è nostra.

nenti alle minoranze etniche, culturali e religiose, così come prescritti dagli strumenti convenzionali rilevanti in questa materia<sup>241</sup>. Il rispetto del diritto indigeno è previsto, ad esempio, dalla Convenzione ILO n. 169, che prevede che, nell'applicare il diritto nazionale, «due regard shall be had to their customs or *customary laws*»<sup>242</sup> e che gli indigeni abbiano il diritto di conservare le proprie tradizioni e istituzioni, qualora non siano incompatibili con i diritti fondamentali protetti nell'ordinamento giuridico nazionale e internazionale<sup>243</sup>. Così anche per la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, che sancisce che gli Stati stabiliscano e attuino sistemi equi, indipendenti, imparziali e trasparenti con cui decidano dei diritti sulle terre ancestrali, tenendo conto di «indigenous peoples' *laws, traditions, customs and land tenure systems*»<sup>244</sup>, e introducano meccanismi efficaci per garantire i rimedi nei casi in cui questi ultimi siano deprivati delle loro proprietà culturali, intellettuali, religiose o spirituali, «in violation of their *laws, traditions and customs*»<sup>245</sup>. Il valore del diritto consuetudinario quale fonte normativa è stato riconosciuto, ad esempio, anche nella già ricordata sentenza della Corte interamericana per i diritti umani, che ha preso in considerazione le regole del diritto indigeno in materia familiare seguite nella comunità dei ricorrenti, per determinare la riparazione dovuta dal Suriname per la violazione della Convenzione ravvisata nell'uccisione di sette indigeni da parte di alcuni soldati<sup>246</sup>. Secondo la Corte era dimostrato che la comunità non appli-

---

<sup>241</sup> Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, 18 dicembre 1982; International Covenant on Civil and Political Rights, cit., art. 27; Human Rights Committee, General Comment No. 23: The Rights of Minorities (Art. 27), cit. B. VUKAS, *States, Peoples and Minorities*, cit., 465.

<sup>242</sup> Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), cit., art. 8(1). Corsivo aggiunto.

<sup>243</sup> Ibid. art 8(2). Sul tema A. DI BLASE, *The Self-Determination of Indigenous Peoples*, in DI BLASE, V. VADI (eds.), *The Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law*, cit., 47 ss.

<sup>244</sup> United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, cit., art. 27(2). Corsivo aggiunto.

<sup>245</sup> Ibid., art. 12(2). Corsivo aggiunto.

<sup>246</sup> Inter-American Court of Human Rights, Case of Aloeboetoe *et al.* v. Suriname, cit.

cava il diritto nazionale, bensì il diritto consuetudinario: l'identificazione degli individui che avevano diritto a essere risarciti non poteva, pertanto, prescindere dalle strutture sociali indigene e la mancata registrazione dei matrimoni non doveva incidere sulla titolarità del diritto al risarcimento<sup>247</sup>.

Da un lato, pertanto, la valorizzazione dei diritti consuetudinari e religiosi è, in via di principio, conforme alla protezione dei diritti umani e alla promozione dell'identità delle minoranze etniche e religiose e dei popoli indigeni. Dall'altro, la soggezione del singolo individuo a precetti di carattere consuetudinario o religioso e la subordinazione alle relative autorità deve avvenire nel rispetto dei suoi diritti fondamentali, incluso il diritto di *non* prendere parte alla vita culturale della comunità o alla vita religiosa e a non essere conseguentemente discriminato. A quest'ultimo riguardo il Comitato ESCR nel *General Comment* n. 21 specifica che il diritto di partecipare alla vita culturale si caratterizza come una libertà<sup>248</sup>: esso garantisce all'individuo la scelta di prendere parte – o meno – alla vita culturale, individualmente o in associazione con altri, decisione che deve essere riconosciuta, rispettata e protetta dallo Stato su basi non discriminatorie<sup>249</sup>. Il Comitato chiarisce inoltre che «no one shall be discriminated against because he or she chooses to belong, *or not to belong*, to a given cultural community or group, or to practice *or not to practice* a particular cultural activity»<sup>250</sup>. Ciò include il diritto «not to be subjected to any form of discrimination based on cultural identity, exclusion or *forced assimilation*»<sup>251</sup>, diritto che deve essere garantito mediante l'adozione di appropriate misure legislative che evitino il verificarsi di discriminazioni dirette o indirette. Gli Stati contraenti sono, pertanto, internazionalmente inadempienti se interferiscono con questa libertà individuale,

---

<sup>247</sup> Ibid, par. 17: «the care of family members is entrusted to a communal group organized along maternal lines; this is something that should be borne in mind in determining which of the relatives should be compensated».

<sup>248</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 21, cit., par. 6.

<sup>249</sup> Ibid.

<sup>250</sup> Ibid., par. 21. Corsivo aggiunto.

<sup>251</sup> Ibid. Corsivo aggiunto.

circostanza che riteniamo avvenga se un individuo è, a maggior ragione, subordinato – senza possibilità di scelta – alla legge applicabile a una comunità cui ha deciso di non volere appartenere<sup>252</sup>. Analogamente, il *General Comment* sull'art. 18 del Patto CPR protegge gli individui che aderiscono a «theistic, non-theistic and atheistic beliefs, as well as the right *not to* profess any religion or belief»<sup>253</sup>. Secondo il Comitato, la libertà di professare una religione implica pertanto la libertà di sceglierla, di sceglierne un'altra o di essere atei<sup>254</sup>. Il fatto che una religione sia riconosciuta come religione di Stato o che i suoi aderenti costituiscano la maggioranza della popolazione non deve comportare alcuna interferenza nel godimento della libertà religiosa, né alcuna discriminazione nei confronti degli aderenti ad altre fedi o dei non credenti.

Queste considerazioni ci conducono a rilevare la problematicità, ai sensi del diritto internazionale, delle previsioni legislative con cui alcuni Stati aventi ordinamenti plurilegislativi impongono l'applicazione inderogabile di sotto-sistemi normativi su base personale. I criteri d'applicazione soggettiva sulla base dei quali la legge a statuto personale è designata come applicabile e l'obbligatorietà con cui essa deve essere resa efficace nei confronti degli individui che vi ricadono possono, infatti, suscitare perplessità circa la loro compatibilità con i diritti sopra menzionati. Se, infatti, l'applicazione su base personale della legge può essere considerata funzionale alla garanzia del pluralismo e alla sua realizzazione pratica sul piano giuridico, essa presenta anche elementi criticabili sotto il profilo della compatibilità con il principio di non discriminazione e della tutela del diritto di non appartenere a gruppi sociali o religiosi ai quali si sia deciso di non aderire e non vedersi applicati sotto-sistemi giuridici cui si sia scelto di non assoggettarsi<sup>255</sup>.

La tesi sopra esposta trova supporto nella già richiamata sentenza *Molla Sali c. Grecia*, con cui la Corte europea ha esaminato il diritto

---

<sup>252</sup> Ibid., par. 49.

<sup>253</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 30 luglio 1993, par. 2.

<sup>254</sup> Ibid.

<sup>255</sup> Ibid., par. 7 e 9. J.-L. HALPÉRIN, *Personal Laws: Undetermined Norms and Undetermined Concept?*, cit., 266-269.

della ricorrente di non vedersi applicati precetti di carattere religioso cui ritiene di non dovere essere assoggettata<sup>256</sup>. Interpretando l'art. 14 della Convenzione europea alla luce dell'art. 3(1) della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle minoranze nazionali, che stabilisce che ogni individuo «belonging to a national minority shall have the right freely to choose to be treated or *not* to be treated as such and no disadvantage shall result from this choice or from the exercise of the rights which are connected to that choice»<sup>257</sup>, la Corte europea ha concluso che la mancata garanzia da parte dello Stato, per un membro di una minoranza, di essere assoggettato alla legge ordinaria, anziché a quella religiosa applicabile su base personale, comporta una violazione nei suoi confronti del principio di non discriminazione e del diritto fondamentale di identificarsi nella minoranza o, come nel caso di specie, di non farlo<sup>258</sup>. Per la Corte infatti «[t]he choice in question is completely free, provided it is informed. It must be respected both by the other members of the minority and by the State itself»<sup>259</sup>. La sentenza è, dunque, chiara in merito alla responsabilità dello Stato che imponga, attraverso le determinazioni della propria legge, la subordinazione di un individuo a normative applicate su base personale, se a questi non è consentito scegliere di non esservi assoggettato, e rappresenta un'importante chiave di lettura sulla legittimità di quei numerosi ordinamenti plurilegislativi che applicano, inderogabilmente e nel rispetto di criteri stabiliti dalla legge nazionale su base personale, agli individui ordini normativi differenti, in ragione della loro riconduzione a un determinato gruppo sociale o religioso. Seguendo la stessa linea di ragionamento, anche il Comitato CEDAW, nella propria Raccomandazione generale n. 33, chiama gli Stati contraenti che non dispongono di un codice civile in materia familiare e nei cui ordinamenti co-esistono più sistemi di diritto di famiglia, quali quello civile, indigeno, religioso e consuetudinario, ad assicurare che «personal status laws provide for in-

---

<sup>256</sup> European Court of Human Rights, Case of Molla Sali v. Greece, cit.

<sup>257</sup> Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities, cit., art. 5, art. 3(1).

<sup>258</sup> European Court of Human Rights, Case of Molla Sali v. Greece, par. 68.

<sup>259</sup> Ibid., par. 157.

dividual choice as to the applicable family law at any stage of the relationship»<sup>260</sup>.

### 8. *Diritti religiosi e consuetudinari e diritti umani, nelle prassi nazionali.*

Se, da un lato, i sistemi giuridici plurilegislativi che rispettano i criteri sopra individuati possono essere ritenuti idonei a favorire il pluralismo e a tutelare l'identità culturale delle differenti comunità rappresentate, dall'altro, non si deve dimenticare che essi devono conformarsi al rispetto dei diritti umani sanciti a livello internazionale. In questo senso, lo *Special Rapporteur* sui diritti culturali raccomanda agli Stati di garantire che il rispetto della diversità culturale non conduca ad avallare sistemi plurilegislativi nell'ambito dei quali sia consentita l'applicazione di norme, consuetudini e pratiche contrarie ai diritti umani<sup>261</sup>, mentre il Comitato CEDAW raccomanda agli Stati i cui ordinamenti hanno carattere plurinormativo di garantire la tutela costituzionale dell'egualianza formale e sostanziale e la non discriminazione nella sfera pubblica e privata «including with regard to all matters of personal status, family, marriage and inheritance law, and across all areas of law»<sup>262</sup>. Inoltre, se il diritto internazionale non si applica direttamente, tali ordinamenti devono incorporarne a livello costituzionale e legislativo le norme in materia di diritti umani<sup>263</sup> e disciplinare la materia familiare e l'accesso alla giustizia, con idonee garanzie indipendenti dall'identità religiosa o etnica<sup>264</sup>.

Su queste premesse, il Comitato sui diritti umani ha rivolto osserva-

---

<sup>260</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation no. 33 on Women's Access to Justice, cit., par. 46(c).

<sup>261</sup> Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights, A/67/28, 10 agosto 2012, par. 79(i)-(k).

<sup>262</sup> Ibid., par. 42(a).

<sup>263</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General Recommendation no. 33 on Women's Access to Justice, cit., par. 42(b).

<sup>264</sup> Ibid., par. 46(a).

zioni critiche ad alcuni degli Stati contraenti del Patto CPR. Ad esempio, si è detto preoccupato nei confronti del Gambia per il fatto che i diritti sanciti dal Patto non siano stati pienamente incorporati nella Costituzione e, pur rilevando che lo Stato ha un sistema dualista, ha osservato che il Patto non è mai stato invocato nei tribunali nazionali e che lo Stato non ha compiuto sforzi sufficienti per garantire che il diritto consuetudinario e la *Shari'a* fossero interpretati in modo conforme<sup>265</sup>. Anche nei confronti del Botswana il Comitato ha rilevato l'insufficienza degli sforzi, per quanto presenti, effettuati dalle autorità per armonizzare con il Patto il diritto scritto e consuetudinario e si è dichiarato «concerned that there still remain provisions in domestic legislation, particularly customary laws, that are inconsistent with the Covenant»<sup>266</sup>.

L'applicazione a livello nazionale di precetti di diritto consuetudinario incompatibili con gli standard in materia di diritti umani è stata ritenuta anche configurare un illecito internazionale dalla Corte africana dei diritti umani e dei popoli, nel già citato caso *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et l'Institute for human rights and development c. Mali*, in cui le associazioni ricorrenti rilevavano l'incompatibilità della normativa nazionale in materia familiare con le norme della Carta africana, del Protocollo sui diritti delle donne in Africa e della Carta africana sui diritti e il benessere dei bambini<sup>267</sup>. La Corte ha esplicitamente rigettato la posizione difensiva del Mali, che tentava di giustificare la legittimità delle regole sancite nel diritto interno, in quanto aderenti alla realtà sociale, culturale e religiosa del Paese, tanto da non dovere essere considerate «as a lowering of the marriage age or a discrimination against girls, but [...] as a provision that is more in line with the realities in Mali»<sup>268</sup>.

---

<sup>265</sup> Human Rights Committee, Concluding Observations on the Gambia in the Absence of Its Second Periodic Report, CCPR/C/GMB/CO/, 30 agosto 2018, par. 7 e 8.

<sup>266</sup> Human Rights Committee, Concluding Observations on the Second Periodic Report of Botswana, CCPR/C/BWA/CO/2, 24 novembre 2021, par. 5 e 6.

<sup>267</sup> African Court on Human and Peoples' Rights, *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes e l'Institute for Human Rights and Development v. Republic of Mali*, cit.

<sup>268</sup> *Ibid.*, par. 66-67.

La compatibilità con gli standard in materia di diritti umani dei precetti sanciti dal diritto religioso, applicati come fonte normativa nell'ordinamento nigeriano, e la competenza delle corti islamiche sulle controversie in materia familiare hanno formato infine l'oggetto di un ricorso presentato alla Commissione africana per i diritti umani<sup>269</sup>. Secondo i ricorrenti, i tribunali islamici, decidendo sulla base della *Shari'a* e condannando SM. Husaini a morte per lapidazione per adulterio, avevano violato il suo diritto a un processo equo e giusto. Il procedimento è stato sospeso dopo che il presidente nigeriano, su sollecitazione del Presidente della Commissione africana, ha dichiarato che, pur non potendo impedire l'applicazione della *Shari'a*, la Nigeria avrebbe garantito il rispetto del diritto alla vita e della dignità umana nel caso di specie.

Anche il ricorso alla soluzione delle controversie dinanzi alle autorità tradizionali e religiose non può prescindere, infatti, dalle garanzie stabilite dall'art. 14 del Patto CPR. In merito, il corrispondente *General Comment* stabilisce che, relativamente a questi meccanismi, lo Stato deve assicurare il diritto all'uguaglianza e all'equo processo, circostanza che implica che le autorità tradizionali non possano emettere sentenze vincolanti, a meno che la loro competenza sia limitata a controversie minori, i procedimenti soddisfino i requisiti di base del processo equo e le altre garanzie previste dal Patto, e i provvedimenti siano convalidati dai tribunali statali e impugnabili dinanzi ad essi<sup>270</sup>. Il problema è complesso nelle numerose ipotesi in cui i sistemi tradizionali di giustizia operano in modo indipendente e l'efficacia delle decisioni non è subordinata al vaglio delle – o all'appello dinanzi alle – autorità giudiziarie statali, ipotesi che possono pertanto configurare la non conformità agli standard internazionali da parte degli Stati che non hanno posto in essere le riforme appropriate dell'ordinamento giudiziario<sup>271</sup>. Il Comitato CEDAW osserva, ad esem-

---

<sup>269</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Interights on Behalf of Safia Yakubu Husaini and et al/Nigeria, 269/2003.

<sup>270</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 32. Article 14: Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial, CCPR/C/GC/32, 23 agosto 2007, par. 24.

<sup>271</sup> United Nations Office of the High Commissioner, Human Rights and Traditional Justice Systems in Africa, cit., 45-46.

pio, che «[t]he presence of plural justice systems can, in itself, limit women's access to justice by perpetuating and reinforcing discriminatory social norms. In many contexts, notwithstanding the availability of multiple avenues for gaining access to justice within plural justice systems, women are unable to effectively exercise a choice of forum»<sup>272</sup>. Esso pertanto raccomanda che gli Stati prendano provvedimenti immediati per armonizzare norme, procedure e pratiche con gli standard sui diritti umani sanciti a livello internazionale, adottino una legislazione che regoli i rapporti tra i differenti meccanismi, al fine di ridurre il potenziale conflitto, ne subordinino il controllo dell'operato ai tribunali statali o agli organi amministrativi e garantiscano che possa essere esercitata una scelta effettiva e informata riguardo a legge applicabile e foro giudiziario al quale accedere<sup>273</sup>. Il tema è stato affrontato anche dalla Corte Suprema indiana, sulla base di un ricorso, originato in una controversia in materia familiare, diretto a ottenere la dichiarazione dell'incostituzionalità delle corti islamiche ('*dar ul qazas*'), considerate contrarie all'ordinamento poiché adottano decisioni non subordinate all'apparato giudiziario dello Stato e operano in un 'sistema giudiziario parallelo' concorrente con quello statale. Il ricorso è stato rigettato dalla Corte, che ha ritenuto che, nonostante le decisioni delle *dar ul qazas* non siano legalmente riconosciute, esse non sono incompatibili con i valori costituzionalmente tutelati e costituiscono un'alternativa utile per garantire l'accesso alla giustizia dei fedeli islamici<sup>274</sup>.

Alla luce di queste premesse è ora opportuno focalizzare l'attenzione sulla prassi legislativa e giurisprudenziale di alcuni tra i Paesi che presentano ordinamenti plurilegislativi e sono segnati dal diffuso ricorrere di pratiche tradizionali dannose e dall'applicazione di diritti consuetudinari e religiosi potenzialmente o realmente confliggenti con i diritti umani, al fine di comprendere se e come questi Stati stanno procedendo ad adempiere al proprio obbligo di adattare l'ordinamento interno – ivi compresi

---

<sup>272</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 33 on Women's Access to Justice, cit., par. 62.

<sup>273</sup> Ibid., par. 64(a) (b) (c) (d) (e).

<sup>274</sup> Vishwa Lochan Madan v. Union of India, Petition, 2005, par. 45-47. Sul tema K. LEMONS, *Sharia Courts and Muslim Personal Law in India: Intersecting Legal Regimes*, in *Law & Society Review*, 2018, 603 ss.

i sotto-sistemi giuridici a statuto personale che lo compongono – a quello internazionale e, in particolare, alle norme previste dal diritto internazionale in materia di tutela dei diritti umani.

Rilevano, a questo fine, innanzitutto, le disposizioni costituzionali con cui i Paesi in questione hanno previsto il rispetto dei diritti umani e regolato il coordinamento tra questi e i precetti di natura consuetudinaria. Ad esempio, la Costituzione del Sud Africa stabilisce che le autorità tradizionali sono subordinate alla Costituzione e che le corti devono applicare il diritto consuetudinario «when that law is applicable, subject to the Constitution and [relevant] legislation»<sup>275</sup>. La Costituzione del Kenya sancisce che «traditional dispute resolution mechanisms shall not be used in a way that: (a) contravenes the Bill of Rights; (b) is repugnant to justice and morality or results in outcomes that are repugnant to justice or morality; or (c) is inconsistent with [the] Constitution or any written law»<sup>276</sup>. Analogamente la Costituzione del Malawi stabilisce che «[a]ny law that discriminates against women on the basis of gender or marital status shall be invalid»<sup>277</sup> e richiede l'eliminazione delle pratiche tradizionali dannose<sup>278</sup>. La Costituzione del Ghana protegge i diritti culturali e, al tempo stesso, proibisce «[a]ll customary practices that dehumanize or are injurious to the physical or mental well-being of a person»<sup>279</sup>, mentre la Costituzione dell'Uganda, oltre a prevedere il diritto delle donne a non essere discriminate rispetto agli uomini, sancisce che «women shall have the right to affirmative action for the purpose of redressing the imbalances created by history, tradition or custom» e «[l]aws, cultures, customs or traditions which are against the dignity, welfare or interest of women or which undermine their status, are prohibited by this Constitution»<sup>280</sup>.

Anche sul piano della prassi giurisprudenziale gli Stati in questione si

---

<sup>275</sup> Constitution of the Republic of South Africa, Section 211. In merito si veda: M. NDULO, *African Customary Law, Customs, and Women's Rights*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies* 201, 99.

<sup>276</sup> Constitution of Kenya, art. 159(3).

<sup>277</sup> Constitution of the Republic of Malawi, chapter IV, art. 24(2).

<sup>278</sup> Ibid.

<sup>279</sup> Constitution of Ghana, art. 26(2).

<sup>280</sup> Constitution of Uganda, art. 33(5) e 6.

segnalano per evoluzioni significative, che hanno progressivamente condotto alla disapplicazione di precetti consuetudinari considerati incompatibili con i valori tutelati dalle Costituzioni e dal diritto internazionale. Nel caso *Edet v. Essien*, una corte nigeriana, ad esempio, ha considerato la regola consuetudinaria che stabilisce che, se la dote non viene restituita all'ex marito, i figli nati dal matrimonio successivo gli appartengono, contraria alla giustizia naturale, all'equità e alla buona coscienza<sup>281</sup>. Nel caso *Mojekwu v. Mojekwu* è stata invece disapplicata la consuetudine *Nnewi*, per cui se un uomo ha figli maschi, questi ereditano tutti i suoi beni, mentre se non ne ha, i beni sono ereditati dai parenti in linea maschile. La consuetudine è stata ritenuta contraria alla giustizia naturale, poiché tutti gli individui «are born into a free world and are expected to participate freely, without any discrimination on grounds of sex»<sup>282</sup>. Anche in Sud Africa la giurisprudenza ha condotto a considerare incostituzionali le regole consuetudinarie discriminatorie nei confronti delle donne in materia successoria: nei casi *Bhe v. Magistrate, Khayelitsha*, *Shibi v. Sithole* e *South African Human Rights Commission v. President of the Republic of South Africa*, la Corte costituzionale sudafricana ha dichiarato l'invalidità del principio di primogenitura stabilito dal diritto consuetudinario in materia di successione<sup>283</sup>. Oggetto dei ricorsi era l'incompatibilità della Sezione 23 del *Black Administration Act*, che richiede che la successione sia regolata dal diritto consuetudinario, con il principio di non discriminazione – sancito dalla Sezione 9(3) della Costituzione – nei confronti dei figli, diversamente trattati a seconda del sesso e della nascita in costanza di matrimonio valido, e delle donne, il cui diritto di ereditare era escluso. Analogamente nel caso *In re the Estate of Andrew Manunzyu Musyoka*, la figlia di un defunto, nata dal suo primo matrimonio consuetudinario, reclamava il

---

<sup>281</sup> *Edet v. Essien*, [1932] 11 NLR 47. Si veda M. NDULO, *African Customary Law, Customs, and Women's Rights*, cit., 103.

<sup>282</sup> *Mojekwu v. Mojekwu*, [1997] 7 NWLR 283. Si veda M. NDULO, *African Customary Law, Customs, and Women's Rights*, cit., 105.

<sup>283</sup> *Bhe v. Magistrate; Khayelitsha, Shibi v. Sithole; South African Human Rights Commission v. President of the Republic of South Africa*, 2004 (1) SA 580 (CC) 1 3 (S. Afr.). In merito si veda M. NDULO, *African Customary Law, Customs, and Women's Rights*, cit., 103.

diritto di ereditare e di non vedere applicata la regola che l'avrebbe privata dei diritti di successione nei confronti del marito. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto fondato il ricorso della donna poiché il diritto consuetudinario era discriminatorio nella misura in cui tendeva a negarle i diritti sulla base del sesso ed era, quindi, incompatibile con l'ordine pubblico e inapplicabile al caso, sulla base della Sezione 3(2) del *Succession Act*, che prevede che se una parte in causa è assoggettata al diritto consuetudinario africano, i tribunali lo devono applicare nella sola misura in cui non è «repugnant to justice and morality or inconsistent with any written law»<sup>284</sup>. La Corte costituzionale ugandese nella sentenza *Lwamasaka Nkonge Prosper (Kinyenyambali) v. James Magala Muteweta (Kyana)* ha chiarito, poi, che «le autorità tradizionali devono riflettere e adattarsi ai cambiamenti complessivi avvenuti nel sistema costituzionale e giuridico dell'Uganda [...] La Costituzione è superiore e il diritto consuetudinario deve rispettare tutti i requisiti costituzionali»<sup>285</sup>; su questo presupposto le corti ugandesi si sono pronunciate sulla contrarietà ai principi costituzionali delle pratiche sulla vedovanza<sup>286</sup> e sulle discriminazioni in materia successoria<sup>287</sup>. Così anche la High Court della Tanzania, che nel caso *Ephraim v. Pastory* ha ritenuto la regola consuetudinaria per cui le figlie, generalmente titolari del diritto di succedere ai padri, non possono ereditarne le terre, inco-

---

<sup>284</sup> Machakos High Court, Estate of Andrew Kamunzyu Musyoka, Kamunzyu v. Kamunzyu, First Instance, Succession Cause 303 of 1998, ILDC 1342 (KE 2005), 15 dicembre 2005.

<sup>285</sup> *Lwamasaka Nkonge Prosper (Kinyenyambali) v. James Magala Muteweta (Kyana)*, Miscellaneous Cause No. 65 of 2015 & 87 of 2016 [2019] UGHCCD 140, 12 luglio 2019. La traduzione è nostra. Sulla decisione si veda J.D. MUJUZI, *Reconciling Customary Law and Cultural Practices with Human Rights in Uganda*, reperibile a [https://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1682-58532020000200003](https://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1682-58532020000200003).

<sup>286</sup> *Ebiju v. Echodu*, Civil Appeal No. 43 of 2012, [2015] UGHCCD 122, 17 dicembre 2015. Si veda anche la sentenza *Nalumansi v Kasande*, Civil Appeal No. 010 Of 2015, [2017] UGSC 21, 10 luglio 2017. Così J.D. MUJUZI, *Reconciling Customary Law and Cultural Practices with Human Rights in Uganda*, cit.

<sup>287</sup> *Ebiju v. Echodu*, cit.; *Otikor v. Anya*, Civil Appeal No. 38 of 2012, [2016] UGHCLD 10, 5 maggio 2016; *Uganda v. Yiga Hamidu*, Criminal Session Case 005 of 2002, [2004] UGHCCRD 5, 9 febbraio 2004. Sui casi: J.D. MUJUZI, *Reconciling Customary Law and Cultural Practices with Human Rights in Uganda*, cit.

stituzionale e contraria ai principi che discendono dai trattati ratificati dallo Stato, tra cui la CEDAW e il Patto CPR<sup>288</sup>. Di grande rilievo è, infine, la sentenza pronunciata dalla Corte costituzionale dello Zimbabwe nel caso *Mudzuru*. Le ricorrenti (vittime di matrimoni precoci) contestavano la costituzionalità dei precetti consuetudinari sul matrimonio e della legge che li richiamava e chiedevano che venissero emendati e interpretati in conformità con la Costituzione. Accogliendo il ricorso, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme impugnate e ha stabilito che, a decorrere dal 2016, nessuna persona, maschio o femmina, avrebbe potuto contrarre matrimonio, inclusi i matrimoni di diritto consuetudinario non registrati o religiosi, prima del raggiungimento dei diciotto anni<sup>289</sup>.

Si registrano, tuttavia, anche casi con esiti meno positivi: la Corte Suprema dello Zimbabwe nel caso *Magaya v. Magaya* ha confermato la validità delle regole in materia successoria favorevoli alla discendenza maschile, sulla base dell'argomentazione per cui la Costituzione non prevedrebbe esplicitamente che il divieto di discriminazione su base sessuale operi con riguardo al diritto consuetudinario. Così anche l'approccio seguito dalla High Court ugandese nel caso *Wonaku v Makoba*, relativo alla legalità dell'obbligo consuetudinario del conferimento della dote. La Corte ha concluso: «[l]a Costituzione non vieta la conclusione di un accordo volontario e reciproco tra gli sposi con cui si attribuisca un prezzo della sposa. Un uomo e una donna hanno il diritto di scegliere il modo in cui desiderano sposarsi. È incostituzionale limitare questa libertà»<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> United Nations Office of the High Commissioner – UN Women, *Realizing Women's Rights to Land and Other Productive Resources*, 2020, 29.

<sup>289</sup> Constitutional Court, *Mudzuru v. Minister of Justice*, 20 gennaio 2016. L. SIT-HOLE, *Eliminating Harmful Practices Against Women in Zimbabwe: Implementing Article 5 of the African Women's Protocol*, in *African Human Rights Law Journal*, 2019, 567 ss.

<sup>290</sup> *Wonaku v Makoba*, Civil Revision No. 0004 of 2012, [2012] UGHC 91, 10 maggio 2012. La traduzione è nostra. J.D. MUJUZI, *Reconciling Customary Law and Cultural Practices with Human Rights in Uganda*, cit. *Magaya v Magaya*, Supreme Court, 2 novembre 1998, 16 febbraio 1999, commentata in V. KNOBELSDORF, *Zimbabwe's Magaya Decision Revisited: Women's Rights and Land Succession in the International Context*, in *Columbia Journal of Gender & Law*, 2006.

Anche l'ordinamento indiano, nella misura in cui applica il diritto consuetudinario, può confliggere con la tutela dei diritti umani. In materia successoria, ad esempio, per quanto l'*Hindu Succession Act* del 1956 abbia in larga parte superato, almeno formalmente, le discriminazioni nei confronti delle donne, assicurando a figlie e vedove i diritti di successione, le pratiche tradizionali e le regole consuetudinarie in materia di successione rimangono patrilineari e richiedono che la proprietà venga trasmessa in linea maschile; secondo il diritto induista le donne ereditano, invece, solo in assenza di eredi maschi e non divengono titolari di diritti di proprietà, ma solamente di usufrutto; ai sensi della *Shari'a* alle donne viene concessa, infine, una quota minore di eredità. Raramente le donne ereditano la terra e in genere le loro quote non vengono registrate formalmente nei registri fondiari<sup>291</sup>. In questo contesto appare interessante la sentenza nel caso *State of Bombay v. Narsu Appa Mali*<sup>292</sup>, che, diversamente da quelle esaminate in precedenza, si fonda su di un ricorso diretto non a far valere la natura discriminatoria di una pratica nei confronti delle donne, bensì a richiederne un'intensificazione, che si giustificerebbe, per i ricorrenti, sulla base della loro libertà religiosa. Poiché per gli induisti il fine del matrimonio è la procreazione di un erede maschio, la limitazione, stabilita dal *Bombay Prevention of Hindu Bigamous Marriage Act*, al solo matrimonio monogamico ne violerebbe la libertà, costituzionalmente protetta, di professare e praticare la religione e li discriminerebbe rispetto agli islamici, cui è invece consentito, nel rispettivo diritto, di contrarre matrimoni poligamici. La Corte ha confermato la validità del *Bombay Prevention of Hindu Bigamous Marriage Act*, in quanto considerato non discriminatorio della libertà di manifestare la religione, sulla base del presupposto per cui la differenza di trattamento invocata deve essere considerata ragionevole, poiché la legge indù e musulmana hanno origini diverse che giustificano la loro differente applicazione. Pur giungendo a una conclusione, nei fatti, positiva, la Corte non evoca mai l'impatto degli istituti in questione

---

<sup>291</sup> Gender and Land Rights Database: <https://www.fao.org/land-water/land/land-governance/land-resources-planning-toolbox/category/details/en/c/1047633/>.

<sup>292</sup> *State of Bombay v. Narsu Appa Mali*, (Air 1952 BOM 84) Parvathi, 17 gennaio 2017.

sul rispetto dei diritti delle donne e si limita a valutarli alla luce del principio di non discriminazione (tra fedeli di diverse religioni, non sulla base del sesso!) e della libertà di manifestare la fede<sup>293</sup>. Più incisiva è, invece, la sentenza nel caso *Madhu Kishwar v. State of Bihar*, richiamata dal Comitato dei diritti umani come esempio di buona prassi, con cui la Corte Suprema indiana, pur confermando la prassi consuetudinaria che prevede il diritto di successione dei discendenti maschi, ha introdotto il diritto delle figlie a trarre sostentamento dalla terra, limitando il diritto dei primi alla proprietà esclusiva fino a quando le seconde non dispongano di un altro mezzo di sostentamento<sup>294</sup>.

#### 9. *Pratiche tradizionali dannose e reati culturalmente motivati: un focus sulla giurisprudenza italiana.*

Lo *Special Rapporteur* sui diritti culturali richiama l'esigenza che gli Stati garantiscano «the training of judges in the area of human rights law and gender, in particular to disallow any 'cultural defences' of direct or indirect discrimination against women that adversely affects their right to take part in cultural life»<sup>295</sup>. Ai sensi dell'art. 42 della Convenzione di Istanbul – intitolato '*Unacceptable justifications for crimes, including crimes committed in the name of so-called 'honour'*' – gli Stati devono inoltre garantire che la cultura, le usanze, la religione, la tradizione e il cosiddetto 'onore' non siano considerati come una giustificazione per atti di violenza o condotte penalmente rilevanti attuate nei confronti di vittime ritenute aver trasgredito consuetudini culturali, religiose o sociali.

In materia di delitti d'onore si è espresso anche il Comitato dei diritti umani, relativamente a una comunicazione presentata da due coniugi in-

---

<sup>293</sup> Sul tema più ampio: C.A. MACKINNON, *Sex Equality Under the Constitution of India: Problems, Prospects, and 'Personal Laws'*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 181 ss.

<sup>294</sup> Human Rights Committee, Fourth Periodic Report Submitted by India Under Article 40 of the Covenant Pursuant to the Optional Reporting Procedure, CCPR/C/IND/4, 31 maggio 2022, par. 43.

<sup>295</sup> Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights, A/67/28, cit., par. 79(i)-(k).

diani che avevano visto rigettare dalle autorità canadesi la loro richiesta di asilo per motivi umanitari<sup>296</sup>. Tra gli altri motivi, i ricorrenti lamentavano che tale rigetto violasse il loro diritto alla vita, protetto dall'art. 6 del Patto CPR, poiché li esponeva al rischio di un delitto d'onore da parte della famiglia della sposa, contraria alla celebrazione del loro matrimonio inter-casta. Per quanto la comunicazione individuale sia stata dichiarata inammissibile, essa ha avuto l'effetto di richiamare l'attenzione del Comitato su di una pratica tradizionale dannosa, che al pari dei matrimoni forzati o delle MGF, potrebbe, se ne ricorrono le condizioni, integrare una violazione grave dei diritti umani, motivata da presunte, e inaccettabili, giustificazioni di carattere culturale, connesse alla salvaguardia dell'onore e delle tradizioni<sup>297</sup>.

Il tema ci conduce a trattare dei reati culturalmente motivati. Li esamineremo, in particolare, dal punto di vista del diritto e della giurisprudenza italiani, al fine di valutarne la compatibilità con le indicazioni espresse a livello internazionale. In primo luogo, è bene premettere che il reato culturalmente motivato consiste nel «comportamento realizzato da un membro appartenente ad una cultura di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico della cultura dominante»<sup>298</sup>. La condotta in questione all'interno del gruppo culturale dell'agente «è condonat[a], o accettat[a] come comportamento normale, o approvat[a], o addirittura è sostenut[a] e incoraggiat[a] in determinate situazioni»<sup>299</sup>. Sussiste, dunque, un «retroscena di conflitto tra una norma giuridica, segna-

---

<sup>296</sup> Human Rights Committee, Decision Adopted by the Committee Under the Optional Protocol, Concerning Communication No. 3016/2017, CCPR/C/132/D/3016/2017, 31 dicembre 2021.

<sup>297</sup> Ibid., par. 2.7, 6.5 e 6.6.

<sup>298</sup> C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in M. PIFFERI, O. GIOLO (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, Giappichelli, Torino, 2009, 208-209. In materia F. BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Giuffrè, Milano, 2010, 53; G. CROCCO, *Sistema penale e dinamiche interculturali: le implicazioni del movente culturale nella commissione del reato e rilevanza delle cultural defences*, in *Giurisprudenza penale*, 2015, 1 ss.

<sup>299</sup> C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, cit., 209.

tamente quella che qualifica come penalmente rilevante la condotta concreta, ed una norma culturale che, viceversa, rende pienamente legittimo o, addirittura, impone quel medesimo comportamento»<sup>300</sup> e si intravede un conflitto tra la cultura «dominante di cui sono espressione le scelte di politica criminale che incriminano una determinata condotta» e «quella/e minoritaria/e che facoltizza(no), rendendo lecito quel medesimo comportamento»<sup>301</sup>.

Ciò premesso, appaiono di interesse, ai fini della presente analisi, alcune decisioni giudiziarie italiane che valorizzano un approccio culturalmente orientato, che porta, alternativamente, all'esclusione del fatto tipico o dell'elemento soggettivo del dolo, o al riconoscimento di una causa di giustificazione, di un'ignoranza scusabile, o alla rimodulazione del trattamento sanzionatorio.

Esemplificativa, ad esempio, è la vicenda giudiziaria che si è conclusa con la decisione con cui la Corte di Cassazione nel 2018 ha rovesciato la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia che assolveva il padre di un minore dall'accusa di avere costretto il figlio a subire atti sessuali, quali palpeggiamenti nelle parti intime e rapporti orali. Secondo la Corte, il giudice di merito aveva «sviluppato 'un'interpretazione culturalmente orientata' dei fatti, riconoscendo rilievo alla cultura di appartenenza degli imputati, nella quale le condotte sarebbero prive di disvalore e dunque consentite o tollerate»<sup>302</sup>. La Corte ricorda, infatti, che il Tribunale di primo

---

<sup>300</sup> C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 410.

<sup>301</sup> Ibid. L'istituto differisce dalla *cultural defense*, sviluppata nei sistemi di *common law*. Sul tema: G. CROCCO, *Sistema penale e dinamiche interculturali: le implicazioni del movente culturale nella commissione del reato e rilevanza delle cultural defences*, in *Giurisprudenza penale*, 2015, 16 ss.; M. FISCHER, *The Human Rights Implications of a 'Cultural Defense'*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 1998, 664 ss.; C. DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse Metodologiche*, Edizioni ETS, Pisa, 2010, 1117; P.J. MAGNARELLA, *Justice in A Culturally Pluralistic Society: The Culture Defense on Trial*, in *Journal of Ethnic Studies*, 1991, 67; L. MONTICELLI, *Le 'cultural defense' (esimenti culturali) e i reati 'culturalmente orientati'. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *L'Indice penale*, 2003, 535; D. RENTELN, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2005, 47 ss.

<sup>302</sup> Corte di Cassazione, Sez. III, n. 2963 del 29 gennaio 2018, par. 3.1.1.

grado era pervenuto a escludere la sussistenza del dolo, in quanto – nonostante avesse rilevato che «nessuno dubit[i] che nel nostro ordinamento il contatto con l'organo genitale maschile, il bacio o ancor più l'inserimento in bocca del pene integri un atto sessuale in quanto invasivo della sfera sessuale» –<sup>303</sup> l'elemento soggettivo «assume connotazioni differenziate alla luce delle questioni che da tempo la dottrina propone con riferimento alla valenza 'culturale' del fatto, fattore che può influire sia sulla coscienza dell'antigiuridicità della condotta, sia sulla comprensione dell'elemento della fattispecie che presenta specifiche caratteristiche culturali, sia in definitiva sull'ignoranza inevitabile del precetto penale»<sup>304</sup>. Il Tribunale giungeva, pertanto, all'assoluzione, perché sarebbe mancato un «elemento aggiuntivo rispetto alla materialità del fatto che induc[esse] a pensare che la condotta dell'imputato, nato e cresciuto in un diverso contesto culturale, fosse accompagnata dalla coscienza del carattere oggettivamente sessuale secondo la nostra cultura di riferimento»<sup>305</sup>. Analogamente, la Corte d'Appello riteneva che la condotta «anche sul piano materiale si traducesse [...] in meri gesti di affetto e di orgoglio paterno nei confronti del figlio maschio, assolutamente privi di qualsiasi implicazione di carattere sessuale e indicati come rispondenti a tradizioni di zone rurali interne dell'Albania, Paese di origine degli imputati»<sup>306</sup>. Secondo questa lettura, l'atto commesso dall'imputato non avrebbe avuto «in sé alcun intrinseco significato sessuale, né alcuna obiettiva attitudine offensiva dell'altrui sfera sessuale, risultando esso una commistione di abitudini del gruppo sociale di appartenenza con una chiara manifestazione ludica, ultra affettiva e dimostrativa dell'orgoglio per l'unico figlio maschio»<sup>307</sup>. Le conclusioni sono, tuttavia, state rigettate dalla Cassazione, che ha sviluppato alcune considerazioni generali di estremo interesse: fermo restando che «occorre promuovere un approccio esegetico che abbia in considerazione [...] mutamento del costume e sentire sociale in continuo divenire», il giudice della legittimità ha concluso che, «accanto a tale linea in-

---

<sup>303</sup> Ibid.

<sup>304</sup> Ibid.

<sup>305</sup> Ibid.

<sup>306</sup> Ibid., par. 3.1.2.

<sup>307</sup> Ibid.

terpretativa, che non rinnega né esclude la necessità di procedere ad una interpretazione delle norme penali che risenta del momento storico e culturale di riferimento (ivi compreso con riguardo al fenomeno del c.d. 'multiculturalismo', quale precipitato dell'integrazione dei migranti nella compagine sociale) occorre tuttavia tenere presente che nessun sistema penale potrà mai abdicare, in ragione del rispetto di tradizioni culturali, religiose o sociali del cittadino o dello straniero, alla punizione di fatti che colpiscano o mettano in pericolo beni di maggiore rilevanza (quali i diritti inviolabili dell'uomo garantiti e i beni ad essi collegati tutelati dalle fattispecie penali), che costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile, di consuetudini, prassi, costumi che tali diritti inviolabili, della persona, cittadino o straniero, pongano in pericolo o danneggino»<sup>308</sup>. Nel caso di specie la Corte di Cassazione ha valutato anche l'incidenza della matrice culturale sulla consapevolezza dell'agente, ossia se la norma avesse un mero carattere culturale o trovasse riscontro anche nell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza, e se fosse rispettata in modo omogeneo da tutti i membri del gruppo culturale, o fosse invece desueta e poco diffusa anche in quel contesto.

Il caso descritto appare particolarmente delicato in ragione dei diritti la cui tutela è in gioco: da un lato, i diritti culturali dell'imputato; dall'altro, i diritti all'integrità fisica e psichica del minore, la protezione dei quali legittima l'approccio seguito dalla Corte e la previsione dello 'sbarramento invalicabile'. Il giudice di legittimità ha dunque aperto la strada alla considerazione di valori «non necessariamente coincidenti con quelli della cultura di maggioranza»<sup>309</sup>, sia pur con la necessaria prudenza e attenzione alla garanzia dei diritti e delle regole fondamentali sanciti nell'ordinamento italiano. In questa stessa linea di ragionamento si inserisce la decisione con cui la Cassazione ha rigettato l'applicazione dell'aggravante dei futili motivi, di cui all'art. 61(1) del

---

<sup>308</sup> Ibid., par. 3.3.

<sup>309</sup> F. BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, cit., 439; P.F. POLI, *Aggravante dei motivi abietti e reati culturalmente motivati. Nota a Cass. pen., sez. II, 18.2.2010, n. 6587 (caso Hina Saleem)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 novembre 2010; I. RUGGIU, *Culture and the Judiciary. The Anthropologist Judge*, Routledge, London/New York, 7 ss.

Codice penale, in presenza di un caso di tentato omicidio da parte di un padre egiziano di fede islamica ai danni della figlia minore, 'colpevole' di avere 'disonorato la famiglia' intrattenendo atteggiamenti intimi con il proprio partner italiano, prima e al di fuori del matrimonio<sup>310</sup>. Nel caso relativo all'omicidio di una figlia minore da parte del padre di origine pachistana, la Corte ha poi confermato la sussistenza dell'aggravante dei motivi abietti, in quanto la condotta delittuosa era fondata su «un patologico e distorto rapporto di 'possesso parentale'», e ha riconosciuto che, nella valutazione del senso di repulsione che qualifica tali motivi, «il giudice del merito non [può] prescindere [...] dalle ragioni soggettive dell'agire in termini di riferimenti culturali, nazionali, religiosi dell'atto criminoso», ritendendo abietto il motivo anche secondo la cultura di appartenenza<sup>311</sup>. Le decisioni si inseriscono nel più ampio orientamento in materia di delitti d'onore, in relazione ai quali non è stata riconosciuta l'attenuante prevista dall'art. 62(1) del Codice penale per la commissione sulla base di moventi che traggano origine da valori morali e sociali avvertiti e condivisi dalla collettività. Come correttamente rilevato dalla Cassazione, «la cd. causa d'onore non può assurgere al rango di circostanza attenuante generale [...], in quanto espressione di una concezione angusta e arcaica del rapporto di coniugio, apertamente confliggente con valori ormai acquisiti nella società civile che ricevono un riconoscimento e una tutela anche a livello costituzionale, quali il rispetto della vita, la dignità della persona, l'uguaglianza di tutti i cittadini senza discriminazioni basate sul sesso, l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi all'interno della famiglia, quale società naturale fondata sul matrimonio»<sup>312</sup>.

Non si può, tuttavia, non dar conto della richiesta di archiviazione presentata nel novembre 2021 dalla Procura di Perugia al termine delle indagini preliminari sui maltrattamenti subiti da una moglie marocchina da parte dell'ex-marito connazionale. La richiesta sosteneva che la condotta

---

<sup>310</sup> P.F. POLI, *Una nuova pronuncia della Cassazione sull'aggravante dei futili motivi nei reati culturalmente motivati. Nota a Cass. pen., sez. I, sentenza 4 dicembre 2013 (dep. 18 dicembre 2013), n. 51059, Pres. Zampetti, Rel. Caiazzo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 febbraio 2014.

<sup>311</sup> Corte di Cassazione, Sez. II pen., n. 6587 del 18 febbraio 2010.

<sup>312</sup> Corte di Cassazione, Sez. I pen., n. 37352 del 10 ottobre 2007.

denunciata «pur non condivisibile in ottica occidentale, rientra[sse] nel quadro culturale dei soggetti interessati», ragion per cui non doveva essere considerata integrare gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 572 del Codice penale<sup>313</sup>. Così anche la richiesta avanzata nel settembre 2023 dal pubblico ministero di Brescia relativamente a un procedimento nei confronti di un cittadino del Bangladesh, accusato di aver maltrattato e minacciato la moglie, poiché gli episodi incriminati sarebbero avvenuti in un contesto culturale inizialmente accettato dalla moglie e che avrebbe giustificato la mancata «coscienza e volontà di annichilire e svilire la coniuge, atteso che la disparità fra l'uomo e la donna è un portato della sua cultura»<sup>314</sup>.

Le richieste si pongono in contrasto con l'orientamento, giustamente seguito in numerose sentenze, dalla Corte di Cassazione, tra cui quella che ha deciso il caso di un cittadino marocchino ritenuto responsabile di aver sottoposto la moglie a violenza domestica e stupro. La Cassazione, confermando la sentenza di condanna in secondo grado, ha chiarito che «i principi costituzionali [...] costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come 'antistorici' a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero»<sup>315</sup>. Nella stessa linea di ragionamento si inserisce la sentenza della Cassazione che, rigettando la difesa dell'imputato che sosteneva che il suo sistema culturale l'avesse indotto a presumere l'esistenza del consenso al rapporto sessuale intra-coniugale, esclude la rilevanza, nel delitto di violenza sessuale, dell'esimente putativa del consenso, sostenendo che «non hanno diritto di cittadinanza giustificazioni che, in nome di dedotte diversità culturali, portano al sovvertimento del

---

<sup>313</sup> La richiesta è stata successivamente revocata.

<sup>314</sup> La richiesta è stata poi revocata.

<sup>315</sup> Corte di Cassazione, Sez. VI pen., n. 46300 del 26 novembre 2008. In tema di maltrattamenti e reati culturalmente motivati si vedano anche: Corte di Cassazione, Sez. VI pen., n. 32824 del 12 agosto 2009; Corte di Cassazione, Sez. VI pen., n. 55 del 8 gennaio 2003; Corte di Cassazione, Sez. VI pen., 29 maggio 2009, n.22700. G. CROCCO, *Sistema penale e dinamiche interculturali: le implicazioni del movente culturale nella commissione del reato e rilevanza delle cultural defences*, cit., 16 ss.

principio di obbligatorietà della legge penale sancito dall'art. 3 del Codice penale. A maggior ragione se, in tal modo, si consente l'affievolimento della tutela di principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e dei diritti inviolabili della persona»<sup>316</sup>. Il giudice di legittimità ritiene inoltre che «lo straniero imputato di un delitto contro la persona o contro la famiglia (nella specie: maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale, violazione degli obblighi di assistenza familiare) non [possa] invocare, neppure in forma putativa, la scriminante dell'esercizio di un diritto correlata a facoltà asseritamente riconosciute dall'ordinamento dello Stato di provenienza, qualora tale diritto debba ritenersi oggettivamente incompatibile con le regole dell'ordinamento italiano, in cui l'agente ha scelto di vivere, attesa l'esigenza di valorizzare – in linea con l'art. 3 Cost. – la centralità della persona umana, quale principio in grado di armonizzare le culture individuali rispondenti a culture diverse, e di consentire quindi l'instaurazione di una società civile multietnica»<sup>317</sup>.

Significativa, infine, è la prassi giurisprudenziale sviluppata con riguardo a due reati culturalmente motivati, la cui repressione è oggi espressamente prevista dal nostro ordinamento: le mutilazioni genitali femminili e l'accattonaggio di minori. Il primo è punito all'art. 600-*octies* del Codice penale. Nel 2008 la Cassazione aveva assolto una donna, condannata in secondo grado per riduzione e mantenimento in schiavitù *ex* art. 601 del Codice penale, per avere costretto i figli minorenni a pratiche di accattonaggio. Secondo la Corte «il confine tra l'uso legittimo dell'autorità [genitoriale] e l'abuso appare [in alcune situazioni] piuttosto labile. Ciò è particolarmente vero per alcune comunità etniche ove ad esempio la richiesta di elemosina costituisce una condizione di vita tradizionale molto radicata nella cultura e nella mentalità [...]. Ovviamente è necessario prestare attenzione alle situazioni reali al fine di non criminalizzare condotte che rientrino nella tradizione culturale di un popolo, fermo restando, però, che se determinate pratiche, magari anche consuetudinarie e tradizionali, mettano a rischio diritti fondamentali dell'individuo garantiti

---

<sup>316</sup> Corte di Cassazione, Sez. III pen., n. 37364 del 5 giugno 2015.

<sup>317</sup> Corte di Cassazione, Sez. III pen., n. 8986 del 12 dicembre 2019, par. 3. In materia di violenza sessuale e reati culturalmente motivati, si veda anche Corte di Cassazione, Sez. III pen., n. 34909 del 17 settembre 2007.

dalla nostra Costituzione o confliggano con norme penali che proprio tali diritti cercano di tutelare, la repressione penale è inevitabile. È fin troppo evidente, infatti, che consuetudini contrarie all'ordinamento penale non possano essere consentite»<sup>318</sup>. Applicando la sanzione penale, il legislatore italiano assume, dunque, un orientamento di censura nei confronti di questa pratica e rigetta le giustificazioni di carattere culturale, nella direzione di una maggiore tutela dei diritti dei minori – approccio che chi scrive, data la delicatezza dei valori in gioco, condivide.

Le MGF sono invece vietate dell'art. 583-*bis* del Codice penale<sup>319</sup>. Quest'ultima previsione ha contribuito a chiarire la posizione dell'ordinamento con riguardo a una pratica intollerabile, per quanto culturalmente motivata. Prima della riforma normativa, era stato archiviato, ad esempio, il procedimento penale nei confronti di due genitori nigeriani residenti in Italia che, in occasione di un viaggio nel Paese d'origine, avevano sottoposto la figlia ad escissione, pratica tollerata dalla religione e, all'epoca, dalla legge locale<sup>320</sup>. Il decreto motiva l'archiviazione sulla base del fatto che i genitori avevano «inteso sottoporre la figlia a pratiche di mutilazione genitale, pienamente accettate dalle tradizioni locali (e parrebbe dalle leggi) del loro Paese», argomento che – data la gravità della violazione – ci sentiamo di respingere<sup>321</sup>. L'introduzione dell'art. 583-*bis* ha, invece, condotto alla condanna di una coppia di genitori e di una ostetrica nigeriana, colpevoli di aver praticato in Italia l'intervento su due giovani minorenni. Con la criminalizzazione, pertanto, «il legislatore nazionale [...] tenta di scoraggiare [...] pratiche radicate nella cultura di alcuni gruppi etnici di

---

<sup>318</sup> Corte di Cassazione, Sez. V pen., n. 44516 del 17 settembre 2008. C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, cit., 420.

<sup>319</sup> Legge 7/2006. Sul tema più ampio della criminalizzazione delle fattispecie che attengono alla violenza di genere: S. DE VIDO, *Culturally Motivated Crimes Against Women in A Multicultural Europe. The Case of Criminalization of FGM in the 2011 CoE Istanbul Convention*, cit.; C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 838 ss.; F. IPPOLITO, *The Pitfalls of the Italian Response to International Obligations of Criminalization of Gender Violence*, in *International Criminal Law Review*, 2021, 748.

<sup>320</sup> Tribunale di Torino, 17 luglio 1997.

<sup>321</sup> *Ibid.*

diversi Paesi africani e dell'Asia per motivi tradizionali e socio-culturali vari (non di tipo terapeutico), ma comunque connessi anche alla finalità di attuare un controllo sulla sessualità e sul corpo della donna, pratiche non accettabili perché costituiscono grave aggressione a diritti primari riconosciuti dalla nostra Costituzione e dalle fonti sovranazionali, quali sono l'integrità fisica e la salute psico-sessuale della donna o bambina, nonché la dignità personale della stessa»<sup>322</sup>.

Le sentenze esaminate appaiono interessanti sotto il profilo della repressione penale di condotte lesive di valori protetti dall'ordinamento, ritenute essere motivate da convincimenti di carattere culturale. Gli approcci seguiti dalla giurisprudenza, forti anche delle specifiche circostanze del caso, portano a soluzioni giuridiche differenti. Alcune condotte sono state, infatti, ritenute non penalmente rilevanti, altre invece, in ragione del contesto culturale, sono state considerate giustificabili o da sanzionare con incisività attenuata; altre sentenze, infine, hanno rigettato le giustificazioni di carattere culturale. Con riguardo ad alcune pratiche tradizionali, a fronte di una deriva ritenuta eccessivamente relativista, il legislatore è infine intervenuto, introducendo specifiche fattispecie criminali. In via generale, in questi frangenti il ruolo del giudice è estremamente complesso: ciò emerge non solo dalle difficoltà di valutare correttamente le giustificazioni culturali e attribuire loro il rilievo che meritano, senza limitare la tutela di valori e diritti ritenuti essenziali, ma anche dalla complessità di inquadrare determinate condotte nel contesto culturale – talvolta poco noto – di riferimento.

Anche alla luce di questi rilievi, ci sembra che le soluzioni più equilibrate e conformi a quanto richiesto dalle indicazioni fornite a livello internazionale siano quelle che si limitano ad attribuire valore alle giustificazioni culturali in presenza di violazioni minori dei diritti protetti dall'ordinamento, dunque, in definitiva, in fattispecie diverse da quelle trattate in questo paragrafo. Come richiesto dallo *Special Rapporteur* sui di-

---

<sup>322</sup> Tribunale civile e penale di Verona, Sez. pen., 14 aprile 2010, Giudice monocratico Ferraro. F. BASILE, *Il reato di 'pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili' alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2013; L. BELLUCCI, *Le mutilazioni genitali femminili come reato di genere? Un'analisi delle norme europee alla luce del concetto di violenza*, ivi, 2018.

ritti culturali e dall'art. 42 della Convenzione di Istanbul, ci pare non si giustificino, invece, posizioni assolutorie in presenza di gravi violazioni dei diritti umani, sebbene culturalmente motivate.



### CAPITOLO III

## DIVERSITÀ CULTURALE E PRATICHE TRADIZIONALI DANNOSE NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

SOMMARIO: 1. La valorizzazione della diversità culturale nel diritto internazionale privato. – 2. Diversità culturale e ordinamenti plurilegislativi: i diritti religiosi e consuetudinari nel diritto internazionale privato. – 3. L'ordine pubblico internazionale in una società multiculturale. – 4. I matrimoni forzati, precoci e infantili. – 5. Il ripudio. – 6. L'accesso alla giustizia in una società multiculturale: la mancata previsione nel Regolamento Bruxelles-II *ter* del *forum necessitatis* in materia di divorzio.

#### 1. *La valorizzazione della diversità culturale nel diritto internazionale privato.*

Esaminate, nella prospettiva del diritto internazionale pubblico, le questioni relative alla tutela della diversità culturale e della protezione dei diritti umani in presenza di pratiche tradizionali dannose, è ora opportuno analizzare i problemi specifici che esse presentano per il diritto internazionale privato. Molte pratiche tradizionali dannose si traducono, infatti, a livello giuridico, nel perfezionamento di istituti, previsti dai diritti religiosi o consuetudinari, che presentano elementi problematici sul piano della conformità con i principi fondamentali riconosciuti nel diritto internazionale e protetti nell'ordinamento italiano e dei Paesi europei. Così, ad esempio, avviene per i matrimoni forzati o infantili, per il ripudio effettuato nei confronti delle mogli ai sensi di alcuni diritti religiosi, o per la regolazione discriminatoria, ai danni di vedove e

spose, delle successioni *mortis causa* e dei rapporti patrimoniali tra coniugi.

Se, da un lato, questi specifici istituti, come vedremo, hanno giustificato, da parte dell'Italia e dei Paesi europei, reazioni di 'chiusura' sul piano del diritto internazionale privato, dall'altro, specifiche esigenze, altrettanto essenziali, inducono a un approccio equilibrato e adeguato al singolo caso di specie. Non sempre, infatti, un diniego assoluto di effetti civili nei confronti di istituti tradizionali presuntivamente dannosi rappresenta la protezione migliore proprio per tutelare quegli individui i cui diritti si intende proteggere. Inoltre – e l'osservazione ci sembra abbia carattere fondamentale – al netto dei casi problematici in esame, la stessa identità culturale degli individui coinvolti e la diversità culturale, in quanto beni essenziali, meritano di essere protette nel diritto internazionale privato e valorizzate attraverso il suo funzionamento.

Al fine di esaminare le soluzioni normative e giurisprudenziali attraverso cui il diritto internazionale privato affronta le sfide descritte in questo volume, il presente capitolo muove, pertanto, proprio dall'esame dell'adeguatezza delle sue regole a proteggere e valorizzare la diversità culturale, per poi analizzare le problematiche connesse alle pratiche tradizionali dannose e agli istituti giuridici che le legittimano. Dal punto di vista metodologico, lo studio intende esaminare le suddette questioni attraverso le tre funzioni del diritto internazionale privato – determinazione della legge applicabile, attribuzione della competenza giurisdizionale ed efficacia delle decisioni straniere –, ponendo l'attenzione su alcune tematiche scelte che, a parere di chi scrive, individuano le peculiarità del tema di indagine e ne rappresentano le complessità, e seguendo un ordine che non è necessariamente quello tradizionale, ma che meglio corrisponde al ragionamento svolto in queste pagine. In questa prospettiva, ci si concentrerà, in primo luogo, sulla determinazione della legge applicabile, in particolare al fine di comprendere quali criteri di collegamento siano più idonei a valorizzare la diversità culturale nella disciplina degli statuti personali e degli istituti di carattere familiare e in presenza di ordinamenti plurilegislativi. Sarà poi esaminata la funzione dell'ordine pubblico, non solo come limite all'operatività delle leggi straniere, ma anche all'ingresso di provvedimenti o situazioni giuridiche i cui effetti siano incompatibili con i suoi principi, e ne sarà analizzato, in particolare, il rilievo nell'attribuzione dell'efficacia a decisioni o atti di

matrimonio o ripudio pronunciati secondo leggi diverse da quella italiana, che ammettono la celebrazione del vincolo con requisiti di età minima inferiori a quelli previsti dal nostro ordinamento o consentono tali forme di divorzio unilaterale. Infine, saranno approfondite l'attribuzione della competenza giurisdizionale mediante il titolo residuale del *forum necessitatis*, la sua mancata previsione nel Regolamento Bruxelles-II *ter*, in materia di divorzio, e le conseguenze negative che ne discendono sull'accesso alla giustizia di quelle donne cui sia impedito, dinanzi al giudice altrimenti competente, di richiedere lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

Condividiamo l'assunto per cui nelle società multietniche e multiculturali l'appartenenza degli individui a Stati, comunità o altre collettività impone di riconsiderare l'adeguatezza dei tradizionali criteri di collegamento nel diritto internazionale privato: in altre parole «[è] opportuno chiedersi se il metodo tradizionale, secondo il quale per ciascuna categoria di rapporti giuridici viene designato a priori un collegamento oggettivo, al fine di risolvere in modo neutrale i conflitti tra leggi statali, soddisfi sufficientemente le esigenze sottese ai nuovi fenomeni giuridici»<sup>1</sup>. Avendo, nella prima parte del volume, dimostrato come la diversità culturale è tutelata nel diritto internazionale pubblico e il diritto di prendere parte alla vita culturale – intesa anche come espressione delle tradizioni e dei convincimenti religiosi – forma l'oggetto di un diritto umano, è pertanto doveroso chiedersi se tale diversità e tale diritto sono presi in considerazione e adeguatamente protetti nel sistema delle norme di conflitto, e quali criteri di collegamento meglio si prestino a questo fine.

Muovendo dal presupposto per cui nella società contemporanea «il se-rait opportun d'appliquer la loi qui représente le mieux l'appartenance ou la conscience d'adhésion de l'individu, afin d'aboutir aux rapports juridiques que chacun prévoit et auxquels il s'attend»<sup>2</sup>, riteniamo che gli Stati conseguano questo effetto nella disciplina dello statuto personale e dei rapporti giuridici familiari transfrontalieri, designando come regolatrice la legge che meglio rappresenta l'identità culturale dell'individuo. Il tema

---

<sup>1</sup> Y. NISHITANI, *Identité culturelle en droit international privé de la famille*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2019, t. 401, 236-237. La traduzione è nostra.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 239.

interseca quello della circolazione internazionale degli statuti personali e familiari, che sarà affrontato nei paragrafi successivi, in particolare con riferimento all'intervento dell'ordine pubblico internazionale come limite all'ingresso nell'ordinamento richiesto di istituti e situazioni giuridiche incompatibili con i suoi principi essenziali. Ci si limita in questa sede a notare che, con riguardo alla circolazione degli *status*, il metodo conflittuale, imperniato sull'identificazione della legge applicabile agli statuti personali e familiari, è stato affiancato dal metodo, più favorevole a garantire la loro continuità, del riconoscimento<sup>3</sup>. Quest'ultimo attribuisce rilevanza primaria al punto di vista dell'ordinamento straniero nel quale essi sono acquisiti e comporta che le situazioni giuridiche siano riconosciute nello Stato richiesto nella misura in cui validamente costituite nel primo, salvo il limite, appunto, dell'ordine pubblico. In merito, la risoluzione del 2021 dell'Institut de droit international su *Human Rights and Private International Law* all'art. 10 specifica che il rispetto del diritto alla vita privata e familiare richiede il riconoscimento dello statuto personale acquisito in uno Stato diverso, se l'individuo ha un collegamento suffi-

---

<sup>3</sup> Sul metodo conflittuale: R. LUZZATTO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1964. Sul metodo del rinvio all'ordinamento competente: P. PICONE, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 197, 1986, 229; ID., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, ivi, v. 276, 1999, 9 ss. Sul riconoscimento degli *status* personali: R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2011, 348, 413; A. DAVI, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, 336; P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 327, 2013, 179 ss.; P. LAGARDE, *Introduction au thème de la reconnaissance des situations: rappel des points les plus discutés*, in P. LAGARDE (ed.), *La reconnaissance des situations in droit international privé*, Pedone, Paris, 2013, 19; ID., *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé?*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2015, v. 371, 19; F. MARONGIU BONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 82; F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 395, 2019, 21 ss.

cientemente stretto sia con lo Stato le cui autorità hanno stabilito lo *status* in questione sia con lo Stato la cui legge è applicata e purché non ricorra una violazione manifesta dell'ordine pubblico dello Stato richiesto<sup>4</sup>.

Tutto ciò premesso e tornando al tema della legge applicabile che meglio valorizza la diversità culturale, autorevole dottrina ritiene che la protezione dell'identità culturale nell'epoca postmoderna – ossia nell'epoca caratterizzata dal ruolo primario che gli individui attribuiscono all'identità culturale, le cui espressioni sono la lingua, la religione, i costumi e le altre tradizioni della comunità di riferimento – sia meglio assicurata dall'applicazione, nei loro confronti, della legge determinata sulla base del criterio di collegamento della nazionalità<sup>5</sup>. Secondo questa concezione, la nazionalità attribuisce, infatti, rilevanza a fattori quali la religione, la lingua e i costumi praticati in un determinato territorio, sino a consentire di valorizzare proprio il collegamento con l'«entité culturelle [...] ou le groupe ethnique ou religieux auquel les personnes appartiennent»<sup>6</sup>. La legge nazio-

---

<sup>4</sup> Institut de droit international, Human Rights and Private International Law, Rapporteur: Mr Fausto Pocar, IV Commission, 4 settembre 2021, art. 10. In merito G. ROS-SOLILLO, *Art. 10 della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law: la continuità degli status come garanzia del rispetto della vita privata e familiare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, 531. L'art. 45 della Legge elvetica di diritto internazionale privato stabilisce che il matrimonio validamente celebrato all'estero sia riconosciuto in Svizzera e, se uno degli sposi è cittadino svizzero o entrambi sono domiciliati in Svizzera, lo sia solo se la celebrazione all'estero non è stata manifestamente voluta per eludere le norme del diritto svizzero sulla nullità del matrimonio. Ros-solillo ricorda, inoltre, che il Codice civile olandese prevede: «[W]here a fact has certain legal effects under the law that is applicable according to the private international law of a foreign State involved, a Dutch court may, even when the law of that foreign State is not applicable according to Dutch private international law, attach the same legal effects to that fact, as far as non-attachment of these legal effects would be an unacceptable violation of the parties' justified confidence or of legal certainty».

<sup>5</sup> E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, t. 251, 167. Si veda P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, in L. MANCINI, *Diritto internazionale – Prelezioni*, Napoli, 1873, 1.

<sup>6</sup> E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., 170; ID., *Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, 295. In merito, anche Y. NISHITANI, *Identité culturelle en droit international privé de la famille*,

nale è, d'altronde, comprensiva – come meglio vedremo nel prossimo paragrafo – dei diritti religiosi e consuetudinari integrati nell'ordinamento. In via di principio, l'applicazione della legge nazionale garantisce, dunque, il rispetto delle regole che tendenzialmente meglio rappresentano la concezione culturale cui l'individuo aderisce. Questa funzione è assicurata, ad esempio, dagli art. 20, 23 e 24 della Legge n. 218 del 31 maggio 1995 (di seguito 'Legge italiana di riforma del diritto internazionale privato' o 'Legge 218/1995') sulla determinazione della legge regolatrice della capacità giuridica e di agire delle persone fisiche e dei diritti della personalità<sup>7</sup>, dall'art. 27 in materia di legge regolatrice delle condizioni per contrarre matrimonio<sup>8</sup>, o dall'art. 29 sui rapporti personali tra coniugi<sup>9</sup>.

---

cit., 308. Sul punto, si vedano le osservazioni di G. CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Giappichelli, Torino, 2009, 74 ss.; A. MALATESTA, *Cultural Diversity and Private International Law*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009, 650; A. PIETROBON, *Cittadinanza e legge applicabile, crisi di una tradizione?*, in L. ZAGATO (a cura di), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, Libreria editrice Cafoscarina, Venezia, 2003, 85.

<sup>7</sup> Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996; N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Giappichelli, Torino, 1996; G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano. Legge 31 maggio 1995, n. 218*, Giappichelli, Torino, 2009, e più in generale P. BERTOLI, *Nozioni di diritto internazionale privato e processuale*, Giappichelli, Torino, 2023; P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, II ed., Giappichelli, Torino, 2023; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO *Diritto internazionale privato e processuale*, v. I, Parte generale e obbligazioni, IX ed., Utet, Torino, 2020. Sugli articoli in questione si vedano, tra i molti, A. DI BLASE, *Art. 20 (Capacità giuridica delle persone fisiche)*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1996, 105; ID., *Art. 23 (Capacità di agire delle persone fisiche)*, ivi, 115; ID., *Art. 24 (Diritti della personalità)*, ivi, 123.

<sup>8</sup> Sull'art. 27 si vedano G. CARELLA, *Art. 27*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., 1165; A. SARAVALLE, *Art. 27 (Condizioni per contrarre matrimonio)*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, cit., 143.

<sup>9</sup> R. CLERICI, *Art. 29 (Rapporti personali tra coniugi)*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, cit., 151.

Occorre, tuttavia, rilevare che l'applicazione della legge nazionale sortisce con certezza l'effetto di garantire il miglior rispetto dell'identità culturale solamente in presenza di flussi migratori di prima generazione, relativamente a immigrati che percepiscono la propria permanenza all'estero come temporanea e che non hanno acquisito la cittadinanza dello Stato di destinazione. La ricostruzione può assumere, invece, tinte diverse per quegli immigrati di seconda o terza generazione, il cui attaccamento allo Stato di residenza, pur non avendone ancora la cittadinanza, sia progressivamente crescente o equivalente a quello di origine e la cui identità culturale, pertanto, ricomprenda elementi di provenienza diversificata<sup>10</sup>. Nel caso di immigrati ben integrati, il criterio di collegamento della residenza abituale potrebbe, pertanto, dimostrarsi adeguato, almeno in via concorrente, a condurre all'applicazione della legge che rispecchia in concreto la cultura che l'individuo percepisce come di appartenenza<sup>11</sup>. L'applicazione della legge del luogo della residenza abituale nei confronti degli immigrati di prima generazione potrebbe apparire, invece, il frutto di una scelta integrazionista e, in quanto idonea a valorizzare l'applicazione della legge dello Stato di destinazione, essere percepita come scollegata rispetto al sostrato culturale originario. In merito assume rilievo, infine, l'ipotesi in cui l'individuo abbia cittadinanze plurime<sup>12</sup>, con riguardo alla quale l'art. 19 della Legge 218/1995 stabilisce, ad esempio, che si applichi la legge dello Stato di appartenenza che presenta il collegamento più stretto e, se tra le cittadinanze vi è quella italiana, quest'ultima.

Numerosi strumenti – in particolare, i Regolamenti europei – preferiscono definire nel Paese di residenza abituale il criterio di collegamento per identificare il diritto applicabile: così, ad esempio, il Regolamento europeo 650/2012 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di successioni *mortis causa* (di seguito 'Regolamento 650/2012' o 'Regolamento successioni'),

---

<sup>10</sup> Y. NISHITANI, *Identité culturelle en droit international privé de la famille*, cit., 251.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 256.

<sup>12</sup> Sul tema F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, cit., 90-91; A. PIETROBON, *Cittadinanza e legge applicabile, crisi di una tradizione?*, cit., 95-96.

che, in assenza di scelta di legge da parte del *de cuius*, prevede che «la legge applicabile all'intera successione [sia] quella dello Stato in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al momento della morte»<sup>13</sup>. Così anche il Regolamento 1259/2010 sulla cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (di seguito, 'Roma III')<sup>14</sup>, il cui art. 8 specifica che, in mancanza di scelta ad opera dei coniugi, il divorzio e la separazione personale sono disciplinati dalla legge dello Stato della loro residenza abituale nel momento in cui l'autorità giurisdizionale è adita, criterio gerarchicamente sopra-ordinato

---

<sup>13</sup> Regolamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, art. 21. Sul Regolamento, A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni: commentario al Reg. UE 650/2012 in vigore dal 17 agosto 2015*, Giuffrè, Milano, 2015; A.-L. CALVO CARAVACA, A. DAVÌ, H.-P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, 5 ss.; O. FERACI, *La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, 291 ss.; L. FUMAGALLI, *Il sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale e il regolamento (UE) n. 650/2012 sulle successioni: spazi residui per la legge interna?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, 779; H.P. PAMBOUKIS (ed.), *EU Succession Regulation no. 650/2012: A Commentary*, Hart publishing, Oxford, 2017.

<sup>14</sup> Regolamento (UE) 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. S. CORNELOUP (ed.), *The Rome III Regulation: A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2020; P. HAMMJE, *Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Revue critique de droit international privé*, 2011, 291; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F. SEATZU, *La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi e al divorzio nella proposta di regolamento 'Roma III'*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, 49; Z. CRESPI REGHIZZI, *Commento all'art. 8 (Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, 1491; O. LOPES PEGNA, *La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, 126.

rispetto ai successivi, uno dei quali, in ogni caso, si fonda sull'ultima residenza abituale dei coniugi, purché non sia terminata più di un anno prima del momento in cui l'autorità giurisdizionale è stata adita o uno di essi la conservi ancora a quel tempo<sup>15</sup>. Anche l'art. 26 del Regolamento 2016/1103 sulla cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi (di seguito 'Regolamento regimi patrimoniali tra coniugi')<sup>16</sup> stabilisce che, in mancanza di scelta ad opera dei coniugi, la legge regolatrice dei loro rapporti patrimoniali sia, in primo luogo, quella della prima residenza abituale comune dopo la conclusione del matrimonio. Infine, il Protocollo dell'Aja del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, richiamato come strumento regolatore del diritto applicabile negli Stati da esso vincolati, dall'art. 15 del Regolamento 4/2009 su competenza, legge applicabile, riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari (di seguito 'Regolamento 4/2009' o 'Regolamento obbligazioni alimentari')<sup>17</sup>, sancisce che tali obbligazio-

---

<sup>15</sup> Regolamento (UE) 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, cit., art. 8.

<sup>16</sup> Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi. A.M. PÉREZ VALLEJO, *Applicable Law and International Judicial Jurisdiction in the Regulation (EU) 2016/1103 on Matrimonial Property Regimes*, in *Annales De Derecho*, 2020, 1; E. ALINA OPREA, *Party Autonomy and the Law Applicable to the Matrimonial Property Regimes in Europe*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2018, 579. Sulla disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi si veda anche I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi*, Cedam, Padova, 1996.

<sup>17</sup> Regolamento (CE) 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. B. ANCEL, H. MUIR WATT, *Aliments sans frontières: le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*, in *Revue critique de droit international privé*, 2010, 457; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, v. II, *Statuto personale e diritti reali*, IV ed., Utet, Torino, 2016, 242.

ni sono disciplinate dalla legge dello Stato di residenza abituale del creditore<sup>18</sup>.

Seguono, invece, una logica integrazionista e, al tempo stesso, altamente protettiva dei diritti dei soggetti ritenuti più deboli e meritevoli di tutela, l'art. 10 del Regolamento Roma III – che stabilisce che si applichi la legge del foro qualora quella altrimenti richiamata «non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale» – e gli art. 32-ter, 33 e 35 della Legge 218/1995, che rimandano alla legge italiana la regolazione dell'unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso, la filiazione e il riconoscimento di figlio, nel caso in cui la legge straniera altrimenti applicabile non disciplini o vieti tali istituti.

Alla luce di queste premesse e della complessità delle situazioni che derivano dai movimenti transfrontalieri di persone, è importante anche il ruolo che l'autonomia individuale può svolgere nell'identificazione del diritto applicabile, diritto che il solo soggetto coinvolto è effettivamente in grado di scegliere, in quanto più aderente al suo sentire. Ciò è tanto più evidente in relazione agli istituti familiari, che afferiscono alla sfera intima e relativamente ai quali, più che in altri ambiti, il solo individuo può interpretare il proprio senso di appartenenza, così da tradurre il proprio vissuto culturale nell'identificazione della legge che meglio gli corrisponde. Attraverso l'esercizio dell'autonomia, l'individuo può infatti verificare quale, tra le due opzioni alternative sopra prospettate – l'applicazione della legge nazionale o della residenza abituale – sia quella che meglio rispecchia la sua identità culturale<sup>19</sup>.

Questa è la *ratio* promossa da numerosi strumenti di diritto internazionale privato. Così, ad esempio, l'Institut de droit international, con la risoluzione di Cracovia del 2005, pronunciandosi su di un tema particolarmente pertinente con l'oggetto del presente studio, ossia sulla diversità

---

<sup>18</sup> Protocollo sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, adottato dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato il 23 novembre 2007. Relazione esplicativa di Andrea Bonomi, art. 3.

<sup>19</sup> Y. NISHITANI, *Identité culturelle en droit international privé de la famille*, cit., 268 e 308.

culturale e l'ordine pubblico nel diritto internazionale privato di famiglia, raccomanda che gli Stati consentano agli stranieri di scegliere «between their national law and the law of their domicile in cases where the State of nationality and the State of domicile differ»<sup>20</sup>. Nella risoluzione del Cairo del 1987 l'Institut suggerisce che per la regolazione dei regimi patrimoniali tra coniugi, gli Stati «with a rule of conflicts of law based on an objective connecting factor allow spouses to select either the law of the nationality or of the domicile of either of them»; per le successioni, che consentano di scegliere «either the law of their nationality or of their domicile for the distribution of their property»; e, infine, in materia matrimoniale e di separazione e divorzio, che possano optare per «either the law of their nationality or of their domicile when they have a common nationality and a common domicile» e lo Stato della nazionalità è diverso dallo Stato del domicilio<sup>21</sup>.

La stessa logica è oggi riconosciuta dal Regolamento successioni, il cui art. 22 dispone che il *de cuius* possa scegliere come legge regolatrice dell'intera successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte, così sottraendola alla legge del diverso Stato – di residenza abituale – cui sarebbe altrimenti sottoposta ai sensi dell'art. 21, e dal Regolamento 2016/1103, il cui art. 22 dispone che i coniugi o i nubendi possono designare o cambiare di comune accordo la legge regolatrice dei loro regimi patrimoniali, scegliendo tra la legge dello Stato della residenza abituale comune o di uno di essi, o la legge di uno Stato di cui uno abbia la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo. Così anche per il Protocollo dell'Aja del 2007, che all'art. 8 consente a creditore e debitore di alimenti di designare la legge applicabile alle obbligazioni alimentari, scegliendo tra la legge dello Stato di cui uno di essi ha la cittadinanza o in cui ha la residenza abituale al momento della designazione, la legge indicata come applicabile o ap-

---

<sup>20</sup> Institut de Droit International, Cultural differences and ordre public in family private international law, Rapporteur, M. Paul Lagarde, Krakow, 2005, IX Commission, par. A(1).

<sup>21</sup> Institut de Droit International, The Duality of the Nationality Principle and the Domicile Principle in Private International Law, Cairo, 1987, XV Commission, Rapporteur: Mr Yvon Loussouarn, art. 3 (3) e (5).

plicata al regime patrimoniale o la legge scelta o applicata al divorzio o alla separazione personale. Infine, anche l'art. 5 del Regolamento Roma III stabilisce che i coniugi possono designare di comune accordo la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, purché si tratti alternativamente della legge dello Stato della loro residenza abituale al momento della conclusione dell'accordo, della legge dello Stato dell'ultima residenza abituale, se uno di essi vi risiede ancora, dello Stato di cui uno di essi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo, o della legge del foro.

## 2. *Diversità culturale e ordinamenti plurilegislativi: i diritti religiosi e consuetudinari nel diritto internazionale privato.*

Ai fini della regolazione di fattispecie con connotazioni significative in termini culturali, assumono rilevanza primaria alcune regole del diritto internazionale privato destinate, in ragione delle specifiche circostanze, a valorizzare i sistemi culturali di appartenenza o a limitarne gli effetti giuridici. Ci riferiamo in particolare alle regole che disciplinano la scelta della legge applicabile in presenza di ordinamenti plurilegislativi o, come vedremo nei paragrafi successivi, alle norme che regolano l'operare dell'ordine pubblico.

Quanto alle prime, come già osservato, numerosi Stati attribuiscono valore giuridico a precetti di carattere religioso o consuetudinario, che assumono funzione normativa accanto alle regole del diritto civile. Gli ordinamenti plurilegislativi a carattere personale sono diffusi, in particolare, tra gli Stati africani, asiatici e dell'America latina<sup>22</sup>. Il diritto consuetudinario risalente all'epoca pre-coloniale, così come quello religioso, si trova spesso a co-esistere accanto al diritto civile moderno – ossia un diritto a carattere territoriale, che prevede di applicarsi a tutti i soggetti stanziati sul territorio nazionale e che, in larga misura, incorpora istituti di tradizione europea introdotti con la codificazione generalmente avvenuta in seguito all'indipendenza. Si tratta, dunque, di ordinamenti composti da

---

<sup>22</sup> K. CUSKELL, *Customs and Constitutions: State Recognition of Law Around the World*, cit.

una molteplicità di sistemi co-esistenti, ispirati a tradizioni giuridiche diverse – sia europea, sia autoctona, sia religiosa – destinati ad operare congiuntamente o alternativamente, nel rispetto dei propri criteri di applicazione<sup>23</sup>. Questi ultimi sono generalmente previsti, per quel che concerne gli ordinamenti a base personale, dal diritto interpersonale di fonte statale. Gli ordinamenti a base personale, infine, operano esclusivamente con riferimento ad alcune materie specifiche – generalmente i rapporti di carattere familiare, il matrimonio e le successioni – e difettano di norme proprie per la soluzione dei conflitti normativi che insorgano con il diritto nazionale o con altri sistemi destinati a regolare i rapporti giuridici degli individui appartenenti a comunità etniche o religiose diverse<sup>24</sup>.

Il diritto interpersonale e il diritto internazionale privato differiscono per scopo e funzionamento. I conflitti normativi risolti dal primo – che ha, peraltro, un limitato ambito d'applicazione materiale – non interessano Stati differenti, bensì solamente conflitti interni tra l'ordinamento dello Stato e le regole giuridiche applicate da comunità etniche e religiose stanziate sul suo territorio. Il diritto interpersonale utilizza, poi, criteri di collegamento solo in parte coincidenti con quelli prescritti dalle norme di diritto internazionale privato: poiché sul territorio statale coesistono svariati ordinamenti personali e i membri delle differenti comunità convivono in maniera frammista, non si può infatti non riscontrare l'inadeguatezza, al fine di identificare il diritto tradizionale o religioso applicabile, dei criteri della nazionalità, della residenza o del domicilio<sup>25</sup>, mentre si dimostra più funzionale il criterio di prossimità, mediante il quale è possibile valorizzare l'appartenenza dell'individuo al gruppo etnico o religioso e, in ultima analisi, consentirgli di subordinarsi al sistema giuridico più appropriato<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> A. BORRÁS, *Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, t. 249, 1994, 161 ss.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 186; C. RICCI, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi nel diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2004, 122; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, Utet, Torino, 1972, 133. Sul funzionamento del diritto interpersonale: A.M. TIER, *Techniques of Choice of Law in Conflict of Personal Laws*, in *Journal of African Law*, 1986, 1.

<sup>25</sup> N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., 274 ss.

<sup>26</sup> E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, cit., 159.

Si deve aggiungere che gli ordinamenti a base personale assumono rilievo non solo in presenza di rapporti giuridici da regolarsi sul territorio di Stati che presentano sistemi plurilegislativi, ma, in ragione dell'ampiezza dei flussi migratori, anche per disciplinare relazioni giuridiche che, pur interessando soggetti provenienti da quei Paesi, si realizzano, ad esempio, sul territorio europeo. Spesso tale circostanza genera i cosiddetti 'conflitti occulti'<sup>27</sup>, che si riferiscono all'ipotesi in cui individui appartenenti a comunità etniche o religiose con carattere di stabilità, ma non ancora ufficialmente riconosciute nell'ordinamento dello Stato di residenza, continuano a mantenere viva e a praticare la tradizione giuridica originaria. Il problema si pone proprio con riferimento alla disciplina, all'integrazione o al rigetto degli effetti giuridici che discendono da istituti che fondano le proprie radici in quelle tradizioni e che, in ragione di questa diversità culturale, possono ispirarsi a valori differenti e, purtroppo, talvolta difficilmente conciliabili con quelli dello Stato di residenza.

Tutto ciò premesso, l'art. 18 della Legge 218/1995 stabilisce che, se nell'ordinamento dello Stato richiamato coesistono più sistemi normativi a base personale, la legge applicabile si determina secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento. In via residuale, la disposizione prevede che, qualora tali criteri non possano essere individuati, si applichi il sistema normativo con il quale il caso di specie presenta il collegamento più stretto<sup>28</sup>. Recependo la tesi sviluppata in dottrina da autorevoli studiosi – per cui, in presenza di ordinamenti plurilegislativi, il diritto internazionale privato esaurisce la propria funzione nell'identificazione dell'ordinamento considerato nel suo complesso<sup>29</sup> – la disposizione ri-

---

<sup>27</sup> A. BORRAS, *Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*, cit., 334.

<sup>28</sup> N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., 263 ss.; S.M. CARBONE, *Art. 18 (Ordinamenti plurilegislativi)*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, cit., 88; G. CONETTI, *Art. 18*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., 1072 ss.; L. FUMAGALLI, *Rinvio ad ordinamenti plurilegislativi*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2010, 431; C. RICCI, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi nel diritto internazionale privato*, cit., 75-100 e 133.

<sup>29</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, v. 45, 1974, 66; R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio: diritto internazionale privato*, in *Trattato di diritto civile italiano*, II ed., Utet, To-

mette l'individuazione dello specifico sotto-sistema personale alle norme del diritto interpersonale previste nell'ordinamento nazionale richiamato attraverso il diritto internazionale privato. Fermo che i precetti del diritto consuetudinario e religioso sono norme giuridicamente efficaci solo nella misura in cui riconosciute dalla legge statale<sup>30</sup>, ai sensi dell'art. 18 è dunque necessario desumere dal diritto interno i criteri che regolano l'applicazione degli ordinamenti a base personale e, qualora non immediatamente individuabili – ipotesi che ricorre frequentemente quando ne manca una trasposizione scritta<sup>31</sup> – procedere a un'adeguata opera interpretativa. In questo contesto assume valore dirimente il criterio dell'appartenenza, da individuarsi secondo i requisiti – anche di carattere formale – in base ai quali un individuo è qualificato come membro di una o di un'altra comunità. Nel caso in cui la determinazione della legge applicabile non possa invece avvenire sulla base dei criteri stabiliti dal diritto interpersonale, in quanto non rinvenibili, l'art. 18 prevede che operi il criterio del collegamento più stretto<sup>32</sup>. In ultima analisi, secondo l'approccio prescelto, il giudice italiano deve innanzitutto applicare il diritto straniero secondo i suoi stessi canoni ermeneutici e le sue stesse determinazioni di carattere distributivo tra i differenti sistemi che nello Stato co-esistono. Il collegamento più stretto invece, come sottolinea la Relazione alla Legge 218/1995, facilita «l'aderenza al caso di specie» mediante «la valorizzazione di tutti gli elementi idonei a stabilire un contatto con un ordinamento straniero»<sup>33</sup>. Al fine di identificare il sistema legislativo più strettamente collegato, l'interprete deve prendere in conside-

---

rino, 1964, 76; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, XII ed., Jovene, Napoli, 1986, 70; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, cit., 151. Si veda anche R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1934, 197; ID., *Lezioni di diritto internazionale privato. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1955, 114.

<sup>30</sup> C. RICCI, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi nel diritto internazionale privato*, cit., 105 ss.

<sup>31</sup> E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, cit., 152.

<sup>32</sup> La soluzione incorpora la formulazione proposta da Vitta. Si veda Consiglio Nazionale del Notariato, *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano: convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 1 e 2 giugno, 1984*, Giuffrè, Milano.

<sup>33</sup> Senato della Repubblica, XI Legislatura, Disegno di legge. Riforma del sistema di diritto internazionale privato, 1191.

razione le abitudini, lo stile di vita, i riti praticati, le consuetudini e le usanze, l'orientamento educativo, l'istruzione ricevuta e la lingua parlata<sup>34</sup>, oltre che la professione di appartenenza a una comunità e, complessivamente, il contesto sociale di riferimento in cui l'individuo esprime la propria personalità e al quale appartiene<sup>35</sup>. La professione di appartenenza, espressione della volontà individuale di far parte di un certo gruppo religioso o etnico e vedersi applicate le sue regole, assume pertanto una funzione rilevante, sia come criterio generalmente previsto dalle regole sancite dal diritto interpersonale statale – in alternativa all'iscrizione, ad esempio, a specifici registri – sia come fattore da prendere in considerazione ai fini della determinazione del sistema giuridico che presenta il collegamento più stretto.

Soluzioni analoghe a quella prevista all'art. 18 della Legge 218/1995 sono rinvenibili anche nei già citati Regolamenti europei, che prevedono regole specifiche per il caso in cui sia individuata come applicabile la legge di uno Stato che presenta un ordinamento plurilegislativo su base personale. I Regolamenti in merito stabiliscono che «ogni riferimento alla legge di tale Stato deve intendersi come riferimento al sistema giuridico o al complesso di norme determinato dalle norme in vigore in tale Stato» e che, in mancanza di tali regole, si applichi il sistema giuridico o il complesso di norme che presenta il collegamento più stretto<sup>36</sup>. Anche il Pro-

---

<sup>34</sup> C. RICCI, *Sulla legge applicabile ai rapporti tra coniugi cittadini di stati plurilegislativi su base personale*, in *Il Politico*, 2010, 229-230.

<sup>35</sup> E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, cit., 159; C. RICCI, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi nel diritto internazionale privato*, cit., 127.

<sup>36</sup> Così Regolamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, cit., art. 37; Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, art. 34; Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, cit., art. 34; Regolamento (UE) 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo

toocollo dell'Aja del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari prevede che in presenza di sistemi giuridici non unificati a carattere personale i riferimenti alla legge applicabile debbano intendersi «al sistema giuridico determinato dalle norme in esso vigenti», ossia dalle norme di conflitto interne<sup>37</sup>. Diversamente dalle altre disposizioni commentate, il Protocollo non stabilisce invece un criterio sussidiario applicabile qualora i criteri del diritto interpersonale non siano rinvenibili, questione per la soluzione della quale suggerisce «che gli Stati composti da più sistemi giuridici non unificati a carattere personale nel settore delle obbligazioni alimentari e privi di norme di conflitto interne al riguardo adottino tali norme prima di diventare parti contraenti del protocollo»<sup>38</sup>.

Esemplificativa del corretto funzionamento dell'art. 18 della Legge 218/1995 è la sentenza con cui, già nel 2009, il Tribunale di Belluno decideva di subordinare alla legge indiana, ai sensi dell'art. 31 della stessa Legge italiana di riforma del diritto internazionale privato, la pronuncia di divorzio richiesta da una coppia di cittadini indiani residenti in Italia, e una volta individuato l'ordinamento straniero plurilegislativo applicabile nel suo complesso, stabiliva di ricorrere, sulla base della norma in commento, alle regole previste dal diritto interpersonale indiano per identificare la legge regolatrice del caso concreto<sup>39</sup>. Sulla base dei criteri previsti dal diritto interpersonale indiano, il giudice riteneva applicabile l'*Hindu Marriage Act* del 1955<sup>40</sup>. Il Tribunale, inoltre, escludeva che gli effetti dell'applicazione della legge indiana – per la quale il divorzio poteva essere pronunciato anche senza la previa separazione – dovessero essere considerati incompatibili con l'ordine pubblico, concludendo che non doveva intervenire il limite di cui all'art. 16 della Legge 218. Su queste basi affermava di potere, pertanto, subordinare la pronuncia del divorzio

---

all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, cit., art. 15.

<sup>37</sup> Protocollo sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, adottato dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato il 23 novembre 2007, cit., art. 17.

<sup>38</sup> Ibid., par. 195.

<sup>39</sup> Tribunale di Belluno, 6 marzo 2009, commentata in C. RICCI, *Sulla legge applicabile ai rapporti tra coniugi cittadini di stati plurilegislativi su base personale*, cit., 232.

<sup>40</sup> Ibid.

alle regole sancite dall'*Hindu Marriage Act*, per quanto diverse da quelle italiane<sup>41</sup>.

A quest'ultimo proposito, occorre ricordare che il ricorso all'ordine pubblico – sul quale si tornerà più diffusamente nel prossimo paragrafo – si giustifica qualora gli effetti dell'applicazione del diritto religioso o consuetudinario, individuato come il sotto-sistema specificamente applicabile all'interno dell'ordinamento plurilegislativo richiamato, debbano essere considerati contrari ai valori e ai principi fondamentali di carattere giuridico, sociale, politico, economico e culturale che connotano l'ordinamento in un dato momento storico e ne definiscono i tratti distintivi<sup>42</sup>. Richiesta di pronunciare un divorzio secondo diritto islamico, la Corte d'appello di Hamm nel 2006 decideva, ad esempio, di applicare la *Shari'a*, in quanto legge regolatrice del divorzio di una coppia di religione musulmana residente nella Tracia occidentale, e concludeva che, conseguentemente, il divorzio poteva essere pronunciato mediante dichiarazione unilaterale del *talaq* da parte del marito, senza obbligo di motivazione. Pur ritenendo la Corte che l'istituto, come regolato nel diritto islamico, fosse, sul piano teorico, contrario all'ordine pubblico – in quanto discriminatorio nei confronti della moglie – essa accoglieva la richiesta del marito, sulla base della considerazione per cui, in ogni caso, dopo più di cinque anni di separazione, come avvenuto nei fatti nel caso di specie, il divorzio avrebbe potuto essere pronunciato anche secondo il diritto civile<sup>43</sup>. Il ragionamento della Corte pare, dunque, condotto sulla base della valutazione degli effetti dell'applicazione e della disapplicazione della legge religiosa, indicata dalle norme di conflitto come applicabile all'interno del sistema plurilegislativo. Senza negare l'incompatibilità, in via di principio, del *talaq* con i valori essenziali dell'ordinamento tedesco, la Corte ritiene che gli effetti dell'applicazione della *Shari'a* non debbano essere ritenuti contrari all'ordine pubblico nel caso di specie e, conseguentemente, conclude che la legge religiosa non debba essere disapplicata. Come già os-

---

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Sulla nozione di ordine pubblico si tornerà nel paragrafo successivo, alle cui considerazioni si rinvia.

<sup>43</sup> OLG Hamm, 7 marzo 2006, 7 UF 123/05. In merito Y. NISHITANI, *Identité culturelle en droit international privé de la famille*, cit., 201.

servato, in un precedente caso portato all'attenzione della Commissione europea dei diritti umani, quest'ultima aveva invece preso in considerazione il diritto ebraico, al fine di verificare se il marito – ricorrente nel caso di specie – fosse legittimato a scegliere di non consegnare, o di ritardare la consegna, alla moglie del *get*, nell'ambito di una procedura di scioglimento del matrimonio regolata da quel diritto<sup>44</sup>. La Corte non si spingeva a svolgere riflessioni approfondite sulla legge applicabile, poiché constatava che il ricorrente avrebbe dovuto consegnare la lettera ai sensi dello stesso diritto ebraico e che, per questa sua mancanza, era già stato invitato a comparire anche davanti alle autorità religiose di Parigi. Il Tribunale di Lille nel 2018 ha invece accolto la domanda di annullamento del matrimonio di una coppia di nazionalità francese e origine marocchina, residente in Francia, presentata dal marito per la mancanza della verginità della moglie, e fondata sul diritto applicabile francese come interpretato, tuttavia, alla luce dei costumi e delle tradizioni musulmane<sup>45</sup>. La decisione è stata successivamente annullata dalla Corte d'appello di Douai per contrarietà all'ordine pubblico<sup>46</sup>. Secondo la Corte l'annullamento del matrimonio doveva essere regolato dal diritto francese e, non trattandosi di un ordinamento plurilegislativo, a nulla dovevano rilevare i precetti di carattere religioso, invocati dal marito quale fondamento del motivo di ricorso e non conformi, peraltro, agli standard giuridici del Paese di accoglienza<sup>47</sup>. La sentenza ci sembra interessante per la mancata attribuzione di valore alle regole di carattere religioso di cui il ricorrente avrebbe preteso l'applicazione.

In merito all'incompatibilità con l'ordine pubblico degli effetti derivanti dall'applicazione della legge di carattere religioso individuata come regolatrice all'interno di un ordinamento plurilegislativo, è emblematica, infine, la sentenza della Corte europea dei diritti umani nel già citato caso *Molla Sali c. Grecia*. La Corte si è pronunciata sull'incompatibilità con

---

<sup>44</sup> European Commission of Human Rights, *D. v. France*, 10180/82, 6 dicembre 1983.

<sup>45</sup> Tribunal de Grande Instance de Lille, 1° aprile 2008.

<sup>46</sup> Cour d'Appel de Douai, 17 novembre 2008.

<sup>47</sup> Y. NISHITANI, *Identité culturelle en droit international privé de la famille*, cit., 271-272.

l'art. 14 della Convenzione europea della condotta della Grecia, che, attraverso l'operato dei suoi tribunali, aveva negato i diritti successori della ricorrente stabiliti dalla legge nazionale e applicato la *Shari'a*, in quanto legge personale della fedele islamica residente nella Tracia occidentale. La Corte europea ha concluso che il mancato assoggettamento, da parte della Grecia, della fattispecie al diritto civile, anziché a quello religioso applicabile su base personale, comportava la violazione del principio di non discriminazione e del diritto della ricorrente di non identificarsi nella minoranza<sup>48</sup>. In particolare, da un lato, la Corte notava che «in the member States of the Council of Europe, *Shari'a* law is in general applied as a foreign law within the framework of private international law» e che, al di là di queste ipotesi, solo la Francia aveva applicato la *Shari'a* alla popolazione del territorio di Mayotte, pratica cessata nel 2011, mentre nel Regno Unito l'applicazione della legge islamica da parte delle autorità religiose era accettata solo nella misura in cui volontaria<sup>49</sup>. Dall'altro, essa sottolineava che diversi organismi internazionali avevano espresso preoccupazione per l'applicazione della *Shari'a* ai musulmani residenti nella Tracia occidentale e per la discriminazione che ciò comportava, in particolare, per le donne e i bambini, non solo rispetto agli uomini appartenenti alla minoranza, ma anche rispetto ai greci non musulmani<sup>50</sup>, tanto che con la legge del 15 gennaio 2018 la Grecia aveva abrogato la normativa che imponeva il ricorso alla *Shari'a* per la risoluzione dei casi di diritto di famiglia nella minoranza musulmana in questione, subordinando il ricorso al *mufti* all'accordo di tutti gli interessati<sup>51</sup>.

Svolte queste riflessioni, meritano, infine, di essere ricordate le critiche, rivolte alle soluzioni oggi vigenti in materia di richiamo di ordinamenti plurilegislativi, emerse nel dibattito sul ruolo del diritto internazionale privato nella relazione tra *Global North* e *Global South* e sulla funzione che esso dovrebbe svolgere nel processo di decolonizzazione giuri-

---

<sup>48</sup> European Court of Human Rights, Case of Molla Sali v. Greece, cit., par. 68. C. PAMBOUKIS, *La charia, le droit successoral et les droits fondamentaux: CEDH, GDE CH, 19 décembre 2018, n° 20452/14, Molla Sali c/ Grèce*, cit., 1002.

<sup>49</sup> European Court of Human Rights, Case of Molla Sali v. Greece, cit., par. 159.

<sup>50</sup> Ibid., par. 154.

<sup>51</sup> Ibid., par. 160.

dica<sup>52</sup>. La critica mossa al metodo di funzionamento delle norme di conflitto sin qui esaminato risiede nel fatto che esse procedono a richiamare solamente diritti statali e subordinano l'eventuale operatività dei diritti consuetudinari e religiosi alle determinazioni del diritto interpersonale da questi previste. Secondo la teoria in esame questo approccio si presta a essere considerato 'neo-colonialista', poiché enfatizza il ruolo determinante della legge dello Stato – all'interno della quale vanno ricercati anche i criteri del diritto interpersonale – e attribuisce una funzione solo secondaria proprio a quei sotto-sistemi di regole che compongono l'ossatura dell'ordinamento pre-coloniale. La frizione più evidente ricorrerebbe, in pratica, non tanto nei casi in cui il diritto a statuto personale costituisce una fonte giuridica – sebbene, ancora, per determinazione statale – nell'ordinamento richiamato, quanto piuttosto in quelle ipotesi in cui quest'ultimo non lo valorizza adeguatamente. La critica potrebbe essere superata, secondo una studiosa<sup>53</sup>, non tanto richiamando direttamente, attraverso la norma di conflitto, i sotto-sistemi a base personale – operazione che necessiterebbe di un ripensamento complessivo del funzionamento del diritto internazionale privato – quanto piuttosto conducendo a proteggere i diritti che essi, in principio, vogliono tutelare, se conformi con quanto prescritto dal diritto internazionale pubblico. Il caso ricorre, ad esempio, quando il diritto interno non valorizza il diritto indigeno, nel dispregio dei pertinenti strumenti internazionali o della già esaminata giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani o della Corte africana dei diritti umani e dei popoli.

### 3. *L'ordine pubblico internazionale in una società multiculturale.*

Vagliate le soluzioni che il diritto internazionale privato offre alla valorizzazione della diversità culturale, occorre ora analizzare le problematiche inerenti alla pretesa applicazione di leggi che prevedono istituti legit-

---

<sup>52</sup> S. GÖSSL, *Colonialism and German PIL (1) – Colonial Structures in Traditional PIL*, 5 gennaio 2024, reperibile al sito: <https://conflictoflaws.net/2024/colonialism-and-german-pil-1-colonial-structures-in-traditional-pil/>.

<sup>53</sup> Ibid.

timanti alcune delle pratiche tradizionali dannose esaminate nel capitolo precedente, o relative al riconoscimento di questi ultimi, qualora perfezionati all'estero, o alla circolazione degli statuti personali e familiari che li incorporano. Occorre, cioè, focalizzare l'attenzione sull'identificazione di soluzioni internazional-privatistiche equilibrate, ossia che, pur assicurando la protezione della diversità culturale, consentano di evitare o limitare la violazione dei diritti umani come sanciti nell'ordinamento del foro e nel diritto internazionale, e che al tempo stesso permettano di escludere che, nel nome dell'esigenza di tutelare questi ultimi, la prima sia compressa in maniera sproporzionata e non necessaria. Si tratta di perseguire, attraverso il diritto internazionale privato, l'obiettivo di affrontare i cosiddetti 'conflitti di civilizzazione' – funzione che gli è indiscutibilmente riconosciuta<sup>54</sup> – e di intravedere nel suo alveo quel dibattito tra relativismo e universalismo dei diritti umani, ricordato nel primo capitolo e di importanza fondamentale ai fini della corretta disciplina della relazione esistente tra diritti umani e diversità culturale<sup>55</sup>.

Chi scrive ritiene opportuno precisare una premessa metodologica: non si intende in questi paragrafi ripercorrere nel dettaglio l'evoluzione giurisprudenziale relativa alla determinazione della legge applicabile o al riconoscimento di tutti quegli istituti che, riconducibili a pratiche tradizionali dannose, possono sollevare perplessità in termini di compatibilità con i diritti umani, in quanto tema già ampiamente esaminato dalla dottrina. Si ritiene invece utile, al fine di portare a compimento l'analisi svolta nei primi capitoli con le sue applicazioni e ricadute nel diritto internazionale privato, svolgere riflessioni di ampio respiro, a partire da due specifici istituti, che saranno utilizzati come casi studio: i matrimoni forzati, precoci e infantili, da un lato, e i ripudi, dall'altro. La disamina sarà condotta proprio con l'obiettivo di comprendere – così come si è fatto nei primi capitoli, nella prospettiva del diritto internazionale pub-

---

<sup>54</sup> J. DEPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations: aspects méthodologiques*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, t. 211, 1988, 9 ss.; P.-A. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé; polygamie et répudiation*, Droz, Genève, 1972.

<sup>55</sup> P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 318, 2019, 286.

blico – le specificità del bilanciamento tra le differenti esigenze in gioco, e in particolare come esso influenzi l'applicazione del diritto internazionale privato e dei suoi strumenti. Tra questi, innanzitutto, l'ordine pubblico.

Quest'ultimo consiste, come detto, nel complesso dei principi di carattere giuridico, sociale, politico, culturale ed economico che connotano l'ordinamento in un preciso momento storico e ne definiscono i tratti distintivi<sup>56</sup>. Per come regolato dagli art. 16 e 64 della Legge 218/1995, si tratta di un filtro di carattere eccezionale che limita l'applicazione della legge richiamata dalle norme di conflitto e il riconoscimento delle sentenze straniere, qualora i loro effetti gli siano contrari<sup>57</sup>. Le due disposi-

---

<sup>56</sup> In generale sulla nozione e il funzionamento dell'ordine pubblico, si vedano: Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 22332 del 26 novembre 2004; Corte di Cassazione, n. 27592 del 28 dicembre 2006; Corte di Cassazione, n. 10070 del 26 aprile 2013; Corte di Cassazione, Sez. I civ., n. 19599 del 30 settembre 2016; Corte di Cassazione, n. 16601 del 5 luglio 2017; Corte di Cassazione, Sez. Un., n. 12193 dell'8 maggio 2019. In dottrina si rinvia a G. BIAGIONI, *Ordine pubblico del foro, protezione dei diritti fondamentali e 'consensus europeo'*, in A. ANNONI, S. FORLATI, P. FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, cit., 693; N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., 225 ss.; A. BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 239, 2019; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES *L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère*, ivi, v. 371, 2014; 170 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012; L. FUMAGALLI, *Strumenti di cooperazione giudiziaria, diritto internazionale privato e ordine pubblico nel sistema dell'UE*, in P. PIRRONE (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011, 35; A. MILLS, *The Dimension of Public Policy in Private International Law*, in *Journal of Private International Law*, 2008, 201; F. MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 217, 1989, 8 ss.; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019; F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, 259; G. ZARRA, *Imperativeness in Private International Law: A View From Europe*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2022.

<sup>57</sup> Legge 218/1995, art. 16. L. FUMAGALLI, *Art. 16*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit.,

zioni trovano oggi applicazione residuale, nei casi che non ricadono entro l'ambito d'applicazione dei Regolamenti europei menzionati nei paragrafi precedenti, che disciplinano l'istituto in modo in larga parte analogo.

Per gli istituti di carattere familiare che presentano forti connotazioni in termini di identità culturale e, al tempo stesso, sollevano perplessità con riferimento alla compatibilità con i diritti umani, l'Institut de droit international nella Risoluzione adottata nel 2005 a Cracovia in tema di *Cultural differences and ordre public in family private international law*<sup>58</sup> precisa che «the systematic reciprocal exclusion of laws from different cultures by the invocation of public policy fails to take into account the need to coordinate legal systems»<sup>59</sup>. Su queste premesse, la Risoluzione indica che l'ordine pubblico non dovrebbe essere invocato come limite all'applicazione della legge straniera «on the sole ground that this law is religious or secular»<sup>60</sup>; esso dovrebbe funzionare, invece, come filtro all'applicazione della legge straniera solamente nella misura in cui «in the circumstances of the case, the application of that law would infringe the principles of equality, non-discrimination and freedom of religion»<sup>61</sup>. L'indicazione dell'Institut è, dunque, che l'ordine pubblico debba essere applicato in via eccezionale e tenuto conto delle circostanze del caso, non in maniera generale per limitare l'applicazione di leggi astrattamente incompatibili – anche solo in quanto di matrice religiosa – con i valori dell'ordinamento del foro, bensì sulla base delle specifiche conseguenze che discendono nel caso pratico sul rispetto del principio di non discriminazione, uguaglianza e libertà religiosa. Il carattere eccezionale e l'intervento a posteriori del limite all'ingresso, nell'ordinamento del foro, di precetti sanciti dalla legge applicabile straniera, qualora i loro effetti siano pregiudizievoli, nel ca-

---

1079 ss.; S. BARIATTI, *Art. 64 (Riconoscimento di sentenze straniere)*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, cit., 318; P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, cit., 293 ss.

<sup>58</sup> Institut de Droit International, *Cultural differences and ordre public in family private international law*, Rapporteur: M. Paul Lagarde, cit.

<sup>59</sup> Ibid., preambolo.

<sup>60</sup> Ibid., par. A(2).

<sup>61</sup> Ibid., par. A(3).

so concreto, per i valori essenziali che nel preciso momento storico ne definiscono i tratti distintivi di carattere giuridico, sociale, politico, culturale ed economico, sono pienamente condivisi dalla Legge italiana di diritto internazionale privato.

La disciplina dell'istituto ha conosciuto, soprattutto in Francia e Germania, declinazioni differenti: da un lato, l'ordine pubblico di prossimità (*ordre public de proximité* o *Inlandsbeziehung*)<sup>62</sup>, che prevede l'operatività del limite solo nell'ipotesi in cui la situazione risulti essere particolarmente collegata con l'ordinamento del foro, ad esempio nell'ipotesi in cui le parti vi risiedano o ne siano cittadini; dall'altro lato, l'ordine pubblico attenuato (o *ordre public de l'effet atténué*), per il quale il limite dovrebbe arretrare quando si tratti non di applicare una legge straniera, bensì di riconoscere gli effetti di uno *status* costituito all'estero nel rispetto della legge applicabile<sup>63</sup>. Le due tesi hanno trovato applicazione, soprattutto all'estero, nel contenzioso in materia familiare sui temi qui discussi, e si ispirano proprio all'idea di realizzare un bilanciamento equo tra i diversi interessi in gioco, tenuto conto dell'esigenza di salvaguardare anche la diversità culturale. La dottrina italiana ha evidenziato, da un lato, che «è inutile invocare teorie come quella dell'ordine pubblico di prossimità laddove venga fatto un uso

---

<sup>62</sup> G. CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 68 ss.; J.-Y. CARLIER, *Quand l'ordre public fait désordre*, in *Revue générale de droit civil belge*, 2009, 525; ID., *Diversité culturelle et droit international privé. De l'ordre public aux accommodements réciproques?*, in G. CATALDI, V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, Società italiana di diritto internazionale e dell'Unione europea, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 125; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., 12 ss.; P. CURBE, *L'ordre public de proximité*, in *Le droit international privé: esprit e méthodes, Melange en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Parigi, 2005, 227; L. GANNAGÉ, *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs*, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2009, 205; P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, cit., 206; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Parigi, 1959; P. PIRRONE, *L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo*, in G. CATALDI, V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, cit., 17.

<sup>63</sup> J.-Y. CARLIER, *Diversité culturelle et droit international privé. De l'ordre public aux accommodements réciproques?*, cit., 125; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., 12 ss.; P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, cit., 152; P. MAYER, *Droit international privé*, LGDJ, Parigi, 1987, 132.

fisiologico accorto e ‘in concreto’ dell’ordine pubblico internazionale»<sup>64</sup> e ha sottolineato che, d’altra parte, il prescritto collegamento con l’ordinamento del foro «in certe situazioni, può non essere di alcun rilievo, perché il contrasto con un principio dell’ordine pubblico del foro è comunque tale da imporre la non applicazione della norma con esso confliggente»<sup>65</sup>. Dall’altro lato, è stato rilevato che «l’applicazione dell’art. 16 consente di conseguire i risultati che parte della dottrina vorrebbe ottenere adottando la teoria dell’ordine pubblico attenuato»<sup>66</sup>, «sulla base di un’indagine svolta caso per caso e non solo con riguardo a categorie predeterminate»<sup>67</sup>. Il limite internazional-privatistico implica, infatti, «una logica di flessibilità del giudizio di compatibilità assiologica»<sup>68</sup>, modulata sulle circostanze concrete della fattispecie. È pertanto certamente corretto che «il giudice italiano non [possa] assumere posizioni di chiusura aprioristica nei riguardi di istituti giuridici stranieri, pur se tanto lontani dalla (e in contrasto con la) nostra cultura giuridica»<sup>69</sup>: al contrario, deve «consentirne l’ingresso quando si riveli, in seguito ad adeguata ponderazione»<sup>70</sup> dei valori coinvolti, la soluzione più adeguata a proteggere i diritti in gioco. In ogni caso, il giudice dovrebbe rigettare il riconoscimento di decisioni e atti pubblici stranieri «whenever they are at odds with the fundamental policies of the requested State itself, regardless of the nature and intensity of the ties between the situation considered [...] and the requested State»<sup>71</sup>, potendo l’approccio opposto integrare una forma di discriminazione.

---

<sup>64</sup> O. FERACI, *Una sentenza iraniana di divorzio unilaterale non è contraria, nei suoi effetti concreti, all’ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e Diritto*, 2023, 13.

<sup>65</sup> O. FERACI, *L’ordine pubblico nel diritto dell’Unione europea*, cit., 13.

<sup>66</sup> G. CARELLA, *Fondamenti di diritto internazionale privato. Tra sovranità, cooperazione e diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2018, 171.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> O. FERACI, *Una sentenza iraniana di divorzio unilaterale non è contraria, nei suoi effetti concreti, all’ordine pubblico internazionale*, cit., 13.

<sup>69</sup> G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., 155.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, cit., 182-183.

Occorre infine precisare che l'ordine pubblico che opera come limite all'applicazione della legge straniera applicabile è l'ordine pubblico internazionale, costituito dall'insieme dei principi fondamentali del nostro ordinamento interno, come sanciti nella Costituzione, e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, oltre che «del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria di singoli istituti»<sup>72</sup> e della loro interpretazione giurisprudenziale, «la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»<sup>73</sup>.

In questa prospettiva assumono, ovviamente, rilevanza anche i principi promananti dalla Convenzione europea dei diritti umani e l'interpretazione che la Corte ne ha ripetutamente sviluppato in casi che concernevano proprio il mancato riconoscimento, da parte di alcuni Stati contraenti, sulla base delle norme interne di diritto internazionale privato, di *status* personali acquisiti o di istituti perfezionati all'estero, e la compatibilità delle soluzioni così raggiunte con i diritti sanciti a livello convenzionale<sup>74</sup>. Tra le sentenze rilevanti merita di essere ricordata quella adottata nel

---

<sup>72</sup> Corte di Cassazione, 8 maggio 2019, n. 12193.

<sup>73</sup> Ibid. In merito O. FERACI, *La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di Cassazione (Sez. Un. Civ.) n. 12193/2019: tra 'costituzionalizzazione attenuata' e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, 1137; F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*, cit., 259.

<sup>74</sup> Sul tema di vedano R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, cit., 413; C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, 1053; G. CARELLA, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 523; A. DI BLASE, *Corte europea dei diritti dell'uomo e diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, Roma-TrE-Press, Roma, 210; P. FRANZINA, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 609; P. KINSCH, *La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue critique de droit international privé*, 2011, 817; F. MARONGIU BONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura*

caso *Négrépontis-Giannisis c. Grecia*<sup>75</sup>, relativo al diniego di riconoscimento, da parte della Corte d'appello greca, del provvedimento di adozione, pronunciato da una Corte statunitense, del ricorrente – allora studente negli Stati Uniti – da parte dello zio, monaco ortodosso consacrato vescovo, presso il quale il ricorrente risiedeva. Il rigetto della richiesta si fondava sulla contrarietà con l'ordine pubblico greco e con il precetto che vieterebbe di compiere atti giuridici, come l'adozione, incompatibili con la vita monastica. Secondo la Corte europea il diniego nel caso di specie configurava la violazione dei diritti alla vita privata e familiare e all'equo processo del ricorrente, oltre che del suo diritto di proprietà, poiché ne implicava la conseguente lesione dei diritti successori. Orientamenti analoghi sono poi stati espressi dalla Corte in successive decisioni che, pur non ricadendo direttamente nel nostro ambito d'indagine – si tratta di casi relativi al riconoscimento dello *status* di figlio nei casi di maternità surrogata – sviluppano ragionamenti utili ai fini del presente esame. Ad esempio, nonostante il divieto previsto dalla legge francese, la Corte europea nelle sentenze *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*<sup>76</sup> ha conclu-

---

*sostanziale: strumenti e limiti*, cit., 82; H. MUIR WATT, *Fundamental Rights and Recognition for Private International Law*, in *European Journal of Human Rights*, 2013, 411 ss.; F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, cit., 21 ss.; G. ZARRA, *Imperativeness in Private International Law: A View From Europe*, cit., 177 ss.

<sup>75</sup> European Court of Human Rights, *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, 56759/08, 3 maggio 2011.

<sup>76</sup> European Court of Human Rights, *Affaire Mennesson c. France*, 65192/11, 26 giugno 2014; *Labassee c. France*, 65941/11, 26 giugno 2014. Pur giungendo a conclusioni diverse, anche le sentenze *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy* (25358/12, 24 gennaio 2017) e *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Icelald* (71552/17, 18 maggio 2021) sviluppano un approccio analogo. Sul tema: R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello 'status filii' in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2016, 309; F. MARONGIU BONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, cit., 82; C. RAGNI, *Il riconoscimento degli status acquisiti all'estero: diritto internazionale privato, diritto dell'Unione Europea e giurisprudenza delle corti europee*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Giuffrè, Milano, 2017, 1; ID., *Cross-Border Recognition of Adoption. Rethinking Private International Law from a Human Rights Perspective*, in E. BER-

so che gli *status* acquisiti nel diritto statunitense dovessero essere riconosciuti, tenuto conto dei legami significativi già esistenti con i genitori. In particolare, pronunciandosi sulla legittimità dell'applicazione, da parte dei tribunali, del limite dell'ordine pubblico nei casi anzidetti, la Corte ha specificato che «[i]l lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale»<sup>77</sup>.

Il rispetto degli *status* personali acquisiti all'estero costituisce dunque l'oggetto di un obbligo positivo sancito dalla Convenzione europea, di carattere non assoluto<sup>78</sup>. La Corte non nega infatti il diritto degli Stati contraenti di applicare, nei limiti del corretto esercizio del loro margine di apprezzamento, l'ordine pubblico quale limite all'operatività di leggi straniere o all'ingresso di istituti i cui effetti siano incompatibili<sup>79</sup>. In maniera categorica – in una sentenza su di un tema diverso, ossia la compatibilità con la libertà di religione dello scioglimento da parte delle autorità turche del Refah Partisi, per aver condotto attività incompatibili con il principio di laicità sancito dalla Costituzione – la Corte ha addirittura

---

GAMINI, C. RAGNI (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of The Child in Transnational Families*, cit. 209; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 202. Si veda anche M. GRASSI, *Sul riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso: il caso Coman*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, 739 ss.

<sup>77</sup> European Court of Human Rights, *Affaire Mennesson c. France*, cit., par. 181; *Labassee c. France*, cit., par. 63.

<sup>78</sup> F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, cit., 158.

<sup>79</sup> Un autore in merito inoltre nota: «ECtHR did not rule out the possibility that the balancing process to be conducted on a case-by-case basis can lead to the non-application of the imperative norms deriving from the Court's interpretation of the Convention, provided that the limitations imposed by domestic legal systems are proportional to the "besoin social impérieux" which justify the non-recognition of the rights granted by the Convention». Così G. ZARRA, *Imperativeness in Private International Law: A View from Europe*, cit., 217-218.

statuito che uno Stato contraente «peut légitimement empêcher que des règles de droit d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public et aux valeurs de la démocratie au sens de la Convention (par exemple les règles permettant la discrimination fondée sur le sexe des intéressés, telle que la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession) trouvent application sous sa juridiction»<sup>80</sup>. Occorre tuttavia notare che, secondo l'orientamento espresso dalla Corte, e in linea con le considerazioni svolte nella prima parte del paragrafo, il limite dell'ordine pubblico non può essere applicato in maniera aprioristica e rigida e prescindere dal corretto bilanciamento dei diritti coinvolti nel caso concreto. Esso deve perseguire, invece, un obiettivo legittimo ai sensi della Convenzione, nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità<sup>81</sup>, e, ferma la valutazione dei diritti in gioco, operare come clausola di interferenza solo nei limiti in cui questa sia «qualitativamente e quantitativamente congrua rispetto allo scopo che lo Stato si prefigge»<sup>82</sup>, tenuto conto dell'«accettabilità sociale, dell'equilibrio tra i valori tutelati dall'ordinamento e della proporzionalità tra mezzo e risultato»<sup>83</sup>. In particolare, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea e dei relativi obblighi in materia di riconoscimento degli *status* personali, gli Stati contraenti dispongono di un ampio margine di apprezzamento ma, «since a denial of recognition amounts to an interference with the rights enshrined in Article 8 (provided that the status effectively existed in the country of origin), States must ensure that their decisions as regards non-recognition are fully in compliance with the requirements of Article 8»<sup>84</sup>.

Sulla base di queste considerazioni, nei successivi paragrafi si procede-

---

<sup>80</sup> European Court of Human Rights, *Refah Partisi and Others v. Turkey*, cit., par. 128. Sul punto: P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, cit., 265-266.

<sup>81</sup> G. CARELLA, *Fondamenti di diritto internazionale privato. Tra sovranità, cooperazione e diritti umani*, cit., 174-176.

<sup>82</sup> C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, cit., 1057.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, cit., 57 e 67.

rà all'esame delle soluzioni concretamente raggiunte, nella prospettiva del diritto internazionale privato, in materia di ripudio e matrimoni forzati, precoci e infantili. Ci sembra, tuttavia, sin d'ora utile anticipare la conclusione cui l'analisi perverrà: l'applicazione dell'ordine pubblico, secondo l'approccio flessibile improntato all'esame degli effetti dell'applicazione della legge richiamata o del riconoscimento dell'istituto nelle circostanze del caso concreto, è certamente funzionale a realizzare il bilanciamento tra gli interessi in gioco: da una parte, l'aspettativa del richiedente di vedere applicata una legge straniera o riconosciuti istituti o situazioni giuridiche perfezionati all'estero nel rispetto delle norme applicabili, dall'altra, la tutela di principi considerati fondamentali per l'ordinamento del foro, e dunque operanti come limite all'operatività di quella legge o all'attribuzione di effetti civili a quei provvedimenti che abbiano l'effetto di determinarne un pregiudizio. In nessuno dei casi che si esamineranno, l'identità culturale (ivi inclusa quella religiosa, che, come dimostrato nel primo capitolo, è pertinente alla nozione di 'cultura' riconosciuta nel diritto internazionale) del ricorrente è presa in considerazione esplicitamente tra gli interessi in gioco soppesati ai fini della corretta applicazione dell'ordine pubblico. La protezione dell'identità culturale e la valorizzazione della diversità culturale rimangono, piuttosto, sottese al suo metodo di funzionamento, impedendo una generalizzata preclusione verso leggi e istituti astrattamente incompatibili e operando, dunque, come principi ispiratori nell'esercizio delle valutazioni propedeutiche alla sua applicazione, senza tuttavia essere espressamente oggetto del bilanciamento operato dalle corti. Questa conclusione è evidente sia quando la richiesta di riconoscimento di istituti legittimanti pratiche tradizionali dannose, condannate nel diritto internazionale pubblico, è rigettata, sia nei casi in cui, al contrario, pur in presenza di istituti nei confronti dei quali perdura un'astratta condanna, l'applicazione dell'ordine pubblico è esclusa, poiché il mancato riconoscimento del provvedimento straniero e dello statuto giuridico che lo incorpora causerebbe, ad esempio, effetti ancor più pregiudizievoli proprio nei confronti del soggetto che si intende tutelare. Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, l'identità culturale non è esplicitamente considerata come un elemento di valutazione nel bilanciamento operato tra i diversi interessi in gioco. Nei casi in cui sia invocata la contrarietà all'ordine pubblico, i tribunali tendono a considerare, dunque, la

tutela dei diritti umani e dei principi fondamentali dell'ordinamento del foro, come il principio di non discriminazione, preminente sulla protezione della diversità culturale. Purché la chiusura verso istituti stranieri sia eccezionale, adeguatamente giustificata, proporzionata e necessaria nel caso concreto, ciò è in linea con i dettami del diritto internazionale pubblico esaminati nel primo capitolo, ai sensi dei quali la diversità culturale non può essere considerata idonea a giustificare le violazioni dei diritti umani. Su queste basi i giudici, ferma la natura non assoluta del diritto di manifestare la propria cultura, giungono implicitamente alla conclusione che esso può essere compresso, anche mediante il diritto internazionale privato, qualora il suo esercizio incida negativamente sugli altri valori considerati come essenziali per l'ordinamento. Essi, dunque, mediante gli strumenti del diritto internazionale privato, ossia la disapplicazione della legge straniera e il mancato riconoscimento degli istituti i cui effetti sono incompatibili con l'ordine pubblico, pongono in essere misure restrittive dell'espressione dell'identità culturale, atte a conseguire obiettivi legittimi, nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, cui lo stesso operare concreto del limite internazional-privatistico è, in ultima analisi, improntato.

#### 4. *I matrimoni forzati, precoci e infantili.*

I matrimoni forzati, precoci e infantili con carattere transnazionale presentano delicate questioni di carattere internazional-privatistico. Al fine di esaminarle è utile innanzitutto ricordare che l'art. 32 della Convenzione di Istanbul prescrive che gli Stati contraenti adottino le misure necessarie per garantire che i matrimoni forzati siano annullabili, annullati o sciolti senza imporre oneri finanziari o amministrativi eccessivi alla vittima<sup>85</sup>. La Risoluzione del Consiglio d'Europa 2233(2018) individua poi alcuni strumenti di diritto civile utili al riguardo: l'abolizione delle differenze di genere in termini di età minima per contrarre matrimonio, la

---

<sup>85</sup> A. BONFANTI, *Article 32. Civil Consequences of Forced Marriages*, in S. DE VIDO, M. FRULLI (eds.), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, cit., 385.

previsione di meccanismi per verificare che vi sia un consenso effettivo da parte di entrambi i coniugi, la garanzia che le nascite e i matrimoni siano registrati e che chiunque sia costretto a contrarre un matrimonio non registrato e i figli che ne discendono ricevano un'adeguata protezione, l'introduzione di misure per garantire che i matrimoni forzati siano annullabili, annullati o sciolti, per facilitare la loro denuncia e per garantire la protezione delle vittime, degli informatori e degli altri testimoni<sup>86</sup>. La Risoluzione dall'Institut de droit international su *Human Rights and Private International Law* stabilisce che i matrimoni infantili non devono essere riconosciuti, fermo che, nell'interpretare le norme che impediscono tale riconoscimento, le Corti devono prendere in considerazione «all the circumstances of the case, with a view to avoiding any undesirable impact on the rights of the child or of the forced victim, as well as on concerned third parties»<sup>87</sup>.

Gli ordinamenti nazionali europei regolano in maniera simile, ma non del tutto analoga, i requisiti del libero consenso e dell'età minima e le conseguenze che discendono dalla loro violazione. Ad esempio, per la legge tedesca i minori di diciotto anni non possono sposarsi, ma, mentre il matrimonio celebrato da una persona di età inferiore a sedici anni è nullo, quello di un minore ultra-sedicenne può essere solamente annullato. Ai sensi della legge inglese, i minorenni non possono sposarsi<sup>88</sup>, così come per la legge olandese<sup>89</sup>. Secondo la legge francese, entrambi i coniugi devono aver compiuto diciotto anni e il matrimonio contratto da un minore può essere dichiarato nullo entro trent'anni dalla sua celebrazione, su richiesta di chiunque abbia un interesse o del pubblico ministero<sup>90</sup>. Anche la coercizione costituisce una causa di nullità, che può essere fatta va-

---

<sup>86</sup> Council of Europe, Parliamentary Assembly, Forced marriage in Europe, Resolution 2233 (2018), par. 7.

<sup>87</sup> Institut de droit international, Human Rights and Private International Law, cit., art. 13. Si veda F. PESCE, *Art. 13 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: il matrimonio fondato sul consenso (pieno e libero) dei nubendi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, 571.

<sup>88</sup> UK Marriage and Civil Partnerships (Minimum Age) Act, 2022.

<sup>89</sup> Dutch Forced Marriage Prevention Act, 7 ottobre 2015.

<sup>90</sup> Code Civil, art. 144 e 184.

lere dal coniuge o dal pubblico ministero entro cinque anni dalla celebrazione<sup>91</sup>. Per la legge olandese, in caso di coercizione, i matrimoni possono essere annullati su richiesta delle parti o del pubblico ministero<sup>92</sup>, mentre per la legge serba la presentazione dell'istanza di annullamento di un matrimonio contratto forzatamente deve avvenire entro un anno dalla cessazione della coercizione<sup>93</sup>. Anche la legge albanese stabilisce che il matrimonio contratto senza il pieno e libero consenso di uno o entrambi i coniugi, o derivante da minaccia, è nullo; tuttavia, la richiesta di invalidazione può essere presentata dal coniuge il cui consenso non è stato liberamente prestato entro sei mesi dalla data in cui la minaccia è cessata, e comunque entro tre anni dalla celebrazione del matrimonio; il diritto di chiedere l'annullamento del matrimonio forzato viene meno in caso di convivenza tra i coniugi per più di sei mesi dal momento in cui la vittima ha acquisito la piena libertà<sup>94</sup>.

Sul piano del diritto internazionale privato, il mancato rispetto dei requisiti sopra citati incide sulla possibilità di riconoscere effetti civili all'istituto contratto all'estero<sup>95</sup>. In merito, il Consiglio d'Europa raccomanda agli Stati membri di non riconoscere i matrimoni forzati celebrati all'estero, salvo che ciò sia nell'interesse superiore della vittima e

---

<sup>91</sup> Ibid., art. 180 e 181.

<sup>92</sup> Dutch Forced Marriage Prevention Act, cit.

<sup>93</sup> Serbian Family Law (2017), art. 216. Si vedano le osservazioni in GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on Serbia, Serbia (2019) GREVIO/ Inf(2019)20, par. 17.

<sup>94</sup> Albanian Civil Code, art. 33 e 44. Sul punto si vedano le osservazioni in GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on Albania, Albania (2017) GREVIO/Inf(2017)13, par. 152.

<sup>95</sup> A. BONFANTI, *Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato*, in *GenIus*, 2020, 1; ID., *Il contratto ai matrimoni infantili e precoci, tra universalismo e relativismo dei diritti umani: sull'incostituzionalità del Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, 469; C. CAMPIGLIO, *Il matrimonio in età precoce nel diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, 767; ID., *La condizione femminile tra presente e futuro: prospettive internazionalprivatistiche*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2023, 38; F. PESCE, *I child marriages tra tutela dei diritti e portabilità degli status*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, 53.

nella misura in cui consenta di garantirle diritti che non potrebbe pretendere diversamente<sup>96</sup>. La legge olandese sulla prevenzione dei matrimoni infantili stabilisce che un matrimonio celebrato all'estero con un coniuge minorenne non può essere riconosciuto nei Paesi Bassi, a meno che entrambi i coniugi abbiano raggiunto i diciotto anni<sup>97</sup>. Allo stesso modo, in base alla riforma introdotta in Svezia nel 2004, è vietato il riconoscimento dei matrimoni stranieri conclusi con coercizione, indipendentemente dall'età dei coniugi e da qualsiasi legame con la Svezia al momento della celebrazione. La legge vieta anche il riconoscimento dei matrimoni stranieri validamente contratti all'estero quando i coniugi, o uno di essi, non avevano, al momento del matrimonio, compiuto i diciotto anni, e almeno uno dei due era cittadino svedese o risiedeva abitualmente in Svezia. La norma – applicata in maniera restrittiva fino a portare, ad esempio, a respingere il riconoscimento di un matrimonio contratto in Palestina da una residente svedese pochi giorni prima del suo diciottesimo compleanno – è stata rafforzata nel 2018, attraverso l'introduzione di un emendamento ai sensi del quale è rifiutato il riconoscimento dei matrimoni precoci, indipendentemente da qualsiasi collegamento con la Svezia<sup>98</sup>.

Venendo all'ordinamento italiano, esso prescrive che le persone di età inferiore ai diciotto anni non possono sposarsi. L'art. 84 del Codice civile stabilisce tuttavia che «il tribunale, su istanza dell'interessato, accertata la sua maturità psico-fisica e la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il

---

<sup>96</sup> Council of Europe, Steering Committee for Human Rights, Guide to Good and Promising Practices Aimed at Preventing and Combating Female Genital Mutilation and Forced Marriage, 13 July 2017.

<sup>97</sup> Dutch Forced Marriage Prevention Act, cit. A. WIJFFELMAN, *Child Marriage and Family Reunification: An Analysis Under the European Convention on Human Rights of the Dutch Forced Marriage Prevention Act*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2017, 104.

<sup>98</sup> Act (2018:1973). M. BOGDAN, *Some Critical Comments on the New Swedish Rules on Non-Recognition of Foreign Child Marriages*, in *Journal of Private International Law*, 2019, 250; M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Non-Recognition of Child Marriages: Sacrificing the Global for the Local in the Aftermath of the 2015 'Refugee Crisis'*, in G. DOUGLAS, M. MURCH, V. STEPHENS (eds.), *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge, 2018, 267.

pubblico ministero, i genitori o il tutore, può con decreto emesso in camera di consiglio ammettere per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto i sedici anni». Ai sensi dell'art. 117 il matrimonio celebrato in violazione delle regole sull'età minima può essere impugnato dai coniugi, da ciascuno dei genitori e dal pubblico ministero; l'azione di annullamento deve essere presentata dal minore non oltre un anno dal raggiungimento della maggiore età, mentre la domanda del genitore o del pubblico ministero deve essere respinta qualora questi sia divenuto maggiorenne, vi sia stato concepimento o procreazione e, in ogni caso, sia stata accertata la sua volontà di mantenere il vincolo matrimoniale in vita. Il matrimonio può, inoltre, essere impugnato dal coniuge il cui consenso sia stato «estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne allo sposo»<sup>99</sup>. Ai sensi dell'art. 122 del Codice civile l'azione di annullamento non può essere proposta se i coniugi hanno coabitato per un anno dopo la cessazione della violenza o delle cause che hanno determinato il timore. Con la Legge 69/2019 è stato infine introdotto il reato di costrizione o induzione al matrimonio, di cui all'art. 558-*bis* del Codice penale, che punisce «chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile» o «chiunque, approfittando delle condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità di una persona, con abuso delle relazioni familiari, domestiche, lavorative o dell'autorità derivante dall'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia, la induce a contrarre matrimonio o unione civile»<sup>100</sup>. La pena è aumentata se i fatti sono commessi ai danni di soggetti minori di diciotto anni, e in misura ulteriore, se infra-quattordicenni. Tenuto conto della

---

<sup>99</sup> Codice civile, art. 122.

<sup>100</sup> Codice penale, art. 558-*bis*. In merito, G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di 'costrizione o induzione al matrimonio' previsto dall'art. 558 bis c.p. (introdotto dall'art. 7 l. 19 luglio 2019, n. 69)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2019, 1315; G. PEPÈ, *I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia? Qualche approfondimento sul fenomeno ed un primo commento alla norma volta a contrastarlo, contenuta nel Disegno di Legge 'Codice Rosso'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019. Si veda anche E. CARPANELLI, *Art. 44. Jurisdiction*, in S. DE VIDO, M. FRULLI (eds.), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, cit., 524.

frequente natura transnazionale della fattispecie, la giurisdizione italiana si estende, infine, anche ai reati compiuti all'estero da cittadini italiani o da stranieri residenti in Italia, o ai danni di cittadini italiani o stranieri residenti in Italia.

Sul piano del diritto internazionale privato, l'art. 27 della Legge 218/1995 stabilisce che la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono disciplinate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio; la forma è regolata dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei due coniugi o dalla legge di comune residenza al momento della celebrazione<sup>101</sup>. L'art. 115 del Codice civile sancisce, inoltre, che il cittadino italiano è soggetto ai requisiti sopra elencati, anche quando contrae matrimonio in un paese straniero secondo le forme ivi stabilite. In merito la Circolare del Ministero dell'Interno n. 25 del 13 ottobre 2011<sup>102</sup>, in materia di trascrivibilità di atti di matrimonio celebrati all'estero in cui manchi la documentazione della volontà coniugale, riconosce che «il consenso di entrambi i coniugi costituisce sempre un requisito essenziale, di ordine sostanziale, alla sussistenza di un valido vincolo matrimoniale, in mancanza del quale non è possibile riconoscere il matrimonio per chiara contrarietà all'ordine pubblico»<sup>103</sup>. La trascrizione, tuttavia, non può essere rifiutata nel caso in cui la legge straniera utilizzi forme differenti da quella italiana, purché sussistano i requisiti sostanziali previsti dal nostro ordinamento<sup>104</sup>. È dunque necessario, nelle ipotesi di riconoscimento di matrimoni contratti all'estero tra cittadini italiani o tra un cittadino italiano e uno straniero, che gli ufficiali di stato civile verificano che il matrimonio sia stato effettivamente contratto volontariamente da entrambi gli sposi. L'ac-

---

<sup>101</sup> G. CARELLA, *Art. 27*, cit., 1165; ID., *Art. 28*, ivi, 1166; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Statuto personale e diritti reali*, cit., 85 ss.; C. CAMPIGLIO, *Il matrimonio in età precoce nel diritto internazionale privato*, cit., 772; F. PESCE, *I child marriages tra tutela dei diritti e portabilità degli status*, cit.

<sup>102</sup> Circolare del Ministero dell'Interno n. 25 del 13 ottobre 2011; Decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della Legge 15 maggio 1997, n. 127, art. 18.

<sup>103</sup> Circolare del Ministero dell'Interno n. 25 del 13 ottobre 2011.

<sup>104</sup> Ibid.

certamento è problematico quando – in conformità con l’ordinamento e la prassi di alcuni Paesi – l’atto di matrimonio si limita ad accertare la sussistenza del vincolo sulla base di dichiarazioni rese da uno solo dei coniugi, eventualmente confermate da testimoni, o anche effettuate dai soli testimoni. La richiesta di trascrizione in Italia di un simile atto deve essere «accolta quando presentata all’ufficiale dello stato civile da entrambi i coniugi, personalmente o tramite delega che contenga espressa dichiarazione di volontà dei medesimi di procedere alla trascrizione, con ciò implicitamente confermando la sussistenza della volontà di entrambi in relazione al vincolo matrimoniale precedentemente contratto»<sup>105</sup>. Ovviamente si deve escludere il ricorrere dell’elemento del consenso per i matrimoni contratti da cittadini italiani all’estero nelle circostanze che integrano la fattispecie di matrimonio forzato di cui all’art. 558-*bis* del Codice penale<sup>106</sup>.

Ai sensi dell’art. 116 del Codice civile, per sposarsi in Italia gli stranieri devono invece presentare all’ufficiale di stato civile italiano un nulla osta, rilasciato dall’autorità competente del Paese di cui hanno la cittadinanza, che certifichi che, secondo la loro legge nazionale, essi possono contrarre il matrimonio<sup>107</sup>. I futuri sposi devono inoltre rispettare le condizioni previste dall’art. 116 del Codice civile, tra cui la libertà di stato e l’assenza di legami di parentela, affinità e adozione, la mancanza delle quali – in quanto norme di applicazione necessaria – comporta l’invalidità del matrimonio, indipendentemente dalla legge applicabile<sup>108</sup>. L’art.

---

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> L’art. 116 del Codice civile è stato dichiarato incostituzionale nella parte in cui richiedeva la presentazione di un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano (Corte di Cassazione, n. 245 del 25 luglio 2011). Inoltre, la mancata concessione del nulla osta per motivi religiosi (si pensi al divieto di matrimoni interreligiosi, previsto da numerosi ordinamenti) è stata ritenuta contraria all’ordine pubblico; ciò ha condotto i tribunali a dichiarare l’illegittimità del rifiuto opposto dall’ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni matrimoniali (così, da ultimo, Tribunale di Napoli, n. 17655/2023).

<sup>108</sup> Sulle norme di applicazione necessaria N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., 235; ID., *Ordine pubblico internazionale e norme di applicazione necessaria*, in F. PREITE, A. GAZZANTI PUGLIESE DI CO-TRONE (a cura di), *Atti notarili: diritto comunitario e internazionale. Diritto internazio-*

116 non richiama l'art. 84 del Codice civile e dunque non stabilisce esplicitamente che il compimento dei diciotto anni da parte dei coniugi stranieri sia essenziale: è pertanto ragionevole ritenere che sul punto possano applicarsi le differenti condizioni prescritte dalle leggi nazionali dei coniugi, fermo restando il limite dell'ordine pubblico di cui all'art. 16 della Legge 218/1995. Sulla base della già evocata funzione di quest'ultimo istituto, ossia impedire l'ingresso nell'ordinamento italiano dei soli provvedimenti i cui effetti sono incompatibili con i suoi valori e principi fondamentali nelle circostanze del caso concreto, riteniamo pertanto che esso non impedisca automaticamente il riconoscimento dei matrimoni precoci celebrati all'estero nel rispetto di requisiti di età, prescritti dalla legge straniera applicabile, differenti da quelli sanciti dalla legge italiana; ciò purché sia verificato che tali requisiti sono comunque adeguati a proteggere i diritti fondamentali degli sposi, se la valutazione delle circostanze conduce a ritenere che non si sia consumata una violazione dei loro diritti fondamentali e se è accertato che essi si trovano in condizioni di sviluppo psicologico e fisico adeguato<sup>109</sup>.

Tale conclusione è conforme al già richiamato orientamento sviluppato dalla Corte europea dei diritti umani in materia di compatibilità, con i diritti convenzionalmente sanciti, del funzionamento dell'ordine pubblico internazionale negli Stati contraenti. La Corte si è espressa su questo tema anche in un caso specificamente concernente il riconoscimento di un matrimonio precoce celebrato in Iran dai ricorrenti, una coppia di cittadini afgani, quando la giovane aveva solo quattordici anni e contrario all'ordine pubblico svizzero. Nella già citata sentenza *H. and R.H. c. Svizzera*<sup>110</sup>, do-

---

*nale privato*, Giuffrè, Milano, 2011, 137; G. ZARRA, *Imperativeness in Private International Law: A View From Europe*, cit., 55 ss.; ID., *Sull'incerta distinzione tra ordine pubblico e norme di applicazione necessaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022. Si veda anche N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, 'disposizioni imperative del diritto comunitario' e 'leggi di polizia' nella proposta di regolamento 'Roma I'*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento 'Roma I'. Atti del Convegno (Bari, 23-24 marzo 2007)*, 2007.

<sup>109</sup> F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Statuto personale e diritti reali*, cit., 96; G. CARELLA, *Art. 27*, cit., 1165.

<sup>110</sup> European Court of Human Rights, *Z.H. and R.H. v. Switzerland*, 60119/12, 8 marzo 2016.

po avere ricordato che l'art. 12 della Convenzione, per la delicatezza delle questioni sottese, rimette l'individuazione delle regole applicabili al matrimonio agli ordinamenti nazionali, la Corte ha concluso che il diritto alla vita privata e familiare, di cui all'art. 8 della Convenzione, pur non imponendo agli Stati parte l'obbligo di riconoscere matrimoni contratti da coniugi minorenni, deve essere rispettato anche in situazioni *de facto*. Il carattere 'familiare' di una relazione deve infatti essere valutato anche alla luce di fattori quali la lunghezza della relazione, la convivenza della coppia e la procreazione di figli. Come precisato dal Giudice Nicolaou nella propria Opinione concorrente, l'invalidità di un matrimonio per il diritto nazionale non incide sulla relazione familiare, privandola automaticamente della tutela convenzionale: la nozione di 'vita familiare' non è infatti predefinita e deve essere interpretata autonomamente, tenuto conto che la sua esistenza è essenzialmente una questione di fatto che dipende dalla reale sussistenza di legami affettivi e personali.

Al fine di delimitare il funzionamento dell'ordine pubblico in questa materia sono utili anche le indicazioni dell'Institut de Droit International che, nella Risoluzione di Cracovia del 2005, specifica che gli Stati non dovrebbero rifiutare il riconoscimento di matrimoni celebrati all'estero, sulla base della motivazione che «their mode of celebration, religious or secular, is unknown in their law», mentre dovrebbero invocarne il filtro per impedire l'applicazione di leggi che limitano la libertà di matrimonio per motivi razziali o religiosi<sup>111</sup>. L'orientamento è seguito, ad esempio, dalla nostra Corte di Cassazione in una sentenza del 2016, che chiarisce che «non produce effetti contrari all'ordine pubblico l'applicazione di una legge straniera che preveda per la celebrazione del matrimonio delle forme diverse da quelle stabilite dalla legge italiana, a condizione che [...] siano comunque idonee a rappresentare il consenso matrimoniale dei nubendi»<sup>112</sup>. Nel caso di specie l'ufficiale di stato civile aveva rigettato la trascrizione dell'atto di matrimonio emesso dall'autorità pachistana, in considerazione dell'avvenuta celebrazione per via telematica, che egli riteneva contraria all'ordine pubblico a causa della mancata contestuale presenza dei

---

<sup>111</sup> Institut de Droit International, Cultural Differences and Ordre Public in Family Private International Law, cit., par. B(2) e (1).

<sup>112</sup> Corte di Cassazione, n. 15343 del 25 luglio 2016.

nubendi dinanzi all'officiante, garanzia dell'espressione del libero consenso. La Corte di Cassazione confermava invece la correttezza della decisione poi assunta dalla Corte d'Appello di Bologna, per la quale «essendo il matrimonio [...] stato celebrato in Pakistan e validamente secondo la legge di quel Paese [...] esso è valido, non ostandovi alcun principio di ordine pubblico». Per il giudice di legittimità è errato «ravvisare una violazione dell'ordine pubblico tutte le volte che la legge straniera in base alla quale sia stato emanato l'atto di cui si chiede il riconoscimento, contenga una disciplina di contenuto diverso da quella dettata in materia dalla legge italiana»<sup>113</sup>. Dovendo il limite dell'ordine pubblico essere riferito agli effetti dell'atto straniero, il matrimonio è valido se «idoneo a rappresentare il consenso matrimoniale dei nubendi in modo consapevole» e «non può ritenersi contrastante con l'ordine pubblico solo perché celebrato in una forma non prevista dall'ordinamento italiano»<sup>114</sup>. La decisione si mostra dunque favorevole a un arretramento dell'ordine pubblico a beneficio di un'apertura più ampia nei confronti delle leggi straniere e degli istituti da queste previsti. È, in ogni caso, opportuno ricordare che lo stesso ragionamento deve condurre a una soluzione diversa, qualora sia dimostrato che nel caso concreto il consenso degli sposi (o di uno di essi) è stato estorto. Segue la medesima logica di apertura anche la decisione assunta dalla Corte d'Appello di Milano nel 2020, secondo cui «non contrasta con l'ordine pubblico il riconoscimento in Italia della sentenza di un Tribunale rabbinico israeliano, che accerti l'avvenuta celebrazione del matrimonio secondo la legge mosaica, tra due soggetti, di cui uno cittadino italiano, anche quando abbia avuto luogo la violazione delle procedure» previste dalla legge che regola i rapporti con l'Unione delle comunità ebraiche italiane, ivi inclusa la pubblicazione presso la casa comunale<sup>115</sup>.

In linea con le riflessioni svolte, pare a chi scrive particolarmente significativa la sentenza con cui il 1° febbraio 2023 la Corte costituzionale tedesca ha dichiarato l'incostituzionalità della Legge sul contrasto ai matrimoni infantili (*Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen*) del 17 luglio 2017,

---

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> Corte d'Appello di Milano, ordinanza del 29 gennaio 2020, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2021, 156.

nella parte in cui prevede la nullità automatica dei vincoli che coinvolgono sposi infra-sedicenni (art. 13, comma 3, n. 1 EGBGB), indipendentemente dalla loro validità ai sensi della legge applicabile. La legge distingue due ipotesi: nel caso di coniugi ultra-sedicenni il matrimonio è annullabile (art. 13, par. 3, n. 2), nel caso di sposi infra-sedicenni è invece nullo (art. 13, par. 3, n. 1)<sup>116</sup>. Con la sentenza la Corte costituzionale si è espressa sul rinvio effettuato nel 2018 dalla Corte Suprema Federale, relativamente a un caso concernente una coppia di cittadini siriani immigrati in Germania, che avevano contratto matrimonio in Siria ai sensi del diritto islamico, quando la nubenda aveva quattordici anni<sup>117</sup>. Sulla base della legge censurata, il loro matrimonio era stato considerato invalido in Germania e, in assenza del riconoscimento degli effetti civili, la sposa era stata sottoposta a custodia presso una struttura di assistenza per minori non accompagnati. Secondo il diritto internazionale privato tedesco preminente all'introduzione della legge in commento non vi sarebbero stati motivi per negare la validità del matrimonio, in quanto conforme al di-

---

<sup>116</sup> A. BONFANTI, *Il contrasto ai matrimoni infantili e precoci, tra universalismo e relativismo dei diritti umani: sull'incostituzionalità del Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen*, cit., 469; F. PESCE, *Il complesso bilanciamento tra diritti fondamentali dell'individuo nell'attesa pronuncia del Bundesverfassungsgericht sui matrimoni precoci*, 9 maggio 2023, reperibile al sito: <http://www.sidiblog.org/2023/05/09/il-complesso-bilanciamento-tradiritto-fondamentali-dellindividuo-nellattesa-pronuncia-del-bundesverfassungsgericht-sui-matrimoni-precoci/>; CC. RAINER LÜCK, *Foreign Child Marriages and Constitutional Law. German Constitutional Court Holds Parts of the German Act to Combat Child Marriages Unconstitutional*, 30 marzo 2023, reperibile al sito: <https://conflictoflaws.net/2023/foreign-child-marriages-and-constitutional-law/>. Sul caso, anche: A. BONFANTI, *Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani fondamentali in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato*, cit., 13; C. CAMPIGLIO, *Il matrimonio in età precoce nel diritto internazionale privato*, cit., 787-791; F. PESCE, *I child marriages tra tutela dei diritti e portabilità degli status*, cit., 53; J. VON HEIN, *Germany: Legal Consequences of the Draft Legislation on Child Marriage*, 2017, reperibile al sito: <https://conflictoflaws.net/2017/germany-legal-consequences-of-the-draft-legislation-on-child-marriage/>); Underage, Married, Separated. A German Law Abolishes Child Marriages in General – Not Always in the Interest of Those Affected, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Amburgo, 2019, reperibile al sito: <https://www.mpg.de/12797223/childmarriage-legislation-germany>.

<sup>117</sup> BVerfG, Order of the First Senate, 1 BvL 7/18, 1 febbraio 2023, reperibile al sito: [https://www.bverfg.de/e/ls20230201\\_1bvl000718en.html](https://www.bverfg.de/e/ls20230201_1bvl000718en.html).

ritto applicabile siriano e non contrario all'ordine pubblico, nella misura in cui non vi erano prove che si trattasse di un matrimonio forzato<sup>118</sup>.

Pur perseguendo, secondo la Corte, l'obiettivo legittimo di combattere i matrimoni infantili e precoci, la legge in commento impone un automatismo che, funzionale ad assicurare un maggior livello di certezza giuridica, risulta essere sproporzionato: l'impossibilità di valutare il caso concreto e l'invalidità di tutti i matrimoni, a prescindere dalle circostanze ricorrenti e dalla volontà dei coniugi stessi, possono pregiudicare infatti – e in molti casi pregiudicano – proprio l'interesse degli sposi minorenni, che si trovano a subire la conseguente perdita dei diritti civili, pensionistici, alimentari e successori<sup>119</sup>. Impedendo il riconoscimento in Germania di matrimoni validamente celebrati all'estero e non regolando gli effetti giuridici dell'invalidità<sup>120</sup>, la norma causa, inoltre, il venire a crearsi di rapporti giuridici 'claudicanti', ossia di matrimoni efficaci secondo il diritto straniero, ma invalidi per il diritto tedesco<sup>121</sup>. L'art. 13, par. 3, n. 1 della Legge è stato, pertanto, ritenuto incostituzionale dalla Corte, nella misura in cui limita in maniera sproporzionata la tutela del diritto al matrimonio. Mentre l'estensione ai matrimoni degli infra-sedicenni dell'esame del caso concreto o dell'annullabilità (al posto della nullità) del vincolo potrebbe non garantire sempre il raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla disposizione, ossia di scoraggiare i matrimoni infantili e assicurare la certezza del diritto<sup>122</sup>, la nullità è una misura sproporzionata, a causa della mancata regolazione delle sue conseguenze giuridiche e dell'impossibilità per i minori di preservare eventualmente la validità dei matrimoni, una volta compiuti i diciotto anni<sup>123</sup>. La sentenza prescrive che l'ordinamento si doti di misure adeguate al contrasto ai matrimoni infantili e precoci, che sappiano tuttavia garantire un attento bilanciamento tra i diritti fondamentali complessivamente coinvolti. Essa elabora quindi una soluzione che tutela i diritti fondamentali, legittimando tuttavia l'eventuale ricono-

---

<sup>118</sup> Ibid., par. 50.

<sup>119</sup> Ibid., par. 12.

<sup>120</sup> Ibid., par. 23.

<sup>121</sup> Ibid., par. 19.

<sup>122</sup> Ibid., par. 148-153.

<sup>123</sup> Ibid., par. 154, 167, 173, 180, 181.

scimento di effetti giuridici di matrimoni celebrati nel rispetto di normative straniere improntate a sistemi culturali e tradizionali diversi. La decisione, pertanto, sia pur non esplicitamente, assicura la valorizzazione delle differenti concezioni culturali che li caratterizzano e che non producono effetti manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico.

### 5. *Il ripudio.*

L'ordine pubblico internazionale esplica la propria funzione anche in presenza di richieste di trascrizione o riconoscimento di provvedimenti di ripudio perfezionati all'estero secondo una delle numerose leggi che – per quanto diversificate nelle procedure e nelle forme richieste – diversamente dalla nostra, consentono questa forma di divorzio unilaterale. La presente trattazione si concentrerà sulla disciplina del ripudio nel diritto internazionale privato, come caso studio<sup>124</sup>: se, da un lato, è infatti evidente che l'istituto, per i suoi tratti caratteristici, presenta elementi di contrasto con alcuni dei principi fondamentali in materia di tutela dei diritti umani – in primo luogo, il principio di non discriminazione – dall'altro, occorre anche enfatizzare che non necessariamente e non in tutti i casi una chiusura aprioristica e generalizzata nei confronti delle richieste di riconoscere effetti civili alle situazioni giuridiche che ne discendono, favorisce proprio quegli individui che ci si propone di tutelare, ossia le mogli ripudiate. È necessario, pertanto, al fine di comprendere quale sia la soluzione più adeguata in questi casi, che il giudice si ponga nella prospettiva di comprendere se – come correttamente previsto dall'art. 64 della Legge

---

<sup>124</sup> I ragionamenti di fondo sviluppati dalla dottrina e nella giurisprudenza in materia di riconoscimento di divorzi unilaterali sono – ferme le evidenti differenze esistenti tra i due istituti – in parte assimilabili a quelli relativi ai matrimoni poligamici. Sul tema si rinvia a C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale e processuale*, 2008, 43 ss.; F. DI PIETRO, *La poligamia e i ricongiungimenti di famiglie poligamiche in Spagna e in Italia*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, 56 ss.; R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 197; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., 116 ss.

218/1995 – gli effetti del riconoscimento siano, nel caso concreto, contrari all'ordine pubblico.

L'approccio qui suggerito è stato chiarito, da ultimo, nella sentenza con cui nel marzo 2023 la Corte di Cassazione ha giudicato non contrario all'ordine pubblico internazionale italiano il provvedimento con cui il Tribunale Supremo di Teheran aveva pronunciato il divorzio unilaterale (divorzio *rojee*) tra le parti in causa, e ha rigettato pertanto il ricorso proposto dalla ex-moglie contro la trascrizione nei registri di stato civile italiani<sup>125</sup>. Lo scioglimento del matrimonio tra la cittadina iraniana e il cittadino avente la doppia cittadinanza iraniana e italiana, sposatisi in Iran e residenti in Italia, era stato pronunciato sulla base del diritto iraniano, che consente al marito di divorziare unilateralmente dalla moglie. La ricorrente assumeva che il divorzio in questione equivalesse a un ripudio islamico ('*talaq*') e che l'istituto fosse in assoluto contrario all'ordine pubblico. In linea con la precedente ordinanza della Cassazione n. 17170/2020<sup>126</sup>, adottata nell'ambito della stessa vicenda, e sulla base delle risultanze del procedimento di rinvio condotto dalla Corte d'Appello di Bari, la Corte ha invece ritenuto che il riconoscimento in questione non producesse effetti contrari all'ordine pubblico: accertato che nel caso di specie la moglie era stata assistita da un difensore di fiducia, si era costituita nei tre gradi del giudizio iraniano e aveva impugnato la decisione in appello e dinanzi alla Corte Suprema, vedendo riconosciute le sue richieste economiche, la Corte ha concluso che i suoi diritti alla difesa e al contraddittorio – sia pur con forme differenti da quelle previste per la regolazione del divorzio nel nostro ordinamento – erano stati rispettati. Con un passaggio piuttosto veloce, la Corte ha inoltre ritenuto che le criticità relative alla conformità con i principi della parità di genere e di non discriminazione non fossero rilevanti, in quanto non adeguatamente formulate. Sulla base di questi assunti, la Corte ha concluso che il divorzio in questione non era assimilabile al ripudio. In particolare, sul punto la Corte ha chiarito che «il giudizio sulla compatibilità con l'ordine pubblico di una decisione di divorzio pronunciata all'estero in base al diritto applica-

---

<sup>125</sup> Corte di Cassazione, Sez. I, n. 6920 dell'8 marzo 2023, in *Famiglia e diritto*, 2023, 1 ss.

<sup>126</sup> Corte di Cassazione, ordinanza n. 17170 del 14 agosto 2020, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2021, 353 ss.

bile di matrice islamica deve essere effettuato con cautela, valutando caso per caso, alla luce della varietà delle normative dei diversi ordinamenti islamici ove è disciplinato il potere unilaterale del marito di divorziare dalla moglie e del processo di giurisdizionalizzazione subito dall'istituto del ripudio di diritto islamico nei tempi più recenti» e che «occorre tenere altresì in considerazione la circostanza che il riconoscimento della sentenza straniera di divorzio può essere favorevole in concreto alla tutela degli interessi della moglie»<sup>127</sup>. Conclusione conforme a quanto già sancito nella citata ordinanza del 2020, per la quale «quando il giudizio di delibazione si incentri sul requisito dell'ordine pubblico, la valutazione che si richiede al giudice deve mantenersi fedelmente aderente al dettato normativo della Legge 218/1995, art. 64, comma 1, lett. g), secondo cui il riconoscimento della sentenza straniera non può avere luogo se le sue disposizioni producono 'effetti contrari all'ordine pubblico' e, di conseguenza, occorre che il giudice, senza estendere la propria cognizione *aliunde*, valutati 'gli 'effetti' della decisione nel nostro ordinamento' e non la correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o della legge italiana, non essendo consentita un'indagine sul merito del rapporto giuridico dedotto' (Cass., Sez. I, 18/04/2013, n. 9483), essendo esclusa ogni possibilità di sottoporlo ad un sindacato di tipo contenutistico o di merito né di correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano (Cass., Sez. L., 25/07/2016, n. 15343)»<sup>128</sup>.

Le decisioni in commento della Corte di Cassazione enfatizzano pertanto la necessità di considerare la varietà delle discipline del divorzio islamico, oltre che le specificità dei casi di specie, e in particolare degli effetti che il riconoscimento produce sulla ex-moglie. Sul primo aspetto è opportuno segnalare una serie di aperture da parte dei tribunali spagnoli e francesi, con riguardo a provvedimenti di divorzio unilaterale adottati sulla base, ad esempio, del diritto marocchino e algerino<sup>129</sup>, ol-

<sup>127</sup> Corte di Cassazione, Sez. I, n. 6920 dell'8 marzo 2023, cit., par. 3.

<sup>128</sup> Corte di Cassazione, ordinanza n. 17170 del 14 agosto 2020, cit.

<sup>129</sup> Cour de Cassation, nn. 12-25802 e 12-21344 del 23 ottobre 2013; Audencia Provincial, Barcelona, Sez. XII, n. 1051/2013, 11 dicembre 2013, commentate in G.E. DE LA ROSA, *Cultural Diversity and European Private International Law*, in *Civil and Legal Sciences*, 2015, 2-3. Si vedano anche Cour de Cassation, Rhobi, 3 novembre 1983 e Douibi, 3 luglio 2001, richiamate in F. PESCE, *La Corte di Cassazione ritorna sul tema*

tre che la disposizione con cui il Codice civile belga ammette il ripudio ai sensi del diritto straniero, purché la moglie abbia acconsentito all'iniziativa del marito<sup>130</sup>. Sul secondo punto, invece, sono certamente rilevanti i casi in cui sia necessario assicurare che la donna non subisca ulteriori pregiudizi per effetto del mancato riconoscimento del divorzio, qualora, ad esempio, ne richieda direttamente il riconoscimento in Italia al fine di costituire una nuova famiglia, o comunque benefici di una protezione pecuniaria adeguata<sup>131</sup>. Un autore correttamente sottolinea che «il ruolo del consenso della donna a farsi ripudiare, o almeno ad accettare gli effetti del ripudio una volta pronunciato, varia a seconda degli ordinamenti giuridici degli Stati in cui è chiesto il riconoscimento. La flessibilità di questi ordinamenti può manifestarsi anche nella considerazione delle cause che possono aver indotto il marito a ripudiare la moglie conformemente alla legge straniera applicabile. [...] [Ad esempio] è possibile che il marito [abbia fatto] valere una situazione che gli consentirebbe di ottenere il divorzio anche davanti a un tribunale occidentale in applicazione della legge del foro [...]»<sup>132</sup>. È questo il già menzionato caso risolto dalla Corte d'appello di Hamm con la pronuncia di un divorzio

---

*del riconoscimento del ripudio islamico*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, 564. Si vedano anche A. BELTRAME DE MOURA, A.M. NUNES AMARAL, *L'ordre public and the European Private International Law: Sharia Effects on the European Family Law*, in A. KTOS, J. MISIUNA, M. PACHOCKA, A. SZCERBA-ZAWADA (eds.), *European Union and Its Values: Freedom, Solidarity, Democracy*, Varsavia, 2020, 41 ss.; I. SPORTEL, *Who's Afraid of Islamic Family Law? Dealing with Shari'a-based Family Law System in the Netherlands*, in *Religion & Gender*, 2017, 53 ss.

<sup>130</sup> Belgian Code of Private International Law, art. 57. F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, cit., 63.

<sup>131</sup> C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, cit.; F. PESCE, *La Corte di Cassazione ritorna sul tema del riconoscimento del ripudio islamico*, cit., 570; O. FERACI, *Una sentenza iraniana di divorzio unilaterale non è contraria, nei suoi effetti concreti, all'ordine pubblico internazionale*, cit., 17; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., 141 ss., spec. 154-155; G. ZARRA, *Ripudio islamico e ordine pubblico: riflessioni in margine a due recenti sentenze della Corte di Cassazione*, in F. GALGANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani nel bacino del Mediterraneo*, FedOApress, Napoli, 2021, 75.

<sup>132</sup> Così P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, 271-272. La traduzione è nostra.

secondo diritto islamico, poiché, pur contrario l'istituto, in via di principio, all'ordine pubblico, la richiesta del marito sarebbe stata accolta anche secondo il diritto civile, in quanto trascorsi, nei fatti, cinque anni di separazione<sup>133</sup>.

Un approccio che tenga conto delle circostanze del caso e dei differenti diritti in gioco è in linea anche con i già ricordati orientamenti espressi dalla Corte europea dei diritti umani nelle sentenze in cui si è pronunciata sulla corretta applicazione dell'ordine pubblico negli Stati contraenti della Convenzione europea. In questo contesto è opportuno richiamare la decisione assunta dalla Corte nella sentenza *Pellegrini c. Italia*, relativa al riconoscimento da parte dei tribunali italiani della decisione di scioglimento del matrimonio concordatario, emessa dalla Sacra Romana Rota. Nel caso di specie, la Corte ha giudicato l'Italia responsabile della violazione dell'art. 6 della Convenzione europea sul diritto all'equo processo, poiché il giudice italiano, nel dichiarare esecutivo il provvedimento in questione, non aveva verificato che nell'ambito della procedura religiosa fosse stato adeguatamente tutelato il diritto della ricorrente, che nel caso di specie non era stata informata nel dettaglio della domanda di dichiarazione di nullità del matrimonio e della possibilità di essere assistita da un difensore<sup>134</sup>. Merita attenzione anche il già ricordato caso portato all'attenzione della Commissione europea dei diritti umani relativamente alla – sia pure indiretta – mancata conformità con i diritti sanciti dalla Convenzione del *get*, ossia la pratica ebraica di scioglimento del matrimonio. Il marito ricorreva lamentando la violazione della sua libertà di religione da parte della Francia, poiché un tribunale gli aveva ordinato di risarcire la ex-moglie per i danni che le derivavano dal ritardo della consegna della lettera di divorzio<sup>135</sup>. Il caso non verteva dunque sulla natura pregiudizievole per i diritti della donna, bensì sulla qualificazione della prassi – e della discrezione del marito – come espressione della libertà religiosa. La

---

<sup>133</sup> OLG Hamm, 7 marzo 2006, cit.

<sup>134</sup> European Court of Human Rights, Case of Pellegrini v. Italy, 30882/96, 20 luglio 2001. In merito P. PIRRONE, *Il caso Pellegrini dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: efficacia in Italia di sentenze ecclesiastiche ed equo processo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 63.

<sup>135</sup> European Commission of Human Rights, D. v. France, cit.

Commissione considerava inammissibile il ricorso, dopo avere verificato che il ricorrente avrebbe dovuto consegnare la lettera anche ai sensi del diritto ebraico e che, per questa sua mancanza, era già stato invitato a comparire davanti alle autorità religiose.

La commentata sentenza del 2023 della Corte di Cassazione italiana si pone in netto contrasto con l'orientamento precedentemente sviluppato dalla stessa Corte e da un'ampia giurisprudenza di merito<sup>136</sup>, inclini a rigettare le istanze di riconoscimento dei ripudi perfezionati all'estero sulla base della contrarietà dell'istituto – e non dei suoi effetti nel caso concreto – con i principi dell'ordine pubblico internazionale. Paradigmatica in questo senso è la sentenza n. 16804 del 7 agosto 2020 dalla Corte di Cassazione, relativa al riconoscimento di un provvedimento di divorzio unilaterale adottato dal Tribunale palestinese di Nablus sulla base del diritto giordano<sup>137</sup>. La Corte d'Appello di Roma aveva ordinato la cancellazione della trascrizione del provvedimento dai registri di stato civile italiani, in ragione della sua contrarietà all'ordine pubblico. La Cassazione in questo caso confermava la correttezza della sentenza di rinvio e, operando una valutazione astratta e generale sulla riconoscibilità del ripudio disciplinato dal diritto giordano, concludeva che l'istituto è discriminatorio nei confronti della moglie, poiché fondato sulla decisione unilaterale del marito. Come rilevato in dottrina, la Corte fissava pertanto un «principio rigido e impermeabile a qualsiasi valutazione circa le specificità del singolo provvedi-

---

<sup>136</sup> Si vedano, ad esempio, Corte d'Appello di Cagliari, 16 maggio 2008, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, 647 ss. e Corte d'Appello di Torino, 9 marzo 2006, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, 156 ss., commentate in F. PESCE, *La Corte di Cassazione ritorna sul tema del riconoscimento del ripudio islamico*, cit., 558 e 565; Corte d'Appello di Milano, 17 dicembre 1991, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, 109 ss., commentata da C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, 65 ss. La Corte di Cassazione era invece già intervenuta sul tema con la sentenza n. 3881 del 5 dicembre 1969. Sul tema anche D. MILANI, *Diversità e diritto internazionale privato: il ripudio islamico e la sua rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2021, 153.

<sup>137</sup> Corte di Cassazione, n. 16804 del 7 agosto 2020, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2021, 107 ss.

mento»<sup>138</sup>: secondo la Corte una «decisione di ripudio [non doveva] essere riconosciuta all'interno dell'ordinamento giuridico statale italiano a causa della violazione dei principi giuridici applicabili nel foro, sotto il duplice profilo dell'ordine pubblico sostanziale (violazione del principio di non discriminazione tra uomo e donna; discriminazione di genere) e dell'ordine pubblico processuale (mancanza di parità difensiva e mancanza di un procedimento effettivo svolto nel contraddittorio reale)»<sup>139</sup>. Così facendo, la Corte seguiva un approccio «che sembra radicalmente smentire lo spirito cui è ispirato il riconoscimento delle decisioni e, più in generale, dei provvedimenti stranieri in Italia, quantomeno a partire dalla riforma del sistema di diritto internazionale privato del 1995»<sup>140</sup>.

Sul tema occorre aggiungere che la già richiamata risoluzione di Cracovia dell'Institut de droit international stabilisce che l'ordine pubblico «non deve essere invocato per negare il riconoscimento di un divorzio, pronunciato o registrato in uno Stato straniero da un'autorità competente secondo la legge di tale Stato, per il solo motivo che la procedura ivi prevista è sconosciuta» nello Stato richiesto. Essa inoltre prospetta l'operare dell'ordine pubblico di prossimità e, al tempo stesso, delle variabili, legate al caso concreto, sopra menzionate, quando ammette che il riconoscimento di un ripudio unilaterale può essere impedito «se la donna ha o ha avuto la cittadinanza dello Stato in cui l'istanza è avanzata o di uno Stato che non ammette tale ripudio o se ha la residenza abituale in uno dei due Stati, a meno che non abbia acconsentito al ripudio o abbia beneficiato di un adeguato indennizzo economico»<sup>141</sup>.

In via conclusiva si deve notare che anche l'art. 12 del Regolamento Roma III, riferendosi alla legge applicabile al divorzio, stabilisce che l'applicazione del diritto identificato sulla base delle sue norme possa essere «esclusa soltanto nella misura in cui produca effetti manifestamente con-

---

<sup>138</sup> F. PESCE, *La Corte di Cassazione ritorna sul tema del riconoscimento del ripudio islamico*, cit., 562.

<sup>139</sup> Corte di Cassazione, n. 16804 del 7 agosto 2020, cit.

<sup>140</sup> F. PESCE, *La Corte di Cassazione ritorna sul tema del riconoscimento del ripudio islamico*, cit., 562.

<sup>141</sup> Institut de Droit International, *Cultural differences and ordre public in family private international law*, cit., par. C (1) e (2). La traduzione è nostra.

trari all'ordine pubblico del foro». La clausola di ordine pubblico non deve essere confusa con l'art. 10, che, al fine di prevedere una garanzia ulteriore contro l'applicazione di leggi che non tutelano adeguatamente la condizione paritaria della donna, dispone che, qualora la legge applicabile ai sensi dei criteri stabiliti dal Regolamento «non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale», si applichi la legge del foro. La norma agisce diversamente dalla clausola di ordine pubblico: mentre quest'ultima impedisce l'ingresso delle sole disposizioni della legge applicabile che producono effetti pregiudizievoli e incompatibili con i principi essenziali dell'ordinamento del foro, l'art. 10 comporta una modifica complessiva della legge applicabile, con sostituzione ad opera della legge del foro stesso. In merito, la Corte di Giustizia specifica che il ricorso all'art. 10 si giustifica non in tutti i casi in cui la legge straniera subordina il divorzio al rispetto di condizioni più restrittive di quelle stabilite dalla legge del foro – interpretazione che incentiverebbe «un coniuge che chiede il divorzio a presentare la propria domanda dinanzi all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro [...] la cui legge subordini il divorzio a condizioni meno restrittive» –<sup>142</sup> bensì solo in ipotesi eccezionali. L'ordine pubblico di cui all'art. 12 – che, come stabilito nel preambolo del Regolamento, è fatto espressamente salvo – si troverà a operare, pertanto, in situazioni marginali, rimanendo le problematiche relative alla legge applicabile che consenta divorzi unilaterali e discriminatori assoggettate all'art. 10<sup>143</sup>. La soluzione codificata all'art. 10 del

---

<sup>142</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea, JE c. KF, C-249/19, 16 luglio 2020, par. 34.

<sup>143</sup> Si noti inoltre che il Regolamento si applica solamente ai divorzi pronunciati da autorità giurisdizionali statali, da autorità pubbliche o con il loro controllo. Così, Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sahyouni c. Mamisch, C-372/16, 20 dicembre 2017, par. 39. La sentenza concerne lo scioglimento del matrimonio tra due coniugi legati da matrimonio islamico contratto in Siria. Il divorzio era stato perfezionato dinanzi al Tribunale religioso della *Shari'a* secondo la volontà unilaterale del marito, ferma la sottoscrizione da parte della moglie di un documento in cui attestava l'adempimento degli obblighi economici da parte dell'ex-coniuge. E. BERGAMINI, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze di Stati terzi in materia familiare: i regolamenti 2201/2003 e 2019/1111*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, 406 ss.; A. LICASTRO, *La questione*

Regolamento è, dunque, estremamente garantista per le vittime dei ripudi; in dottrina essa è stata tuttavia anche criticata per il fatto di comportare il rigetto della legge straniera in via generale e astratta, senza che il giudice debba tenere conto delle circostanze del caso specifico e degli effetti della sua applicazione nel caso concreto<sup>144</sup>.

6. *L'accesso alla giustizia in una società multiculturale: la mancata previsione nel Regolamento Bruxelles-II ter del forum necessitatis in materia di divorzio.*

Dopo avere esaminato il funzionamento dell'ordine pubblico come limite al richiamo di leggi straniere incompatibili con i valori fondamentali dell'ordinamento del foro o garanzia contro il riconoscimento di istituti che produrrebbero simili effetti, riteniamo ora opportuno esaminare uno strumento che, a parere di chi scrive, ha potenzialità rilevanti in presenza di violazioni dei diritti umani nelle circostanze all'esame del presente studio: il *forum necessitatis*.

Si tratta di un criterio residuale di giurisdizione, idoneo a fondare la competenza dei giudici in circostanze che presentino aspetti critici sotto il profilo dell'accesso alla giustizia. In via generale, tre sono i presupposti dell'operare del foro di necessità: il collegamento della fattispecie con uno Stato terzo, il rischio di diniego di giustizia e il collegamento sufficiente con lo Stato del giudice che si dichiara, sulla sua base, competente. I citati regolamenti europei in materia familiare, ad eccezione del Regolamento Bruxelles II-ter<sup>145</sup>, stabiliscono che i giudici degli Stati membri dell'U-

---

*della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea (a margine della pronunzia del 20 dicembre 2017, C-372/16), in Stato, chiese e pluralismo confessionale, 2018, 1 ss.*

<sup>144</sup> G.E. DE LA ROSA, *Cultural Diversity and European Private International Law*, cit., 2.

<sup>145</sup> Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifiusione). Sul Regolamento si vedano G. BIAGIONI, *Il nuovo Regolamento UE 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale e alla sottrazione internazionale*, in *Rivista di diritto*

nione europea, qualora non siano competenti sulla base degli altri titoli, possano «conoscere della controversia se [il] procedimento non può ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento. La controversia deve presentare un collegamento sufficiente con lo Stato membro dell'autorità giurisdizionale adita»<sup>146</sup>. La norma traspone a livello europeo l'analoga disposizione già prevista negli ordinamenti di alcuni Stati membri, tra cui l'Austria, i Paesi Bassi, il Belgio, l'Estonia, la Romania e il Portogallo, e in via giurisprudenziale dalla Francia, oltre che dalla Svizzera<sup>147</sup>.

La Risoluzione del 2021 dell'Institut de droit international su *Human Rights and Private International Law* si mostra favorevole alla previsione di questo criterio, quando all'art. 4 stabilisce: «If the rules of jurisdiction may lead to a denial of justice in a given case, the right of access to a court may exceptionally require that a court exercise jurisdiction if there is no closer link with a foreign State where access to justice would be available»<sup>148</sup>. Al pari dei Regolamenti europei, l'Institut prospetta dunque il *forum necessitatis* come titolo di giurisdizione residuale, destinato a

---

*internazionale*, 2019, 1169 ss.; C. HONORATI, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles-II bis: più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle decisioni*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, 247; U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels II ter Regulation*, OttoSchmidt, Monaco, 2022.

<sup>146</sup> Regolamento (CE) 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, art. 7; Regolamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, art. 11; Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, art. 11; Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, art. 11.

<sup>147</sup> Si veda la ricostruzione effettuata nella sentenza della Corte europea dei diritti umani, *Nait-Liman v. Switzerland*, GC, n. 51357/07, 15 marzo 2018, par. 84 ss.

<sup>148</sup> Institut de droit international, *Human Rights and Private International Law*, cit., art. 4.

operare eccezionalmente e in funzione suppletiva, qualora la competenza giurisdizionale del giudice più strettamente collegato alla fattispecie non sussista sulla base di altri titoli. Anche l'International Law Association nella risoluzione 2/2012 raccomanda l'introduzione del foro di necessità, quale titolo che, nell'ambito di procedimenti civili «brought to redress conduct constituting a human rights violation, in view of the nature of the norm allegedly violated or the gross or systematic nature of the breach alleged»<sup>149</sup>, fonda la competenza giurisdizionale dei tribunali degli Stati che abbiano un collegamento sufficiente con la controversia, al fine di evitare un diniego di giustizia, da intendersi come l'ipotesi in cui nessun altro tribunale sia competente o non si possa ragionevolmente pretendere che il ricorrente adisca un altro giudice<sup>150</sup>.

Come anticipato, il Regolamento Bruxelles II-ter non prevede il foro di necessità; scelta che riteniamo criticabile, come cercheremo di dimostrare con un esempio in materia di divorzio transnazionale<sup>151</sup>. Ci riferiamo all'ipotesi di una donna avente la nazionalità di un Paese che non riconosce il diritto della moglie di richiedere la pronuncia giudiziale di scioglimento del matrimonio, coniugata con cittadino dello stesso Paese e ivi residente, la quale risieda da qualche mese sul territorio italiano con un permesso di soggiorno. Chi scrive ritiene che l'inammissibilità dinanzi al giudice naturale, ai sensi del diritto applicabile al divorzio, della domanda giudiziale della moglie, in violazione del principio di non discriminazione previsto dall'art. 16(3) della CEDAW, sia qualificabile proprio come un'ipotesi idonea a legittimare, qualora previsto, l'operare del *forum necessitatis*. Ragion per cui, considerata l'ampiezza dei flussi migratori e dei movimenti transfrontalieri delle persone e data la frequenza con cui circostanze come quella presentata ricorrono nella prassi, sarebbe stato certamente opportuno che il Regolamento Bruxelles II-ter avesse introdotto tale titolo e, conse-

---

<sup>149</sup> International Law Association, Committee on International Civil Litigation and the Interests of the Public, Resolution no. 2/2012, Sofia, 2012, par. 1.

<sup>150</sup> Ibid., par. 2(3).

<sup>151</sup> Un'autrice sottolinea anche che «[q]uesto regime non esclude del tutto il diniego di giustizia derivante da un conflitto negativo di giurisdizione, in caso di divorzio rispetto a un matrimonio tra un cittadino dell'Unione e una persona di nazionalità diversa, entrambi residenti abitualmente in uno Stato terzo». Così O. LOPES PEGNA, *Accesso alla giustizia e giurisdizione nel contenzioso transfrontaliero*, Cacucci, Bari, 2022, 134.

guentemente, consentito di fondare la competenza giurisdizionale dei tribunali europei in casi come quello prospettato.

Il Regolamento Bruxelles II-ter stabilisce, invece, al proprio art. 3, una serie di criteri che permettono di fondare la competenza dei tribunali dello Stato membro in cui alternativamente si trovano la residenza abituale dei coniugi, la loro ultima residenza abituale se uno di essi vi risiede ancora al tempo della domanda giudiziale, la residenza del convenuto o di uno dei coniugi in caso di domanda congiunta, la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda o almeno per sei mesi ed è cittadino di quello stesso Stato membro, o, infine, dei tribunali dello Stato di cui entrambi i coniugi hanno la cittadinanza. I criteri valorizzano dunque, tra gli altri, il *foum actoris* – che nel caso prospettato avrebbe astrattamente potuto fondare la giurisdizione nel procedimento di divorzio avviato dalla donna – solo, tuttavia, in presenza di specifiche circostanze, che non ricorrerebbero nell'ipotesi allo studio. La cosiddetta 'efficacia ecumenica' del Regolamento – per cui lo strumento trova applicazione anche con riguardo a controversie che coinvolgono cittadini di Stati terzi – incontra, infatti, il proprio limite nella condizione che questi presentino vincoli sufficienti con il territorio europeo: come rilevato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Kerstin Sundelind Lopez c. Miguel Enrique Lopez Lizazo*, il Regolamento «si applica anche ai cittadini di Stati terzi che hanno vincoli sufficientemente forti con il territorio di uno degli Stati membri in conformità dei criteri di competenza previsti dal detto regolamento, criteri che [...] si fondano sul principio che deve esistere un reale nesso di collegamento tra l'interessato e lo Stato membro che esercita la competenza»<sup>152</sup>. In que-

---

<sup>152</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea, *Kerstin Sundelind Lopez c. Miguel Enrique Lopez Lizazo*, C-68/07, 29 settembre 2007, par. 26. L'ipotesi prospettata è dunque diversa dai numerosi casi in cui i giudici italiani si sono ritenuti competenti, sulla base dei diversi criteri previsti dal Regolamento Bruxelles II-ter o bis, a decidere procedimenti giudiziali di divorzio che coinvolgevano cittadini di Stati terzi. Si pensi, ad esempio, al ricorso presentato da una cittadina ganese, abitualmente residente in Italia, nei confronti del marito della stessa nazionalità e residente in Ghana o, nelle stesse condizioni, da una moglie nigeriana nei confronti del marito nigeriano, o da una donna marocchina nei confronti del marito ganese, dopo che i due avevano condiviso l'ultima comune residenza in Italia. In merito si vedano le sentenze Tribunale di Parma, 15 novembre 2018, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*,

st'ottica, decidendo il rinvio pregiudiziale in un caso relativo alla richiesta di divorzio avanzata da un coniuge che, in seguito alla crisi coniugale, si era trasferito in uno Stato membro di cui non aveva la cittadinanza, nella sentenza *OE c. VY* la Corte ha, peraltro, chiarito che, per questa stessa ragione, relativamente al *forum actoris*, «non si può censurare il legislatore dell'Unione per il fatto di essersi basato, in parte, sul criterio della cittadinanza dell'attore [...] subordinando la ricevibilità dell'azione di scioglimento del vincolo matrimoniale [...] al completamento di un periodo di residenza preventiva più breve di quello richiesto a un attore che non è cittadino di tale Stato membro»<sup>153</sup>.

Il Regolamento Bruxelles II-ter prevede infine che, nei casi in cui non possa fondarsi sui titoli che esso definisce in maniera uniforme, la giurisdizione possa essere determinata sulla base dei criteri, eventualmente esorbitanti, previsti dalle norme di diritto internazionale privato e processuale nazionali<sup>154</sup>. Il Regolamento privilegia, pertanto, le disposizioni disomo-

---

2019, 695; Tribunale dei Parma, 2 agosto 2018, *ivi*, 895; Tribunale di Treviso, 4 novembre 2015, *ivi*, 2016, 491.

<sup>153</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea, *OE/VY*, causa C-522/20, 10 febbraio 2022, par. 31, 34 e 40. È evidente infatti che un coniuge, cittadino di Stato membro, «[ha] necessariamente con quest'ultimo legami istituzionali e giuridici nonché, in generale, legami culturali, linguistici, sociali, familiari o patrimoniali» che consentono di apprezzarne il collegamento con lo Stato. Sulla nozione di 'residenza abituale' ai fini del Regolamento si veda la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *IB c. FA* (C-289/20, 25 novembre 2021, per cui, da un lato, «la nozione di 'residenza abituale' [è] caratterizzata, in via di principio, da due elementi, ossia, da un lato, la volontà dell'interessato di fissare il centro abituale dei suoi interessi in un luogo determinato e, dall'altro, una presenza che denota un grado sufficiente di stabilità nel territorio dello Stato membro interessato» (par. 57); inoltre, «l'ambiente di un adulto è [...] composto da un ventaglio di attività sensibilmente più vasto e di interessi – segnatamente professionali, socio-culturali, patrimoniali nonché di ordine privato e familiare – diversificati. Al riguardo, non si può esigere che tali interessi siano concentrati nel territorio di un solo Stato membro, tenuto conto, segnatamente, dell'obiettivo del regolamento n. 2201/2003 di agevolare le domande di scioglimento del vincolo matrimoniale, instaurando regole di conflitto non rigide [...]» (par. 56). O. FERACI, *La sentenza IB sulla residenza abituale del coniuge nel Regolamento Bruxelles-II bis*, in *Eurojus*, 2022, 10). Si veda anche Corte di Giustizia dell'Unione europea, *B.M. c. L.O.*, C-462/22, 6 luglio 2023.

<sup>154</sup> «Il coniuge che risiede abitualmente nel territorio di uno Stato membro o ha la cittadinanza di uno Stato membro può essere convenuto in giudizio davanti alle autorità

genee stabilite a livello nazionale, a detrimento della scelta – rigettata nel corso dei lavori preparatori e raccomandata, tra gli altri, dal Groupe européen de droit international privé<sup>155</sup> – di introdurre, come titolo residuale, il foro di necessità. Per quanto concerne l'ordinamento italiano, rileva, dunque, l'art. 32 della Legge 218/1995, che stabilisce che «in materia di nullità e di annullamento del matrimonio, di separazione personale e di scioglimento del matrimonio, la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dall'art. 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia». Nel caso stu-

---

giurisdizionali di un altro Stato membro soltanto in forza» dei criteri uniformi previsti dal Regolamento. Così Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione), art. 6(2). Come chiarito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza MPA c. LCDNMT, il giudice potrà eventualmente fondare la propria competenza sui criteri esorbitanti previsti dal diritto nazionale solo se la controversia non può essere decisa da nessun giudice europeo. Così Corte di Giustizia dell'Unione europea, MPA c. LCDNMT, causa C-501/20, agosto 2022, par. 99 ss.

<sup>155</sup> È interessante ricordare che nel processo di revisione del Regolamento Bruxelles II-*bis* era stata valutata – e scartata – l'ipotesi di introdurre una disposizione (l'art. 7-*bis*, intitolato '*Forum necessitatis*') che avrebbe consentito ai giudici dello Stato membro di cui uno dei coniugi avesse la cittadinanza o in cui fosse stato celebrato il matrimonio, di conoscere della controversia, qualora i tribunali altrimenti competenti fossero localizzati in Stati membri la cui legge non prevedesse il divorzio o non riconoscesse il matrimonio in questione. Così Consiglio dell'Unione europea, Proposta di Regolamento del Consiglio che modifica il Regolamento (CE) n. 2201/2003 relativamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale, 9712/08, 23 maggio 2008, art. 7-*bis*. A dispetto del titolo, la formulazione del *forum necessitatis* non avrebbe avuto l'ampiezza che il criterio assume negli altri Regolamenti europei, soluzione caldeggiata, invece, dal Groupe Européen de Droit International Prive (GEDIP), che nella risoluzione di Katowice del 15 settembre 2019 proponeva di introdurre un «For de nécessité», con una disposizione che avrebbe dovuto prevedere che «Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 4, 5, 6 et 7, les juridictions d'un État membre peuvent, à titre exceptionnel, statuer sur le divorce ou la séparation de corps si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel l'affaire présente un lien étroit. L'affaire doit présenter un lien suffisant avec l'État membre dont relève la juridiction saisie». Così Groupe Européen de Droit International Prive, Proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance en matière de divorce, Réunion de Katowice – 15 settembre 2019, art. 9.

dio prospettato, nemmeno il ricorso ai criteri esorbitanti fissati dall'art. 32 varrebbe, tuttavia, a fondare la giurisdizione del tribunale italiano.

Poiché la sposa non potrebbe ottenere che la sua domanda sia decisa dal giudice naturale – in quanto precluso dal diritto applicabile – né dal giudice italiano o dai giudici di un altro Paese europeo – in ragione dei criteri di competenza esaminati – si troverebbe, in conclusione, a subire un diniego di giustizia. In dottrina si evidenziano tre categorie di diniego di giustizia: il diniego ‘in senso stretto’, che consiste nel diniego di accesso alla giustizia in presenza di conflitti negativi di giurisdizione o ipotesi di impossibilità di adire un giudice per il ricorrere di circostanze concrete eccezionali; il diniego ‘procedurale’, che comprende le ipotesi di cattiva amministrazione della giustizia e le violazioni delle garanzie processuali minime che, nei fatti, pregiudicano l'effettivo accesso ai rimedi; e il diniego ‘sostanziale’ che si estende ai casi di manifesta ingiustizia del merito della decisione<sup>156</sup>. Nei tre scenari l'attore subisce gradi diversi di violazione del suo diritto di accedere alla giustizia, essendo oggettivamente impossibilitato a ottenere l'instaurazione del procedimento dinanzi a un giudice competente nel primo caso, sottoposto a irragionevoli difficoltà nel secondo, e destinato a esperire rimedi inefficaci nel merito nel terzo.

Ciò detto, è ragionevole ritenere che i Regolamenti europei che prevedono il *forum necessitatis* intendano porre rimedio anche a ipotesi di diniego procedurale e ai casi d'inammissibilità delle domande di fronte a giudici altrimenti competenti, in quanto destinate a far valere situazioni giuridiche soggettive non contemplate o ammesse<sup>157</sup>. La conclusione è confermata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che, pronunciandosi sull'applicazione dell'art. 7 del Regolamento 4/2009, ha chiarito che il *forum necessitatis* è finalizzato a rimediare situazioni di diniego di giustizia, con riguardo anche a quei casi in cui «non ci si possa ragione-

---

<sup>156</sup> Sulla distinzione, O. LOPES PEGNA, *Accesso alla giustizia e giurisdizione nel contenzioso transfrontaliero*, cit., 14 ss.

<sup>157</sup> F. MARONGIU BUONAIUTI, *Art. 4 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: il forum necessitatis come strumento volto a garantire il diritto di accesso alla giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, 313; G. ROSSOLILLO, *Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'unione europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, 403 ss.

volmente aspettare che il richiedente introduca o prosegua un procedimento nello Stato terzo collegato»<sup>158</sup>. Per quanto, infatti, il considerando n. 16 del Regolamento faccia riferimento al solo caso della guerra civile, lasciando dunque intendere la natura del tutto eccezionale del titolo, «è giocoforza rilevare che detto regolamento non fornisce indicazioni sulle circostanze in cui l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro adita potrebbe constatare che il procedimento in materia di obbligazioni alimentari non può ragionevolmente essere intentato o svolto dinanzi ai giudici dello Stato terzo interessato»<sup>159</sup>, e che dunque debba essere il giudice adito a rilevare la sussistenza del rischio di diniego «alla luce di tutti gli elementi di fatto e di diritto del caso di specie», assicurandosi che «gli ostacoli nello Stato terzo interessato [siano] tali da rendere irragionevole imporre al richiedente di reclamare il credito di alimenti dinanzi ai [suoi] giudici»<sup>160</sup>.

Il *forum necessitatis* risponde dunque a una 'logica 'materiale', ossia è idoneo a riflettere la 'valenza materiale'<sup>161</sup> della vicenda litigiosa, cioè «il fatto che questa appaia meritevole di ricevere nel foro una protezione *qualificata*, tale da giustificare l'impiego di 'risorse' normalmente riservate a situazioni assai più intensamente connesse (in termini spaziali) con la vita del foro»<sup>162</sup>. Riteniamo, inoltre, che l'estensione della competenza

---

<sup>158</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea, MPA c. LCDNMT, cit., par. 107.

<sup>159</sup> Ibid. 107.

<sup>160</sup> Ibid., par. 108.

<sup>161</sup> P. FRANZINA, *Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, 1122.

<sup>162</sup> Ibid. La dottrina si interroga sull'estensione della valutazione prognostica. Secondo un autore «l'esercizio della giurisdizione presuppone un'indagine circa la reale necessità di proteggere la posizione in discorso», cosicché «tale indagine, se la si vuole efficace, non può essere racchiusa entro uno schema troppo rigido: per conseguire i 'fini sostanziali' della norma è opportuno in effetti riconoscere al giudice una certa libertà nel considerare e 'pesare' le diverse circostanze, di fatto o di diritto, suscettibili di ostacolare la tutela effettiva dell'interessato protetto» (così P. FRANZINA, *Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, cit., 1122-1123, 1127-1128). Secondo un altro studioso «per fondare la giurisdizione sul *forum necessitatis* l'attore potrà [...] allegare, alternativamente, l'inidoneità, sul piano procedurale, dell'ordinamento dello Stato terzo a garantire un accesso effettivo alla giustizia e il rispetto dei principi fondamentali dell'equo processo, ma anche l'adeguatezza della legge applicabile in tale Stato rispetto alla realizzazione dei

giurisdizionale, mediante la previsione del *forum necessitatis* nei casi come quello in esame, non troverebbe ostacoli in quegli argomenti che la dottrina indica come fattori che invitano alla prudenza, ossia la tutela dei diritti di difesa del convenuto, il principio della parità delle armi, le esigenze di prevedibilità del foro competente<sup>163</sup>, la necessità di limitare l'esercizio abusivo delle azioni e il ricorso al *forum shopping*<sup>164</sup>.

La previsione, in tutti gli strumenti che prevedono il *forum necessitatis*, della necessità che esista un collegamento, per quanto tenue, sufficiente, tra lo Stato del foro e la controversia è finalizzata proprio a evitare le possibili ricadute sulla posizione del convenuto, ossia a impedire che i suoi diritti di difesa vengano «pregiudicati dall'assoggettamento alla competenza di un giudice che non presenti sufficienti collegamenti con la fattispecie»<sup>165</sup>, valutazione che deve essere compiuta nel caso di specie dal giudice adito al fine di evitare che l'estensione della sua competenza giurisdizionale a beneficio del ricorrente si traduca in un'ingiustificata e imprevedibile compressione degli, altrettanto meritevoli di tutela, diritti di difesa del convenuto. Il requisito evita anche che l'attore possa abusare dell'estensione della giurisdizione, ponendo in essere «manovre speculative, in termini di *forum shopping*, che lo possono portare ad adire a titolo di *forum necessitatis* i giudici di uno Stato che, pur non presentando le-

---

diritti fondamentali dell'attore» (così G. BIAGIONI, *Alcuni caratteri generali del forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, 30-31). Un terzo orientamento rileva che l'impiego del titolo in esame non può spingersi – nei casi in cui la domanda sia considerata ammissibile e vi sia un giudice competente a conoscerla – sino a prevenire situazioni di potenziale rigetto della sua fondatezza nel merito. Una tale estensione incoraggerebbe infatti il *forum shopping*, favorendo un ricorso eccessivo e improprio al *forum necessitatis* (così F. MARONGIU BUONAIUTI, *Art. 4 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: il forum necessitatis come strumento volto a garantire il diritto di accesso alla giustizia*, cit., 307).

<sup>163</sup> O. LOPES PEGNA, *Accesso alla giustizia e giurisdizione nel contenzioso transfrontaliero*, cit., 47 ss.

<sup>164</sup> F. MARONGIU BUONAIUTI, *Art. 4 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: il forum necessitatis come strumento volto a garantire il diritto di accesso alla giustizia*, cit., 319.

<sup>165</sup> O. LOPES PEGNA, *Accesso alla giustizia e giurisdizione nel contenzioso transfrontaliero*, cit., 47.

gami rilevanti con la controversia, potrebbe rivelarsi suscettibile di offrire un trattamento maggiormente favorevole alle sue pretese»<sup>166</sup>.

L'adeguatezza della valutazione dell'esistenza del collegamento sufficiente ha costituito l'oggetto della sentenza della Corte europea dei diritti umani nel caso *Naït-Liman c. Svizzera* – relativo ad un ricorso presentato da una vittima di tortura – al tempo dei fatti, avvenuti in Tunisia, avente cittadinanza tunisina – per far valere la responsabilità della Svizzera per non essersi i suoi tribunali dichiarati competenti sulla base dell'art. 3 della Legge svizzera di diritto internazionale privato, che prevede appunto il *forum necessitatis*. Secondo la Corte è legittimo che gli Stati richiedano la «existence of certain connecting factors with the State, to be determined by it in compliance with international law and without exceeding the margin of appreciation afforded to the State under the Convention»<sup>167</sup>. L'introduzione e l'applicazione del foro di necessità – che la Corte considera non obbligatoria per il diritto internazionale consuetudinario<sup>168</sup>, ma oggetto di un «broad consensus» nei casi in cui sia necessaria per garantire il risarcimento a vittime di atti di tortura altrimenti prive di accesso alla giustizia<sup>169</sup> – sono ri-

---

<sup>166</sup> F. MARONGIU BUONAIUTI, *Art. 4 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: il forum necessitatis come strumento volto a garantire il diritto di accesso alla giustizia*, cit., 319. I Regolamenti europei stabiliscono che la fattispecie deve avere un collegamento sufficiente con lo Stato del giudice adito, con una formulazione volutamente ampia e indefinita, che lascia alla valutazione del giudice la determinazione non solamente dell'esistenza concreta, ma anche della natura del nesso nel caso di specie. La Corte di Giustizia (MPA c. LCDNMT, cit., par. 111) precisa che tale collegamento è ravvisabile eventualmente anche nella cittadinanza di una delle parti, mentre l'International Law Association nella risoluzione 2/2012 ne individua la sussistenza nella presenza sul territorio statale del ricorrente o di beni o attività del convenuto, nella nazionalità delle parti in causa, o nel collegamento con un procedimento penale, se la legge del foro stabilisce che il giudice è competente a conoscere dell'azione civile. Così International Law Association, Resolution n. 2 /2012, International civil litigation and the interests of the public, cit., par. 2(3).

<sup>167</sup> Corte europea dei diritti umani, *Naït-Liman v. Switzerland*, cit., par. 220.

<sup>168</sup> *Ibid.*, par. 201.

<sup>169</sup> *Ibid.*, par. 219. Nel caso di specie la Grande Camera ha ritenuto che la Svizzera avesse esercitato correttamente il proprio margine di apprezzamento nell'escludere che la nazionalità svizzera del ricorrente al tempo della presentazione del ricorso potesse essere considerata un fattore adeguato a fondare l'applicazione dell'art. 3 della sua

messe al margine di apprezzamento degli Stati<sup>170</sup>. La sentenza si presta a numerose critiche: essa, in ultima analisi, offre infatti soluzioni poco efficaci per garantire l'accesso alla giustizia, persino in presenza di violazioni del diritto cogente come il divieto di tortura, e rischia pertanto «di segnare una battuta d'arresto verso l'ampliamento della tutela giurisdizionale delle vittime di [...] violazioni gravi dei diritti umani»<sup>171</sup>; inoltre, essa appare insufficiente a garantire l'accesso alla giustizia persino di quegli individui che hanno lo *status* di rifugiati e che dovrebbero pertanto – ai sensi del-

---

legge di diritto internazionale privato e, dunque, a legittimare la competenza dei giudici svizzeri sulla base del foro di necessità da esso previsto. I tribunali interni avevano escluso, infatti, che la cittadinanza elvetica del ricorrente, acquisita per naturalizzazione dopo i presunti fatti di tortura consumatisi in Tunisia e l'ottenimento dell'asilo politico in Svizzera, fosse idonea a integrare quel collegamento sufficiente in presenza del quale si sarebbe giustificato l'operare del foro di necessità. Secondo i lavori preparatori all'adozione dell'art. 3 della legge elvetica di diritto internazionale privato, i giudici sarebbero tenuti a dichiararsi competenti «even in cases presenting a highly tenuous connection» con il territorio svizzero, se «it is impossible to bring an action or lodge an appeal abroad. It is for the applicant or the appellant to prove that impossibility. Where such proof has been adduced, jurisdiction lies with the authority at the place with which the facts have a sufficient connection». Secondo l'interpretazione della norma da parte dei tribunali interni, il collegamento sufficiente con lo Stato svizzero sarebbe dovuto sussistere al tempo dei fatti, non potendo, invece, il successivo conseguimento della cittadinanza e la sua sussistenza al tempo della presentazione del ricorso giudiziale, integrarlo.

<sup>170</sup> Corte europea dei diritti umani, *Naït-Liman v. Switzerland*, cit., par. 218.

<sup>171</sup> O. LOPES PEGNA, *Accesso alla giustizia e giurisdizione nel contenzioso transfrontaliero*, cit., 127. Si vedano anche A. SACCUCCI, *The Case of Naït-Liman before the European Court of Human Rights: A Forum Non Conveniens for Asserting the Right of Access to a Court in Relation to Civil Claims for Torture Committed Abroad?*, in S. FORLATI, P. FRANZINA, *Universal Civil Jurisdiction: Which Way Forward?*, Brill Nijhoff, Leiden, 2021, 3; S. FORLATI, *The Role of the European Court of Human Rights in the Development of Rules on Universal Civil Jurisdiction Naït-Liman v Switzerland in the Transition between the Chamber and the Grand Chamber*, ivi, 38; P.D. MORA, *Universal Civil Jurisdiction and Forum Necessitatis: The Confusion of Public and Private International Law in Naït-Liman v. Switzerland*, in *Netherlands International Law Review*, 2018, 155; R. PAVONI, *Giurisdizione civile universale per atti di tortura e diritto di accesso al giudice: la sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso Naït-Liman*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 888.

l'art. 16 della Convenzione del 1951 – a maggior ragione poter esercitare, sul territorio degli Stati contraenti, i relativi diritti<sup>172</sup>.

La previsione del *forum necessitatis* nel Regolamento Bruxelles-II *ter* in materia di divorzio sarebbe, infine, tanto più opportuna se si pensa alla *ratio* perseguita dall'art. 10 del Regolamento Roma III, evidentemente considerata dal legislatore europeo adeguata a legittimare quell'approccio unilateralista che deve condurre il giudice ad applicare la legge del foro, invece di quella straniera contraria al principio di non discriminazione, e che, riteniamo, parimenti dovrebbe legittimare soluzioni coerenti sul piano giurisdizionale. Come chiarito dalla Corte di Giustizia<sup>173</sup>, il ricorso all'art. 10 del Regolamento Roma III si giustifica proprio e solamente nei casi eccezionali come quello allo studio. Analogamente, l'estensione della competenza giurisdizionale attraverso l'introduzione del foro di necessità sarebbe opportuna al fine di realizzare l'obiettivo di consentire alle ricorrenti di richiedere il divorzio, nei casi in cui la proposizione della domanda dinanzi al giudice naturale sia inammissibile. A queste condizioni crediamo pertanto che l'estensione della competenza giurisdizionale non comporterebbe rischi di *forum shopping* o la violazione dei diritti del convenuto, bensì dovrebbe essere considerata una misura necessaria per consentire al tribunale adito – e comunque sufficientemente collegato – di garantire l'accesso alla giustizia e la tutela dei diritti internazionalmente riconosciuti, nel rispetto del principio di non discriminazione e nelle stesse ipotesi in cui, d'altra parte, il legislatore europeo prevede soluzioni eccezionali sul piano del diritto applicabile<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> A. SACCUCCI, *The Case of Naït-Liman before the European Court of Human Rights: A Forum Non Conveniens for Asserting the Right of Access to a Court in Relation to Civil Claims for Torture Committed Abroad*, cit., 20.

<sup>173</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea, JE c. KF, C-249/19, 16 luglio 2020, par. 34.

<sup>174</sup> In passato, quando l'ordinamento italiano non prevedeva l'istituto del divorzio, i giudici francesi si erano riconosciuti competenti a conoscere del procedimento, onde evitare che la ricorrente subisse un diniego di giustizia nella giurisdizione – italiana – più fortemente collegata con il caso. Court d'Appel de Paris, Dawn Addams épouse Massimo c. Massimo, in *Revue Critique de droit international privé*, 1960, 218 ss., citata in F. MARONGIU BUONAIUTI, *Art. 4 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: il forum necessitatis come strumento volto a garantire il diritto di accesso alla giustizia*, cit., 317.



## CONCLUSIONI

Con l'analisi svolta in questo volume si è cercato di rispondere – con un approccio trasversale, che coniuga il diritto internazionale pubblico e privato – a due quesiti fondamentali: in primo luogo, come la diversità culturale debba essere protetta, quando rischia di essere altrimenti sproporzionatamente compressa da un'applicazione dei diritti umani impermeabile ai fattori culturali che contraddistinguono i diversi gruppi sociali; in secondo luogo, come garantire la tutela dei diritti umani, quando il loro rispetto è messo a repentaglio dall'attuazione di pratiche o dal perfezionamento di istituti che affondano le proprie radici nelle tradizioni culturali e producono effetti con essi confliggenti.

Tutela della diversità culturale e dei diritti umani si intrecciano: la prima può essere salvaguardata solo se i diritti umani – in particolare i diritti culturali, la libertà di religione o i diritti delle minoranze e dei popoli indigeni – sono adeguatamente protetti; i diritti umani, d'altronde, qualora il loro rispetto sia messo a rischio da pratiche tradizionali dannose o da istituti che le legittimano, possono essere protetti solo se la tutela della diversità culturale arretra in nome di valori riconosciuti come essenziali. In questa prospettiva, poiché contraddistinto da consuetudini frequentemente connaturate all'appartenenza a comunità sociali o religiose e al sistema dei valori, degli stili di vita, delle tradizioni e dei precetti da queste seguite, l'ambito delle relazioni familiari si mostra essere particolarmente funzionale all'analisi di come diversità culturale e protezione dei diritti umani debbano coesistere.

La diversità culturale è definita patrimonio comune dell'umanità ed è un elemento essenziale per la realizzazione dello sviluppo sostenibile a beneficio delle generazioni presenti e future<sup>1</sup>. La sua difesa è un impera-

---

<sup>1</sup> UNESCO Universal Declaration of Cultural Diversity, cit., art. 2; UNESCO

tivo etico, inseparabile dal rispetto della dignità umana, dei diritti umani e delle libertà fondamentali<sup>2</sup>. Essa è garantita mediante la corretta applicazione del diritto di prendere parte alla vita culturale e, a maggior ragione, dei diritti delle minoranze e dei popoli indigeni, che si caratterizzano per quella forte identità – tra le altre, culturale – che li contraddistingue.

Tale impostazione è conforme a quanto previsto nel diritto internazionale pubblico, che non solo riconosce e protegge i diritti culturali, ma conduce anche a interpretare tutti i diritti umani secondo un approccio che valorizza le specificità e le esigenze culturali degli individui e delle comunità. Il fenomeno è quanto mai evidente nella prassi giurisprudenziale sviluppata nei sistemi regionali di tutela dei diritti umani, intrinsecamente inclini a letture che rispecchiano in modo attento le peculiarità che caratterizzano le differenti regioni del mondo. Sul punto è chiara la Corte interamericana dei diritti umani che, ad esempio, interpreta il diritto di proprietà convenzionalmente protetto precisando che per gli indigeni le terre ancestrali rappresentano «the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival» e che tale relazione è «not merely a matter of possession and production but [has] a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations»<sup>3</sup>.

Poiché alla nozione di cultura devono essere ricondotti anche gli stili di vita, i modi di convivenza, i sistemi di valori, le tradizioni, le credenze e la religione<sup>4</sup>, essa conduce a ritenere meritevoli di protezione, in quanto espressione dell'identità culturale e garanzia della diversità culturale, anche quelle pratiche che affondano le proprie radici nella consuetudine. Ciò è confermato anche dalla Convenzione UNESCO sulla tutela del patrimonio culturale immateriale, che tra le manifestazioni protette include

---

Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, cit., preambolo e art. 6.

<sup>2</sup> UNESCO Universal Declaration of Cultural Diversity, cit., art. 4.

<sup>3</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, cit., par. 149.

<sup>4</sup> UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, cit., preambolo; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment no. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (art. 15, par. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), cit., par. 13.

le tradizioni e le pratiche sociali e rituali<sup>5</sup>. Analogamente, anche il diritto consuetudinario – che riunisce i precetti di tradizione orale che regolano la vita delle comunità e delle minoranze – merita di essere protetto, come riconosciuto dai pertinenti strumenti internazionali<sup>6</sup> o, ad esempio, da quella giurisprudenza della Corte interamericana che prende in considerazione le norme che regolano la struttura sociale matriarcale della comunità di appartenenza dei ricorrenti, al fine di determinare l'obbligo di risarcimento dello Stato convenuto<sup>7</sup>. Così è anche per la libertà di religione, della quale la partecipazione ai riti e alle pratiche e l'applicazione del corrispondente diritto religioso possono essere considerati manifestazioni internazionalmente protette.

Ciò premesso, è anche vero che, come riconosciuto dalla Corte europea nella sentenza della Grande Camera nel caso *Molla Sali c. Grecia*<sup>8</sup>, l'applicazione di precetti che presentano tratti ed effetti incompatibili con la tutela dei diritti convenzionalmente protetti deve essere evitata, specialmente quando ciò sia in contrasto con il diritto dell'individuo di non identificarsi in una determinata comunità e di non vedersi applicato dallo Stato il corrispondente diritto a base personale. La Corte in merito chiarisce che «no bilateral or multilateral treaty or other instrument requires anyone to submit against his or her wishes to a special regime in terms of protection of minorities»<sup>9</sup>, cosa che consente di ritenere che «[l]'aspetto negativo riconducibile a questo diritto, cioè la libertà di scegliere di non essere considerato membro di una minoranza, non [sia] limitato allo stesso modo del suo aspetto positivo [...]». La scelta deve essere del tutto libera, purché informata, [e deve essere] rispettata sia dagli altri membri della minoranza sia dallo Stato»<sup>10</sup>.

La protezione della diversità culturale deve essere bilanciata con la

---

<sup>5</sup> UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, cit., art. 2.

<sup>6</sup> Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), cit., art. 8.

<sup>7</sup> Inter-American Court of Human Rights, Case of Aloboetoe *et al.* v. Suriname, cit., par. 17.

<sup>8</sup> European Court of Human Rights, Case of Molla Sali v. Greece, cit.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid., par. 157. La traduzione è nostra.

garanzia di quei diritti umani che le diverse tradizioni giuridiche condividono. La concezione dei diritti umani universalista moderata valorizza l'idea che i diritti culturali debbano essere tutelati nel rispetto degli altri diritti umani. Tale equilibrio è assicurato espressamente dagli strumenti internazionali che prevedono che la tutela della diversità culturale avvenga nel rispetto dei diritti umani universalmente riconosciuti<sup>11</sup>, che il diritto di prendere parte alla vita culturale sia esercitato in conformità con gli altri obblighi convenzionalmente previsti<sup>12</sup> e che, pur dovendo le peculiarità nazionali, regionali, storiche, culturali e religiose essere prese in debita considerazione, la diversità culturale non possa essere invocata come giustificazione di pratiche che comportino la violazione dei diritti umani<sup>13</sup>. È pertanto ragionevole concludere che i diritti culturali, in presenza di pratiche tradizionali che mettono a repentaglio la tutela di altri diritti umani, possano (e debbano) essere derogati, se ciò è necessario e proporzionato a perseguire un obiettivo legittimo in una società democratica.

Il dibattito tra universalismo e relativismo dei diritti umani è rilevante al fine di individuare quali diritti debbano essere effettivamente considerati universali e, dunque, protetti anche in presenza di pratiche dannose che affondano le proprie radici nelle diverse tradizioni culturali. Premesso che l'universalità è la caratteristica dei diritti umani per cui sono riconosciuti a tutti gli individui ovunque si trovino, non si può non rilevare che essa dipende in larga misura dalla portata soggettiva e dall'effettività dei pertinenti obblighi internazionali. A questo proposito, occorre innanzitutto ricordare che i diritti alla vita, alla vita privata e familiare, al matrimonio, all'istruzione, alla proprietà e i divieti di discriminazione e trattamenti inumani e degradanti – ossia diritti e divieti particolarmente significativi nel campo di indagine del presente studio – sono riconosciuti

---

<sup>11</sup> UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, cit., art. 5; UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, cit., art. 2(1).

<sup>12</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (art. 15, para. 1(a) of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), cit., par. 17.

<sup>13</sup> Vienna Declaration and Programme of Action, cit., par. 5.

da trattati conclusi in seno alle Nazioni Unite che oggi vincolano la larghissima parte degli Stati della comunità internazionale. Alcuni dei Paesi in cui, tuttavia, si verificano le situazioni di conflitto, potenziale o effettivo, tra tradizioni culturali e norme sulla tutela dei diritti umani sono tra i pochi che non hanno proceduto a ratificarli o tra i tanti che hanno apposto riserve ad alcune delle loro disposizioni fondamentali: si pensi, ad esempio, alla CEDAW o alla CRC. Pur dovendo queste riserve essere considerate, ai sensi del diritto internazionale, invalide<sup>14</sup>, non si può non notare come esse abbiano il potenziale di incidere sulla formazione di corrispondenti norme del diritto internazionale consuetudinario<sup>15</sup>. Quest'ultimo necessita, infatti, della compresenza della prassi generale e dell'*opinio juris sive necessitatis* degli Stati. In questo quadro, assume pertanto rilievo l'espressione da parte degli Stati riservanti dell'intenzione di non rispettare determinate norme; d'altra parte, la ratifica quasi-universale dei trattati, per quanto fattore rilevante nel processo di formazione, non è da sola determinante, se non è suffragata dalla condotta coerente degli Stati e, in particolare, dei Paesi che non sono parti contraenti, e dal loro convincimento dell'obbligatorietà delle regole su di un piano diverso da quello convenzionale<sup>16</sup>. Accanto all'impostazione tradizionale, oggi codificata anche dalla Commissione del diritto internazionale<sup>17</sup>, si registrano, tuttavia, orientamenti – da alcune parti duramente criticati<sup>18</sup> – più flessibili e inclini a ritenere che le regole del diritto internazionale consuetudinario in materia di diritti umani si formino non necessariamente mediante la compresenza e l'uguale contributo dei due fattori tradizionalmente ritenuti indispensabili<sup>19</sup>, o favorevoli alla loro ri-

---

<sup>14</sup>International Law Commission, Guide to Practice on Reservations to Treaties, cit.

<sup>15</sup>F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights*, cit., 95-96; T. MERON, *International Law in the Age of Human Rights*, cit., 235-236.

<sup>16</sup>International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, cit., Conclusion 11.

<sup>17</sup>Ibid.

<sup>18</sup>Così A. PELLET, *'Human Rightism' and International Law, Gilberto Amado Lecture*, cit., 3.

<sup>19</sup>Si vedano, in particolare, B. CHENG, *Custom: The Future of General State Practice in a Divided World*, cit., 513; F.L. KIRGIS, *Custom on A Sliding Scale*, cit., 146-151; R.

conduzione ai principi generali del diritto<sup>20</sup>. Alcuni studiosi ritengono che molti dei principi statuiti nella Dichiarazione universale dei diritti umani abbiano acquisito valore consuetudinario<sup>21</sup>, così come numerosi diritti proclamati dai trattati a partecipazione universale, che oggi considerano confermati da adeguata prassi o *opinio juris*<sup>22</sup>, e, con riferimento alle riserve apposte alla CEDAW, concludono che, poiché le disposizioni convenzionali specificano il contenuto del più generale divieto di discriminazione riconosciuto nel diritto consuetudinario, esse avrebbero rilevanza ai fini dell'applicazione del trattato ma sarebbero «without significance in the assessment of the content of customary international law»<sup>23</sup>.

D'altro canto, non si devono dimenticare le tante decisioni che hanno condannato come violazioni del diritto internazionale le condotte degli Stati inadeguate a prevenire l'attuazione di pratiche dannose o la previsione negli ordinamenti interni di precetti consuetudinari o religiosi confliggenti con i diritti umani. La tendenza trova riscontro sia sul piano internazionale sia dinanzi ai giudici nazionali. Sul primo fronte, si pensi, ad esempio, alla sentenza con cui la Corte di Giustizia dell'ECOWAS nel caso *Hadijatou Mani Koraou v. Niger* ha giudicato lo Stato convenuto responsabile per non avere adottato le misure appropriate a proteggere i diritti di una ragazza venduta all'età di dodici anni e costretta a vivere come concubina e schiava del suo acquirente, in applicazione di una pratica tradizionale che consiste nell'acquisizione e riduzione in schiavitù di una

---

GUNNING, *Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights*, cit., 212; A.E. ROBERTS, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, cit., 758; H. THIRLWAY, *Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues*, cit., 497-500; C. TOMUSCHAT, *Obligations Arising from States without or against Their Will*, cit., 259.

<sup>20</sup> B. SIMMA, P. ALSTON, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and International Principles*, cit., 105.

<sup>21</sup> P. ALSTON, *The Universal Declaration at 35: Western and Passée or Alive and Universal*, cit., 69; J.P. HUMPHREY, *The International Bill of Rights: Scope and Implementation*, cit., 529; M.S. MCDUGAL, H. LASSWELL, L.-C. CHEN, *Human Rights and World Public Order*, cit., 272.

<sup>22</sup> W.A. SCHABAS, *The Customary International Law of Human Rights*, cit., 180.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 239.

giovane fanciulla<sup>24</sup>. Ancora, merita di essere ricordata la decisione della Corte africana dei diritti umani e dei popoli che ha ritenuto responsabile il Mali per la non conformità della sua normativa nazionale in materia familiare – che fissa l'età minima per contrarre matrimonio ai diciotto anni per gli sposi e quindici per le spose, con ulteriore riduzione ai dodici con l'autorizzazione dei genitori – con le norme della Carta africana dei diritti umani, del Protocollo sui diritti delle donne in Africa e della Carta africana sui diritti e il benessere dei bambini<sup>25</sup>. Tra le decisioni dei tribunali nazionali è utile, invece, menzionare quella della High Court della Tanzania che ha, ad esempio, ritenuto incostituzionale e contraria ai principi che discendono dai trattati ratificati dallo Stato, tra cui la CEDAW e il Patto CPR, la regola consuetudinaria che impedisce alle figlie di ereditare la terra<sup>26</sup>. La prassi in materia di pratiche tradizionali dannose è tuttavia frammentaria, a maggior ragione se si pensa che, persino con riguardo alle MGF, a fronte della maggioranza degli Stati che le proibisce e di importanti sentenze che ne condannano l'esecuzione, alcuni ordinamenti non prevedono ancora il corrispondente divieto e altri stanno persino valutando di eliminarlo.

Il bilanciamento tra protezione della diversità culturale e tutela dei diritti umani è complesso. Riteniamo che in alcuni casi abbia condotto anche a soluzioni non del tutto condivisibili, che hanno sproporzionatamente compresso la diversità culturale e legittimate interpretazioni capaci di incrinare il rispetto degli standard uniformi, a beneficio dei valori condivisi a livello maggioritario in una determinata società e a discapito della protezione dei diritti delle minoranze. Si presta a questa lettura, ad esempio, quella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani che ritiene correttamente esercitato il margine di apprezzamento da parte degli Stati che vietano l'utilizzo negli spazi pubblici del velo islamico in nome del '*vivre ensemble*', percepito come un'esigenza essenziale che giu-

---

<sup>24</sup> ECOWAS Community Court of Justice, *Hadijatou Mani Koraou v. Niger*, cit.

<sup>25</sup> African Court on Human and Peoples' Rights, *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes e l'Institute for Human Rights and Development v. Republic of Mali*, cit.

<sup>26</sup> United Nations Office of the High Commissioner – UN Women, *Realizing Women's Rights to Land and Other Productive Resources*, cit., 29.

stifica la restrizione della libertà di religione e che la Corte sintetizza chiarendo che «the question whether or not it should be permitted to wear the full-face veil in public places constitutes a choice of society»<sup>27</sup>. L'ingerenza si giustificerebbe dunque, sulla base dell'esigenza della maggioranza e non, invece, – come ritiene chi scrive – in considerazione della parità di genere e del divieto di discriminazione, la garanzia dei quali può e deve legittimare le deroghe ai diritti convenzionalmente protetti, quando compressi da pratiche che risultino ingiustamente imposte<sup>28</sup>. Nella stessa linea di ragionamento ci sembrano criticabili gli orientamenti assunti dalla giurisprudenza penale italiana, quando si spinge a teorizzare la necessità di un approccio integrazionista, per cui è «essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi»<sup>29</sup>. Non sono nemmeno condivisibili, tuttavia, quelle sentenze che considerano culturalmente motivati alcuni reati che, per la loro gravità, non avrebbero dovuto invece essere condonati, poiché – citando le parole della Corte di Cassazione italiana – «non hanno diritto di cittadinanza giustificazioni che, in nome di dedotte diversità culturali, portano al sovvertimento del principio di obbligatorietà della legge penale sancito dall'art. 3 del Codice penale. A maggior ragione se, in tal modo, si consente l'affievolimento della tutela di principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e dei diritti inviolabili della persona»<sup>30</sup>.

Si tratta, come ovvio, di un equilibrio delicato. Equilibrio che occorre perseguire anche con gli strumenti del diritto internazionale privato. Tenuto conto dell'ampiezza dei flussi migratori e della natura multiculturale della nostra società, si nota infatti che non tutte le norme di conflitto sull'identificazione del diritto applicabile allo *status* personale e agli istituti di carattere familiare si dimostrano adeguate a valorizzare la diversità culturale e le specificità che gli individui associano alle comunità di appartenenza. Ciò specialmente in ragione delle diverse esigenze delle comunità di immigrati – di prima, o di seconda o terza generazione – e del diverso at-

---

<sup>27</sup> European Court of Human Rights, *S.A.S. v. France*, cit., par. 153.

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 119.

<sup>29</sup> Corte di Cassazione, Sez. I pen., n. 24084 del 31 marzo 2017, par. 2.3.

<sup>30</sup> Corte di Cassazione, Sez. III pen., n. 37364 del 5 giugno 2015, cit.

taccamento che essi hanno con i valori di riferimento espressi, alternativamente, nella legge nazionale o dello Stato di residenza. Inoltre, assume in questo contesto un ruolo fondamentale la possibilità di applicare, purché compatibili con l'ordine pubblico, i diritti consuetudinari o religiosi che costituiscono fonte giuridica negli ordinamenti plurilegislativi richiamati dalle norme di conflitto e che rappresentano i sistemi di riferimento e attaccamento culturale più intensi. Come per il diritto internazionale pubblico, anche per quello privato occorre, infine, individuare il corretto bilanciamento tra le due esigenze di valorizzare la diversità culturale e tutelare i diritti umani, in questo caso messe rispettivamente a repentaglio da atteggiamenti di chiusura generalizzata nei confronti di istituti giuridici sconosciuti nei nostri ordinamenti e delle leggi che li prevedono o, al contrario, dagli effetti pregiudizievoli che discendono dall'applicazione di leggi o dal riconoscimento di istituti che confliggono con i diritti umani. Interviene, a questo fine, l'ordine pubblico internazionale, che, se correttamente applicato, consente di impedire che si realizzino, nel caso concreto, effetti intollerabili per l'ordinamento, senza tuttavia comportare una reazione di rigetto aprioristico verso istituti di diversa tradizione giuridica. L'applicazione dell'ordine pubblico, secondo questo approccio flessibile, improntato all'esame degli effetti, nel caso concreto, dell'applicazione della legge richiamata o del riconoscimento dell'istituto perfezionato all'estero e dello statuto che lo incorpora, è funzionale a realizzare il bilanciamento tra gli interessi in gioco, ossia tra l'aspettativa del richiedente di vedere applicata la legge e riconosciuti gli effetti civili dell'istituto e la continuità dello statuto, da un lato, e la necessità di proteggere principi considerati fondamentali per l'ordinamento del foro, dall'altro.

La tutela dell'identità culturale e la valorizzazione della diversità culturale sono sottese al metodo di funzionamento dell'ordine pubblico internazionale e impediscono una generalizzata preclusione verso leggi e istituti solo astrattamente incompatibili: esse – anche se non direttamente soppesate nella valutazione che sta alla base dell'operare dell'ordine pubblico – agiscono, dunque, come principi ispiratori del suo esercizio e del suo funzionamento. Paradigmatiche sono le due sentenze adottate nel 2023 rispettivamente dalla Corte di Cassazione italiana, in materia di ripudio, e dalla Corte costituzionale tedesca, in materia di matrimonio precoce. La prima, confermando, nel caso di specie, la trascrizione nei re-

gistri di stato civile del provvedimento con cui il Tribunale Supremo di Teheran aveva pronunciato il divorzio unilaterale *rojee*, applica l'ordine pubblico internazionale seguendo proprio l'approccio concreto che porta a evitare la chiusura aprioristica nei confronti di un istituto che, pur rimanendo criticabile sul piano teorico, evidentemente nel caso pratico si ritiene non espliciti effetti pregiudizievoli sui diritti fondamentali che si intendono proteggere<sup>31</sup>. La seconda consegue risultati analoghi dichiarando l'incostituzionalità della Legge tedesca sul contrasto ai matrimoni infantili (*Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen*) del 17 luglio 2017, nella parte in cui prevede la nullità automatica dei vincoli che coinvolgono sposi infra-sedicenni, indipendentemente dalla loro validità ai sensi della legge straniera applicabile. Per la Corte, nonostante il legittimo obiettivo di combattere i matrimoni infantili e precoci, la legge impone un automatismo che risulta essere sproporzionato e, in ultima analisi, ha l'effetto di pregiudicare proprio l'interesse degli sposi minorenni, che si trovano a subire anche la conseguente perdita dei diritti civili, pensionistici, alimentari e successori<sup>32</sup>.

Completano l'analisi le riflessioni sulle ipotesi in cui si verificano dinieghi di giustizia ai danni di donne cui, ad esempio, sia precluso ai sensi del diritto applicabile – come frequentemente avviene quando improntato a precetti di carattere religioso o, talvolta, consuetudinario – il diritto di richiedere la pronuncia giudiziale del divorzio dinanzi al giudice naturale. Dinieghi di giustizia che, purtroppo, l'ordinamento europeo non è oggi in grado di evitare. Distaccandosi, infatti, dalla *ratio* garantista seguita, in materia di legge applicabile al divorzio, dall'art. 10 dal Regolamento Roma III, che stabilisce che si applichi la legge del foro qualora la legge altrimenti richiamata «non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale»<sup>33</sup>, il Regolamento

---

<sup>31</sup> Corte di Cassazione, Sez. I civ., n. 6920 dell'8 marzo 2023, cit.

<sup>32</sup> BVerfG, Order of the First Senate, 1 BvL 7/18, cit.

<sup>33</sup> Regolamento (UE) 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, cit., art. 10.

Bruxelles-II *ter*<sup>34</sup> non permette che, nemmeno in ipotesi tanto critiche per la tutela dei diritti umani e dell'uguaglianza di genere, possa operare, come titolo di giurisdizione residuale, il *forum necessitatis* e possa legittimarsi l'instaurazione del contenzioso dinanzi ai tribunali degli Stati europei, con le conseguenti garanzie sul piano materiale.

In conclusione, alla luce di queste riflessioni e dell'analisi svolta degli strumenti e della giurisprudenza, riteniamo che l'approccio descritto in questo volume consenta di individuare soluzioni internazional-pubblicistiche e internazional-privatistiche giuridicamente valide, in quanto adeguate a proteggere i diritti umani degli individui coinvolti e a contemperare le diverse esigenze in gioco, e al tempo stesso idonee a preservare e diffondere un approccio multiculturale al diritto, funzionale a tutelare la diversità culturale e salvaguardarne il valore essenziale.

---

<sup>34</sup> Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifiusione), cit.



Finito di stampare nel mese di giugno 2024  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto internazionale ed europeo

---

## Per i tipi di Giuffrè

1. RICCARDO LUZZATTO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, 1965, pp. IX-330.
2. ALBERTO SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, ristampa, 1973, pp. XI-272.
3. RICCARDO LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, 1972, pp. XII-332.
4. GIORGIO SACERDOTI, *I contratti tra stati e stranieri nel diritto internazionale*, 1972, pp. XII-408.
5. PIERLUIGI LAMBERTI ZANARDI, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, 1972, pp. XII-316.
6. BRUNO NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, 1984, pp. IV-592.
7. MANLIO FRIGO, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, 1986, pp. VIII-436.
8. MASSIMO CONDINANZI, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, 1996, pp. XIV-340.
9. MARCO PEDRAZZI, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, 1996, pp. XII-376.
10. ALESSANDRA LUCCHINI, *Cooperazione e diritto allo sviluppo nella politica esterna dell'Unione europea*, 1999, pp. XII-204.
11. MARIA C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, 2001, pp. XII-350.
12. CARLA GULOTTA, *Le relazioni industriali nelle imprese multinazionali. I diritti di informazione e di consultazione dei lavoratori nell'Unione europea e nel diritto internazionale*, 2002, pp. XIV-314.
13. GIULIO PERONI, *Il commercio internazionale dei prodotti agricoli nell'Accordo WTO e nella giurisprudenza del Dispute Settlement Body*, 2005, pp. XII-392.
14. STEFANO BASTIANON, *Il diritto unitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, 2005, pp. XIV-316.
15. FRANCESCO ROSSI DAL POZZO, *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, 2005, pp. XII-300.
16. ANDREA CARCANO, *L'occupazione dell'Iraq nel diritto internazionale*, 2009, pp. XII-362.

17. ALESSIA DI PASCALE, *La responsabilità sociale dell'impresa nel diritto dell'Unione Europea*, 2010, pp. X-304.
18. ANGELICA BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, 2012, pp. XX-434.
19. GIULIO PERONI, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, 2012, pp. VIII-210.
20. JACOPO ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione europea*, 2018, pp. XVI-476.

### **Per i tipi di Giappichelli**

21. FILIPPO CROCI, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, 2020, pp. XVIII-462.
22. CHIARA AMALFITANO, MASSIMO CONDINANZI (a cura di), *Paura dell'Europa. Spunti di razionalizzazione*, 2020, pp. XVI-240.
23. NERINA BOSCHIERO, *Giustizia e riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù. Una valutazione alla luce del diritto internazionale consuetudinario, del diritto internazionale privato europeo e dell'agenda delle Nazioni Unite 2030*, 2021, pp. XXII-330.
24. MICHELE GRASSI, *Il riconoscimento degli effetti del giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale*, 2022, pp. XVIII-318.
25. RICCARDO LUZZATTO, *Il diritto internazionale nella realtà dei fenomeni giuridici. Scritti scelti a cura degli allievi*, (due Tomi), 2023, pp. XVIII-1482.
26. CAMILLA BURELLI, *La discrezionalità della Commissione europea nelle procedure di infrazione*, 2024, pp. XXII-434.
27. ANGELICA BONFANTI, *Diversità culturale, pratiche tradizionali dannose e diritti umani. Un'analisi di diritto internazionale pubblico e privato*, 2024, pp. X-254.