

Un punct de vedere asupra rolului magistraților în problematica diversității culturale

I. Introducere

Magistrații se confruntă frecvent cu diversitatea culturală în cadrul litigiilor civile și penale. Jurisprudența cu caracter multicultural este mai mult decât o sumă de spețe cu „element de extraneitate”. Ea constituie un *fenomen social* în sine, însoțit de multe nuanțe și probleme, cărora atât judecătorii români, cât și cei din alte state trebuie să le răspundă direct sau indirect. Este necesară identificarea unor *repere etice* și a unor *instrumente juridice* care să sprijine judecătorii și procurorii în procesele cu substrat cultural-identitar. Acest studiu își propune să *deschidă* dezbaterea necesară unei variante de soluție. *Principalii invitați la dialog sunt magistrații români*, a căror experiență practică este indispensabilă pentru a găsi formule aplicabile în practica judiciară, dincolo de teorie.

Punctul de pornire al discuției este tema clauzei culturale, pe care am abordat-o deja, sub alte unghiuri, în unele studii anterioare. În lucrarea de față accentul nu este plasat pe teoria generală a clauzei culturale, ci pe provocările etice puse magistraților atunci când contradicția dintre lege și tradiție conduce la invocarea acestui tip de argument. Această schimbare de perspectivă se bazează pe câteva premise care vor fi dezvoltate în cadrul secțiunilor studiului:

1. În primul rând, rolul magistraților în gestionarea diversității este esențial, deși tinde să treacă neobservat;

2. În al doilea rând, orice litigiu multicultural este însoțit de o dilemă etică. În același timp, orice verdict într-un litigiu multicultural are un impact social mult mai profund decât granițele raportului juridic din speță;

3. În al treilea rând, întrucât dreptul are funcția de a reglementa coexistența socială, inclusiv conflictele (de orice tip) care apar între majoritate și minorități, instituțiile juridice tradiționale nu sunt adaptate pentru a governa societățile multiculturale contemporane¹;

4. În al patrulea rând, în contextul unei migrații fără precedent, diversitatea se multiplică, generând noi probleme pentru magistrați, amplificarea fenomenului subliniind actualitatea temei și urgența identificării unor soluții suficient de acoperitoare, chiar dacă nu universale².

Aceste premise conturează dimensiunea problemei pe care o supunem dezbaterii și dimensiunile a două subteme ale ei. Pe de o parte, utilizarea specificului identitar ca apărare în cadrul proceselor nu este o situație nouă, rară sau lipsită de controverse și de riscuri. În ciuda frecvenței din ce în ce mai mari sau a posibilelor sale efecte dincolo de sala de judecată, ea

* *Cadru didactic asociat, Școala Națională de Studii Politice și Administrative*

E-mail: mariuca.constantin@gmail.com

Manuscris primit la 20 noiembrie 2017

¹ F. Palermo, M. Nicolini, For a New Semantics of Cultural Differences: Cultural Exception and the Law, în *Polemos – Journal of Law, Literature and Culture*, vol. 8, nr. 1/2014, p. 95.

² L. Orgad, *The Cultural Defense of Nations*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 3.

rămâne un fenomen socio-juridic fără o denumire specifică, puțin vizibil atât pentru teoreticieni, cât și pentru practicieni și lipsit de norme care să-l reglementeze, cel puțin orientativ. Ne propunem, în continuare, să oferim vizibilitate laturii juridice a diversității, mai ales pentru judecători și procurori.

Pe de altă parte, fără instituții juridice adecvate, fără cursuri de formare și de perfecționare a magistraților, care să explice problema identității culturale, fără acces la expertiză în domeniul diversității în cadrul proceselor, soluțiile magistraților tind să oscileze între un formalism excesiv, care nu admite diferențe de tratament bazate pe factorul cultural și aplicarea arbitrară a unor excepții. Susținem că atât designul instituțional, cât și pregătirea magistraților trebuie să țină cont de realitățile unei societăți multiculturale.

În acest context, studiul de față formulează o dublă pledoarie. Prima se referă la definirea rolului magistratului în relația dintre justiție și diversitate. Subliniem impactul social al jurisprudenței multiculturale și modul în care actul de justiție contribuie la „gestionarea” pluralismului cultural. A doua pledoarie propune ajustări terminologice (la nivelul limbajului juridic) și instituționale. În această ordine de idei, susținem adaptarea instrumentelor juridice existente și crearea unor instituții, proceduri și programe de formare noi, capabile să răspundă provocărilor multiculturalității, în acord cu principiile democratice și respectul pentru diversitate. Explicăm de ce termenul „clauză culturală”, deși nu are o exactitate juridică optimă, este un concept necesar, cuprinzător pentru amplitudinea fenomenului, dar care trebuie completat. Ca urmare, aducem în prim-plan tema excepției culturale și cea a circumstanței atenuante culturale.

II. Pledoarie pentru definirea rolului magistraților în relația dintre justiție și diversitatea culturală

„Identitatea culturală contează pentru actul de justiție”, spune Alison Dundes Renteln³. Cu alte cuvinte, apartenența culturală este relevantă în cadrul litigiilor în care este incidentă, iar magistrații ar trebui să țină cont de ea măcar în deliberare, dacă nu în verdictul final. Ideea este centrală pentru tema clauzei culturale. Și reciproca acestui principiu este valabilă: actul de justiție contează pentru identitatea culturală. Sentințele pot avea un impact social profund asupra contextelor culturale care au generat speța. Cercul poate fi unul vicios sau unul virtuos, în funcție de tradiția care se află în contradicție cu legea.

Tensiunea dintre norma etică a comunității și norma legală general aplicabilă reflectă un conflict de valori, nu doar unul juridic. Acesta poate fi mai acut sau mai moderat. De exemplu, crimele de onoare, mariajele timpurii sau circumcizia feminină sunt exemple cunoscute de „tradiții” abuzive, care nu doar încalcă legea, ci lezează în mod profund drepturile fundamentale ale unor persoane vulnerabile. Acordarea unor circumstanțe atenuante în numele apartenenței culturale sau chiar exonerarea de răspundere în aceste situații pun în discuție fundamentele unei societăți democratice. În contrast, folosirea simbolurilor religioase sau a vestimentației tradiționale pot fi, prin ele însele, forme de exercitare a unor drepturi fundamentale, chiar dacă legislația anumitor state le interzice. Rezultă că, în unele cazuri, problema este tocmai inflexibilitatea acestor norme în raport cu practici culturale inofensive.

³ A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 10.

Urmărind cele două tipuri de situații amintite mai sus identificăm câteva aspecte. Nu putem afirma *a priori* dacă este just ca argumentele culturale să fie luate în calcul. Acest lucru depinde întotdeauna de context. Însă putem recunoaște, cel puțin la nivel „intuitiv”, două categorii largi de tensiuni etico-juridice care însoțesc jurisprudența derivată din diversitate. În prima situație, derogarea de la dispozițiile legii pe criteriul identității culturale echivalează cu acceptarea tacită a unor cutume nedrepte. În al doilea caz, excepțiile pot părea justificate sau chiar dezirabile pentru a asigura o egalitate reală de tratament.

Esențial este că, în ambele categorii amintite mai sus, justiția este chemată să analizeze un raport juridic grefat pe un conflict de valori. În spețele sensibile cultural, magistrații se vor pronunța în mod explicit asupra obiectului cauzei, dar vor oferi, în mod implicit, o soluție pentru conflictul etic incident. Hotărârile judecătorești vor avea consecințe directe – asupra situației părților litigante, dar și indirecte – asupra raportului dintre minoritate și majoritate sau asupra statutului persoanei în interiorul comunității. Modul în care autoritatea judecătorească soluționează spețele cu specific identitar reflectă o concepție privind valorile care au prioritate în societatea respectivă.

Aceasta argumentează de ce rolul magistraților în societățile multiculturale este unul fundamental. Ei nu doar soluționează litigiile generate de contrastele etice ale diversității culturale, nu doar garantează respectarea drepturilor omului, ci echilibrează dileme etice. Astfel, rechizitoriile și sentințele pot descuraja sau încuraja tradiții, pot proteja specificul cultural, pot „elibera” membrii cei mai vulnerabili de practicile abuzive ale unor comunități sau îi pot „condamna” la captivitate în interiorul acestora. Într-un mod mai puțin vizibil decât autorii politicilor care se adresează diversității, judecătorii contribuie la gestionarea echitabilă (sau inechitabilă) a diversității culturale, chiar dacă nu dețin o competență expresă în acest sens.

Problema este că magistrații îndeplinesc acest rol-cheie bazându-se exclusiv pe propria conștiință și interpretare, fără repere legale sau formare specifică. Nu trebuie să uităm că ei nu sunt (și nici nu trebuie să fie) antropologi ori sociologi. Prin urmare, nu le sunt imputabile eventualele erori și stereotipuri pe care le-ar putea prelua în raționamentul juridic sau absența unor date exacte privind cutumele sau minoritățile. Dar este important ca, în demersul de a face dreptate în litigii multiculturale atât judecătorii, cât și procurorii, precum și alte autorități care s-ar putea confrunta cu asemenea cazuri să beneficieze de o pregătire corespunzătoare, de sprijinul unei legislații speciale și de cel al expertizei în domeniu. În absența acestor instrumente, verdictele riscă să derapeze spre o clemență excesivă sau din contră, către o exigență nejustificată.

Este just ca factorul cultural să fie reținut ca relevant, până la a deveni decisiv? Jurisprudența multiculturală este foarte variată, iar reperele care să ghideze judecătorii sunt departe de a fi clare. Acestea depind de tradiție, de fiecare lege și de fiecare speță. Soluția este formularea unui set de principii minimale, înrădăcinate în valorile liberal-democratice fundamentale, care să sprijine judecătorii în procesul deliberării și deciziei. Tocmai varietatea etică și necesitatea coexistenței echitabile, într-un cadru legislativ unic, fac necesară crearea unor instrumente juridice corespunzătoare.

Litigiile multiculturale nu sunt la fel de variate în România (cel puțin deocamdată), precum în alte state. Mai vizibilă este jurisprudența penală a mariajelor timpurii, cărora li se adaugă cauze privind refuzul tratamentului medical al minorilor pe motive religioase. Există și alte spețe cu element de extraneitate, corelate minorității musulmane, dar impactul, frecvența și miza lor nu sunt la fel de consistente ca în Franța, Germania, Elveția sau alte state

unde imigrația este intensă. Cele mai intense provocări pentru judecătorii europeni provin de la noile minorități rezultate din migrație. Tensiunile identitare au devenit, cel puțin în ultimul deceniu, din ce în ce mai vizibile și mai dese atât în tribunalele unor state membre cu un flux mai mare de imigranți, cât și în cazuistica instanțelor supra-naționale, precum CEJ și CEDO. Frecvența jurisprudenței multiculturale crește inevitabil, odată cu creșterea diversității culturale. Fenomenul migrației actuale poartă cu sine nu doar probleme de natură economică sau asociate siguranței naționale. Coexistența unei varietăți de tradiții conține un nucleu dur de tensiuni etice generatoare de jurisprudență și de aplicare potențială a clauzelor culturale⁴.

III. Pledoarie pentru adaptarea instituțiilor juridice la realitatea multiculturalității

Menționam în introducere că una dintre premisele acestui studiu este ideea că instrumentele juridice tradiționale nu sunt adaptate pentru a governa societățile multiculturale contemporane. Elementele culturale fac parte din situațiile de fapt ale multor litigii și cad sub incidența unor instituții juridice variate, cum sunt: relele tratamente aplicate minorului, discriminarea la locul de muncă, omuciderea, drepturile civile, darea de mită, căsătoria și divorțul, azilul politic, libertatea religioasă, autorizarea autopsiilor etc. Cu toate acestea, le lipsește o terminologie juridică proprie, precum și instrumente juridice adecvate.

Comunitățile etno-culturale vechi, noile minorități rezultate din imigrație, precum și persoanele sau grupurile care se află „în trecere” printr-un stat provin din medii culturale definite de practici, cutume și valori etice ce conturează o *identitate culturală* proprie. Deși identitatea nu este omogenă, ea determină deseori acțiuni aflate în tensiune cu legislația aplicabilă într-un anumit moment și într-un anumit teritoriu. Rezultă litigii civile și penale cu un substrat cultural adânc înrădăcinat. Dar ce se întâmplă în drept? Cât de flexibilă ar trebui să fie legea în astfel de spețe? Și, mai ales, cât de flexibil este sau ar trebui să fie raționamentul magistraților? Cum ar spune Renteln: întrebarea care apare este dacă perspectivele diferite asupra lumii ar trebui să afecteze aplicarea uniformă a legii⁵.

În acest tip de litigii este necesar pentru magistrați să înțeleagă în profunzime dimensiunea culturală a speței, indiferent dacă ea ar avea caracter decisiv sau nu pentru sentință. Propunem pe scurt o viziune asupra unui „sistem de soluții” menit să sprijine procurorii și judecătorii în spețele multiculturale, cu patru componente:

- a) formularea unui limbaj juridic al diversității;
- b) identificarea unor principii etice care să îndrume magistrații în spețele cu element de extraneitate cultural;
- c) crearea unor instrumente și instituții juridice specifice jurisprudenței multiculturale;
- d) conceperea și implementarea unor programe de pregătire a magistraților care să-i familiarizeze cu temele diversității în justiție.

a. Noutăți terminologice

Putem vorbi despre un limbaj juridic al multiculturalității? Nu încă. Putem doar inventaria o serie de concepte capabile să-l contureze.

⁴ L. Orgad, op. cit., p. 32.

⁵ A.D. Renteln, Making Room for Culture in the Court, în Judges Journal, vol. 49, nr. 2/2010, p. 1.

Jurisprudența multiculturală este un termen generic. Totodată, jurisprudența multiculturală este un subiect sensibil, motiv pentru care vom defini mai întâi „ce nu este”, pentru a clarifica „ce este”. Nu este un fenomen *nou*, ci unul *vechi* și din ce în ce mai *frecvent*, așa cum am explicat în prima secțiune. Ea nu este un domeniu juridic distinct și autonom, încadrabil într-o categorie proprie, ci *are caracter transversal*, care intersectează deopotrivă dreptul public sau privat, penal sau civil. Nu este „monocromă”, ci este caracterizată de o imensă varietate de circumstanțe și de soluții etice și legale. De aceea, limbajul juridic al multiculturalității trebuie să fie suficient de versatil pentru a acoperi sfera de aplicare extinsă, dar și suficient de exact încât să surprindă problematicile specifice.

În esență, jurisprudența multiculturală este rezultatul unor conflicte culturale aduse în fața magistraților. De exemplu,

într-o speță din 1985 din California, o femeie de origine japoneză, Fumiko Kimura, după ce a aflat despre infidelitatea soțului său, a încercat să se sinucidă în ocean, împreună cu cei doi copii. În urma gestului său, doar minorii au decedat, în timp ce ea a fost salvată. Acuzată de comiterea infracțiunii de omor, doamna Kimura a susținut că fapta comisă este justificată pe baza unei tradiții japoneze – *oya-ku shinju* – constând în sinuciderea comună a părintelui înșelat împreună cu copiii⁶.

În altă cauză din Statele Unite, membrii unei minorități religioase braziliene au dat în judecată guvernul federal pentru că a interzis, conform „Actului privind substanțele controlate”, ceaiul de *huasca* – băutură tradițională cu proprietăți halucinogene, considerată sacră de comunitate. Curtea Supremă a dispus că legea în cauză încălca în mod nejustificat libertatea religioasă și a admis o derogare de la această lege – doar pentru comunitatea în cauză. În alt litigiu, Curtea Supremă a trebuit să stabilească dacă o femeie aparținând unei comunități evreiești ortodoxe, Ruth Friedman, care s-a aruncat din cabina de ski pentru a nu fi singură cu un bărbat după lăsarea întinericului, este îndreptățită la daune mai mari decât în mod obișnuit. Judecătorul a ținut cont de mărturia rabinului, care confirma că acțiunea femeii era conformă cu interpretarea normelor etice ale comunității religioase și a primit o compensație de aproape 40.000 de dolari⁷. Într-un context similar, un bărbat hindus, care a comandat un burrito vegetarian a primit, în mod eronat, unul cu carne de vită, pe care l-a consumat parțial. Pentru această persoană, eroarea care ar fi fost interpretată ca neglijență în majoritatea proceselor, a devenit cauza unei traume emoționale ce îi afecta profund conștiința, solicitând și obținând daune morale foarte ridicate⁸.

Toate situațiile enumerate mai sus sunt exemple de jurisprudență multiculturală derivată din conflicte culturale care, la rândul lor, sunt rezultate dintr-o tensiune de valori etice. Observăm că specificul identitar sau etic a fost invocat în actul de justiție fie ca apărare, în penal, fie pe calea acțiunii principale, în civil. Aceasta este dinamica tipică pentru aplicarea clauzei culturale – cel mai important concept de pe terenul jurisprudenței multiculturale.

Clauza culturală este un mecanism prin care specificul identitar devine argument pentru a solicita derogări culturale de la regimul juridic aplicabil. Când este reținut ca decisiv, ajunge să influențeze rechizitoriile și verdictele.

⁶ N. Kim, Nancy, *The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: a Framework for Analysis*, în *New Mexico Law Review*, 1997, p. 139.

⁷ A.D. Renteln, loc. cit., 2010, p. 3.

⁸ Idem, p. 8.

Prin urmare, identitatea culturală poate dobândi relevanță juridică pentru actul de justiție. Nivelul de detaliu până la care merg litigiile multiculturale este impresionant. Și mai impresionant este faptul că un detaliu aparent minor poate deveni elementul-cheie al cauzei sau poate rămâne lipsit de importanță, în funcție de interpretarea judecătorului. Sentințele Curții Supreme americane nu sunt la adăpost de critici legitime. Simpla incidență a caracteristicilor culturale nu ar trebui să conducă la sentințe pliate pe aceste diferențe. Deși există o schemă standard a conflictelor culturale (penale și civile), nu există și o soluție standard. Considerarea sau ignorarea identității culturale se face doar de la caz la caz. Dar pot fi concepute câteva condiții minimale, universale și *sine qua non*.

Pentru aceste motive, este utilă analiza separată a clauzei culturale (în această subsecțiune), punând în discuție și tema reglementării ei efective, ca instituție juridică propriu-zisă (în subsecțiunea următoare).

Termenul clauză culturală este un „hibrid”, la granița dintre științe politice și drept. Deși nu are o exactitate juridică ridicată, el este de natură să surprindă dimensiunea complexă și reală a fenomenului. Jurisprudența americană a consacrat termenul de „cultural defense”, traducibil literal prin formularea „apărare culturală”. Renteln a dezvoltat o teorie cuprinzătoare asupra subiectului, urmărind atât cazuistica civilă și penală, cât și disputa filosofică ce însoțește apărările culturale. În România, tema a fost abordată pentru prima dată de Gabriel Andreescu, care a introdus conceptul de „clauză culturală” – ca adaptare prin generalizare a sintagmei „cultural defense”⁹. Conținutul la care se referă cele două noțiuni diferă prin sfera pe care o acoperă, a doua incluzând condiționarea culturală a politicilor publice. Ar fi fost insuficient să discutăm doar despre o „apărare”, având în vedere că revendicările culturale sunt realizate, așa cum am văzut, și pe calea acțiunii principale, în special în acțiunile civile. În același timp, sintagma „clauză culturală” este preferabilă, pentru că surprinde cele două dimensiuni ale conceptului: *juridică* și *politică*. Niciuna dintre aceste fațete nu poate fi exclusă, fiindcă, așa cum subliniam în prima secțiune: nu numai identitatea culturală poate influența actul de justiție, ci și actul de justiție poate influența identitatea culturală. Sunt cele două fațete ale aceleiași monede.

Clauza culturală (ca mecanism) nu are drept corespondent o instituție juridică propriu-zisă, reglementată legislativ, nici în România, nici în statele în care frecvența și constanța invocării ei au fost pretextul teoretizării, precum S.U.A. sau Marea Britanie. Așadar, un avocat nu poate invoca și o instanță nu poate aplica această „clauză” ca temei juridic formal. Cu toate acestea, argumentele culturale de acest tip nu numai că sunt folosite, dar ele reușesc să aibă un rol în verdicte, fiind invocate cu „masca” altor instituții. Utilizarea clauzelor culturale în instanțe este, de asemenea, un fenomen în sine, inclus în cel al jurisprudenței multiculturale. Cele mai frecvente forme concrete prin care clauza culturală ajunge în fața judecătorilor sunt: în dreptul penal – *circumstanța atenuantă culturală* și în dreptul civil – *excepția culturală*.

Există trei scenarii tipice în care sunt invocate clauzele culturale. În ce privește legitimitatea circumstanțelor atenuante culturale, pornim de la premisa că transformarea clauzei culturale într-un temei juridic creează premisele pentru relativismul legal. Nu pledăm și nu optăm pentru acest lucru. Constatăm însă că, în absența unei clauze culturale consacrate formal, mecanismul ei oricum se produce. Caracterul lui confuz, aplicarea „oarbă” a acestui

⁹ G. Andreescu, Strategii multiculturaliste neliberale decente și indecente, în NRDO nr. 4/2010, p. 59.

mecanism se pot evita numai prin reglementarea unor condiții și restricții puse la aplicarea clauzei culturale. Cele două aspecte pot fi reglementate separat. Propunem includerea unei „circumstanțe culturale” între exemplele de la art. 75 C.pen., care stabilește regimul circumstanțelor atenuante judiciare. Menționarea în lege este utilă din punct de vedere tehnic, chiar dacă nu este incontestabilă în plan etic. Dăm însă prioritate obținerii unei garanții privind restrângerea posibilității aplicării acestui mecanism, prin caracterul lui facultativ și preventiv, dar mai ales prin stipularea clară a unor condiții cumulative.

Excepția culturală este un termen mai larg și mai versatil. Atât jurisprudența italiană, cât și cea franceză au optat pentru această formulare. Francesco Palermo definește excepția culturală drept instrumentul care permite ca spețele să fie soluționate pe baza unor derogări de la lege¹⁰. Excepția culturală este aplicată atunci când hotărârile judecătorești în care „cultura” căreia îi aparține una dintre părțile litigante este luată în calcul ca decisivă. Tocmai pentru că un număr vast de situații pot fi acoperite de umbrela vastă a acestui concept, considerăm că este adecvat, în special în domeniul civil, unde cauzele implică tocmai solicitarea unor derogări, indiferent dacă legea civilă a fost sau nu încălcată de practicarea unei tradiții.

Aceste clarificări conceptuale conturează un vocabular minimal și incipient al multiculturalității în justiție. Se impune o detaliere suplimentară într-un studiu ulterior. Pentru moment, ne concentrăm asupra clauzei culturale ca instrument juridic nou – în oricare dintre formele sale juridice concrete.

b. Instrumente juridice specifice de lege ferenda

Am explicat că, prin intermediul clauzei culturale, apartenența culturală, ca element al situației de fapt, poate influența sentința. Am mai arătat că instrumentul este unul „ne-juridic”, pentru că la momentul actual el nu este reglementat. *Dar există oare argumente etice și legale pentru a susține crearea unei instituții juridice a clauzei culturale?* Unii autori susțin (cu argumente credibile) că acest lucru riscă să submineze sistemul juridic și caracterul unitar al legislației. De exemplu, Malek Mithra Sheybani afirmă că:

„dacă normele culturale ale fiecărui străin ar deveni factorul determinant pentru a stabili ce este bine și ce este rău, s-ar instaura anarhia”¹¹.

Palermo contrazice acest argument. În viziunea autorului italian, persoana, ca titulară de drepturi și obligații, este concepută fără diferențele culturale inevitabile, artificiu util pentru a gândi o legislație uniformă și inflexibilă¹². Dar această abstractizare contrazice realitatea, caracterizată de o diversitate din ce în ce mai complexă, ce are nevoie de o legislație sensibilă la diferențe. Renteln susține că dimensiunea culturală este relevantă în cadrul litigiilor atunci când este incidentă. Ea contestă abordarea conform căreia „când ești în Roma, te porți ca romanii”, considerând că ar putea fi aplicabilă doar într-o societate monoculturală). Argumentul său se sprijină pe teoria lui Ruth Benedict, conform căreia: „nu vedem lentilele prin

¹⁰ F. Palermo, M. Nicolini, loc. cit., p. 96.

¹¹ Malek Mithra Sheybani, One person's culture is another's crime în Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, vol. 9/1987, p. 752.

¹² F. Palermo, M. Nicolini, loc. cit., p. 98.

care vedem lumea”¹³. Nu trebuie pierdut din vedere că există deja o întreagă filozofie și jurisprudență care are în vedere individualizarea pedepselor. Ideea unor verdicte sensibile cultural corespunde, *până la un punct*, aceleiași viziuni.

Rămâne o discuție deschisă dacă dreptul constituțional, dreptul penal și mai ales dreptul civil sunt pregătite să îmbrățișeze această perspectivă. De asemenea, rămâne o discuție deschisă care sunt limitele care fac ca aceste inovații să fie compatibile cu principiile unei democrații liberale. Cert este că provocarea legislației actuale (atât la nivel național, cât și la nivel european) este aceea de a asigura instituții care conciliază uniformitatea cu diversitatea¹⁴.

În acest articol propunem o reglementare *prudentă* a clauzei culturale. Scopul este unul preventiv: nici simpla apartenență la o comunitate, nici stereotipurile despre un grup etno-cultural, nici existența unor obiceiuri cu caracter abuziv larg îmbrățișate de o minoritate nu trebuie să devină scuze pentru eludarea legii. În momentul de față, nu există nici clauze culturale „oficiale”, nici condiții pentru admiterea lor legitimă. Fără niciun fel de constrângere, judecătorii aplică oricum apărări culturale, aleatoriu și nedocumentat, dar cu un impact social profund. Rezultă că riscul aplicării haotice și neinformate este mai mare în absența unei reglementări exprese. Așadar, pledoaria noastră nu este pentru instituirea unui mecanism de derogare automată de la cadrul legislativ. Accentul este plasat pe limitele care încadrează o utilizare legitimă a excepțiilor culturale și a circumstanțelor culturale atenuante. Având în vedere tocmai caracterul excepțional al clauzelor, potențiala lor aplicare impune condiționări explicite și stricte. Altfel, derapajele pot fi absurde.

O judecătoare din Germania a respins acțiunea de divorț a unei femei originare din Maroc, motivând că violența domestică invocată de reclamantă este acceptabilă, conform Coranului¹⁵. În felul acesta, ea a aplicat în mod abuziv o clauză culturală. Un exemplu românesc de menționat este cel al jurisprudenței mariajelor timpurii. Într-un studiu anterior, am arătat că „logodna” minorilor practică în România de unele comunități rome este reținută ca un element de specific identitar relevant la nivelul situației de fapt, dar și decisiv pentru verdict. Mai mult, stereotipurile asociate acestei cutume, precum și stilului de viață al etniei rome au o contribuție decisivă în stabilirea sentințelor penale. Din această realitate rezultă și două „ironii”. În primul rând, într-un stat în care jurisprudența nu este unitară în prezent, hotărârile judecătorești corelate obiceiului mariajelor timpurii au un grad mare de similaritate atât sub aspectul tiparelor de raționament etic, cât și cu privire la sancțiunile aplicate. Cum se explică o jurisprudență atât de unitară? Formulările utilizate de judecători în cadrul motivărilor, atunci când fac referire la mariajele timpurii, reflectă cu claritate că, înainte de orice, stereotipurile sunt unitare. Dar acest lucru nu le este imputabil judecătorilor. Nu există niciun instrument și nicio reglementare care să-i orienteze în soluționarea litigiilor multiculturale.

A doua „ironie” este un veritabil paradox: tocmai cutuma care creează contextul prielnic comiterii infracțiunii este recunoscută drept circumstanță atenuantă sau ajunge să justifice un regim mai blând de pedeapsă. Cum prevenim astfel de situații? Răspunsul pare evident: prin reglementarea unor instituții juridice adecvate.

¹³ A.D. Renteln, loc. cit., 2010, p. 3.

¹⁴ F. Palermo, M. Nicolini, loc. cit., p. 101.

¹⁵ K. Connolly, German judge invokes Qur'an to deny abused wife a divorce, în The Guardian, 23.03.2007 (<https://www.theguardian.com/world/2007/mar/23/germany.islam>), accesat la 13 noiembrie 2017.

Pentru a sprijini judecătorii în litigiile multiculturale, Renteln propune un test constând în trei întrebări:

1. Partea sau părțile sunt membri ai unei comunități culturale?
2. Tradiția invocată există?
3. Partea sau părțile litigante au fost influențate de tradiție în comiterea acțiunii?

Renteln adaugă: „deși probele și argumentele culturale trebuie întotdeauna admise spre examinare, ele nu pot fi acceptate în acordarea verdictului atunci când au generat vătămări ireparabile”¹⁶. Formularea „vătămare ireparabilă” este destul de neclară. Propunem ca definiție pentru „vătămare ireparabilă” orice încălcare a drepturilor omului, precum și vătămarile fizice și psihice, nu doar cele grave. Când drepturile culturale se confruntă cu drepturile omului, drepturile copilului sau drepturile femeii – în general, cu drepturile persoanelor vulnerabile – cele din urmă prevalează. Din acest punct de vedere, testul lui Renteln ne pare incomplet.

De aceea, am considerat că aceste întrebări pot fi privite doar ca un „test de relevanță a specificului identitar” sau ca un „test de admisibilitate *în principiu*”, care poate funcționa în faza deliberării. Întrebările sunt insuficiente pentru a legitima capacitatea tradiției de a influența verdictul. Atunci când condițiile din test sunt îndeplinite, clauza culturală poate fi admisă doar spre examinare, în mod similar acceptării administrării unei probe, fără a garanta că ea va avea un aport pentru soluția instanței. Urmând acest raționament, am propus completarea testului lui Renteln cu un „test de aplicare a clauzei culturale” sau „un test de admisibilitate pe fond”, care poate fi aplicat în faza pronunțării sentinței și care include o condiție unică și negativă. Această condiție impune ca tradiția invocată să nu producă vătămări fizice sau psihice altei persoane, să nu îi pună în pericol viața și să nu încalce drepturile omului.

Ilenia Ruggiu a conceput un test alternativ, ca instrument menit să sistematizeze deliberea și să îndrume magistratul în spețele în care identitatea culturală intersectează faptele¹⁷. Etapele care alcătuiesc acest test sunt următoarele¹⁸:

1. Dacă «identitatea culturală» este o categorie incidentă.
2. Descrierea practicii culturale și a caracteristicilor grupului.
3. Interpretarea practicii în sistemul cultural mai amplu din care provine.
4. Dacă practica este esențială pentru supraviețuirea culturală a grupului. Dacă este obligatorie sau facultativă în comunitate.
5. Dacă practica este larg acceptată în cadrul comunității sau contestată de membrii grupului.
6. Cum s-ar comporta un «exemplar-model» al respectivei comunități.
7. Cât este de sinceră și de coerentă persoana care revendică practica.
8. Dacă grupul în cauză este discriminat în societate.
9. Dacă există un echivalent cultural al practicii în cultura majorității.
10. Dacă practica produce vătămări.
11. Dacă practica perpetuează patriarhatul.
12. Ce impact are practica asupra culturii-oaspete.
13. Ce motive temeinice prezintă comunitatea pentru a continua practicarea tradiției în discuție?”

¹⁶ A.D. Renteln, loc. cit., 2010, p. 6.

¹⁷ I. Ruggiu, Il giudice antropologo e il test culturale, în *Questione Justizia* nr. 1/2017, p. 217.

¹⁸ Idem, p. 226.

Testul lui Ruggiu își propune în primul rând să pună în dialog dreptul și antropologia. În al doilea rând, urmărește să identifice dacă aspectele identitare sunt relevante în proces. În al treilea rând, asigură prioritatea principiilor juridice fundamentale într-o societate democratică și pluralistă.

Am enumerat succint câteva tentative de introducere a clauzei culturale în sistemul legislativ. Ele pornesc de la o filosofie comună și de la același obiectiv: stabilirea premiselor unei aplicări conștiente și documentate a acestui mecanism. Diversitatea culturală este însoțită și de o amplă variație de contexte și nuanțe. Natura cutumei care se află în conflict cu legea, circumstanțele istorice specifice ale fiecărui stat, dinamica dintre minoritate și majoritate, vulnerabilitățile specifice părților litigante sunt doar câteva dintre cele mai semnificative aspecte de luat în calcul pentru a înțelege adevărata dimensiune a spețelor cu substrat identitar. Există foarte multe variabile care pot justifica sau nu acordarea unor excepții de la lege, bazate pe apartenența culturală. Prin urmare, există și o varietate de soluții. Chiar dacă legitimitatea clauzei culturale rămâne un subiect controversat, reglementarea ei și în special a unor principii care să o delimiteze este principala soluție „tehnică” pentru a preveni efectele indezirabile social pe care le poate avea o aplicare abuzivă, neinformată și aleatorie. În același timp, există și alte formule care pot sprijini magistrații în cadrul spețelor multiculturale și pe care le explicăm în continuare.

c. Mecanisme complementare: expertize antropologice și programe de formare speciale

Magistrații nu sunt antropologi, dar litigiile multiculturale îi obligă să gândească asemenea unor antropologi. În ciuda acestui fapt, ei nu sunt familiarizați cu multe tradiții, cu viziunea etică din spatele lor și nici nu au instrumentele pentru a realiza o interpretare adecvată a cutumelor. Prin urmare, pot recurge la aprecieri eronate, cu impact atât asupra raportului juridic din speță, cât și asupra comunității. Palermo întreabă:

Sunt judecătorii conștienți că se confruntă cu provocarea de a răspunde unor diferențe morale? *Sunt ei suficient de pregătiți să gestioneze aceste diferențe?* Ce instrumente juridice există pentru a sprijini procesul deliberativ și decizional? Aceste întrebări nu sunt triviale, fiindcă rolul judecătorilor oscilează între extrema formalității excesive și aplicarea inadecvată a unor excepții culturale¹⁹.

Realitățile din societatea italiană asupra cărora atrage atenția Palermo sunt valabile într-o măsură mai mare sau mai mică și pentru alte state europene, inclusiv în România, unde transformarea cutumei mariajelor timpurii într-o circumstanță atenuantă este un exemplu foarte clar de aplicare abuzivă a argumentelor culturale în situații în care ar trebui respinse pentru motivul că încalcă în mod flagrant drepturile omului.

Există diferite strategii pentru a contracara provocările rezultând din prezența diversității culturale în litigii. De exemplu, în Marea Britanie judecătorii folosesc „Ghidul Juridic al Tradițiilor Minorităților Etnice”, care descrie cum pot fi adaptate anumite aspecte procedurale, precum administrarea probei cu martori, utilizarea adecvată a formulilor de adresare la particularități culturale și, mai ales, modalități de interpretare a unor practici culturale.

¹⁹ F. Palermo, M. Nicolini, loc. cit., p. 106.

O altă soluție, cu caracter preventiv și pe termen lung este includerea în formarea magistraților a unor cursuri specifice, care să-i familiarizeze cu tema diversității și cu problematica etică a litigiilor cu substrat cultural. De exemplu, Centrul pentru Educație și Cercetare Juridică din California a alcătuit un program educațional special, denumit „Jurisprudență și Cultură”, ai cărui destinatari sunt în principal magistrații, dar și alte autorități care s-ar putea confrunta cu conflicte culturale. Este important să subliniem că Centrul pentru Educație și Cercetare Juridică amintit este o instituție care aparține puterii judecătorești, cu rol în formarea inițială și continuă a magistraților. Acest tip de program nu este unic, dar este util pentru a putea concepe soluții similare la nivel european și în România, astfel încât tema diversității culturale să poată fi conciliată prin actul de justiție fără a risca să fie compromise principii democratice fundamentale. Ar fi util ca și Institutul Național al Magistraturii, Consiliul Superior al Magistraturii sau Institutul Național pentru Pregătirea și Perfecționarea Avocaților să aibă în atenție completarea programelor proprii cu tematica adecvată diversității.

Nu în ultimul rând, o soluție cu caracter orientativ și punctuală pentru fiecare speță este asigurarea accesului magistraților la expertize antropologice capabile să ofere răspunsuri clare și informate oricăror întrebări din testele clauzei culturale. Importanța acestui tip de expertiză constă în faptul că, pe de o parte, previne utilizarea abuzivă a argumentelor culturale de către avocați și, pe de altă parte, ajută magistrații să nu se lase influențați de stereotipuri sau exagerări proprii, prin care ar ajunge să trateze drept „cultural” orice element de extraneitate. Totodată, *dacă optăm pentru o clauză culturală limitată de un test dublu* (așa cum arătam în subsecțiunea precedentă), expertiza antropologică devine o garanție pentru stabilirea documentată a relevanței.

IV. Concluzii

Am arătat că jurisprudența multiculturală este un fenomen social care are nevoie de: (1) completarea limbajului juridic cu niște categorii specifice diversității, (2) adaptarea instrumentelor juridice astfel încât să fie prevenite clauzele culturale abuzive și (3) reglementarea unor instituții juridice capabile să se adreseze realităților multiculturalității.

Am pornit de la premisa că identitatea culturală este relevantă atunci când are caracter determinant asupra faptei, dar acest lucru nu obligă să aibă un caracter determinant și asupra verdictului. De aceea, transformarea clauzei culturale într-un temei juridic este problematică. Dar aplicarea ei *de facto*, în absența unei instituții juridice corespunzătoare este cel puțin la fel de riscantă, întrucât creează contextul aplicării ei implicite, neinformate și fără limite.

În prezent, în contextul unei migrații globale fără precedent istoric, și jurisprudența multiculturală capătă un volum fără precedent. Multiplicarea acestui tip de litigii (indiferent de sfera de aplicare) este un fenomen în sine, cu o problematică proprie – deopotrivă juridică și etică. Chiar dacă implicațiile acestui fenomen sunt mai mici în România în momentul prezent, și aici există provocări ale multiculturalității în justiție, iar realitatea nu este una statică. Faptele justifică importanța demersului propus în cadrul studiului și probează valoarea practică a ideilor transmise.

Aceeași valoare practică derivă și din rolul magistraților în societățile multiculturale. Într-un mod mai puțin vizibil decât cel al politicilor care se adresează diversității, magistrații contribuie la gestionarea echitabilă (sau inechitabilă) a diversității culturale, chiar dacă nu dețin o competență explicită în acest sens. De aceea, ei au nevoie de o pregătire specifică, de

acces la expertize antropologice care să-i sprijine în litigiile multiculturală și, mai ales, de instituții juridice clare, la care să apeleze în astfel de cazuri, fără risc de echivoc. În același timp, este necesar ca aceste instituții, precum și principiile pe care se bazează sau mecanismele concrete de aplicare a lor să fie comune sau cel puțin similare la nivel european. Faptul că Italia, Franța, Germania și România, deși au minorități și „provocări litigioase” diferite se confruntă cu aceleași dileme etice de soluționare și de reglementare, demonstrează că este necesară o viziune comună asupra diversității în Europa. Acest subiect impune cercetări ulterioare.