Università degli Studi di Napoli Federico II

Dottorato di ricerca in "Diritti Umani. Teoria, storia e prassi"

XXXII Ciclo

Multiculturalismo, principi e diritto penale.
Una comparazione tra gli ordinamenti italiano e messicano

Tutor: Prof. Antonio Cavaliere

Dottorando: Dott. Mario Eduardo Maldonado Smith

INDICE

Introduzione 4.
Profili metodologici 8.

1. Il Diritto complesso 11.
1.1. Una concezione dei diritti umani 17.
1.2. Regole e principi 20.
1.3. Caratteristiche delle regole e dei principi 24.
1.4 Il problema della morale e la discrezionalità giudiziaria 27.
1.5. La Costituzione principialista 34.
1.6. I diritti fondamentali come principi 41.
1.7. Il ruolo del diritto penale in un modello principialista e costituzionalista 44.

2. Diritto penale e cultura 56.
2.1 I modelli giuridici 58.
2.2 Il concetto di cultura e il suo profilo rilevante nei reati culturalmente orientati 63.
2.3 Società multiculturale di tipo multinazionale e società multiculturale di tipo Polietnico 70.
2.4 La cultura come diritto fondamentale e i limiti della tolleranza (normativa e giurisprudenza) 77.

3. Il caso italiano 92.
3.1. L'ordinamento giuridico italiano di fronte alla diversità culturale 94.
3.1.1 La mutilazione genitale femminile 95.
3.1.1.1 Brevi considerazioni storiche e culturali 96.
3.1.1.2 Il delitto di mutilazioni genitali femminili (art. 583 bis c.p.) 103.
3.1.2. Il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio 112.
3.1.3. Il reato di immigrazione clandestina 116.
3.1.4. Il c.d. decreto Salvini 118.
3.1.4.1. Revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari 119.
3.1.4.2. L'esercizio molesto dell'accattonaggio 120.
3.1.4.3. Acquisizione e revoca della cittadinanza 122.
3.1.4.4. L'estensione del Daspo urbano 123.
3.1.5. Alcuni riflessioni sulla normativa italiana 124.
3.2. Il fattore culturale all'interno della struttura del reato 126.
3.2.1. Tipicità 126.
3.2.1.1. Gli elementi normativi-culturali della fattispecie 126.
3.2.1.2. Principio d'offensività e concezione realistica dell'illecito 128.
3.2.1.3. Il giustificato motivo 131.
3.2.1.4. Delitti senza vittima 133.
3.2.2. Antigiuridicità 134.
3.2.2.1. Quasi scriminanti 134.
3.2.2.1.1. Autotutela e paternalismo giuridico 136.
3.2.3. Colpevolezza 140.
3.2.3.1. Colpevolezza e vulnerabilità 140.
3.2.3.2. Inimputabilità 142.
3.2.3.3. Inesigibilità di una condotta diversa da quella

culturalmente orientata 144.
3.2.3.4. Personalità della responsabilità penale, coscienza dell'offesa ed errore 146.
3.2.4. Punibilità 151.

4. La questione del multiculturalismo in Messico 154.
4.1. Il Messico e la storia del suo multiculturalismo 154.
4.2. Il fattore culturale nell'ordinamento giuridico messicano 163.
4.3. L'accesso alla giurisdizione dello Stato 168.
4.4. La figura dell'interprete e del difensore 170.
4.5. Le specificità culturali (reati culturalmente motivati) 173.
4.6. Pluralismo giuridico 183.
4.6.1. Caratteristiche dei sistemi normativi indigeni 189.
4.6.1.1. Diversità 189.
4.6.1.2. Ibridazione 190.
4.6.1.3. Oralità e praticità 191.
4.6.1.4. Autorità tradizionali 192.
4.6.1.5. Competenza indigena 193.
4.6.1.6. Sanzioni indigene 201.
4.6.2. Sistemi normativi indigeni e rispetto dei diritti umani 206.
4.6.3. Adattamento di alcuni principi del diritto penale ai sistemi normativi indigeni 211.
4.7. Riflessioni sul caso messicano 214.

Conclusioni 217.
Bibliografia 232.

Multiculturalismo, principi e diritto penale. Una comparazione tra gli ordinamenti italiano e messicano

La colomba leggiera, mentre nel libero volo fende l'aria di cui sente la resistenza, potrebbe immaginare che le riuscirebbe assai meglio volare nello spazio vuoto di aria

Kant[1]

Introduzione

Tra le trasformazioni più importanti vi sono quelle culturali, quelle mentali, legate al modo in cui le cose sono capite e interpretate. Il diritto non è estraneo a tutto ciò, è un prodotto culturale, mutevole, determinato da condizioni storiche, politiche e sociali. Il "diritto" risponde ad un tempo, ad un contesto e, chiaramente, ad un'ideologia particolare. Pertanto, non è il "diritto" in quanto tale quello che è fondamentale, ma l'idea o l'interpretazione che ne è data e attorno alla quale ruotano i grandi problemi e le riflessioni della scienza giuridica[2].

Nell'esperienza giuridica recente si assiste a fenomeni problematici quali, in particolare, l'eccessiva moltiplicazione delle norme giuridiche; l'uso delle norme penali come "*prima ratio"* per prevenire determinati comportamenti; frequenti contraddizioni normative (antinomie) come conseguenza dell'eccesso di regolamentazione; problemi relativi alle fonti giuridiche ed alla validità e gerarchia normativa (norma di riconoscimento) di fronte all'esistenza di entità sovranazionali con la capacità di creare ed interpretare il diritto.

[1] KANT, *Critica della ragion pura,* trad. G. Gentile, Bari 2018, p. 38.
[2] «[…] Ciò che conta e da cui tutto dipende è l´idea del diritto, della costituzione, del codice, della legge, della sentenza. L´idea è così determinante che talora, dove è particolarmente viva e diffusamente accettata, si può persino fare a meno della "cosa" stessa […] E, al contrario, dove non esiste o è dissolta in tanti rivoli che ciascuno alimenta a suo piacere, il diritto "positivo" si perde in una Babele di lingue incomprensibili l'una per l'altra e frastornante per il pubblico profano», ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, p. 3.

Ci troviamo di fronte ad un diritto in cui le linee guida elementari come la generalità e l'astrazione della legge non sono più presenti, lo Stato non è più l'unica entità autorizzata alla creazione giuridica, i principi fondamentali sono soggetti ad una costante erosione e l'individuo cessa sempre più di essere la ragione della protezione giuridica.

A fronte di tali fenomeni, la presente ricerca propone di ripensare a riflessioni già esistenti attorno all'idea del diritto, alla sua struttura, alla sua plasticità (mitezza) per mostrare, in particolare, che attraverso l'idea del multiculturalismo è possibile individuare beni giuridici protetti dal sistema in un modo diverso (plurale), accettando con ciò la possibilità che forme alternative di giustizia, dignità, integrità, libertà, ecc., possano essere riconosciute e protette negli Stati contemporanei.

A sostegno di tale proposta, utilizzeremo un metodo fondato sui principi e sulla comparazione, che riconosce l'esistenza di un "diritto complesso", che non si esaurisce nella legge, ma trova in essa l'ultimo momento di espressione. Una concezione “principialista” riconosce che, oltre all'esistenza di regole giuridiche, vi sono principi che con la loro forza si irradiano in tutto il sistema giuridico[3].

Nel corso della ricerca, daremo conto di come i diritti fondamentali vadano intesi, in termini di struttura, quali principi. Questo, oltre a consentire una maggiore protezione dell'individuo, permette, come si vedrà in seguito, un adattamento alle diverse espressioni culturali di vita, cioè un'interpretazione multiculturale di tali diritti.

Attraverso un’analisi di diritto comparato con la legislazione e la giurisprudenza di alcuni Paesi latinoamericani, in particolare il Messico, dove il multiculturalismo si è riflesso non solo nell’ambito politico, ma anche in quello giuridico, analizzeremo com’è stata recepita la diversità culturale e qual è il trattamento che giuridicamente – e particolarmente nel settore penale - ha ricevuto. All’interno del sistema penale, lo studio comprenderà sia le fattispecie tipiche, sia i piani della antigiuridicità e della colpevolezza e, inoltre, la funzione della pena in

[3] Sull'effetto irradiante dei principi, si veda ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* Bogotá 2003, p. 43 ss.; ID., *El concepto y la validez del derecho,* trad. J.M. Seña. 2ª ed., Barcelona 2004, p. 69.

entrambi gli ordinamenti giuridici, con l'avvertenza che tali categorie penalistiche non presentano una precisa equivalenza in entrambi i sistemi giuridici, ma esistono categorie che possono essere assimilate[4].

Lo scopo del confronto tra ordinamenti sarà quello di riflettere sulle particolarità di ciascun sistema normativo e di proporre delle linee-guida generali che possano essere prese in considerazione per realizzare una interpretazione dei diritti fondamentali in chiave multiculturale.

Un'interpretazione dei diritti fondamentali in termini multiculturali appare necessaria in un momento in cui la società si trova, ancora una volta, di fronte all'odio e all'intolleranza. Ci troviamo in un momento in cui le diverse concezioni/interpretazioni di ciò che è giusto o sbagliato si scontrano[5]. In questo scenario, i diritti umani sono visti come un'imposizione dell'Occidente verso le diverse culture del mondo, come se ci fosse un solo modo in cui i diversi aspetti della vita (libertà, religione, cultura, identità, ecc.,) possano essere visti ed accettati. Mantenere una posizione di chiusura, di intolleranza verso il "diverso" chiaramente non contribuisce a migliorare la situazione[6].

Una concezione multiculturale dei diritti fondamentali presuppone che la legge non venga intesa alla luce di un'unica concezione omogenea, poiché in una tale prospettiva la differenza e la pluralità semplicemente non esistono. Nel presente lavoro cercheremo di dimostrare che non esiste un unico modo in cui il diritto, anche il diritto penale, possa essere concepito.

Nella prima parte del lavoro difenderemo l'dea della mitezza del diritto, cioè di un diritto aperto, che non si riduca alla semplice legge. Sebbene nel settore penale si debbano fare delle precise considerazione in difesa del principio cardine della legalità – e dei suoi fondamentali corollari -, ciò non impedisce di fare in anticipo una

[4] Nello stesso senso, si è affermato che «il problema, in altre parole, sarà quello di considerare se è possibile trovare una soluzione dei conflitti etnico-culturali all'interno delle categorie classiche del diritto penale. L'obiettivo è palese ed ambizioso: quello di un sistema penale che riesca ad aprirsi alle culture altre, reintrpretando ed adattando gli istituti tradizionali a questa peculiare forma di criminalità» così DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa 2010, p. 180.
[5] Sul tema, si veda l'emblematica opera di HUNTINGHTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World* Order, trad. It. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano 1997.
[6] CÁRCOVA, *La opacidad del derecho,* Madrid 1998, p. 90.

riflessione generale sul diritto odierno e sui suoi compiti nell'epoca della diversità. Perciò, ci concentreremo preliminarmente su una corrente giusfilosofica che è condizione necessaria della difesa della multiculturalità: il principialismo.

La concezione che proponiamo di un diritto plurale cerca di restituire e ripensare la validità di un modo in cui il diritto era già visto tempo fa, dagli antichi greci e romani[7], e persino nel periodo medievale, ma eclissatosi solo pochi secoli fa (alla fine del secolo XVIII) quando una concezione giuspositivista/esegetica del diritto lo ridusse unicamente alla legge e alla sua massima espressione, il codice[8].

Noi riprendiamo, dunque, la differenza tra la *lex* e lo *ius*, una differenza già riconosciuta in diversi Stati. La nostra idea di diritto è del resto pienamente compatibile con il costituzionalismo moderno o "neo-costituzionalismo", nel quale è l'essere umano lo scopo di protezione della legge. Attraverso l'idea dei diritti intesi in termini multiculturali si tutela l'individuo e la sua diversità che è condizione elementare per il suo sviluppo personale[9]. Inoltre, oggi più che mai, è necessario trovare rispetto e riconoscimento per la diversità, dato che sono precisamente le affermazioni religiose, nazionaliste, linguistiche e di identità quelle che si collocano nella sfera di discussione globale.

Rispondere a tali richieste, e farlo mediante una prospettiva multiculturale che, allo stesso tempo, rispetti pienamente lo stato di diritto – e le basi essenziali dei diritti fondamentali - è un imperativo che non può essere trascurato. Non intendiamo dare risposte (questa sarebbe arroganza intellettuale), ma almeno generare discussioni, riflessioni e forse proporre possibili modi in cui le affermazioni culturali, in una prospettiva coerente con l'idea dei diritti fondamentali, potrebbero trovare spazi all'interno degli Stati.

---

[7] SCHIAVONE, *Jus. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, p. 90 ss.

[8] «La legge per eccellenza era allora il codice […] nei codici si trovavano riunite ed esaltate tutte le caratteristiche della legge. Riassumiamole: la volontà positiva del legislatore capaci di imporsi indifferenziatamente su tutto il territorio dello Stato e operante per la realizzazione di un progetto giuridico di ragione […]; il carattere deduttivo dello svolgimento delle norme, *ex principiis derivationes*; la generalità e l´astrattezza, la sistematicità e la completezza», ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 37.

[9] RAZ, *Multiculturalismo: una concepción liberal*, in *La ética en el ámbito público*, trad. M. Luz Melon, Barcelona 2001, p. 204 ss.

Profili metodologici

Le teorie non sono vere o false[10] ma più o meno plausibili (probabili) e il loro obiettivo è cercare di spiegare il più chiaramente e il più verosimilmente possibile un aspetto della realtà[11].

La storia ha rivelato in molte occasioni come alcuni paradigmi o concezioni esistenti circa un aspetto potevano cambiare. Con ragione Oscar Wilde diceva che «l'esperienza è il nome che tutti danno ai propri errori»[12], e la scienza giuridica ha imparato molto da questi, lavorando e progredendo attraverso il superamento delle conoscenze precedenti, criticando i propri errori e imparando da essi.

Anche Rudolf von Jhering, circa la legge penale, affermava che «La storia della pena è una continua abolizione»[13]. Nel senso che progressivamente si sono attenuate le sanzioni, passando da pene crudeli e inumane a un sistema che, pur non risultando perfetto, abbandona lo scopo retributivo della vendetta, in favore della rieducazione della persona. Oppure, nell'ambito multiculturale, la scelta che diversi Stati – come Messico, Canada, Colombia, ecc. - hanno fatto di riconoscere il pluralismo giuridico e l'interpretazione multiculturale dei diritti è stata il risultato di un continuo apprendimento da precedenti errori[14].

La conoscenza scientifica funziona in base a congetture, cioè attraverso supposizioni o soluzioni provvisorie che vengono date per spiegare o risolvere un aspetto della realtà. Le congetture sono controllate dal continuo esame critico che

[10] A meno che non sia stata ammessa un'idea di verità come *verità oggettiva* nel senso di corrispondenza con i fatti (Tarski). Ciò presuppone l'idea di un metalinguaggio che leghi gli enunciati con i fatti ai quali si riferisce e nel quale un enunciato *sarà vero* sempre che esista corrispondenza tra quello e i fatti ad esso riferiti (l'affermazione "la neve è bianca" sarà vera purché, nei fatti, la neve *veramente* sia bianca). L'importanza di questo criterio di verità sta nel fornire un tipo di verità oggettiva in contrapposizione con le teorie soggettiviste della verità, che sono incompatibili con la conoscenza scientifica, visto che non possono mai essere valutate secondo criteri razionali di falsificabilità (Un enunciato soggettivo quale "io credo che la neve sia bianca" non può essere sottoposto a confutazione, mentre quello oggettivo di verità come corrispondenza enunciato-fatto si, l'enunciato "la neve è bianca" è vero sempre che il fatto (la neve bianca) corrisponda con l'enunciato. Lo stesso può dirsi con rispetto alle teorie: le teorie possono essere più o meno vere. In questi casi, però, vi sarà sempre una verità maggiore o minore, nella misura in cui la teoria corrisponda più o meno ai fatti che prova a spiegare. POPPER, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, trad. N. Míguez, Barcelona 1991, p. 273 ss.

[11] POPPER, *La lógica de la investigación científica*, trad. V. Sánchez de Zavala, Madrid 1980, p. 29.

[12] POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 12.

[13] Cfr., in proposito MARINUCCI e DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 4ª ed., Milano 2015, p. 3.

[14] Sull'idea del pluralismo giuridico, si veda FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Bari 2001, pp. 37-50.

ne viene fatto, mediante *test* in cui una teoria dimostra o meno la sua falsificabilità. La congettura che supera la confutazione si dimostra più o meno corretta, ma mai definitiva, perché c'è sempre la possibilità che una successiva spieghi o risolva quel problema in modo migliore[15]. Non esiste una singola conoscenza, né un singolo metodo, quindi si deve sempre valutare ogni nuova congettura e sottoporla a un esame critico[16].

Solo attraverso la continua critica delle nostre congetture è possibile rivelare gli errori, riflettere ed imparare da questi al fine di avventurarci a proporre una conoscenza più matura e razionale. La conoscenza non parte dal nulla, è un progresso continuo, una continua modifica della conoscenza precedente, Albert Einstein ha sottolineato che «non può esserci un destino migliore per una teoria che indicare la strada ad un'altra teoria più vasta, all'interno della quale viva la prima come un caso limite»[17].

La scienza giuridica procede secondo una logica deduttiva allorché da una sorta di "universalizzazione" rispetto a ciò che il diritto “dovrebbe essere” si traggono conseguenze applicabili ai casi concreti (*ex principiis derivationes*). Popper critica questo modo di procedere nelle scienze, perché per giustificare una conoscenza scientifica si deve partire da affermazioni induttive che, per essere considerate vere, vanno a loro volta giustificate attraverso altre affermazioni, il che porta al problema della regressione infinita. Ciò solleva seri problemi logici quando si vuole giustificare una qualunque affermazione e, in particolare, quelle che si ritengono essere leggi universali[18]. Usando questo metodo c’è il rischio che un giorno qualche affermazione particolare si dimostri falsa e con essa anche la presunta teoria universale (Popper esemplifica questa situazione con l'esempio dei cigni: indipendentemente dal numero di cigni bianchi che troviamo, non possiamo concludere che tutti i cigni sono bianchi, perché un giorno potremmo trovare un cigno nero che dimostri la fallibilità della nostra teoria)[19].

[15] POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 13.
[16] Ibid, p. 51.
[17] Ibid, p. 56.
[18] POPPER, *La lógica de la investigación científica*, cit., p. 29.
[19] Ibid, p. 27.

Le teorie, afferma Popper, devono essere testabili, ed è consigliabile utilizzare il metodo di falsificazione (confutazione) consistente nel postulare come criterio-guida il dato per cui una teoria sia suscettibile di essere sottoposta alla verifica empirica per confutarla o corroborarla[20].

La falsificabilità significa che una teoria possa essere contraddetta dall'esperienza, o al contrario rimanere valida fino a quando una teoria futura non la confuti o non spieghi in maniera migliore un determinato fenomeno[21].

Il diritto è una scienza – sociale - e, pertanto, le affermazioni della scienza giuridica devono rispondere alle caratteristiche di ciò che è considerato scientifico. Tuttavia, negli ultimi anni sembra che la scienza giuridica abbia perso quelle caratteristiche: la sua conoscenza è postulata in molti casi come una verità assoluta inconfutabile; le conoscenze "alternative" sono sottovalutate; non si predica la falsificabilità della sua conoscenza, piuttosto è imposta la sua "verità" con argomenti vaghi (sicurezza, ordine pubblico, situazioni di emergenza, ecc.); si lavora con fallacie, tra cui quella naturalista (principio di Hume),[22] ritenendo che dall'*essere* possa ricavarsi il *dover essere*, contribuendo, purtroppo, allo sviluppo di tendenze autoritarie verso un diritto intollerante, arbitrario e con meno garanzie (nell'esempio italiano, si veda il caso del reato di immigrazione clandestina).

Nella presente ricerca, intendiamo mostrare come in altre latitudini sia stato possibile interpretare il diritto in modo diverso, in particolare nel settore penale.

[20] Ibid, p. 30.
[21] Ibid, p. 33.
[22] La fallacia naturalista o "problema di Hume" consiste, com'è noto, nel passaggio diretto dall'*essere* al *dover essere*. I giusnaturalisti ritengono che una certa situazione possa essere caratterizzata come naturale e, quindi, buona di per sé, ma il concetto di "naturale" è arbitrario e dipende da visioni del mondo molto diverse. L'errore consiste nel fatto che non è possibile far discendere da proposizioni singolari su come una cosa *è* conclusioni generali su come *dovrebbe essere*. Cfr. DWORKIN, *Justice for hedgehogs,* Cambdridge 2011, p 44; BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1977, pp. 139-140.

Capitolo I

Il diritto complesso

"La volpe sa molte cose, ma il riccio ne sa una importante"

Archiloco[23]

Fino a pochi decenni fa, quando dominava il positivismo giuridico, il diritto veniva inteso quale semplice insieme di norme. Un sistema chiuso, perfetto, separato da ogni considerazione politica, sociale o morale[24].

Questo modo di concepire il diritto si fondava sulle seguenti considerazioni: 1.- Il diritto è un insieme di regole; 2.- Tra diritto e morale o, piuttosto, tra il diritto che è e quello che dovrebbe essere, non esiste una relazione necessaria (tesi della separabilità)[25]; 3.- L'analisi giuridica deve distinguersi dalle considerazioni storiche, sociologiche e dagli apprezzamenti soggettivi; 4.- Un sistema giuridico è un sistema in cui, ricorrendo a procedimenti logico/formali, è possibile dedurre le decisioni corrette da una serie di norme generali e astratte[26]; 5.- I giudizi morali non possono essere definiti o sostenuti, come avviene coi giudizi di fatto, facendo ricorso ad argomenti, dimostrazioni o prove d'ordine razionale (teorie «non conoscitive»

[23] Frase del poeta greco Archiloco resa famosa dall'opera di ISAIAH, *Il riccio e la volpe e altri saggi*, trad., G. Forti, Milano 1998.

[24] Ci riferiamo all'idea classica del positivismo giuridico di cui Hans Kelsen è il referente obbligatorio; la sua scuola giuridica fu ampiamente diffusa fino alla Seconda Guerra Mondiale. Le critiche a tale corrente hanno riguardato sia la teoria, il metodo e il sistema delle fonti, sia le sue conseguenze nella realtà, in particolare la legittimazione in quanto giuridici di sistemi quali quelli nazista e fascista. Un tale discorso può forse valere per il positivismo kelseniano, non per il giuspositivismo odierno. Cfr., in argomento BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 20 ss.; SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano 1965, p. 18 ss.; KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. M.G. Losano, Torino 1966, p. 50 ss.; HART, *Contributi all'analisi del diritto*, Milano 1964, pp. 119-120; ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*. *Tre capitoli di giustizia* costituzionale, Bologna 2017, pp. 17-18.

[25] ALEXY, *El concepto y la validez del* derecho, cit., p. 13. Hart sostiene l'impossibilita di separare quel che il diritto è e quel che dev'essere diritto, ma senza assoggettare il diritto alla morale, bensì a criteri razionali propri dello stesso ordinamento giuridico, ispirato a valori e scopi. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, cit., pp. 107-166.

[26] MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 2006, p. 69.

dell'etica)[27]; 6.- La validità delle norme è una validità formale che si fonda sul sistema delle fonti[28].

In fondo, questi postulati mantengono una visione semplice del diritto, che lo riduce ad un insieme di norme. Nel modello classico positivista, «solo la legge è e deve essere diritto e il diritto è e deve essere solo legge»[29]. La semplicità è certamente utile, perché riduce l'oggetto di studio soltanto a quelle norme che soddisfano le caratteristiche sopra menzionate. Allo stesso tempo, l'interpretazione e l'applicazione della legge sono notevolmente semplificate, poiché nel campo fattuale si deve lavorare solo sulla sussunzione, verificando che, nel caso specifico, la norma ideata dal legislatore sia applicabile alla fattispecie concreta e deducendone le conseguenze giuridiche corrispondenti. Non esiste margine per l'interpretazione, perché si tratta di un modello a-critico e a-morale, al cui interno il contenuto normativo è irrilevante, il *fondamento mistico* della norma è se stessa (il procedimento formale di produzione normativa)[30].

Questo modo di intendere ed applicare la legge, proprio del positivismo giuridico, certamente è molto utile, ma si tratta di una procedura meccanica, aliena rispetto alla realtà sociale. Il lavoro degli operatori giuridici diviene una mera procedura acritica, quasi meccanica, e il compito dell'interprete consiste solo in una concretizzazione del contenuto già definito dal legislatore (si diceva che il giudice era semplicemente la voce che pronunciava le parole del legislatore). In questo

[27] HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., pp. 119-120.
[28] VÁZQUEZ, *Teoría del derecho,* México 2008, p. 15. Con riguardo alla validità della norma, il positivismo classico considera che è importante solo il procedimento formale di produzione (sistema delle fonti) senza che sia importante il contenuto giuridico. Kelsen afferma: «Secondo il diritto degli stati totalitari, il governo è autorizzato a rinchiudere in campo di concentramento persone di opinione, religione o razza indesiderabili ed a costringerle a qualsiasi lavoro, anzi, persino ad ucciderle. Dal punto di vista morale si possono condannare nel modo più assoluto tali misure, ma non si può considerarle estranee al diritto di questi stati» KELSEN, cit., p. 53. E, più avanti aggiunge: «Il diritto può quindi avere qualsiasi contenuto. Non esiste alcun comportamento umano che, come tale, a causa del suo contenuto, non potrebbe formare il contenuto di una norma giuridica. La validità di quest'ultima non può essere negata argomentando che il suo contenuto contraddice ad un'altra norma non appartenente a quell'ordinamento giuridico […]». Ibid, p. 222. Dworkin si riferisce a questo criterio di validità come il *test di pedigree,* in quanto la norma ha validità solo per il suo origine o forma di creazione anziché per il suo contenuto. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge 1978, pp. 17, 53 ss.
[29] ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 34.
[30] Queste famosa espressione è dovuta a Montaigne: «Le leggi mantengono la loro considerazione non perché sono giuste, ma perché sono leggi. È il fondamento mistico della loro autorità; non ne hanno altro […] Chiunque obbedisca loro perché sono giuste, non obbedisce loro giustamente, come dovrebbe», DE MONTAIGNE, *Saggi*, vol. II, Milano 1992, p. 1433. Si veda anche DERRIDA, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*, Torino 2003, p. 60 ss.

modello c'è sempre una norma applicabile a tutti i casi della realtà. Si parla di una "clausola di chiusura" e di una "onnipresenza del legislatore", in virtù della quale il diritto assume (erroneamente) un carattere di pienezza e perfezione[31].

I diritti fondamentali non sono sfuggiti all'applicazione di questo modello. Attraverso diverse denominazioni (diritti soggettivi, aree di autolimitazione dell'individuo di fronte allo stato, ecc.) essi sono stati considerati come una concessione politica dallo Stato e, quindi, suscettibili di qualunque tipo di limitazione o, addirittura, di revoca[32].

Tuttavia, dalla seconda metà del secolo scorso e in particolare dopo gli eventi verificatisi durante la Seconda Guerra Mondiale, ci sono stati diverse modifiche nel modo di pensare ed interpretare il diritto. Tra esse risaltano le riforme costituzionali di ampio spettro umanistico, gli strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali e la creazione di organi sovranazionali a cui si conferisce il ruolo di proteggere questi diritti. In fondo, tutte questi cambiamenti riportano a un tema che da molti secoli sembrava essere stato dimenticato[33]. Ci riferiamo alla visione del diritto come qualcosa di più di un semplice insieme di regole create dallo Stato (positivismo), ossia come un insieme armonioso in cui oltre alle regole ci sono i principi fondamentali, che danno armonia e unità al diritto stesso[34].

Le origini di questo modo di intendere il diritto risalgono agli inizi della stessa scienza giuridica. Per fare un esempio possiamo citare Antigone, la famosa opera di Sofocle, in cui si rivela la tensione tra un diritto creato dal Re, Creonte, e un diritto immanente, principio guida di tutte le cose, a cui la legge positiva non può sfuggire.

Com'è noto, Antigone cerca di seppellire suo fratello, Polinice, che è morto in guerra, per adempiere così alla Legge degli Dei che prevede chiaramente la degna sepoltura come un comportamento obbligatorio. Creonte, Re di Tebe, ha deciso di

---

[31] HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., pp 107-166.
[32] Sulla distinzione tra diritti naturali, diritti umani, diritti fondamentali e altre categorie, si veda VIOLA, *¿Los derecho humanos, son derechos naturales?* in *Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, pp. 162-184.
[33] ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 124-127.
[34] Sui principi costituzionali europei e la loro influenza sulle politiche pubbliche, sulla tutela dei diritti e sul rapporto istituzioni-società, si rinvia a LUCARELLI, *Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensione dell'effettività. Per un diritto pubblico dell'economia*, in *Scritti di diritto pubblico europeo dell'ecoonomia*, Napoli 2016, p. 109 ss.

negare la sepoltura a Polinice per aver tradito il suo paese e, di conseguenza, prevede che i suoi resti siano lasciati all'aperto, a disposizione di cani e corvi. Antigone decide di ignorare la legge umana e obbedire a quella divina, da lei ritenuta superiore, dando una dignitosa sepoltura a suo fratello: «[…] non è Zeus che ha promulgato questo divieto per me, neanche la giustizia (diké), compagna degli dei sotterranei, che ha promulgato tali leggi agli uomini; e non ho creduto che i tuoi decreti, in quanto mortale che sei [si riferisce a Creonte], possano avere il primato sulle leggi non scritte e immutabili degli Dei. Queste leggi non sono di oggi o di ieri; sono sempre esistite e nessuno sa a che tempi risalgono»[35].

Questo passaggio espone chiaramente il conflitto tra due visioni del diritto che hanno origini diverse. Da una parte, una visione che considera le norme emesse dal sovrano come l'unica fonte di diritto legittima (*lex*) e, dall'altra, una visione che, pur riconoscendo l'autorità dei decreti del sovrano, la condiziona alla corrispondenza con determinati principi superiori a cui tutte le leggi devono essere orientate (*ius*)[36].

Questa classica distinzione tra *ius* e *lex* fu fondamentale per centinaia di anni; tuttavia, con l'inizio della codificazione nel diciannovesimo secolo e l'egemonia del pensiero positivista (in cui il legislatore crea tutto il diritto)[37], la distinzione *ius*/*lex* fu dimenticata.

Come abbiamo già sottolineato, è dalla Seconda Guerra Mondiale che il costituzionalismo riprende il modo di intendere il diritto attraverso l'utilizzo dei principi. Si recupera l'idea secondo cui lo Stato serve innanzitutto a proteggere l'individuo e a garantire la sua libertà; data questa premessa, l'obbedienza cieca e

[35] SÓFOCLES, *Antígona*, Santiago de Chile 2001, p. 12.
[36] Anche in Platone possiamo trovare la distinzione tra le leggi scritte e quelle non scritte, antiche, in cui le prime trovano sostegno. Nel libro VII delle Leggi si dice: «Le leggi non scritte[…] che vengono denominate leggi degli antenati, in generale non sono altro che pratiche di questo genere; e ancora: che […] queste pratiche non bisogna chiamarle col nome di leggi, né lasciarle sotto silenzio; esse infatti sono i legami di tutto l'ordinamento dello stato, che stanno in mezzo fra tutte le leggi, così fra quelle già poste in iscritto e stabilite, come fra quelle che saranno poste in seguito; e sono precisamente come gli usi ereditari, trasmessi dalla remota antichità, i quali, se sono saviamente stabiliti e resi abituali, tengono al coperto, circondate da ogni salvaguarda, le leggi scritte», PLATONE, *Leggi*, in *Tutte le opere,* Firenze 1974, p. 1284.
[37] Ferrajoli chiama questo modello di diritto "paleo-giuspositivista", nel quale si affermano, come abbiamo già visto, il monopolio statale nella produzione normativa; la concezione secondo cui tra diritto e morale non esiste nessun rapporto; l'idea che l'esistenza e la validità delle norme dipendano soltanto dalla forma (processo legislativo) e non dai contenuti; il postulato della completezza e coerenza del sistema normativo; cfr. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Lecce 2013, p. 7.

assoluta alla legge scritta non è sempre la migliore garanzia[38]. Inoltre, il costituzionalismo viene rafforzato attraverso un'interpretazione normativa della Costituzione, e l'imperativo della massima tutela dei diritti fondamentali dell'individuo (neo-costituzionalismo)[39]. È in questo modello ed in questo contesto che i principi vengono ripresi, giocando un ruolo fondamentale.

Una Costituzione e un diritto principialista non sono, come comunemente si pensa, una sorta di "ritorno" a una concezione giusnaturalistica del diritto. I principi, oltre a mettere in discussione lo Stato di diritto, lo rafforzano, permettendo un costituzionalismo plurale e più ricettivo. Ferrajoli sottolinea come la concezione principialista «[…] non solo non contraddice, ma è addirittura uno sviluppo e un rafforzamento sia del positivismo che dello stato di diritto. Esso consiste infatti in un positivismo giuridico rafforzato dalla positivizzazione, in norme sovraordinate a qualunque altre, degli stessi principi di giustizia – come l'uguaglianza, la dignità e i diritti delle persone - ai quali il diritto positivo prodotto dal legislatore deve conformarsi e come suo "dover essere giuridico", ossia costituzionalmente, pena l'invalidità del diritto prodotto»[40].

Un'interpretazione aperta del diritto e della Costituzione non equivale in alcun modo a una difesa del giusnaturalismo. Piuttosto, un diritto aperto, principialista e multiculturale è contrario all'idea di un diritto fondato sulla legge naturale perché, come è noto, il giusnaturalismo postula l'esistenza di una legge universale, omogenea e uguale per tutti i popoli. L'idea di una legge naturale cancella l'idea di differenza e assume, al contrario, una concezione in chiave di omogeneità/assimilazione[41].

---

[38] Nel settore penale, Moccia illustra il contributo della dottrina finalistica, la quale permise, «in epoca di terrificante giuspositivismo, espressivo dell'onnipotenza dello stato nazista, la ricerca di principi e, quindi, anche di valori, che non dipendessero dalla volontà dello Stato, ma a questo potessero in qualche modo contrapporsi, almeno come limiti logici alla sua azione», MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 31.

[39] In questo modello è la legge quella che si subordina al diritto (lex-ius); la validità della legge dipende dalla sua forma di produzione, ma anche dal suo contenuto (compatibile con i principi costituzionali); esistono barriere formali e materiali rispetto a ciò che una maggioranza può fare (come ridurre o cancellare certi diritti) o non fare (come non tutelare i diritti sociali); si riconosce l'incompletezza del diritto e, dunque, i problemi delle lacune e delle antinomie. In tema FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 8.

[40] FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena 2018, p. 27.

[41] NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires 2003, pp. 27-29.

Come successe in alcuni Paesi, l'idea di un diritto naturale fu oggetto delle più svariate manipolazioni, perché il contenuto di quel "diritto naturale" si tradusse in ciò che ciascun governante a sua volta intese come "legge naturale."[42] Le guerre religiose, politiche, o anche 'culturali' lo testimoniano[43].

Un diritto principialista interpretato in modo multiculturale mira a sfuggire a un modo unico di comprendere il diritto e anche alle eventuali stravaganze e capricci dei governanti. Il diritto aperto nega l'omogeneità, ma non la esistenza di regole in base alle quali possa essere interpretato e applicato il diritto, perché, come è accaduto in diverse occasioni, anche la difesa di una particolare concezione della vita è stata la scusa per commettere crimini aberranti contro l'umanità.

Non si tratta di difendere ciecamente ognuna delle concezioni culturali della vita nascondendosi dietro l'argomento della difesa dello Stato multiculturale, perché la diversità culturale non può mai costituire il pretesto per accettare violazioni dei diritti fondamentali[44]. La costruzione di uno Stato pluralista, fattibile e stabile, richiede basi o punti minimi, dei quali possa essere garantito il rispetto reciproco. Una concezione del diritto fondata sulla distinzione lex/ius può servire a questo scopo.

Tale distinzione viene riconosciuta in diversi Stati. Nel 1973 la Corte costituzionale tedesca in un caso relativo alla intimità e al diritto al risarcimento per danni immateriali (caso Soraya) affermò: «La tradizionale subordinazione del giudice alla legge, elemento fondamentale del principio della divisione dei poteri e,

---

[42] VAZQUEZ, cit., p. 12.

[43] L'argomento giusnaturalista è stato utilizzato in passato per giustificare idee assurde come la schiavitù, la negazione della condizione umana a chi non condivide una determinata religione oppure caratteristiche fisico-identitarie. In argomento cfr. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., p. 111; RORTY, *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad*, in SHUTE e HURLEY, *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de* 1993, Madrid 1998, p. 117; BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 139-140 e 168-169; ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 28-29; PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, IV, p. 1616 ss.; IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano 2003, p. 76 ss.

[44] La Dichiarazione universale sulla diversità culturale dell'UNESCO afferma, nel suo articolo 4, che «nessuno può invocare la diversità culturale per limitare i diritti umani garantiti dal diritto internazionale, né limitare la sua applicazione». Limitazioni analoghe si trovano in molteplici strumenti giuridici internazionali: ad esempio, la Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche (articolo 8.2); la Convenzione OIL 169 (articolo 8, paragrafo 2); la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sui diritti delle minoranze nazionali (articolo 23); la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene (articolo 46).

quindi, dello Stato di diritto, non è stata modificata nella Legge fondamentale, se non nella sua formulazione, nel senso che l'attività giudiziaria è soggetta alla "legge e al diritto " (articolo 20, comma 3). Con ciò, secondo l'opinione generale, viene rifiutato un positivismo legale estremo. La formula mantiene la consapevolezza che la legge e il diritto normalmente coincidono, ma non sempre e necessariamente. Il diritto non è identico alla totalità delle leggi scritte. Di fronte alle leggi positive del potere statale può, secondo le circostanze, esistere un *quid pluris* nel diritto, che ha la sua origine nell'ordinamento giuridico costituzionale nel suo complesso e che può agire come correttivo della legge scritta; trovarlo ed eseguirlo nelle disposizioni è il compito dell'attività giudiziaria»[45].

Nel nostro lavoro, dunque, affronteremo il fenomeno multiculturale e il suo rapporto con i diritti fondamentali da una prospettiva principialista, che tende a vede il diritto come un sistema armonico collegato a principi costituzionali. Isaiah Berlin, nel celeberrimo saggio *Il riccio e la volpe*, distingue due modi di vedere la società che possono essere applicati anche al diritto: le volpi, sono coloro «[…] che perseguono molti fini, spesso disgiunti e contraddittori, magari collegati soltanto genericamente, *de facto*, per qualche ragione psicologica o fisiologica, non unificati da un principio morale o estetico», invece i ricci sono, coloro «che riferiscono tutto a una visione centrale, a… un principio ispiratore, unico e universale, il solo che può dare un significato a tutto ciò che essi sono e dicono». Per questo motivo, anche se la volpe sa molte cose, il riccio ne sa una, ma molto importante.[46]

1.1 **Una concezione dei diritti umani**

Nella loro espressione più elementare, i diritti umani sono qualificabili come quei diritti soggettivi che spettano ad ogni essere umano in quanto tale e che riguardano i diversi aspetti della dignità umana.

[45] BVerfGE 34, 269 (286s); in proposito, v. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 17 ss.
[46] ISAIAH, cit., p. 15.

Si tratta di una concezione dei diritti umani, ossia soltanto di una delle varie interpretazioni che sono state date di tali diritti[47]. Attualmente possiamo trovare una pluralità di definizioni e concezioni di cosa siano i diritti umani. In generale, le varie definizioni condividono gli elementi indicati sopra nella misura in cui riconoscono che il loro titolare è ogni essere umano e che essi concernono la dignità nelle sue molteplici sfaccettature.

Luigi Ferrajoli spiega che «i diritti fondamentali sono tutti quei diritti soggettivi che universalmente corrispondono a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone; si intende per "diritto soggettivo" qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica; e per "status" la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva come presupposto di idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche»[48].

La definizione di cui sopra è utile pure per far notare la distinzione concettuale tra diritti umani, diritti fondamentali e garanzie. Abbiamo chiarito che i diritti umani spettano a tutti gli individui in quanto tali e che appartengono all'individuo a prescindere dal suo status di "cittadino" di uno o altro Stato[49].

Quando uno Stato riconosce nella propria legislazione nazionale tali diritti (quando li positivizza), essi acquisiscono il carattere di fondamentali. In altre parole, parliamo di diritti fondamentali quando ci riferiamo ai diritti umani positivizzati in un determinato ordinamento. I diritti fondamentali sono in questo senso diritti umani diventati istituzioni giuridiche (istituzioni di diritto positivo)[50].

---

[47] In argomento DWORKIN, *Cosa sono i diritti umani*, in *Ragion pratica*, 2007, II, pp. 469-480.
[48] FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad., P.A. Ibáñez, 7ª ed., Madrid 2010, p. 37.
[49] Si tratta di diritti soggettivi pubblici di cui gode ogni essere umano per il semplice fatto di esserlo e sui quali lo Stato non può intervenire arbitrariamente, perché così facendo violerebbe il principio fondamentale della dignità umana. Nelle parole di Pedro Nikken: «La nozione di diritti umani corrisponde all'affermazione della dignità della persona di fronte allo Stato. Il potere pubblico deve essere esercitato al servizio dell'essere umano: non può essere utilizzato illegalmente per offendere gli attributi intrinseci della persona, piuttosto deve essere il mezzo attraverso il quale l'individuo possa vivere nella società in condizioni conformi alla stessa dignità che è inerente. La società contemporanea riconosce che ogni essere umano, in virtù di essere tale, ha diritti nel confronto con lo Stato, il quale ha il dovere di rispettare e garantire oppure, è chiamato ad organizzare la sua azione al fine di soddisfare la piena realizzazione di tali diritti. Questi diritti, inerenti alla dignità di ogni essere umano e che lo Stato ha il dovere di rispettare, proteggere o soddisfare sono quelli che oggi conosciamo come diritti umani», NIKKEN, *El concepto de derechos humanos*, in *Estudios de derechos humanos*, T. I, San José 1994, p. 15.
[50] LA TORRE, *Universalità e relatività dei diritti fondamentali*, in *Ragione Pratica*, n. 23, 2004, pp. 411-412.

D'altra parte, le garanzie corrispondono a quegli strumenti giuridici che consentono di garantire il godimento dei diritti fondamentali (o umani) e di richiedere la loro osservanza quando sono stati lesi. Le garanzie permettono di rendere effettive tali posizioni giuridiche soggettive e rettificano le azioni pubbliche e private che le ostacolano (o le ledono direttamente): «La garanzia è un'espressione del lessico giuridico con cui viene designata qualsiasi tecnica normativa di tutela di un diritto soggettivo»[51]. La garanzia è il mezzo, lo strumento, il meccanismo che serve a garantire l'effettività di un diritto. In senso moderno, la garanzia costituzionale permette di sanzionare le violazioni di principi, valori o disposizioni fondamentali.

La distinzione appena fatta ha, soprattutto, una ragione di ordine concettuale che, tuttavia, nella pratica e nel linguaggio quotidiano tende ad essere trascurata. Soltanto agli scopi della presente ricerca e per adottare un linguaggio coerente con il lessico comune, verrà qui utilizzata indistintamente la denominazione di diritti fondamentali e diritti umani, specificando la differenza tra loro solo quando è estremamente necessario.

I diritti fondamentali sono diritti riconosciuti a tutti gli esseri umani, l'appartenere alla specie umana è quindi, una condizione necessaria e sufficiente per il loro godimento. Da ciò si può inferire che tutti gli esseri umani hanno lo stesso valore nella misura in cui tutti condividono la caratteristica di "umani" nel medesimo grado, senza che rivesta alcuna importanza il luogo di nascita, il colore della pelle, la capacità economica, l'età, l'orientamento sessuale o il credo religioso[52]. Questo uguale valore di tutti trova concretizzazione nel diritto umano alla dignità, che, appunto spetta a tutti nel medesimo grado. HÖFFE segnala che la pretesa di validità descrittiva e normativa dei diritti fondamentali si può fondare soltanto su fattori universalmente umani, come lo è la dignità[53].

I diritti umani presuppongono l'"umanità" di ogni persona e, quindi, il diritto di ogni essere umano ad essere trattato con uguale dignità.[54] Nonostante ciò, il

[51] FERRAJOLI, *Garantías*, in *Jueces para la democracia*, n. 38, 2002, p. 39.
[52] NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona 1989, p. 43.
[53] HÖFFE, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, trad. S. Dellavalle, Torino 2001, p. 124.
[54] DWORKIN, *Cosa sono i diritti umani*, cit., p. 471.

problema diventa complesso nel momento in cui riflettiamo su questa “umanità” e “dignità” e sulla necessità di rispettarla in base al presupposto dell’uguale importanza degli esseri umani. Autorevole dottrina penalistica afferma, ad esempio, che questa ùltima è un costrutto storico, aperto a plurime ricostruzioni alla luce di diverse visioni dell’uomo e del mondo[55].

Si può vedere come i diritti fondamentali hanno una speciale struttura interna che li rende diversi da altri tipi di diritti. Quando parliamo di diritti fondamentali parliamo di quelli che nella teoria del diritto vengono definiti "principi".

1.2. Regole e principi

Il diritto è solo un sistema di regole o è qualcosa di più? Dalle riflessioni che abbiamo esposto si può dedurre che la nostra idea di un diritto aperto presuppone l'idea di un diritto non composto soltanto di regole o, almeno, non ridotto ad esse.

Uno dei principali postulati della corrente giuridica positivista era quello della completezza del sistema giuridico. Si pensava che di fronte a qualsiasi problema della vita umana con implicazioni giuridiche, esistesse una norma specifica nella quale si poteva sussumere il fatto e ricavare da essa una conseguenza giuridica. Inoltre, si sosteneva che in caso di assenza di tale norma (cioè in caso di lacuna) il sistema giuridico prevedesse una clausola di chiusura, secondo cui tutto ciò che non era vietato doveva essere inteso come consentito.

Tuttavia, nella realtà c'erano casi in cui al realizzarsi di un evento specifico l'ordinamento non prevedeva nessuna norma da applicare e, dunque, nessuna conseguenza giuridica. La clausola di chiusura non poteva essere applicata e, di conseguenza, i giudici risolvevano i casi applicando elementi extralegali[56].

---

[55] FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e postsecolarismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, p. 557.

[56] Nel diritto italiano si trovano anche clausole che rimandano a elementi extralegali nei casi in qui non sia possibile trovare una risposta da parte della stessa legge. L’articolo 12, co. 2, delle disposizioni sulla legge in generale dispone: «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi dell’ordinamento giuridico dello Stato».

In un articolo intitolato *"Il diritto è un sistema di regole?*" Ronald Dwokin ha chiarito che, in particolare in quei casi considerati "difficili", i giudici utilizzano qualcosa che va oltre la legge scritta. Così, per risolvere quei casi "difficili" i giudici realizzano un'analisi dei principi. Per arrivare a tale conclusione, Dworkin presenta diversi precedenti giudiziari nella storia degli Stati Uniti d'America, proprio al fine di dimostrare come il giudice, il quale è costretto a risolvere tutti i casi sottoposti al suo esame, quando non trova risposta nell'ordinamento giuridico, utilizza i principi.

Uno dei casi presentati è "Riggs vs. Palmer", deciso nel 1889 dalla Corte d'Appello di New York[57]. Il caso è il seguente: il 13 agosto 1880, Francis B. Palmer dettò le sue ultima volontà per testamento, assegnando diversi beni patrimoniali alle sue figlie e alla signora Preston, così come a suo nipote Elmer Palmer. Nel 1882 Francis Palmer si risposò di nuovo (era vedovo) con la signora Bresse. Elmer Palmer sapeva dell'esistenza del testamento e delle disposizioni fatte in suo favore, così come dell'intenzione del nonno di revocare tali disposizioni. Per godere rapidamente della proprietà e impedirne la revoca, Elmer uccise il nonno e rivendicò la proprietà dinanzi ai tribunali.

I giudici affermarono: «È assolutamente vero che le leggi che regolano le prove, gli effetti delle volontà e la trasmissione della proprietà, se sono interpretati letteralmente, concedono tale proprietà all'assassino». Ma, essi optarono per un'interpretazione basata sui principi: «Tutte le leggi, come tutti i contratti, devono rispettare, nella loro applicazione pratica, le massime generali e fondamentali del *common law*. Nessuno dovrebbe essere autorizzato a trarre profitto dalla propria frode o trarre vantaggio dal proprio errore, basare qualsiasi pretesa sulla propria iniquità o acquisire proprietà in base al proprio crimine. Queste massime sono dettate dall'ordine pubblico, sono basate sul diritto universale… e in nessun luogo possono essere sostituite da leggi […] Queste massime, senza alcuna legge che dia loro effetto o efficacia, spesso controllano l'effetto e annullano le parole dei testamenti».

[57] DWORKIN, *Taking rights seriously*, cit., p. 23.

Come risultato dell'analisi, i giudici nuovamente si interrogarono e risolsero il caso nel modo seguente: «Può Elmer Palmer dare effetto a un testamento attraverso un omicidio e ottenere la proprietà? Rispondere affermativamente a questa domanda sarebbe una vergogna per la scienza giuridica del nostro Stato e un'offesa contro l'ordine pubblico ... [Pertanto] il demandante Palmer non può assumere nessuna delle proprietà come erede».

Il caso rivela una situazione preoccupante dal punto di vista giuspositivista, dal momento che il giudice riconosce la mancanza di una regola specifica nel sistema legale, la quale gli consenta di risolvere il caso in modo coerente. Le norme esistenti nell'ordinamento statunitense costringerebbero a trarre una conseguenza giuridica che non potrebbe, in alcun modo, essere tollerata perché, nelle parole del giudice, ciò costituirebbe "una vergogna" per la scienza giuridica e una "offesa" all'ordine pubblico. Il caso costringe, dunque, l'operatore giuridico a ricorrere a un'analisi dei principi esistenti nel sistema (come il principio che vieta di trarre profittoda una frode) e, in base a ciò, il caso viene risolto in modo coerente con i principi del diritto, piuttosto che con la *littera legis*.

Un altro caso interessante in cui possiamo notare l'esistenza di principi superiori che determinano e condizionano il sistema giuridico oltre la lettera delle legge, è quello Saguir e Dib, risolto dalla Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina il 6 novembre 1980. Il caso riguarda la necessità immediata per Juan Saguir di ricevere una donazione di reni da sua sorella Claudia Saguir, in quel momento minorenne.

Juan soffriva di insufficienza renale cronica; in precedenza sua madre aveva donato un rene sano, ma che successivamente aveva dato luogo ad una grave insufficienza renale. Dopo diversi analisi, fu stabilito che l'unico donatore compatibile era la sorella Claudia, ma data la minore età della donatrice, la legge prevedeva l'autorizzazione giudiziaria. La sorella avrebbe raggiunto la maggiore età il 30 dicembre (2 mesi dopo) e quindi solo allora avrebbe potuto dare il suo consenso senza il corrispondente intervento giudiziario; tuttavia, lo stato di salute di suo fratello si deteriorava velocemente, rendendo urgente la donazione.

I genitori richiesero l'autorizzazione giudiziaria, ma essa fu negata. Impugnarono la decisione e arrivarono alla Corte suprema di giustizia. L'ufficio del Procuratore Generale della Nazione sottolineò che la minorenne avrebbe raggiunto certamente la maggiore età tra 2 mesi e 10 giorni, essendo solo in quel momento in grado di decidere autonomamente sulla donazione del suo rene, ed aggiunse che non spettava ai giudici giudicare la bontà delle leggi né attribuirsi il ruolo del legislatore, creando eccezioni non ammesse dalla legge. La Procura affermò: «Oggi sono 17 anni e 8 mesi, quale sarà l'età che costituisce eccezione alla regola domani? Che il diritto sia sicuro, che non sia interpretato e applicato oggi in un modo e domani in un altro è, allo stesso tempo, un'esigenza della giustizia». Coerentemente a quanto sostenuto, l'ufficio del Procuratore chiese alla Corte di dichiarare inammissibile l'appello delle parti.

La Corte Suprema stabilì che la legge prevedeva certamente una tale fattispecie, ma nel caso specifico, si doveva ricorrere a qualcosa che andasse oltre la legge, cioè ai suoi principi e valori, i quali, in effetti, determinano, danno senso e persino condizionano la legge stessa. Mostrandosi sensibili ad un "diritto complesso" composto di regole e principi, i giudici stabilirono: «La missione giudiziaria non si esaurisce con il riferimento alla lettera della legge, dal momento che i giudici, in qualità di difensori del diritto e per la realizzazione della giustizia, non possono fare a meno della *ratio legis* e dello spirito della norma. Quando si autorizza un minorenne a disporre l'espianto di uno dei suoi reni da impiantare al fratello, non si tratta di ignorare le parole della legge, ma di dare preminenza al suo spirito, ai suoi scopi, al tutto armonioso dell'ordinamento giuridico e ai principi fondamentali del diritto nel grado e nella gerarchia in cui sono valutati da tutto il sistema […] ciò deve valere quando l'intelligenza di un precetto, basata esclusivamente sulla lettera di uno dei suoi testi, porterebbe a risultati concreti che non si armonizzano con i principi assiologici enunciati, oppure si arriva a conclusioni che sono in contrasto con le singolari circostanze del caso o chiaramente inammissibili. Altrimenti, l'applicazione della legge diverrebbe un lavoro inorganico incompatibile con la natura del diritto e con la funzione specifica dei giudici, la quale richiede sempre di armonizzare i principi contenuti nella legge con gli elementi fattuali del caso concreto, poiché la

consapevole ignoranza dell'uno o dell'altro è incompatibile con la missione di amministrare la giustizia»[58].

1.3. Caratteristiche delle regole e dei principi

Innanzitutto, deve chiarirsi che sia le regole che i principi appartengono alla sfera giuridica, poiché entrambi sono norme che orientano il comportamento umano stabilendo ciò che è dovuto[59].

I principi sono norme che «dispongono che qualcosa sia realizzata nella maggiore misura possibile sulla base delle circostanze di fatto e di diritto»[60]. I principi sono, conseguentemente, precetti di ottimizzazione, visto che possono essere realizzati in gradi diversi[61] configurandosi "apertamente" in ogni caso concreto di applicazione.[62] Essi sono il nucleo basilare che orienta e legittima tutto l'ordinamento giuridico, cioè, hanno una funzione direttiva/teleologica[63] a cui ci si appella nel momento della creazione, interpretazione e applicazione del diritto e che si riflette in tutto il sistema giuridico (effetto di irradiazione)[64]. In astratto, tra principi non esiste un criterio di gerarchia, tutti quanti hanno la stessa valenza[65] la cui può essere

[58] Caso Saguir y Dib, Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina, 6/11/1980.
[59] «Sia le regole che i principi sono norme perché entrambi stabiliscono ciò che è dovuto. Entrambi possono essere formulati, con l'aiuto delle espressioni deontiche di comando, permesso e divieto. I principi, come le regole sono ragioni per realizzare giudizi concreti su ciò che dovrebbe essere, anche se sono ragioni di un tipo molto diverso. La distinzione tra regole e principi è quindi una distinzione tra due tipi di norme», ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal, 2ª ed., Madrid 2012, p. 526; VIOLA e ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari 1999, p. 367.
[60] ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 67; ID., *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, in CARBONELL e GARCÍA (a cura di), *El canon neoconstitucional*, Bogotá 2010, p. 111.
[61] ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 68.
[62] «I principi configurano il caso in forma aperta, mentre le regole lo fanno in forma chiusa … mentre nelle regole gli elementi rilevanti del caso costituiscono un insieme finito e chiuso, nei principi non può essere formulato un elenco chiuso», ATIENZA e RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4° ed., Barcelona 2007, pp. 30-31.
[63] Robert Alexy, ispirato da Joseph Raz, segnala che mentre le regole sono ragione per l'azione (attraverso gli operatori deontici indicano che qualcosa sia dovuto, permesso o vietato), i principi sono invece ragione per le regole, in quanto ne forniscono e legittimano il contenuto. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 82-85.
[64] «I principi sono norme che orientano il comportamento umano», VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino 1987, p. 202; «Essi forniscono la *ratio* teleologica per la costruzione e/o l'interpretazione di altre norme», MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018, p. 1720; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* cit., pp. 79-80; VIGO, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires 1993, p. 75.
[65] «Principles have a dimension that rules do not, the dimension of weight or importance. When principles intersect […] one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each», DWORKIN, *Taking rights seriously,* cit., p. 26.

determinata solo in concreto in casi di "collisione" tra di loro[66] (oppure, mediante la determinazione del loro contenuto essenziale)[67]. In questa situazione – la collisione - essi si bilanciano (ponderazione) in modo che prevalga quello a cui si dà, nel singolo caso concreto, più valore o importanza[68].

Sono principi, per esempio: l'uguaglianza (art. 3, co. 1, Cost.); l'irretroattività della legge penale (art. 25, co. 2, Cost.); il *neminem laedere* (art. 2043, c. c.); il principio di legalità (artt. 25 Cost. e, 1 c.p.); il principi della personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 1 Cost.), il principio di proporzione (artt. 2 e 3 Cost.); la tutela della libertà personale (artt. 13 e 25, co. 2 e 3 Cost.).

Le regole, d'altra parte, sono norme che esigono la piena conformità, non graduabile, e, quindi, possono essere soltanto osservate o meno. Sono, dunque, comandi definitivi[69]. Le regole hanno una struttura chiusa[70], sottostanno all'imperativo del "tutto o niente"[71] e nel caso in cui si verifichi una determinata ipotesi normativa (fattispecie astratta), si applica la conseguenza da loro prevista, secondo il metodo della sussunzione (fattispecie astratta – fatto concreto – conseguenza giuridica)[72]. Nelle regole manca quella forza espansiva o d'irradiazione che, invece, caratterizza i principi[73]; le regole non hanno una funzione direzionale (anche se ogni

---

[66] GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional,* México 2001, p. 142.

[67] «La dottrina del contenuto essenziale permette definire l'identità e i limiti immanenti dei principi, permette di determinare il senso ultimo per il quale un principio è entrato a far parte dell'universo dei principi costituzionali», VIOLA e ZACCARIA, cit., p. 389, nello stesso senso: MARTINEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid 1997, p. 53 ss.; HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, trad. P. Ridola, Roma 1996, pp. 79-92.

[68] In ogni caso particolare esiste un rapporto di precedenza condizionata, cioè, a seconda delle circostanze, tra i principi in conflitto, si troveranno le condizioni per cui un principio avrà precedenza rispetto l'altro. Il metodo della ponderazione (che si serve del concetto di proporzionalità, con i sottoprincipi di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto) è uno strumento metodologico che può essere utilizzato in questi casi. Si veda ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 135-138; Nel caso dei principi si parla di una "collisione" quando, in un caso specifico, uno di loro entra in conflitto con un altro. In questi casi un principio deve cedere, ma il principio posto in secondo piano non è dichiarato inesistente, né la sua validità è ridotta. Si parla di *relazione di precedenza condizionata* perché per la soluzione della collisione, nel caso concreto, si stabiliscono le condizioni in cui un principio prevale sull'altro, sull'argomento ALEXY, *Los derechos fundamentales*, in *Tres escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 73.

[69] VIGO, cit., p. 69; ALEXY, *El concepto y la validez del derecho,* cit., p. 75.

[70] ATIENZA e RUIZ MANERO, cit., p. 31.

[71] «The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion», DWORKIN, *Taking rights seriously*, cit., p. 24.

[72] ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 137.

[73] VIGO, cit., p. 75.

regola può essere ricondotta a un principio giuridico)[74]. In caso di conflitto tra regole, si applicano i tradizionali criteri di soluzione delle antinomie: il criterio gerarchico (*lex superior derogat legi inferiori*); il criterio di specialità (*lex specialis derogat legi generali*); il criterio cronologico (*lex posterior derogat legi priori*), tra gli altri[75].

Sono regole, per esempio: la descrizione della bandiera della Repubblica (art. 12 Cost.); la convalida dell'arresto da parte del giudice entro quarantotto ore (art. 13 Cost.); il procedimento per scegliere il Presidente della Repubblica (art. 83 Cost.); l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.).

Possiamo dire che, in generale, la distinzione tra regole e principi è la seguente:

Regole	**Principi**
Si esauriscono in se stesse	Hanno una forza espansiva
Metodi tradizionali di interpretazione (sillogismo, sussunzione, interpretazione letterale)	Metodi moderni di interpretazione (ponderazione/bilanciamento, metodo del contenuto essenziale, interpretazione teleologica o assiologica)
Si osservano o no	Sono suscettibili di osservanza parziale
Stabiliscono divieti, obblighi o permessi (operatori deontici)	Forniscono criteri per prendere posizione di fronte a un problema
Struttura a triade: antecedente, ipotesi normativa, conseguenza giuridica	Non hanno struttura a triade
Il loro significato può essere determinato in astratto	Il loro significato si determina e concretizza nelle diverse fattispecie
Possono essere applicate meccanicamente	Non possono essere applicati meccanicamente
Il loro significato non si può ottimizzare	Il loro significato si può ottimizzare, massimizzare.

È importare notare che la distinzione appena proposta è solo approssimativa e che, ancor oggi, esistono diverse opinioni sulla differenza strutturale tra regole e

[74] «La regola giuridica è sempre il prodotto dell'interpretazione e della concretizzazione dei principi». VIOLA e ZACCARIA, cit., p. 400.
[75] GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 145.

principi. Nonostante ciò, esiste comunque un forte consenso, da parte della dottrina, nel riconoscere nel diritto l'esistenza di una struttura composita, fatta di diversi tipi di norme, e non soltanto di sole e semplici regole.

Così per esempio, Ferrajoli distingue tra *regole deontiche* e principi direttivi. Le prime sono le norme che impongono obblighi o divieti. Le seconde sono «le norme che formulano valori o obiettivi politici». Con questa distinzione, Ferrajoli riconosce che molte norme (in particolare quelle che esprimono diritti fondamentali), anche se sono formulate sotto la forma di aspettative, contengono obblighi o divieti, cioè, possono essere formulate anche sotto la forma regolativa del *tutto o niente.* Queste norme egli le chiama *principi regolativi* e hanno caratteristiche sia di regole che di principi. Ferrajoli propone questa classificazione al fine di rafforzare i diritti fondamentali in modo tale che possano valere sia come regole che come principi ed essere conciliabili con la gerarchia delle fonti, la separazione dei poteri e la soggezione alla Costituzione di tutti i poteri[76].

Anche Alexy riconosce che, in alcuni casi, gli enunciati che contengono norme relative a diritti fondamentali possono essere formulati in modo tale che abbiano allo stesso tempo la forma di regole e principi. Alexy denomina tali norme "di diritto fondamentale con doppio carattere", giacché simultaneamente prevedono principi soggetti a ponderazione e regole da ricondurre a fattispecie concrete, in cui il diritto può essere applicato attraverso la sussunzione[77].

In ogni caso, sia Ferrajoli che Alexy riconoscono l'esistenza di un diritto complesso composto da regole e principi e inoltre riconoscono che in alcuni casi un enunciato giuridico (la norma) può essere articolato in modo tale che strutturalmente abbia la doppia forma di regola e di principio.

1.4. Il problema della morale e la discrezionalità giudiziaria

[76] FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 111-122.
[77] ALEXY, *Los derechos fundamentales*, cit., p. 116.

Una delle più comuni critiche alla teoria "principialista" sostiene che i principi mettono in discussione la separazione tra diritto e morale. I critici sostengono che tale posizione comporta una difesa del giusnaturalismo incompatibile con lo Stato contemporaneo, fondato sulla oggettività delle legge. Inoltre, essi sostengono che ammettere questa equiparazione implica, come conseguenza, la creazione di un ampio margine di indeterminatezza, idoneo a rafforzare l'attivismo e la discrezionalità giudiziaria.

I principi sono il riflesso di una chiara posizione socio/politica riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico. Il contenuto di tali principi è la cristallizzazione della storia particolare di ogni società, del suo nucleo di valori, credenze, tradizioni e cultura. Tuttavia, si tratta di un contenuto che lo stesso ordinamento riconosce, cioè di un contenuto positivizzato[78]. Ciò permette, da una parte, chiarire che i principi non sono morale, sono perfette norme giuridiche dell'ordinamento (normalmente di ordine costituzionale) che, come abbiamo detto, il loro contenuto rispecchia i valori, le credenze, le tradizioni e la cultura di ogni società. Tra l'altro, il contenuto dei principi permette di attribuire all'ordinamento una valenza non solo formale (processo legislativo), ma anche materiale, purché ogni norma che lo compone possa essere riportata a quei principi (soprattutto i principi costituzionali)[79].

In relazione al contenuto dei principi si è detto molto ed è qua dove le maggiore critiche cercano di trovare sostegno. Innanzitutto, si deve chiarire che questo non è un ritorno a una posizione giusnaturalista. Come è noto, una delle tesi difese dal giusnaturalismo è quella che sostiene l'esistenza di certe norme universali che determinano il comportamento umano (norme morali). Tali norme, secondo il

[78] «Attraverso i principi materiali il diritto comunica con le sue basi sociali ed etiche, cioè con quegli ambiti che dai giuristi formalisti sono stati sempre considerati come extra-giuridici o meta-giuridici in quanto non appartenenti al concetto di diritto nella sua purezza. La costituzionalizzazione dei principi è senza dubbio il tentativo di giuridificare almeno in parte anche questi elementi materiali delle regole giuridiche. Come s´è detto, si tratta della positivizzazione delle ragioni che inclinano a conferire alle regole giuridiche certi contenuti invece di altri e a vincolarle al rispetto di determinati valori», VIOLA e ZACCARIA, cit., p. 400; «Nessun diritto è amorale perché ogni diritto è la manifestazione della cultura giuridica di un popolo. La facciata normativa di ogni sistema giuridico è sempre preceduta da una certa concezione del diritto in cui influiscono i valori e i principi di ordine morale – quelli del legislatore - che entrando in contatto con i casi concreti acquisiscono significato», CARDENAS, *La argumentación como derecho*, México 2010, p. 2.

[79] ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 64-65; FERRAJOLI, *Garanzie e garantismo penale*, in *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli 2014, p. 10.

giusnaturalismo, sono collegate al diritto sotto forma di relazione condizionata, in modo tale che una legge contraria alla giustizia universale è nulla *in re ipsa*[80]*.*

La teoria principialista da noi difesa non sostiene questo, perché non condivide l'idea che esista una sorta di legge naturale nella quale tutti i popoli si debbano riconoscere. Si è già detto del pericolo che una posizione come questa rappresenta per l'umanità. Il riconoscimento della distinzione tra regole e principi comporta la possibilità di ammettere l'esistenza di norme con una struttura e un funzionamento diverso, al quale si può ricorrere per giustificare la validità di una certa determinazione giuridica, senza che ciò presupponga, in alcun modo, la difesa di una particolare posizione morale. Ciò che si intende tutelare sono quelle situazioni giuridiche connesse ai principi costituzionali.

Il contenuto di questi principi mette in evidenza la sussistenza di una presa di posizione socio/politica da parte del legislatore che in molti casi comporta decisioni su quello che è corretto o scorretto, positivo o negativo, sui valori da difendere e promuovere e quelli da scoraggiare. In generale, si prende posizione su quello che è considerato adeguato per la società e quello che non lo è. Ma, queste prese di posizione sono inevitabili in quanto, necessariamente, il diritto è un prodotto culturale (conseguentemente influenzato dalla politica, dall'economia, dalla storia, dalla sociologia…). Ciò non equivale ad affermare che il diritto coincide con la morale, ma significa semplicemente riconoscere al diritto un elemento valutativo, intrinsecamente presente nella stessa norma positiva[81]. Quindi, i principi non sono affatto delle entità ideali o metafisiche, bensì sono elementi presenti nell'intero ordinamento giuridico[82].

Un modello basato sui soli principi, dicono i critici, porta ai pericoli della discrezionalità e della creatività giudiziaria, cioè, a far sì che sia il giudice colui che decide *ciò che è* e *ciò che non è* "diritto" in casi di oscurità della legge (discrezionalità) oppure, si sostituisce al legislatore nei casi di lacune giuridiche

[80] VIOLA e ZACCARIA, cit., p. 29; BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 136-143.
[81] HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., pp. 111-117.
[82] BERNAL PULIDO, *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales en la Constitución española?* in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2007, p. 288.

(creatività) e conseguentemente, usurpa funzioni sovrane per le quali non è stato eletto democraticamente[83]. Di fronte a questa osservazione, sono possibili diverse risposte.

In primo luogo, è necessario chiarire una situazione. L'indeterminatezza non è una malattia o un difetto di un sistema legale, ma una sua naturale espressione, tipica di ogni ordinamento, composto sia da regole, sia da principi e sia da entrambi[84]. Dunque, l'indeterminatezza non è caratteristica dei soli "sistemi principialisti", ma è peculiarità di tutti i sistemi giuridici[85]. In ogni sistema ci troveremo di fronte a norme nelle quale la chiarezza e determinatezza sarà come un cerchio luminoso, ma troveremo anche zone di penombra dove sarà necessario l'intervento giudiziario[86].

Solo se ci trovassimo in una piccola società, governata da un piccolo catalogo di disposizioni (come i dieci comandamenti) e solo se esistesse un accordo unanime sul significato di tali disposizioni, magari, potremmo aspirare a un'indeterminatezza minima del sistema legale. La realtà non è questa. I sistemi giuridici sono estremamente complessi per rispondere alle diverse esigenze delle loro società e, oltre a questo, si devono aggiungere i molteplici problemi d'indeterminatezza che sorgono di fronte all'esistenza di lacune, antinomie, ambiguità, vaghezze e imprecisioni del linguaggio, solo per citarne alcuni.

---

[83] FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, pp. 2771-2816.

[84] BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, Milano 2013, p. 27.

[85] Lo stesso Hans Kelsen riconosceva l'inevitabile discrezionalità del giudice nel momento dell'applicazione della norma giuridica e, addirittura, il suo creare diritto attraverso la stessa sentenza. Secondo Kelsen, «il giudice è vincolato soltanto attraverso norme di autorizzazione che gli conferiscono certi poteri. Nel quadro di tali poteri, vale a dire delle sue competenze, il giudice è sostanzialmente libero di decidere come meglio crede. È limitato solo da vincoli formali o procedurali», LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza [seconda parte]*, in *Materiali per una storia della cultura* giuridica, 2012, I, p. 126.

[86] «Possiamo denominare "problemi della penombra" quei problemi che fuoriescono dal cerchio chiaro di esempi tipici o di significati stabiliti; essi si presenteranno sempre, si tratti di faccende di poca importanza come il regolamento dell'uso di un parco pubblico, o si tratti dei problemi d'ordine generale, ed a più dimensioni, come sono quelli dell'interpretazione d'una Costituzione. Se c'è una penombra d'incertezza, che è destinata a circondare nella loro applicazione tutte le norme giuridiche, allora bisogna dire che quei problemi che sorgono nell'area di penombra non possono essere materia di deduzione logica; e pertanto non ci si può servire come di un modello di ragionamento di tipo deduttivo, che per generazioni ci si è compiaciuti di considerare come il ragionamento perfetto, per poter giudicare […]», HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., p. 129. Hart propone che il criterio dei giudici per risolvere i casi nella zona di penombra sia la razionalità, ma la decisione, «[…] per essere razionale, dev'essere presa alla luce d'una concezione del diritto come dev'essere», avendo conto degli «obbiettivi, gli orientamenti sociali e i propositi» a cui serve l'ordinamento. Ibid, p. 13, nello stesso senso, ID., *The concept of law*, 2a ed., Oxford 1994, pp. 124-126.

La pretesa di piena oggettività e completezza del sistema giuridico, come abbiamo detto non è possibile. Solo un sistema giuridico in cui ogni disposizione esprimesse con totale chiarezza ciò che è consentito, proibito od ordinato per ogni fattispecie possibile, in modo tale da non lasciare margini all'interpretazione, potrebbe raggiungere la piena obiettività e completezza, ma quel sistema è utopico. Questo scenario è impossibile per il semplice fatto che non esiste la piena oggettività e completezza del diritto[87], questo sempre è l'espressione di una posizione socio/politica che può essere ravvisata sia nella Costituzione che nelle leggi ordinarie, ad esempio, l'idea di concetti come i diritti inviolabili dell'uomo, compressa la sua dignità, libertà e uguaglianza rispecchia già in sé una posizione politica dell'ordinamento[88].

Un altro problema che rende impossibile la piena oggettività dell'ordinamento è il linguaggio. L'operatore giuridico, sia il legislatore che il giudice, lavora sempre con un linguaggio naturale, che è *per se* suscettibile d'interpretazione. Il linguaggio giuridico, nonostante il suo tecnicismo, è un linguaggio naturale, cioè un linguaggio di uso comune, che acquisisce il suo significato in una certa comunità e in un certo contesto storico-sociale[89].

L'indeterminatezza è una proprietà costante in qualsiasi ordinamento giuridico reale (non utopico) e, perciò, l'interpretazione e l'argomentazione troveranno sempre spazio. Ciò che può essere raggiunto è una minore discrezionalità attraverso un uso adeguato del linguaggio legislativo e stabilendo precise linee guida per determinare i limiti dell'interpretazione[90]. Precisamente su queste linee occorre soffermarsi un attimo per sottolineare che, nonostante l'indeterminatezza sia una proprietà costante, ciò non comporta né l'irragionevolezza né la discrezionalità illimitata nell'interpretazione, anche se ci troviamo di fronte a un modello principialista.

---

[87] BERNAL PULIDO, *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit., p. 283.
[88] «Il diritto, quindi, non nasce e si sviluppa in un "spazio tecnico" isolato, ma trae origine da rapporti esistenziali sulla base di dati della realtà fenomenica. Tra questi dati, indubitabilmente, un ruolo fondamentale è svolto dalla ideologia in quanto progetto programmatico di conformazione socio-politica», MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 22-23.
[89] LAPORTA, *El imperio de la Ley. Una visión actual*, Madrid 2007, p. 185.
[90] BERNAL PULIDO, *Estudio introductorio*, in ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. XLV-XLVI.

Infatti, quando si lavora con i principi esiste nel loro nucleo una componente di valore. Un argomento frequente contro la teoria dei principi è che non è possibie un controllo razionale di tale contenuto e che questa situazione porta alla discrezionalità. L'interprete, in particolare il giudice, quando lavora con i principi, lavora con giudizi di valore. Questi giudizi sono soggettivi, anche se la norma giuridica è redata in modo astratto e generale; al momento della sua concretizzazione, opera un'interpretazione soggettiva che dipende da diversi fattori, tra i quali la stessa storia personale dell'individuo. Tuttavia, quando consideriamo queste riflessioni, ciò che stiamo facendo è mettere in discussione la fonte della conoscenza e ciò ci porta ad una fallacia argomentativa, nella quale si valuta non già la forza degli argomenti (la loro razionalità), ma la loro fonte (*argumentum ad hominem)*. Come insegna Zagrebelsky, «la ragione deve essere cercata in ciò che la sostiene, non nella forza che la pone»[91].

All'interno della filosofia morale ci sono correnti che difendono l'oggettivismo morale, cioè un tentativo di trovare categorie che consentano l'obiettività morale[92]. Ronald Dworkin ironizza su tali correnti facendo riferimento ai "morons"[93], i quali sarebbero entità misteriose simili agli atomi, la cui individuazione soltanto potrebbe dare obiettività ai giudizi di valore.

Ovviamente i "morons" non esistono, perché non vi sono categorie astratte o leggi universali da cui sia possibile derivare criteri di obiettività morale. I valori sono proprietà che attribuiamo a determinate azioni o stati di cose, ma non in modo arbitrario, bensì in base a determinati argomenti. Non si tratta di dare obiettività ai giudizi di valore, ma alle ragioni che giustificano la loro scelta. Quello che stiamo cercando di dire è che è possibile l'esistenza di un discorso razionale, un discorso in cui possano essere offerti argomenti razionali relativamente a questi giudizi di valore[94]. L'idea è di postulare una difesa argomentativa in cui, sulla base di

[91] ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 126.
[92] ATIENZA, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*, in PEÑA e AUSIN DIEZ (a cura di), *Conceptos y valores constitucionalies*, Madrid 2016, p. 17.
[93] DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, cit., pp. 9, 26, 37-39.
[94] ATIENZA, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo*, cit., p.17.

motivazioni e ragionamenti convincenti, possiamo giustificare la determinatezza delle nostre decisioni[95].

L'aspetto più importante di una decisione giudiziaria è la sua capacità argomentativa, la forza delle sue argomentazioni, il modo in cui il giudice costruisce le sue premesse e le ragioni che servono come presupposti delle sue conclusioni[96]. Questa forza può essere trovata in quello che viene chiamato "ragionamento pratico", cioè nella deliberazione di costruire e confrontare tra loro le ragioni, al fine di giungere ad una decisione[97].

Condividiamo il pensiero di quella parte della dottrina secondo cui «una decisione, sia pure presa su base irrazionale, può rivelarsi, una volta sottoposta al *test* di giustificazione e di razionalità, come la decisione corretta. In tanto in quanto una decisione può essere appellata o impugnata (o pubblicamente esaminata e criticata), ciò che è decisivo in essa è proprio il contesto di giustificazione, ovvero gli argomenti presentati in tale contesto, e non i motivi di fatto o gli impulsi o le intuizioni per i quali la decisione è stata presa, vale a dire non ciò che è accaduto, nel contesto di decisione»[98].

Oltre al ragionamento pratico, ci sono altri limiti alla discrezionalità dell'interprete, uno dei quali (il più importante) è la stessa Costituzione e il sistema giuridico inteso nel suo insieme. I principi hanno un effetto irradiante, cioè una capacità di trasmettere la loro forza, in particolare nel caso di principi costituzionali, che incidono sull'intero sistema giuridico. Ciò determina l'invalidità, ad esempio, di una legge che autorizzi la discriminazione razziale oppure legittimi lo status giuridico della schiavitù. In questi casi, il sistema evidenzia una "pretesa di correzione"[99] che deve essere risolta attraverso i mezzi legali e costituzionali creati a tale scopo.

---

[95] DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, cit., pp. 69-87; «I principi si difendono con argomenti basati sulla ragionevolezza e non con l'argomento dell'effettività», VIOLA e ZACCARIA, cit., p. 405.

[96] «E' per questo che, diversamente da ogni altro potere pubblico, il potere giudiziario non ammette una legittimazione di tipo rappresentativo o consensuale, ma solo una legittimazione di tipo razionale o legale», FERRAJOLI, *Garanzie e garantismo penale*, cit., p. 13.

[97] RAZ, *Razón práctica y* normas, trad. J.R. Manero, Madrid 1991; ATIENZA e RUIZ MANERO, cit., pp. 44-49.

[98] LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi*, cit., p. 133.

[99] «Un avvicinamento alla verità o alla correzione è possibile perché il discorso pratico razionale è possibile, e ci sono casi in cui solo una risposta morale è possibile poiché altri risultati sarebbero discorsivamente impossibili, come per esempio, lo status giuridico di uno schiavo o l'abolizione della libertà religiosa», ALEXY, *El no*

Moccia segnala: «La comprensione sia del sistema nel suo complesso, che dei singoli istituti passa, innanzitutto, attraverso l'attenta considerazione del principi di fondo […] la correzione o la rimozione di soluzioni normative risultanti aporetiche presuppone, necessariamente, rigorose operazioni di verificazione o di falsificazione delle stesse in rapporto ai principi fondamentali implicati […] sarà compito dell'interprete – dottrina e giurisprudenza - segnalare l'errore e, quindi, la mancata coerenza sul piano della teleo-logica interna […] mai, ovviamente, perseguire nei fatti prospettive antitetiche ai principi di fondo»[100].

Lo stesso argomento può essere usato quando l'interprete affronta il problema dell'indeterminatezza causato dal linguaggio naturale delle regole. Il linguaggio giuridico è un linguaggio sempre suscettibile di essere interpretato, ma, al di là di ogni interpretazione, rimane sempre una *ratio legis* e una *ratio iuris* che condiziona ogni disposizione normativa. Il lavoro dell'interprete è quello di dare senso alla norma (solo nei quasi in cui è necessario) in conformità con le ragioni legislative e avendo sempre presente il suo adeguamento ai principi costituzionali (le ragioni dell'ordinamento giuridico).

L'interpretazione, quindi, è una realtà innegabile ma non *per se* negativa, almeno quando si fa in un modo razionale e fondata su principi, «Certamente, ripetiamo, il giudice ha uno spazio interpretativo, anche ampio, che, tuttavia, trova i suoi limiti nel dovere di interpretazione conforme a Costituzione e, in subordine, alle Carte internazionali e al diritto primario dell'Unione europea»[101].

1.5. La Costituzione principialista

Si dice spesso che la Costituzione è la legge fondamentale di uno Stato. Dire che la Costituzione ha valenza normativa, vincolante, vale a sostenere anche che, come tale, deve essere interpretata e applicata da tutti gli operatori giuridici,

positivismo incluyente, in *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 2013, p. 20; ID., *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 43.

[100] MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali*, cit., p. 1724.

[101] Ibid, p. 1730. «[…] Non si tratta, infatti, di negare l'esistenza di uno spazio ermeneutico, ma di circoscriverlo alla luce dei principi della Costituzione», Ibid, p. 1725.

massimizzando tutti i suoi possibili significati intorno alla protezione, difesa e garanzia dei diritti umani che sono, in definitiva, le ragioni che sostengono e legittimano lo Stato costituzionale e democratico di diritto contemporaneo[102].

Naturalmente, la Costituzione è un insieme di norme entro cui, come abbiamo visto, si possono distinguere regole e principi. Essa svolge un ruolo fondamentale perché è proprio nell'ordine costituzionale che possiamo trovare, soprattutto e in modo esplicito, norme con carattere di principi.

Quando sorgono casi difficili o almeno "opinabili", l'interprete li risolve in base ai parametri determinati dalle norme costituzionali. È in questi casi che, di solito, emergono diverse interpretazioni e riflessioni generate dal contenuto di quelle norme costituzionali[103]. Ciò si verifica perché la Costituzione è portatrice e garante di una pluralità di principi, spesso in apparente conflitto, derivanti dalle particolarità di ogni società.

La Costituzione è quindi un insieme di regole, principi e valori. All'interno di questo schema, ci sono anche diritti fondamentali che, nell'ampia maggioranza dei casi, si esprimono sotto la forma di principi. La costituzionalizzazione dei diritti fondamentali obbedisce a diverse ragioni di ordine storico, politico e sociale, essendo anche una caratteristica distintiva del moderno costituzionalismo o neo-costituzionalismo[104].

---

[102] «La Costituzione è una norma, ma una norma qualitativamente diversa dalle altre, perché incorpora il sistema di valori essenziali che deve costituire l'ordine di convivenza politica ed irradiare l'intero ordinamento giuridico». VIGO, cit., p. 59; «Uno degli elementi essenziali del processo di costituzionalizzazione è proprio la diffusione, all'interno della cultura giuridica […] dell'idea che qualsiasi norma costituzionale […] è una vera e propria norma giuridica, vincolante e capace di produrre effetti giuridici». GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 158.

[103] BIN, *A discrezione del giudice*, cit., p. 29.

[104] Il neo-costituzionalismo può essere caratterizzato dai seguenti elementi: debole connessione tra diritto e morale; è ammesso che il diritto non è solo composto di regole, ma anche da principi e altri tipi di norme; la legalità è soggetta alla costituzionalità in senso forte; si riconosce che il diritto ha una validità non solo formale ma anche materiale; vengono usati diversi metodi d'interpretazione invece della mera sussunzione legale, come la ponderazione; le norme sono interpretate a partire dalla Costituzione; il giudice costituzionale ha un ruolo rilevante; non c'è neutralità né avaloratività nel diritto. Il neocostituzionalismo emerge come una reazione contro il positivismo giuridico classico, contro una visione del diritto che si concentrava esclusivamente sulle regole, sulla positività, lasciando da parte il suo aspetto materiale (il contenuto). La connessione tra il modello neocostituzionale e il modello principialista, come si vede, è innegabile. In argomento si rinvia a: CÁRDENAS, cit., pp. 40-52; GARCÍA AMADO, *Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo*, in CARBONELL (a cura di), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Madrid 2007; MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2002, pp. 19-34; ATIENZA, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo*, cit., p. 9; ÁVILA, *Neoconstitucionalismo: entre la "ciencia del derecho" y el "derecho de*

Dopo la seconda guerra mondiale, diversi Stati hanno incluso nelle loro Costituzioni i diritti fondamentali come limite invalicabile al potere e quale ragione per giustificare lo stesso Stato. L'obiettivo era di evitare qualsiasi ritorno all'autoritarismo che potesse portare di nuovo agli orribili crimini commessi contro milioni di esseri umani. Pertanto, è stato necessario inserire quei diritti nel testo costituzionale, conferendo loro così la massima rigidità costituzionale e dimostrando il valore supremo conferito ad essi[105].

La storia dei diritti umani è anche la storia della loro conquista, una storia che è lontana da quell'immagine idillica con cui l'espressione "diritto umano" è solitamente collegata. È una storia di sofferenza, servitù, oppressione e guerra combattuta nei campi politici, economici, morali e religiosi[106].

Dietro ogni diritto umano risuona sempre l'eco di un'ingiustizia sofferta, per questa ragione Ferrajoli afferma che i diritti sono sempre le leggi dei più deboli in alternativa alla legge del più forte che governava e governerebbe in sua assenza[107]. I diritti umani contengono in sé una «dolorosa prigione nel loro linguaggio» perché costituiscono il punto culminante della libertà per gli storicamente emarginati[108].

Così, dalla seconda guerra mondiale, i diritti umani sono costituzionalizzati ed opera un nuovo modo d'intendere il diritto che non lo riduce solo alla legge, ma piuttosto lo interpreta in un modo complesso, laddove la Costituzione svolge il ruolo fondamentale, conferendo garanzie di tipo formale ma anche sostanziale (la conformità ai principi costituzionali)[109]. Proprio come il positivismo classico del XVIII

---

la ciencia" in *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo. Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Constitucionalismo y principio de proporcionalidad*, T. V, Lima 2013.

[105] LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi*, cit., pp.141-142.

[106] «La storia del costituzionalismo è la storia di questa progressiva espansione della sfera pubblica dei diritti. Una storia non teorica, ma sociale e politica, poiché nessuno di questi diritti è caduto dal cielo, ma tutti furono conquistati da fratture istituzionali: le grandi rivoluzioni americana e francese, i movimenti del diciannovesimo secolo per gli statuti e, infine, le lotte operaie, femministe, pacifisti ed ecologisti di questo secolo. Si può dire che le diverse generazioni di diritti corrispondono ad altre tanti generazioni di movimenti rivoluzionari», FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, cit., pp. 54-55.

[107] Idem.

[108] «Per i soggetti storicamente marginalizzati la concessione dei diritti è un simbolo di tutti gli aspetti della loro umanità che sono stati loro negati: i diritti implicano un rispetto che colloca uno nella gamma referenziale di "io" e gli "altri", che lo eleva dallo stato di un corpo umano all'essere un'entità sociale», WILLIAMS, *La Dolorosa prisión del Lenguaje de los Derechos*, in *La Crítica a los Derechos*, Bogotá 2003, p. 55.

[109] Ferrajoli chiama questa garanzia la *dimensione sostanziale*, si veda FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, cit., p. 23 ss; anche Moccia riconosce nel diritto penale garanzie di tipo sostanziale e formale, cfr. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali*, cit., p. 1724; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 99.

secolo segnò la fine del giusnaturalismo[110], così il costituzionalismo contemporaneo presuppone il superamento del positivismo giuridico classico[111].

Avere una Costituzione principialista è positivo, perché garantisce una maggiore stabilità dei diritti[112]. Forse potrebbe sembrare contraddittorio, ma collocare le disposizioni relative ai principi nel testo costituzionale assicura che il contenuto di questi abbia preminenza e che essi debbano irradiarsi nell'intero sistema. Ciò consente di evitare che vengano emanate leggi ordinarie con qualsiasi contenuto o che i giudici possano legittimare situazioni contrarie ai principi costituzionali. La storia europea, e quella di molti altri Paesi, ha dimostrato che il diritto non può legittimare qualsiasi contenuto, ma solo quello compatibile con la difesa dei diritti fondamentali[113]. Una costituzione principialista permette, in questo modo, la validità formale e materiale delle norme, in coincidenza con ciò che Ferrajoli chiama la dimensione sostanziale del diritto.

Sotto questo profilo sostanziale o materiale, i principi proteggono i diritti da ogni interpretazione non compatibile con il sistema, dalla forza politica delle maggioranze parlamentari, dai capricci dei governanti e da qualsiasi posizione utilitaristica/liberalista/comunitarista che intenda sacrificare l'individuo[114]. I principi – e per tanto i diritti fondamentali - sono un limite o una "carta vincente"[115] contro le posizioni limitative o riduzionistiche.

Come abbiamo già sottolineato, il ragionamento basato su principi non conduce (più che il ragionamento sulla base di semplice regole) a una discrezionalità

---

[110] SCARPELLI, cit., p. 101.
[111] «La costituzionalizzazione del diritto presuppone anche la fine del positivismo giuridico: il diritto non è più soltanto il diritto imposto dall'autorità, ma una creazione umana il cui significato è soddisfare certi valori che sono incarnati nei diritti fondamentali; si può dire, una sintesi tra positivismo giuridico e un certo modo di comprendere il diritto naturale», ATIENZA, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo*, cit., p. 14.
[112] BIN, *A discrezione del giudice*, cit., p. 96.
[113] Idem.
[114] «I diritti individuali sono, per definizione, restrizioni al perseguimento del bene comune, e se la soddisfazione del bene collettivo fosse l'unico parametro per giudicare le istituzioni e le misure sociali, i diritti sarebbero vacui e superflui», NINO, *Ética y derechos humanos*, cit., p. 35. Inoltre, è nota la storica vicenda del confronto tra utilitaristi, liberalisti e comunitaristi; in argomento, si veda GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona 1999; BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della* legislazione, Torino 1998; SANDEL, *Il liberalismo e i limiti della giustizia*, Milano 1994; KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, trad. G. Gasperoni, Bologna 1999.
[115] DWORKIN, *Taking rights seriously*, cit., pp. 91-92.

illimitata[116]. Optare per questo modello non significa abbandonare alcun possibile criterio di razionalità perché, proprio a causa della struttura dei principi, ogni caso può essere visto e il diritto applicato solo in un modo che sia compatibile alla luce dei principi costituzionali e dell'intero ordinamento. In questo modello non vale più il criterio giuspositivista della "dura lex sed lex", ma piuttosto quello di "dura lex non lex". Sono i principi quelli che illuminano il lavoro dell'interprete e che delimitano il contorno del diritto in ogni caso particolare[117].

Forsthoff diceva che la Costituzione era come un "uovo primigenio" da cui tutto nasce, «dal codice penale alla legge sulla fabbricazione di termometri[118]». Il modello principialista dà ragione a Forsthoff, dato che ogni norma dev'essere interpretata in modo tale che la sua *ratio* sia riconducibile ai principi costituzionali. La Costituzione, dunque, passa ad essere il «centro verso cui tutto deve convergere»[119].

In Italia, è stata proprio la Corte Costituzionale a riconoscere un tale modelloi[120]. Nella sentenza n. 1/2013, la Corte ha segnalato che «la Costituzione contiene in sé principi e regole, che non soltanto si impongono sulle altre fonti e condizionano pertanto la legislazione ordinaria […] ma contribuiscono a conformare tale legislazione». Nella stessa sentenza ha affermato che «la conformità a Costituzione dell'interpretazione giudiziale non può peraltro limitarsi ad una comparazione testuale e meramente letterale tra la disposizione legislativa da interpretare e la norma costituzionale di riferimento. La Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla

[116] La scuola realista del diritto da quasi un secolo ha identificato questa discrezionalità esistente anche in un modello basato soltanto su regole. Per Oliver Wendell Holmes le leggi non sono altro che previsioni intorno al futuro comportamento dei tribunali. HOLMES, *The path of Law*, New York 1920, p. 173; Jerome Frank addirittura riteneva che i giudici decidessero seguendo gli impulsi dettati dalla loro digestione, cioè, spinti nella determinazione del diritto da motivi del tutto esterni al contenuto giuridico. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York 1963, p. 108 ss.
[117] LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi*, cit., pp.150-151.
[118] FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. L. López Guerra, Madrid 1975, p. 242.
[119] ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 10.
[120] Inoltre, in varie disposizioni normative è possibile trovare la distinzione tra regole e principi. Ad esempio, l'articolo 117 Cost. autorizza le Regioni, nelle materie di legislazione concorrente, ad avere potestà legislativa, rispettando i principi fondamentali dello Stato.

Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate»[121].

In aggiunta, la Corte ha indicato l'esistenza di una gerarchia di norme costituzionali, all'interno della stessa Costituzione. Ciò permette di identificare un ordine che conferisce preminenza ad alcune norme costituzionali rispetto ad altri[122], in particolare, nel caso dei cosiddetti «principi supremi dell'ordinamento costituzionale»[123], intesi come le norme più rilevanti dell'ordinamento costituzionale, che danno valore fondante ultimo al sistema giuridico positivo: ne fanno parte i diritti fondamentali della persona umana[124].

Nella sent. n. 1146/1988 la Corte Costituzionale precisò che il principio di eguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione è un principio supremo dell'ordinamento costituzionale e, inoltre che «la Costituzione Italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertititi o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». Nella stessa sentenza, la Corte fornisce un resoconto dei suoi precedenti, attraverso i quali ha riconosciuto «come i principi supremi dell'ordinamento

[121] Corte Cost., sent. n. 1/2013, in www.cortecostituzionale.it.
[122] Corte Cost., sent. n. 175/1971, in www.cortecostituzionale.it.
[123] MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in AGRÓ e MODUGNO (a cura di), *Il principio di unità nel controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 2° ed., Torino 1991.
[124] «I principi sono supremi, perché i valori che proteggono sono ritenuti supremi, cioè irrinunciabili, inderogabili e immodificabili», VIOLA e ZACCARIA, cit., p. 379. Questi principi supremi «sarebbero dunque dotati di una valenza superiore non solo per la fonte da cui derivano ma anche per il loro contenuto, in quanto parte del nucleo dei "valori supremi" sui quali si basa la Costituzione repubblicana. Pertanto, oltre che sulle norme derivanti da leggi costituzionali e di revisione costituzionale, essi prevalgono anche su quelle norme della Costituzione che non rappresentano tali principi di "valore", imponendo in tal modo la necessità di intersecare alla tradizionale gerarchia formale delle fonti anche una gerarchia sostanziale delle norme», APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3, 2018, p. 11 ss.

costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale…»[125].

Allo stesso modo, nella sentenza n. 238/2014, la Corte Costituzionale ha affermato che «i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un limite all'ingresso […] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione […] ed operano come "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea […]. Rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale»[126].

In tal modo, si è sostenuto che questi cosiddetti principi supremi sono a loro volta una sorte di chiave ermeneutica che permette di dotare l'ordinamento di una validità sostanziale, fungendo come "barriera" garantista. Tali principi sono barriere perché determinano i limiti sostanziali delle altre norme, ma anche i limiti interpretativi che gli operatori giuridici devono osservare, essendo «…il nucleo intangibile del patto costituzionale, e cioè i contenuti indefettibili della comunità politica inerenti alla struttura dell'ordinamento»[127].

Secondo Guastini, dai precedenti della Corte costituzionale si può dedurre che: 1.- La Costituzione non è un semplice insieme di norme, ma una totalità di principi e valori; 2.- Il criterio dell'identità di ogni Costituzione risiede nei principi e nei valori che la caratterizzano; 3.- Il cambiamento di tali principi coinvolge la fondazione di una nuova Costituzione; 4.- Di conseguenza, la revisione costituzionale non può essere effettuata fino al limite di modificare i principi e i valori che caratterizzano l'ordinamento[128].

---

[125] Corte Cost., sent. n. 1146/1988. Sullo stesso argomento, si vedano le seguente sentenze: 183/1973; 170/1984, 1136/1988; 15/1960.
[126] Corte Cost., sent. n. 238/2014.
[127] APOSTOLI, cit., p. 11.
[128] GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 150; ID., *Revisione costituzionale: problemi di forma e sostanza*, in *Ragione pratica,* n. 3, 1994. Sullo stesso argomento APOSTOLI, cit., p. 13; BIN*, diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale,* Milano 1992, pp. 35-42; MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, cit., pp. 201-220; MENDONCA, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid 2005.

1.6. I diritti fondamentali come principi

Precedentemente abbiamo detto che i diritti fondamentali si collegano fortemente con i principi e ciò accade perché, strutturalmente, i diritti fondamentali sono principi[129], cioè precetti di ottimizzazione che dispongono che qualcosa sia realizzata nella maggiore misura possibile sulla base delle circostanze di fatto e di diritto in ogni caso concreto[130].

I diritti fondamentali si esprimono sotto forma di norme e, all'interno del sistema normativo, assumono la struttura di principi. Quando usiamo l'espressione "diritto", afferma Joseph Raz, non ci riferiamo alle norme giuridiche stesse, ma piuttosto alla ragione che giustifica l'esistenza di tali norme[131]. Ad esempio, l'articolo 3 della Costituzione italiana prevede il principio di uguaglianza, che è un diritto fondamentale. Questo diritto si manifesta all'interno del testo normativo sotto forma assertiva – «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale» -; in questo caso, quando parliamo del principio di uguaglianza ci riferiamo non già alla descrizione normativa, ma alla ragione che la motiva: gli esseri umani non godono nella realtà di uguaglianza e, quindi, la stessa Costituzione riconosce tale situazione di fatto, disponendo un precetto di ottimizzazione: l'uguaglianza va perseguita, rimuovendo

---

[129] «I diritti fondamentali costituiscono tutt'uno con i principi supremi espressi dalla Costituzione e contraddistinguono, configurandolo nei suoi aspetti più intimi, l'ordinamento costituzionale», APOSTOLI, cit., p. 13.

[130] Questa posizione è difesa, tra gli altri per: ATIENZA, *Derecho y argumentación jurídica*, Bogotá 1997; ID., *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, p. 246 ss.; ATIENZA e RUIZ MANERO, cit., pp. 141-144.; ALEXY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales,* in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 66, 2002, pp. 13-64; GARCÍA FIGUEROA, *Principios y derechos fundamentales*, in BETEGÓN, LAPORTA, DE PÁRAMO e PRIETO SANCHIS (a cura di), *Constitución y derechos fundamentales,* Madrid 2004, p. 235 ss.; GASCÓN ABELLÁN, *Los límites de la justicia constitucional: El tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación*, in LAPORTA (a cura di), *Constitución: problemas filosóficos,* Madrid 2003, p. 183 ss.; PRIETO SANCHIS, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales,* Madrid 2003; BERNAL PULIDO, *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit.; ID., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid 2005. Inoltre, alcuni teorici segnalano che la struttura dei diritti fondamentali comprende sia le caratteristiche delle regole che dei principi. Un modello cosi inteso, segnalano, contribuisce a fornire più tutela a questi diritti, essendo oltre che precetti di ottimizzazione anche regole vincolanti: «Non basta concepire le norme di diritto fondamentale solo come regole o solo come principi. Un modello appropriato a questo riguardo si ottiene quando sia le regole che i principi sono ascritti alle disposizioni di diritto fondamentale. Entrambi possono riunirsi in una norma di diritto fondamentale con doppio carattere», ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* cit., pp. 95-96. Così pure FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 112-137.

[131] RAZ, *El problema de la naturaleza del derecho*, in *Isonomía*, n. 3, 1995, pp. 131-151.

gli ostacoli esistenti per raggiungere in futuro un'ipotetica condizione di piena uguaglianza.

In base a questo parametro, i diritti fondamentali si articolano normativamente come ragioni o principi di particolare valore nel sistema giuridico. In quanto ragioni, forniscono le direttive o parametri dell'azione da intraprendere per la loro garanzia ed efficacia, operando come una specie di norma di riconoscimento dell'intero ordinamento giuridico[132]. Questa è precisamente l'origine in cui risiede la loro forza[133].

Tali diritti dano luogo così ad una pretesa di correzione dell'ordinamento giuridico. Normalmente, le decisioni giuridiche versano su questioni di distribuzione e compensazione. In fondo, questi problemi sono, a loro volta, una questione di giustizia. Un ordinamento che non risponde a questi parametri è un ordinamento autoritario[134]. I diritti fondamentali, in quanto principi costituzionalizzati, sono espressioni di una chiara posizione dell'ordinamento riguardo all'individuo, sono valori positivizzati nell'ordinamento[135] e corrispondono a una scelta contingente o convenzionale[136].

I diritti rispondono a un orientamento deontologico, relativo al dover essere. Il fatto stesso che debbano essere riconosciuti nella Legge fondamentale implica che ciò è necessario perché nella vita reale l'essere umano sovente non ha ciò che essi sanciscono. I diritti umani sono una costruzione sociale, un antidoto alle disuguaglianze esistenti nella vita reale[137] che, attraverso questi principi, si cerca di

---

[132] In questo senso PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari 2002.
[133] FEINBERG, *The nature and value of rights*, in *Journal of Value Inquiry*, n. 4, 1970, pp. 245-257.
[134] ALEXY, *El no positivismo incluyente*, cit., p. 16.
[135] In questo senso: DWORKIN, *Taking right seriously*, cit., pp. 14-45; NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., pp. 417-423; ID., *Ética y derechos humanos*, cit., pp. 11-20; HABERMAS, *Morale, diritto e política*, Torino 1992, p. 36; ALEXY, *On necessary relations between Law and morality*, in *Ratio Iuris*, n. 2, 1989, p. 167 ss.; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 162; ID., *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 24; ATIENZA, *El sentido del derecho*, Barcelona 2010, p. 112; ID., *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Barcelona 2006, pp. 53, 245; MORESO, *El reino de los derechos y la objetividad de la moral* in *Revista Virtual de la Facultad de Derecho,* n. 5, 2003, pp. 9, 40; MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008; DWORKIN, *Questione di principio*, Milano 1989, pp. 211-215.
[136] La corrente di pensiero che non nega l'esistenza di un contenuto morale nel diritto, ma lo condiziona alla sua positivizzazione all'interno di ogni ordinamento giuridico (sempre in modo contingente o convenzionale) si chiama comunemente positivismo inclusivo. ALEXY, *El no positivismo incluyente,* cit., p. 16.
[137] «I diritti umani sono una costruzione sociale, sono stati creati come un antidoto alle disuguaglianze esistenti nella realtà dove la forza del più ricco, del più grande o del più potente si imponeva ai deboli in spere come la

correggere: «L'uguaglianza non è un fatto ma un valore; […] la sua affermazione non è un'asserzione, ma una prescrizione; […]come tale l'assumiamo e la difendiamo proprio perché, di fatto, siamo differenti e disuguagli: a sostegno, da un lato, dell'uguale valore che vogliamo garantire a tutte le nostre differenze di identità (di sesso, di lingua, di religione, di nazionalità, di opinione politiche e di condizioni personali e sociali, come dice il primo comma del art. 3 della Costituzione italiana) e, dall'altro della rimozione o riduzione che vogliamo promuovere delle disuguaglianze economiche e materiali (quale ostacolo al pieno sviluppo della persona umana, come dice il secondo comma del medesimo articolo)»[138].

Inoltre, dei diritti umani si predicano diverse caratteristiche, una di quelle è la loro universalità, che si riferisce ai soggetti a cui materialmente si ascrivono tali diritti. Conformemente a tale caratteristica, l'essere umano è condizione necessaria e sufficiente per la titolarità ed esercizio di quei diritti, essendo irrilevante qualunque altra (nazionalità, sesso, età, stato di salute, ecc.)[139].

Normalmente i diritti vengono riconoscuti secondo la struttura seguente: «Ogni "x", sempre che si trovi nella circostanza "a", abbia il requisito "b" e abiti nel contesto "c", avrà diritto a …». Nel caso dei diritti umani, la loro ascrizione prescinde da qualunque circostanza, basta il semplice fatto di appartenere al genere umano: «Ogni "x", sempre che "x" sia un essere umano, qualunque siano il contesto e le circostanze, ha diritto a …»[140].

L'universalità si riferisce alla titolarità dei diritti, ma permette anche una loro astrazione. Infatti, se si difende una caratteristica che è possibile predicare di tutti quanti i membri della classe "essere umano" (cioè, i diritti umani) è necessario compiere un'astrazione generale, andando al di là dei singoli casi, in modo anche da poter riflettere i contesti vitali di tutti gli individui. Perciò, i diritti umani devono

dignità e la libertà. Sfere che, con l'idea dei diritti umani diventano intoccabili», NINO, *Ética y derechos humanos*, cit., p. 2; i diritti fondamentali sono il prodotto di una filosofia politica illuminista, cfr. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 112; VIOLA, *¿Los derecho humanos, son derecho naturales?* in *Quaestio iuris*, n. 2, 2013, p. 171 ss.

[138] FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 107.

[139] NINO, *Ética y derechos humanos*, cit., p. 41.

[140] LAPORTA, *Sobre el concepto de derechos humanos*, in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 4, 1987, p. 32.

essere formulati con un elevato livello di astrazione, altrimenti si corre il rischio di non poterli applicare in certi contesti culturali[141].

I diritti fondamentali sono, inoltre, riconosciuti come “diritti prima facie” Questo vuol dire che, in via di principio, tutti i diritti fondamentali hanno un peso o importanza uguale tra di loro ma prevalgono rispetto ad altre esigenze. Nonostante ciò, possono esistere delle situazioni in cui siano gli stessi diritti fondamentali a dover cedere in situazioni di conflitto con altri diritti fondamentali, perciò, ancora una volta, si dice che sono *diritti prima facie*[142].

Precisamente, nel secondo capitolo analizzeremo i diversi problemi che ie presentano quando i diritti fondamentali si trovano di fronte a situazioni complesse, come quelle relative alle diverse interpretazioni che di tali diritti possono darsi in contesti culturali diversi. Tuttavia, come si è già accennato, la cultura non può mai essere una giustificazione per l’offesa a tali diritti; il problema rimane quello di determinare fino a che punto possono essere garantite determinate espressioni cultural e, allo stesso tempo, tutelati i diritti fondamentali dell’individuo.

1.7. Il ruolo del diritto penale in un modello principialista e costituzionalista

Il diritto penale ha caratteristiche particolari che non possono essere assimilate a quelle di altri rami del diritto, come per esempio il diritto civile o il diritto amministrativo. Il ruolo che svolge è di particolare importanza, perché mira alla protezione della libertà umana; essa, poiché rappresenta uno dei più preziosi diritti fondamentali, può essere limitata soltanto sulla base di considerazioni particolarmente scrupolose. È per questo che il diritto penale ha regole specifiche che non possono essere estese ad altri settori del diritto.

---

[141] Ibid, p. 34.

[142] «Si dice che i diritti umani sono assoluti (significando in realtà che sono *prima facie*) perché in caso di conflitto con esigenze morali collettive o con richieste individuali non costitutive di diritti, riescono a imporsi, sostituendoli. O, in altre parole, i diritti umani sono concepiti come le esigenze morali più forti che vengono affermate nel discorso morale e, pertanto, possono cedere solo a fronte di esigenze morali equivalenti in conflitto con esse, cioè con altri diritti umani», Ibid, p. 41.

Tuttavia, il diritto penale – come tutti gli altri rami del diritto - è soggetto ai principi costituzionali: «Il sistema penale, all'interno di uno stato sociale di diritto… va concepito come il logico e ordinato svolgersi di precetti desumibili da principi fondamentali non in contraddizione tra loro, che rappresentano la cristallizzazione di valori politici basilari in una determinata società ed in una particolare epoca storica»[143].

Nel diritto penale troviamo principi cardine come: l'*extrema ratio*, la proporzione, la frammentarietà, la sussidiarietà, il principio di legalità, il principio di offensività, la presunzione di innocenza, il *ne bis in idem*, tra gli altri. Parlare dei principi in materia penale è, senza dubbio, appassionante ma anche motivo per una immensa discussione che, per il momento, in questa ricerca non possiamo permetterci. Tuttavia, appare opportuna una breve analisi di alcuni principi.

Negli stati costituzionali e democratici, il diritto penale funziona sotto la premessa fondamentale dell'offensività. Nella sua formulazione più elementare, questo principio sancisce che solo i comportamenti che offendono beni giuridici d'importanza fondamentale per la società possono essere sanzionati penalmente[144]. Questa è già una rivoluzione in sé, perché la ragione della sanzione è solo il comportamento socialmente offensivo e non un pensiero, un peccato, la semplice morale, oppure l'avere determinate caratteristiche fisiche o psicologiche. Non si punisce per ciò che si è o per quello che si vuole, ma solo perché la condotta lede – o mette in un pericolo - interessi socialmente apprezzati[145].

---

[143] MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali*, cit., p. 1721.

[144] Per una lettura generale sul principio d'offensività: BRICOLA, *Teoria Generale del Reato. Estratto dal «Novissimo digesto italiano»*, v. XIX, Torino 1974, p. 82 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale,* Torino 2005, p. 74 ss.; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione,* Padova 1996, p. 45 ss.; PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in AA. V.V., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996, p. 24 ss.; CADOPPI (a cura di), *Offensività e colpevolezza*, Padova 2002; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano1998, p. 85 ss.;CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli 2004, p. 331 ss.; nella dottrina spagnola, che influenza particolarmente quella latinoamericana, v. inoltre CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte General: nociones introductorias, teoría del delito*, Madrid 2002, p. 59 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona 2010, p. 150 ss.; DE TOLEDO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 43, 1990, p. 39 ss.

[145] Francesco Carrara già nel XIX secolo affermava: «Il diritto di proibire certe azioni, e dichiararle delitto, si attribuisce all'autorità sociale come mezzo di mera difesa dell'ordine esterno: non per il fine di perfezionamento interno […] i pensieri, i vizi, i peccati, quando non turbano l'ordine esterno, non possono dichiararsi delitti civili», CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca 1867, pp. 34-35. Secondo Luzón Peña, «Il diritto

Autorevole dottrina ha sostenuto con grande chiarezza che «il ricorso a parametri di criminalizzazione fondati su presupposti di tipo trascendente o, comunque, attingibili fideisticamente – quindi, di tipo irrazionale e pertanto non necessariamente condivisibili dalla generalità dei consociati - non può certamente costituire un fattore di aggregazione diffusa di consensi intorno alle regole ordinamentali, rendendo molto problematica l'accettabilità, a livello individuale, del singolo, concreto intervento penale consequenziale alla violazione di un mero precetto etico. Lo Stato non può né imporre un determinato sistema morale né, tanto meno, sottoporre il singolo a tutela morale attraverso lo strumento del diritto penale»[146].

Il diritto penale occupa un posto secondario all'interno delle regole di controllo sociale, nel senso che è uno strumento che dev'essere utilizzato solo quando altre istanze men invasive, e solitamente più efficaci, dimostrano la loro incapacità di affrontare un particolare problema sociale[147].

In tal modo, il diritto penale è concepito come un sottosistema di natura sussidiaria ed eccezionale. Eccezionale nel senso che deve intervenire solo in casi estremi, quelli in cui sono offesi beni di fondamentale valore per la società, e sussidiario perché negli altri casi – che costituisconol'ampia maggioranza - deve ricorrersi prima a strumenti extrapenali per evitare la realizzazione di tali comportamenti. Allo stesso modo, e in base al principio d'*extrema ratio*, deve farsi ricorso al diritto penale solo quando tutti gli altri strumenti giuridici hanno fallito. Zaffaroni, senza mezzi termini conclude che «la pena come risposta ad un'azione che non lede i diritti di nessuno è un'aberrazione assoluta che, in quanto tale, non può essere ammessa, perché la lesione del principio della razionalità repubblicana è enorme»[148].

---

penale deve intervenire solo di fronte a una lesione o messa in pericolo di concreti beni giuridici, il legislatore non può in modo assoluto punire solo per l'immoralità, la devianza o marginalità condotte che non offendano beni giuridici […]», LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3° ed., Valencia 2016, p. 21.

[146] MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 216.

[147] MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 5° ed., Valencia 2002, p. 64.

[148] ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 2ª ed., Bogotá 1990, p. 197.

Il diritto penale dovrebbe dunque costituirela ultima *ratio* statale per contenere condotte che offendono interessi legalmente protetti[149], perché la sanzione penale consiste essenzialmente nella privazione di un bene primario: la libertà[150].

Per questo motivo, il bene giuridico dev'essere chiaramente identificabile e preciso[151]. Non possono essere ammessi beni inafferrabili, onnicomprensivi o altamente astratti. I beni di questo tipo sono pericolosi perché possono essere oggetto – e in tantissimi casi lo sono stati - di manipolazioni illiberali[152]. Per gli stessi motivi, l'offesa dev'essere concreta e non una semplice speculazione o presunzione.

Perciò, è sempre necessario valutare, in sede di accertamento della realizzazione di un fatto penalmente tipico, se "l'offesa" si è effettivamente concretizzata, in forma di danno o almeno di concreta messa in pericolo del bene giuridico. Un fatto innocuo è atipico o, solo apparentemente tipico[153]. Pertanto, il principio di offensività è strettamente correlato al principio di legalità, il che implica che la tipicità richiede una lesione o messa in pericolo di beni giuridici protetti[154].

---

[149] «Il diritto penale deve essere l'ultimo strumento a cui ricorrere in assenza di altri mezzi meno dannosi, perché se la protezione della società e dei cittadini può essere raggiunta in certi casi con mezzi meno dannosi e gravi che quelli penali, non è necessario, né dovrebbe essere usato. Anche se i beni giuridici devono essere tutelati, laddove sono sufficienti i mezzi del diritto civile, del diritto pubblico o persino quelli extragiuridici, il diritto penale deve essere ritirato, poiché il suo intervento –con la durezza dei suoi mezzi- non sarebbe necessario e, pertanto, sarebbe ingiustificabile. Ci deve essere anche sussidiarietà all'interno delle sanzioni penali, non imponendo sanzioni gravi se altre meno severe sono sufficienti», LUZÓN PEÑA, cit., p. 22; Nello stesso senso MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN, cit., p. 59.

[150] «Questo principio è fondamentale per il diritto penale liberale. È la manifestazione precisa della prevalenza morale della persona rispetto al gruppo sociale. È la consacrazione della libertà come valore supremo; la libertà di fare ciò che vuoi senza più limite che la libertà degli altri […] Il principio giuridico della libertà si manifesta nel diritto penale attraverso il cosiddetto principio di offensività», SILVESTRONI, *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires 2004, p. 211. In senso simile Moccia «Il principio di offensività è espressione della supremazia della libertà personale rispetto allo Stato […] Il principio di offensività implica un bilanciamento in via immediata, diretta e rigida tra la libertà personale, sacrificata dalla punizione, e il bene giuridico tutelato», MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali*, cit., p. 1739.

[151] Per una riflessione generale: MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, p. 343 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, p. 24 ss.; FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1982, p. 48 ss.; FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, 7ª ed., Bologna 2014, p. 4; MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN, cit., p. 59 ss.

[152] MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 109 ss.; CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e liberta manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016, pp. 999-1015; CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una teoria costituzionalmente orientata,* Napoli 2017, p. 19; DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 50.

[153] FIORE, *La concezione realistica dell'illecito*, in VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Milano 1982, p. 57 ss.; FIANDACA e MUSCO, cit., p. 195.

[154] CATERINI, *Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza*, in *L'indice penale*, n. 2, 2016, p. 483.

La Corte di Cassazione italiana ha dichiarato che «il legislatore è vincolato ad elevare a reati solo fatti che siano concretamente offensivi di entità reali. L'interprete delle norme penali ha l'obbligo di adattarle alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo ai fatti concretamente offensivi in misura apprezzabile. Insomma, i beni giuridici e la loro offesa costituiscono la chiave per una interpretazione teleologica dei fatti che renda visibile, senza scarti di sorta, la specifica offesa già contenuta nel tipo legale del fatto»[155].

Come corollario di quanto precede, l'operatore giuridico deve limitare la responsabilità penale solo a quei comportamenti che sono concretamente offensivi d'interessi giuridici, al fine di dare coerenza al sistema normativo e rispettare i principi d'ordine costituzionale[156].

Il principio dell'offensività è collegato a molti altri principi fondamentali di uno stato di diritto costituzionale e democratico. Come abbiamo visto, il diritto penale dev'essere impiegato solo quando non ci sono altri strumenti per garantire la protezione di uno specifico bene giuridico, cioè l'intervento penale dev'essere idoneo e necessario. Idoneo nel senso che sia in grado di tutelare il bene guridico, e necessaria in quanto non possano essere utilizzate altre alternative meno lesive della libertà dell'individuo.

Al di là dei principi finora menzionati, il diritto penale presenta un particolare legame con i diritti fondamentali. Infatti, in molti casi i beni protetti dalla norma penale entrano in collisione con altri principi, come esempio, si può vedere nel caso di beni giuridici come l'ordine pubblico, la sicurezza, l'onore, la riservatezza, ecc., la cui tutela può porsi in conflitto con l'esercizio di diritti quali la libertà d'espressione e di stampa, il libero sviluppo della personalità e delle convinzioni religiose, politiche e, certamente, culturali.

Si pensi, ad esempio, a casi emblematici come quello dell'indiano Sikh che pretende di portare il turbante invece che il casco di sicurezza al lavoro o alla guida in motocicletta; della donna musulmana che porta il velo, in apparente contrasto con

[155] Corte di Cassazione, sent. 18/07/2013, n. 40354, in www.cortedicassazione.it
[156] CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 18.

asserite esigenze di sicurezza ed ordine pubblico[157]; della donna *rom* che pratica l'accattonaggio con i figli minorenni realizzando così un reato di cui all'art.600-*octies* c.p.; dell'albanese che, influenzato dall'idea di *pater familias* accettata nella sua cultura, realizza condotte inquadrabili nel reato di maltrattamento in famiglia; dei soggetti appartenenti a minoranze etniche, culturali e religiose che, per i più diversi motivi, praticano sui loro membri mutilazioni o deformazioni rituali varie (circoncisione, contrazione dei piedi, allargamento del collo); ecc[158].

In questi casi, c'è una collisione tra un interesse tutelato dalla norma e una manifestazione della libertà dell'individuo. Un principio cardine del diritto e di ogni società è l'imperativo kantiano secondo cui l'esercizio della libertà di ciascuno deve essere in grado di conciliarsi con l'esercizio della libertà degli altri[159]. Ad esso risponde il diritto e per questo motivo sono proibite, permesse o addirittura imposte determinate condotte. Compito del diritto è precisamente bilanciare questi interessi diversi.

Un diritto penale di impronta illuministica, basato su principi costituzionali, democratici e sociali deve operare contemperando i diversi interessi legittimi. Tuttavia, nella legislazione in molti casi ciò non si realizza. Infatti, il diritto penale frequentemente viene usato come uno strumento sanzionatorio di avanguardia, primario e immediato per sanzionare condotte bagattellari, cioè comportamenti che, sebbene talora offendano beni giuridici, lo fanno in modo minimo; conseguentemente, l'intervento penale risulta sproporzionato.

In questi casi, ciò non significa che tale condotte non possano essere oggetto di sanzione giuridica, ma non è la legge penale lo strumento idoneo per impedire la realizzazione di quelle condotte, in quanto possono essere utilizzati altri strumenti, come il ricorso alle sanzioni amministrative oppure civili. D'altra parte, in alcuni casi una condotta potrà essere meritevole di una severa censura sociale, ma, se vi sono

[157] L'art. 5 l. 22 maggio 1975, n. 152 (Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico), modificato dall'art. 2, l. 8 agosto 1977 rende punibile con l'arresto da sei a dodici mesi chiunque, tramite «l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo», renda difficile il proprio riconoscimento in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico.
[158] BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino 2006, p. 47.
[159] MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 101.

alternative meno invasive rispetto alla sanzione penale che permettano di contrastare quelle condotte in modo efficace, si dovrà preferire quelle: ad esempio, interventi di politica sociale, educativa, assistenziale oppure sanzioni alternative di carattere extrapenale[160].

Altre volte il diritto penale viene utilizzato contro comportamenti che non ledono – o mettono in concreto pericolo - beni giuridici meritevoli di tutela penale, trasgredendo, come abbiamo visto, uno dei principi cardine del diritto penale che è l'offensività. In particolare, nei "reati di pericolo astratto" si osserva una tendenza espansionistica di fronte ad "esigenze moderne" come la lotta al terrorismo, al traffico di droga, al negazionismo e ai "discorsi di odio" ecc.[161]

Un problema analogo si pone nell'utilizzo del diritto penale a difesa di una certa morale, laddove si sanzionano condotte che suscitano fastidio, irritazione o disgusto, ma che sono lontane dal presentare una concreta offensività. Ad esempio, nell'ordinamento italiano si punisce il mero consumo di pornografia minorile (art. 600 *quarter.1 c.p.*), gli spettacoli osceni in luogo pubblico (art. 528 c.p) o l'uso di droghe (art. 73, co. 1-bis, lett. a) d.p.r. 309/1990, novellato dalla l.n. 40/2006). Autorevole dottrina sostiene: «In una società estremamente pluralistica e disciplinata in modo laico non è consentito che una visione del mondo privata, anche se maggioritaria, diventi "legge"; anche le etichette di chiese, parti e gruppi sociali dominanti restano morali, non pubbliche»[162].

Tante altre volte il diritto penale viene usato in chiave simbolica, speculando sulla paura e sull'idea di nemico per giustificare la previsione di pene elevate, l'assenza di garanzie, la creazione di nuove fattispecie, ecc. Il 'nemico', esterno o interno, viene creato, per giustificare guerre, limitazioni di diritti, stati di eccezione e

[160] MARINUCCI e DOLCINI, cit., p. 14.
[161] Sul tema dei reati di pericolo astratto e del loro sospetto contrasto con i principi costituzionali di offensività, legalità e presunzione di innocenza, si vedano, nell'ambito di un'amplissima letteratura: MARINUCCI e DOLCINI, cit., p. 225; CANESTRARI, *Reati di pericolo*, in *Enciclopedia Giuridica,* v. XXIV, Roma 1991, p. 2 ss.; CEREZO MIR, *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*, in *Revista de derecho penal y criminología*, n. 10, 2002, p. 47 ss.; DE LA CUESTA AGUADO, *Tipificación del riesgo y delitos de peligro*, in *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, 2007, pp. 125-145; GUISASOLA LERMA, *Tendencia expansiva de los delitos de peligro y garantías penales: especial referencia a los delitos de peligro abstracto*, in *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, 2008, pp. 213-260; MAGE, *El bien jurídico y los delitos de peligro (con relación al medio ambiente y los daños acumulativos)*, in *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, 2008, pp. 399-429.
[162] DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 63 ss.

simili. Streghe, stregoni, stranieri, comunisti, tossicodipendenti, emarginati, barboni, prostitute, ebrei, indiani, tutto ciò che è diverso viene visto quale nemico su cui scaricare ogni colpa. La legge penale diventa uno strumento per stigmatizzare individui o culture considerate barbare e incivili.

Secondo Zaffaroni, «La spettacolarità rappresenta una caratteristica comune a tutte le forme di espressione dei sistemi autocratici, e non soltanto alle manifestazioni artistiche; ciò comporta che anche le legislazioni di tali regimi presentino un carattere marcatamente simbolico-espressivo». Il diritto penale è identificato come uno strumento "alla moda", secondo un'idea alimentata dai mass media: «[…] non lo si considera alla stregua di una profonda convinzione, ma come una moda, alla quale è necessario piegarsi, unicamente per non essere ritenuti antiquati o fuori luogo»[163].

L'antitesi al modello liberale di diritto penale basato sui principi è il modello del "tipo d'autore" in cui si punisce "per ciò che si è" e non per "ciò che si fa " e che effettivamente lede o mette in concreto pericolo un bene giuridico[164]. Il diritto penale liberale, caratteristico dei regimi democratici, protegge la libertà dell'essere umano che diviene responsabile di fronte alla legge solo quando, nell'esercizio di quella libertà, offende un bene giuridico altrui[165].

Il diritto penale dell'autore giudica non per la condotta, ma piuttosto per l'identità che caratterizza la persona, come se si potesse «"leggere" sul "corpo" degli uomini le stigmate originarie della malvagità»[166].

L'orientamento al tipo d'autore è caratteristico dei regimi autoritari[167]. In tali situazioni, vengono ignorati i principi caratteristici del garantismo penale, come l'offensività, la proporzionalità, la personalità della responsabilità penale, il finalismo

[163] ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: Da Satana al diritto penale cool*, in DOLCINI e PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, p. 769. In modo simile, Baratta ci insegna come il diritto penale molte volte è stato usato politicamente contro le minoranze, le classi indesiderate e i nemici dello Stato, si veda BARATTA, *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *La questione criminale*, 1976, pp. 237 ss.
[164] MARINUCCI e DOLCINI, cit., p. 10; FIANDACA e MUSCO, cit., p. 3.
[165] SILVESTRONI, cit., p. 355.
[166] MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. processo*, n. 5, 2016, p. 682.
[167] BACIGALUPO, *Manual de derecho penal.* Parte general, Bogotá 1996, p. 11.

rieducativo, la presunzione d'innocenza ed altri[168]. L'imputato viene considerato uno strumento, una semplice cosa di cui servirsi ai fini voluti. In questo sistema, i comportamenti che non offendono beni giuridici sono sanzionati ed è semplicemente la legge del più forte la che finisce per essere applicata.

Nel diritto penale dell'autore, è proprio la legge penale lo strumento per eccellenza – che dovrebbe essere l'*ultima ratio* in uno stato di diritto sociale e democratico - volto ad apporre l'etichetta di criminale o nemico a chi non soddisfa certe caratteristiche per essere identificato come un individuo "normale". In tal modo, l'essere "diverso" viene punito per la nazionalità, lo *status* di migrante, le caratteristiche fisiche, l'adozione di un certo credo o l'ascrizione ad una certa ideologia o modo di pensare[169].

In questa situazione è sufficiente la semplice presenza dell'individuo per la configurazione del reato. Questo modo di procedere non è nuovo e ricorda quella idea del "delinquente nato" che dovrebbe essere già superata. Sfortunatamente, la situazione attuale dimostra che in molti Paesi il diritto penale è diventato un apparato sanzionatorio che contribuisce alla selettività criminale piuttosto che alla protezione della libertà.

Zaffaroni sottolinea che il diritto penale contemporaneo funge da sistema selettivo che individua candidati alla criminalizzazione. Questa selezione è costruita in base alle caratteristiche personali del soggetto – normalmente stereotipi - che

[168] «Si parla di garantismo per designare l'insieme dei limiti e dei vincoli imposti a tutti i poteri – pubblici e privati, politici (o di maggioranza) ed economici (o del mercato), a livello statale e a livello internazionale -, onde tutelare, tramite la loro soggezione alla legge e specificamente ai diritti fondamentali in essa stabiliti, così le sfere private contro i poteri pubblici, come la sfera pubblica contro i poteri privati», FERRAJOLI, *Garanzie e garantismo penale*, cit., pp. 12-13.

[169] Sul diritto penale del nemico, cfr. fra gli altri: JAKOBS e CANCIO MELIÀ, *Derecho penal del enemigo*, Navarra 2006; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid 2001, p. 166 ss.; ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Madrid 2006; PÉREZ DEL VALLE, *Sobre los orígenes del Derecho penal del enemigo*, in *Cuadernos de Política Criminal*, n. 75, 2001, p. 598 ss.; MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, in *Revista Penal*, n. 16, 2005, pp. 123-137; CATERINI, *La criminalización de lo diferente*, in *Revisa de derecho penal y criminología*, n. 8, 2016, p. 147 ss.; VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in PASTORE e PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, Milano 2008, p. 107 ss.; DEMURO, *Il "diritto penale del nemico" e i diritti fondamentali nell'era del terrorismo*, ivi, p. 149 ss.; FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, ivi, p. 161 ss.; MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.,* 2007, p. 470 ss.; PAGLIARO,*"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. Pen.* 2010, p. 2460 ss.; CAVALIERE, *Italia. Derecho penal máximo y diversión discrecional. Una hipótesis sobre neoliberalismo y política criminal, desde una perspectiva italiana*, in *Revista General de Derecho Penal*, n. 28, 2017.

generano all'interno del sistema una violenza selettiva ed istituzionale rivolta a quei soggetti[170]. Da questo punto di vista, il diritto si allontana completamente dai principi liberali e garantisti, diventando un sistema inquisitorio, una grottesca involuzione autoritaria. Nel sistema penale italiano, questa situazione può essere osservata in diversi reati contro il patrimonio – nei quali si riscontra una tendenza classista, con un trattamento repressivo ingiustificatamente più severo rispetto ad altri reati -; in materia d'immigrazione clandestina – ove si sanziona penalmente il mero fatto di trovarsi irregolarmente nel territorio italiano -; nei reati culturalmente orientati – l'accattonaggio di minori e le mutilazioni genitali femminili, rivolti rispettivamente alla popolazione Rom e alla popolazione musulmana -; per citare alcuni esempi[171].

Come abbiamo visto, il diritto penale odierno si trova di fronte a complessi scenari in cui il carattere illuminista è a rischio. Si può ricordare quella bellissima allegoria presentata da Lewis Carroll in *Alice nel paese delle meraviglie.* Ricordiamo il passaggio: Alice chiede consiglio al gatto sul percorso da seguire. Egli risponde "dipende da dove vuoi andare" e Alice indica prontamente che la strada non ha importanza. Il gatto, con una risposta acuta, sentenzia: "Allora non importa dove vai". Oggi, più che mai, il diritto penale deve urgentemente riesaminare i suoi obiettivi per sapere quale strada scegliere.

Concretamente e concentrandoci sulla nostra ricerca, è facile vedere che situazioni di questo tipo le troviamo in particolare quando il diritto penale si confronta con espressioni culturali, religiose e d'identità. In alcuni casi, il diritto penale risponde alla diversità in base a parametri di garanzia che cercano di raggiungere un equilibrio tra l'arbitrio dell'individuo e gli interessi tutelati dall'ordinamento. Ciò può essere realizzato grazie a norme che riconoscono la diversità culturale e prevedono un trattamento speciale, oppure, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in presenza di una determinata condotta, permettendo così

[170] ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, cit., p. 199.
[171] In relazione al carattere classista e repressivo dei reati patrimoniali, si veda MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Pádova 1988, p. 13 ss.; In relazione alla genesi di diversi reati come risposta alla presunta pericolosità di soggetti emarginati: ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal,* Buenos Aires 2005, p. 39 ss.; CAVALIERE, *Neoliberismo e politica criminale repressiva,* in *Rivista Costituzionalismo*, 1, 2018; CATERINI, *La criminalización de lo diferente*, cit., p. 147 ss.; MALDONADO SMITH, *Multiculturalismo y derechos humanos en Italia, encrucijadas y perspectivas*, in *Revista General de Derecho Penal*, n. 29, 2018.

una valutazione più ampia e adeguata della legge al momento della commisurazione della pena o, addirittura, ritenendo non punibile il fatto. In altri casi, l'ordinamento risponde con l'intolleranza, rifiutando di riconoscere un trattamento speciale alla diversità e, di conseguenza, includendo la condotta realizzata nelle categorie già esistenti nell'ordinamento, senza nessuna valutazione particolare; oppure, nel peggiore dei casi, l'ordinamento reagisce introducendo reati, oppure aggravanti, rivolte a quelle particolari forme d'espressione culturale.

In un modello principialista il diritto deve orientarsi ai principi costituzionali[172]. Riteniamo, quindi, che sia possibile un trattamento e un'interpretazione che risponda alla diversità culturale. Nel caso dell'interpretazione, in molti casi essa risulta uno strumento imprescindibile. Il compito del giudice, anche di quello penale, nei tempi attuali è quello sì di difendere la legge, ma prima la Costituzione e i principi fondamentali che quella contiene[173].

E' innegabile l'esistenza di fenomeni come la migrazione internazionale, la globalizzazione e le esigenze di riconoscimento giuridico di gruppi linguistici, etnici e religiosi in praticamente tutti i Paesi. Si tratta di una realtà verso la quale il diritto non può rimanere neutrale. Esso può assumere una posizione che contribuisca all'integrazione tra culture diverse oppure tendere verso un modello intollerante, omogeneo e pietrificato, che neghi la realtà. Condividiamo l'idea secondo cui «il sistema del diritto penale, assiologicamente orientato ai principi fondamentali di garanzia, tende, dunque, a pervenire ad un'architettura normativa vicina alla realtà […] Uno stretto collegamento tra norme giuridiche e realtà sociale è, infatti, la premessa per la costruzione di un ordinamento che aspiri ad esprimere una logica afferrabile dai destinatari e, coerentemente, persegua prospettive di praticabilità»[174]. Attualmente, l'inadeguatezza del diritto penale a fronte di fenomeni attuali come la

[172] «L'insieme dei principi, che concernono il diritto penale presuppone sempre una lettura sistematica della Costituzione […] Il compito precipuo di chi ha a che fare con il diritto penale è di leggerlo e di interpretarlo come insieme di regole a difesa della società», MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali*, cit., p. 1726.
[173] «[…] non si tratta, infatti, di negare l'esistenza di uno spazio ermeneutico, ma di circoscriverlo alla luce dei principi della Costituzione», Ibid, p. 1729.
[174] Ibid, pp. 1723-1724.

migrazione o il multiculturalismo è evidente, mostrando un innegabile segno di chiusura e intolleranza.

Nel 1946, Bilbo Istvan si riferiva alla democrazia e al riconoscimento della pluralità etnica nei termini seguenti: «In uno stato di paura paralizzante, che afferma che il progresso della libertà mette a rischio gli interessi delle nazione, non si possono raccogliere tutti i benefici offerti dalla democrazia. Essere democratico implica, in primo luogo, non aver paura: non temere coloro che hanno opinioni diverse, o parlano lingue diverse o appartengono ad altre razze. I Paesi dell'Europa centrale e orientale avevano paura perché non erano pienamente maturi come democrazie e non potevano diventare democrazie mature perché avevano paura»[175].

Dopo più di settanta anni, le paure verso la differenza culturale continuano a paralizzare le nostre società e, sfortunatamente, il clima attuale non è molto diverso da quello descritto da Istvan. Tuttavia, oggi abbiamo i diritti fondamentali, il recupero di una concezione principialista del diritto e l'esistenza di Costituzioni rigide e garantiste che sono limiti insormontabili al potere assoluto. Il ritorno dell'odio, dell'intolleranza e della violenza, tuttavia, è sempre latente.

[175] ISTVAN, *The Distress of East European Small States*, in NAGY (coord), *Democracy, Revolution, Self-Determination*, New York 1991, p. 42.

Capitolo II

Diritto penale e cultura

Erodoto racconta che Dario, antico Re di Persia, una volta convocò un gruppo di greci alla Corte e domandò loro per quale prezzo avrebbero acconsentito a mangiare i resti dei loro genitori defunti. Essi dichiararono che per nulla al mondo avrebbero potuto fare una cosa simile. Nello stesso momento, e davanti ai greci, Dario fece entrare quegli egiziani chiamati *callati*, i quali avevano l'usanza di divorare i resti dei loro genitori defunti. A questi ultimi Dario domandò per quale prezzo avrebbero bruciato i cadaveri dei loro genitori. Essi immediatamente pregarono il Re di non essere blasfemo[176].

Questo episodio accaduto tanti secoli fa non è per niente lontano da quelli che si verificano ogni giorno nelle società contemporanee; si tratta di problemi del rapporto tra diritto e cultura, in particolare nell'ambito dei c.d. *reati culturalmente orientati*. Sia per l'esistenza del fenomeno migratorio, sia per la presenza di gruppi umani culturalmente diversi all'interno di tutte le società, il problema della conciliabilità tra le diverse espressioni culturali è sempre presente, e questa è una naturale manifestazione della "società multiculturale"[177].

Ogni società possiede "norme di condotta" che definiscono i comportamenti permessi, vietati oppure imposti. Le società pluralistiche si caratterizzano per avere al loro interno diversi gruppi culturali, ognuno dei quali si fa portatore di "norme di

[176] ERODOTO, *Le storie,* libro terzo, co. 38, citato in: BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale,* cit., p. 49.

[177] Sul fenomeno multiculturale nelle società odierne, si veda: KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale,* cit., *passim*; TAYLOR e HABERMAS, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. it. L. Ceppa, Milano 2003, p. 9 ss.; MILLER, *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*, trad. Á. Rivero, Barcelona, 1997; LUKES e JOPPKEM, *Multicultural questions,* Oxford 1999; BAUMAN, *La società dell'incertezza,* Bologna 1999; MAFFETTONE, *Liberalismo, multiculturalismo e diritti umani*, in CANIGLIA e SPREAFICO (a cura di), *Multiculturalismo o comunitarismo?* Roma 2003, p. 213 ss.; HÖFFE, cit., p. 14 ss.; GALLI (a cura di), *Multicultualismo. Ideologie e sfide,* Bologna 2006, p. 7 ss.; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 8 ss.; COLOMBO, *Le società multiculturali*, Roma 2002.

condotta", che non necessariamente sono uguali per tutti. In molti casi la somiglianza è molto forte, in altri le divergenze acquistano maggior rilievo ma restano comunque tollerabili; in altri casi ancora la contrapposizione è assoluta e mette in crisi i presupposti minimi per la pacifica convivenza[178]. È in questi ultimi casi di collisione (collisione impropria di norme) che il diritto penale funge da *territorio di frontiera*[179].

Per reato culturalmente orientato si intende «un comportamento realizzato da un membro appartenente ad una cultura di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico della cultura dominante. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale dell'agente è accettato come un comportamento normale, approvato, o addirittura incoraggiato, in determinate circostanze»[180].

I reati culturalmente motivati si presentano in materie assai diverse, come i reati contro la libertà sessuale (soprattutto delle donne); contro la famiglia (ad esempio, matrimoni incestuosi, poligamici, violenza in famiglia; si pensi inoltre al c.d. *ius corrigendi*); gli atti di vendetta dell'onore familiare (maschile o femminile); i reati contro la persona (lesioni, mutilazioni o deformazioni "rituali" del corpo); reati in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope.

In questo capitolo la nostra analisi sarà rivolta al rapporto tra cultura e diritto, in particolare nel settore penale. Illustreremo come gli Stati rispondono al fenomeno della diversità culturale in un modo assimilazionista o multiculturale e, inoltre,

---

[178] L'analisi dei conflitti culturali sotto un profilo penale/criminalistico risale all'opera di SELLIN, *Culture conflict and crime,* New York 1938. Inoltre, un classico della letteratura sul tema è Huntington, che evidenza questi problemi nel seguente modo: «L'identità comporta la differenziazione. La differenziazione implica la comparazione, ossia l'identificazione degli aspetti in base ai quali il "nostro" gruppo differisce dal "loro". La comparazione, a sua volta, genera la valutazione: le logiche del nostro gruppo sono migliori o peggiori? L'egotismo di gruppo porta alla giustificazione: le nostre logiche sono migliori delle loro. Poiché i membri dell'altro gruppo sono impegnati in un processo analogo, le giustificazioni in conflitto innescano la competizione […] La competizione porta all'antagonismo e alla "dilatazione" di quelle che inizialmente apparivano divergenze limitate, che diventano così più intense e radicali. Si creano degli stereotipi, l'avversario viene demonizzato, l'altro si tramuta in nemico», HUNTINGTON, *La nuova America. Le sfide della società multiculturale*, trad., it. R. Merlini, Roma 2005.

[179] BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 71. Sulla collisione impropria di norme, si veda: BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale,* Milano 1963, pp. 63-66.

[180] BROECK, *Cultural defense and culturally motived crimes (cultural offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, p. 1 ss. Citato in: BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2007, pp. 7 e 31.

analizzeremo le differenze che esistono tra società pluralistiche di tipo multinazionale e di tipo polietnico, svolgendo, allo stesso tempo, alcune considerazioni sul relativismo culturale (cultura e diritti umani).

2.1 I modelli giuridici

Di fronte ai reati culturalmente motivati, gli ordinamenti giuridici reagiscono in modo diverso, ma, in generale, possiamo individuare due grandi modelli. Il primo è rappresentato dalla assoluta irrilevanza del fattore culturale (modello assimilazionista). Il secondo è caratterizzato, invece, dalla ampia considerazione del movente culturale, e, in ambito penale, si riflette nella previsione di circostanze suscettibili di attenuare o addirittura escludere la responsabilità (modello pluralistico o multiculturalista)[181].

In fondo, questi modelli partono da una concezione diversa del principio di uguaglianza. Il modello assimilazionista parte da un'idea formale, secondo la quale la parità di trattamento deve imporsi a prescindere dalle differenze di qualunque tipo. Lo Stato, quindi, deve assicurare un trattamento indifferenziato al fine di garantire la piena uguaglianza – formale - di tutti. Al contrario, nel modello multiculturale si riconosce che esistono divergenze sostanziali all'interno della società che impediscono *di fatto* il raggiungimento di una piena uguaglianza formale degli individui. Si riconosce l'importanza del fattore culturale, capace di condizionare le scelte fondamentali degli individui; perciò, la diversità culturale viene riconosciuta, con conseguente adozione di strategie più tolleranti e pluraliste. Occorre segnalare che, nonostante queste differenze, i due modelli cercano in fondo di raggiungere

[181] FORNASARI, *Mutilazione genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in BERNARDI, PASTORE e PUGIOTTO. *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare.* Milano 2008, pp. 181-182; BERNARDI, *Modelli penali e Società multiculturale,* cit., p. 74 ss.; De Maglie distingue tre modelli, il primo è l'*assimilazionista* che, a loro volta, può essere *assimilazionista-egualitario* o *assimilazionista-discriminatorio* a seconda che il movente sia il principio di uguaglianza formale (modello francese) oppure l'iperpunizione delle differenze (modello italiano). Il secondo modello è il *multiculturale debole* che intende assicurare l'apertura alle differenze tramite le categorie giuridiche già esistenti nell'ordinamento. Infine, il modello *multiculturalista forte* risulta aperto alle differenze e, addirittura, riconosce nuove categorie per garantire la tutela delle differenze. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 32-33.

l'uguaglianza degli individui e la pacifica convivenza sociale, adottando, però, strumenti diversi[182].

L'esempio classico di un ordinamento riconducibile al modello assimilazionista è quello della Francia che, data la sua particolare storia di lotta rivoluzionaria contro i privilegi e le differenze di qualunque tipo - anche stimolata da un nazionalismo forte -, difende un modello rivolto all'uguaglianza formale e alla neutralità dello Stato. In tale contesto, il sistema è rivolto a raggiungere l'omogeneità sociale e culturale; si pensi, ad esempio, alla legge francese del 15 marzo 2004, n. 228, che vieta l'ostensione di simboli religiosi all'interno delle scuole pubbliche, oppure le riserve che la Francia ha apposto in relazione agli strumenti internazionali relativi ai diritti fondamentali come il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (art. 27) e la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia (art. 30) al fine di non consentire l'applicazione di norme che garantirebbero diritti culturali differenziati alle minoranze culturali nel suo territorio[183].

Esempi del secondo modello li possiamo trovare in Inghilterra, Canada, Australia, Messico e Colombia. In questi Paesi, il presupposto è il riconoscimento giuridico/politico della diversità culturale, in alcuni casi tramite leggi apposite che individuano aspetti rilevanti della pluralità. In Inghilterra, per esempio, lo *Shop Act (1950)* permette l'apertura dei negozi ebraici la domenica; il *Road Traffic Act (1998)* e l'*Employment Act (1989),* permettono l'uso di un turbante invece del casco protettivo ai *Sikh* sia in motocicletta che al lavoro*;* o ancora il *Matrimonial Proceedings Act (1972)* permette il riconoscimento del matrimonio poligamico alla popolazione musulmana[184].

In altri casi, il trattamento della diversità in Stati multiculturali si realizza tramite l'esistenza di norme di parte generale. Nell'ambito penale si pensi, ad esempio, all'art. 15 del codice penale peruviano, che riconosce *l'errore*

[182] FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari 2001, pp. 11-20.
[183] Ibid, pp. 116-117; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 77.
[184] FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale,* cit., p. 16.

culturalmente condizionato[185]. Nell'ambito delle popolazione indigene e tribali, addirittura, esistono norme giuridiche che riconoscono l'esistenza di sistemi giuridici paralleli all'ordinario e che permettono a questi gruppi di applicare le loro regole di condotta nella risoluzione dei propri conflitti, compresi quelli di rilevanza penale; si pensi ai *sentencing circles* riconosciuti in Canada, Nuova Zelanda ed Australia ai popoli indigeni[186] e, in Messico e Colombia, alla giurisdizione speciale indigena tutelata dall'art. 2 della Costituzione messicana[187] e dall'art. 246 della colombiana[188].

Occorre precisare che anche se tutti i Paesi prima segnalati hanno delle caratteristiche che permettono di definirli come assimilazionisti o multiculturalisti, in realtà i modelli "puri" non esistono; piuttosto, si tratta di un'ibridazione che risponde alle situazioni politiche e sociali di ogni Paese.

Il Messico risponde ad un modello multiculturale forte, come può avvertirsi nel riconoscimento dell'autodeterminazione conferito alle popolazioni indigene e ad altri gruppi tribali. La stessa Costituzione lo rende esplicito con l'art. 2, comma 2, secondo cui «La Nazione ha una composizione multiculturale fondata sulle popolazioni indigene»; nel medesimo articolo, la Costituzione riconosce diversi diritti culturalmente differenziati in base all'autodeterminazione che caratterizza questi gruppi umani. Sul punto si tornerà più ampiamente nel capitolo quarto.

L'Italia presenta un modello contrassegnato da ambiguità. Esistono norme che valutano positivamente la multiculturalità ma, allo stesso tempo, norme orientate a completa indifferenza e, addirittura, ad intolleranza, particolarmente in tempi recenti.

---

[185] «Chiunque, a causa della sua cultura o delle sue abitudini, commetta un reato senza essere in grado di comprendere la natura criminale del suo atto o determinarsi in base a tale consapevolezza, sarà esente da responsabilità. Quando per la stessa ragione, questa possibilità sia diminuita, la pena sarà attenuata».
[186] BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 49 ss.
[187] «Questa Costituzione riconosce e garantisce il diritto delle popolazioni indigene all'autodeterminazione e, di conseguenza, l'autonomia nell'applicazione dei propri sistemi normativi al fine della risoluzione dei conflitti interni, nel rispetto dei principi generali di questa Costituzione, delle garanzie individuali, dei diritti umani e, specialmente, della dignità e dell'integrità delle donne».
[188] «Le autorità delle popolazioni indigene potranno esercitare funzioni giurisdizionali nel loro ambito territoriale, in conformità con le proprie regole e procedure, a condizione che non siano contrarie alla Costituzione e alle leggi della Repubblica».

Il d. lgs, 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico sull'Immigrazione), prevede all'art. 42 che lo Stato, le Regioni e le autonomie locali, nell'ambito della loro competenza, dovranno favorire «la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali, ricreative, sociali, economiche e religiose degli stranieri regolarmente soggiornati in Italia». Similmente, l'art. 43 T.U. cit., vieta ogni discriminazione diretta o indiretta a danno degli immigrati e, l'art. 38 co. 3 della stessa legge prevede che «la comunità scolastica accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra culture e della tolleranza; a tal fine promuove e favorisce iniziative volte alla accoglienza, alla tutela della cultura e della lingua d'origine e alla realizzazione di attività interculturali comuni».

Un'altra manifestazione di tenue multiculturalismo può trovarsi nella "Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione", adottata con decreto del Ministero dell'interno il 27 aprile 2007. Nel suo prologo, si afferma che «la Carta enuclea, anche in un'ottica programmatica ed in vista di una sempre più ampia realizzazione, i principi ispiratori dell'ordinamento e della società italiana nell'accoglienza e regolazione del fenomeno migratorio in un quadro di pluralismo culturale e religioso». Al punto 1 si afferma che «l'Italia è impegnata perché ogni persona sin dal primo momento in cui si trova sul territorio italiano possa fruire dei diritti fondamentali, senza distinzione di sesso, etnia, religione, condizioni sociali». Al punto 3, che «i diritti di libertà, e i diritti sociali, che il nostro ordinamento ha maturato nel tempo devono estendersi a tutti gli immigrati». Infine, al punto 4 si afferma che «alle donne, agli uomini, ai giovani immigrati l'Italia offre un cammino di integrazione rispettoso delle identità di ciascuno, e che porti coloro che scelgono di stabilirsi nel nostro Paese a partecipare attivamente alla vita sociale».

Allo stesso modo, è possibile trovare singole disposizioni che danno particolare rilevanza al fattore culturale, prevedendo regimi giuridici speciali in virtù dell'appartenenza religiosa/culturale; questo è il caso del d. lgs. n. 333/1998, che all'art. 5, comma 2, riconosce la macellazione di animali secondo i diversi riti religiosi. Anche in tema di protezione di animali, la legge n. 20/2004 prevede, all'art. 3, che le fattispecie incriminatrici previste nel Titolo IX *bis* «non si applicano […] alle

manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente». In questi casi, le suddette leggi costituiscono un regime d'eccezione alle norme penali in materia di protezione degli animali, ma è da evidenziare che la rilevanza culturale/religiosa è appunto il movente che giustifica l'eccezione[189].

Per contro, ci sono anche tendenze inverse in ambito normativo; si pensi, ad esempio, al reato di mutilazioni degli organi genitali femminili (art. 583 bis c.p.) contrassegnato dalla sua inopportunità (esisteva già il reato di lesioni gravi e gravissime) e dall'esasperato accanimento punitivo, oppure all'art. 600 octies c.p., che prevede come reato l'utilizzo dei minorenni nell'accattonaggio, rivolgendosi fondamentalmente alla popolazione Rom; si tratta di una norma anch'essa caratterizzata dall'inopportunità (non ha nessun effetto di prevenzione né generale né speciale) e dall'eccesso punitivo (diventa reato una condotta che precedentemente era solo una contravvenzione).

Anche la prassi ' giudiziale rispecchia queste ambivalenze: da una parte, è possibile trovare sentenze nelle quali si concede particolare rilevanza al fattore culturale, sia come circostanza attenuante sia come causa esimente da responsabilità, dall'altra, vi sono sentenze che negano qualunque tipo di rilevanza al fattore culturale o, addirittura, esplicitamente lo stigmatizzano. Nel primo caso, per esempio, possiamo citare la sentenza 19 febbraio 2009 del Tribunale di Cremona, concernente una persona appartenente alla comunità *sikh* che indossava il suo caratteristico coltello "*kirpan"* in luogo pubblico. In questo caso il Tribunale concluse che la condotta dell'agente sarebbe stata giustificata dalla sua fede religiosa, che, essendo un diritto tutelato dall'art. 19 della Costituzione, è, meritevole di tutela[190]. Per contro, nel caso *Bajrami*, riguardante un caso di maltrattamenti in famiglia, realizzato da un immigrato di origine albanese sulla moglie e suoi loro figli, la Corte negò rilevanza al fattore culturale e addirittura affermò che tale consuetudini, prassi e costumi erano "barbari" e che non potevano essere difese «a fronte dei risultati

[189] In argomento: ROCCELLA, *Macellazione rituale e diritto islamico*, in FARRARI (a cura de), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica della comunità islamica in Italia*. Bologna 2000, pp. 201-222.
[190] Caso citato in: DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 65.

ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona»[191].

In un paragrafo successivo del presente lavoro ci soffermeremo in modo approfondito sulla situazione italiana; per ora basta segnalare come il sistema italiano sia caratterizzato da ambivalenza, contraddizioni e da una crescente criminalizzazione dei reati culturalmente orientati, accentuatasi negli ultimi anni, circostanza che sembra rendere l'Italia più vicina ad un modello assimilazionista[192].

In ogni caso, sia in riferimento all'Italia che al Messico o ad altri Paesi, queste prime considerazioni ci inducono a formulare altre domande a cui conviene rispondere: di fronte ad un reato culturalmente motivato come deve reagire il diritto penale? Conviene dare rilievo alla condotta, permettendo un'attenuazione della pena o addirittura non applicandola? Oppure, è opportuno sanzionare la condotta in modo più severo a causa del movente culturale? Che importanza potrebbe avere la cultura?[193]

In seguito, provando a dare una risposta a queste domande, chiarificheremo alcune situazioni, cominciando dal concetto di cultura e, particolarmente, dal concetto di cultura penalmente rilevante, visto che non tutte le manifestazioni culturali danno luogo a reati culturalmente motivati.

2.2 Il concetto di cultura e il suo profilo rilevante nei reati culturalmente orientati

Il concetto di "cultura" sfugge ad una precisa descrizione e questo ne ha consentito il proliferare di definizioni[194]. Ai fini del presente lavoro e seguendo i

[191] Caso citato in: BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* IV, 2007, p. 58. Anche, nel caso Bel Baida Bouabid, Cass. Sez. VI, 30 gennaio 2007, relativo ad un marocchino che costringeva il piccolo nipote a chiedere l'elemosina per le strade di Torino, la Cassazione aveva fatto riferimento a una "etica dell'uomo" e considerò tale pratica come una opzione "sub-culturale", v. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 57.

[192] Nella terminologia usata da De Maglie, si tratterebbe di un modello assimilazionista/iperpunitivo delle differenze, Ibid, pp. 32-33.

[193] BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 34.

[194] Per approfondire questo concetto da un punto di vista antropologico e sociologico: BURNETT TYLOR, *The origins of culture*, New York 1958; GEERTZ, *Interpretazione di culture*, trad., it. E. Bona, Bologna 1998, p. 26 ss.; CLIFFORD, *I frutti puri impazziscono. Etnografia, letteratura e arte nel secolo XX*, trad., it. M. Marchetti, Torino 1993; FABIETTI, *Elementi di antropologia culturale,* Milano 2004, p. 12; TAYLOR e HÄBERMAS, cit., p. 9 ss.

parametri internazionali più condivisi riprendiamo la definizione della *Dichiarazione Universale UNESCO sulla Diversità Culturale* del 2001, ove si afferma che la cultura è «un insieme di tratti distintivi presenti nella società o in un gruppo sociale, quali quelli spirituali, materiali, intellettuali ed emotivi e che include sistemi di valori, tradizioni e credenze, insieme all'arte, alla letteratura e ai vari modi di vita».

Sul concetto di *cultura* è frequente riscontrare equivoci che bisogna chiarire. *In primis*, si deve dire che la cultura non è una "cosa" o una "realtà in se", non ha una esistenza propria, ma è sempre l'espressione delle condotte degli individui. Sono le persone che creano ed esprimono cultura. Per questo, quando si tutela la *cultura* non si protegge una cosa o un'entità, ma gli individui per i quali la cultura riveste un'importanza fondamentale[195].

La cultura, inoltre, non è un prodotto statico ed immodificabile; essa è connotata da un permanente processo di costruzione nel quale gli individui si appropriano di determinate prassi, consolidandole, abbandonandole oppure reinterpretandole, secondo le necessità individuali e sociali. Questa situazione permette che le culture entrino in continuo contatto tra loro e, di conseguenza, si modifichino. Le culture non sono mai "pure", ma piuttosto rappresentano incroci di diverse pratiche acquisite nel corso della storia. Queste pratiche si scambiano, si "prestano", si "imitano".

Solitamente si parla della cultura come se fosse una sola, ma, in realtà, le culture sono tante e variabili, così come tantissimi sono i modi di vivere e di pensare. Purtroppo, molte volte si pensa che esista solo un modo di vivere qualificato come "accettabile" o "corretto" e si denigra e sottovaluta quello che non è come il nostro. Non esiste un'umanità unica, cioè, un unico modo di essere "umano", ma tantissimi modi e le culture sono l'espressione di questo; ogni cultura è un sistema coerente all'interno del quale acquistano senso tutte le manifestazioni umane. L'uomo, infatti, è un "animale portatore di cultura", ogni suo comportamento è culturalmente

[195] RAZ, *Multiculturalismo: una concepción liberal*, in *La ética en el ámbito público*, trad. M.L. Melon, Barcelona 2001, pp. 187-188; PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., p. 1616.

condizionato, compreso il soddisfacimento dei bisogni biologici (l'alimentazione, il modo di dormire, la sessualità, la socializzazione, il modo di pensare, ecc.)[196].

La cultura è un fattore che modella l'identità sia collettiva che individuale, identifica e caratterizza gli individui, i popoli, le comunità e le nazioni. Di conseguenza, il riconoscimento e la protezione della cultura diventa uno strumento per la protezione dell'identità. Attraverso la cultura si costruisce la percezione che ognuno ha di se stesso e delle proprie caratteristiche fondamentali, ma anche la percezione che gli altri hanno del singolo[197]; l'identità culturale è, come segnala Kymlicka, «un ancoraggio per l'autoidentificazione»[198]. Garantire la cultura non è un «favore dello Stato […] ma un bisogno umano vitale»[199]. Per questa ragione, quello alla cultura è un diritto fondamentale.

La cultura, inoltre, essendo quell'insieme di tratti distintivi di un gruppo sociale, condiziona il carattere, ma anche l'atteggiamento che ci si aspetta dagli individui nel gruppo sociale di appartenenza. Le culture sono, in tal senso, sistemi di aspettative, in base ai quali si prevedono determinati comportamenti da parte degli individui. Se qualcuno si comporta nel modo aspettato, viene ricompensato, mentre se si comporta in modo diverso viene punito[200].

Nonostante ciò, non tutte le culture rivestono importanza ai sensi del diritto penale nei c.d. reati culturalmente motivati. Quando ci riferiamo alla cultura nell'ambito del diritto penale, non ci riferiamo alla cultura dei "lettori di romanzi", delle femministe, dei tifosi di una squadra di calcio, ecc. Ci riferiamo alla cultura 'etnica' che condividono certi popoli, comunità o nazioni.

In un saggio scritto negli anni '90 del secolo scorso, Joseph Raz e Avishai Margalit utilizzarono l'idea degli *encompassing groups*, i quali sarebbero gruppi dotati di «una cultura di particolare densità, ricchezza e spessore, capace di

[196] PROVERA, *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli 2018, p. 204; HÖFFE, cit., p. 119.
[197] TAYLOR e HÄBERMAS, cit., p. 9. La cultura «è il nido che l'uomo costruisce nel mondo», GEHLEN, *Prospettive antropologiche*, Bologna 1987, p. 32.
[198] KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 157.
[199] TAYLOR e HABERMAS, cit., p. 9 ss.
[200] BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., pp. 22-27.

influenzare plurimi aspetti della vita delle persone», che «definisce o contrassegna una varietà di forme o stili di vita, di attività, occupazioni, obiettivi, relazioni» e che penetra «al di là di un singolo ambito […] compresi numerosi ambiti di fondamentale importanza per il benessere degli individui[201]».

Questa cultura è capace di condizionare in modo significativo i gusti, le opinioni, le scelte, gli apprezzamenti, le aspettative, le usanze, le abitudini e in generale il comportamento degli individui appartenenti a tale gruppo in aspetti fondamentali della vita. Secondo Raz e Margalit, gli "*encompassing groups"* si caratterizzano per essere formati da un rilevante numero di individui, disporre di una lingua comune e, normalmente, di un legame con un territorio geografico[202]. Caratteristiche che condividono anche quei gruppi ai quali si riferisce la nostra ricerca.

In senso simile, Will Kymlicka utilizza l'espressione "cultura di una società" (*societal cultures*), riferendosi a quel tipo di cultura «che conferisce ai propri membri modi di vivere dotati di senso in un ampio spettro di attività umane, ivi comprese la vita sociale, formativa, religiosa, ricreativa ed economica, nonché la sfera pubblica come quella privata[203]».

Secondo Kymlicka, esiste un rapporto fondamentale tra la cultura e la libertà individuale. La libertà, infatti, presuppone la possibilità di scelta tra diverse alternative ed è proprio la cultura di una società quella che determina le alternative, così come il loro significato[204]. Quando ad un individuo viene negato l'accesso alla sua cultura si nega anche il sistema di significati che condiziona la sua esistenza. Certamente, è possibile che una persona abbandoni la sua cultura originaria per abbracciarne un'altra, ma si tratta di un'eventualità difficile e rara, se non addirittura

[201] MARGALIT e RAZ, *National Self-determination,* in *Journal of Philosophy,* 1990, p. 439 ss.
[202] Ibid, pp. 443-444.
[203] KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 134 ss.
[204] In modo simile si esprime Amy Gutmann: «Le culture forniscono contesti in cui gli individui esercitano la loro libertà e le loro opportunità. A seconda che una persona sia cresciuta come navajo, amish, basco, catalano, scozzese, gallese, israeliano ultra-ortodosso, israeliano laico, inuit, quebecchese o anglofono canadese, le loro scelte culturali saranno diverse. La natura delle loro opzioni e anche la loro portata varieranno in base all'educazione culturale ricevuta dalla persona ed al contesto culturale. Le persone libere dovrebbero essere in grado di scegliere da sole come condurre la propria vita tra le diverse opzioni che vengono loro presentate, ma l'"ambiente delle possibilità" non può essere scelto», cfr. GUTMANN, *La identidad en democracia*, trad., E. Otero, Buenos Aires 2008, p. 66.

impossibile[205]. Quel processo, inoltre, è doloroso e varia a seconda del percorso di integrazione, dell'età dell'individuo, della storia e dell'affinità tra le diverse culture. I vincoli di questo tipo, infine, sono troppo forti ed è difficile rinunciarvi[206].

Di conseguenza, non si può pretendere che una persona compia il sacrificio di abbandonare la sua cultura. Come spiegano Margalit e Raz, «la familiarità con una cultura determina i confini dell'immaginabile. Condividere una cultura, far parte di essa, determina i confini di ciò che è possibile»[207]. Lo stato, di conseguenza, come parte dei suoi doveri di tutela della libertà individuale, deve anche proteggere le culture, in quanto esse condizionano la capacità di scelta e di giudizio degli individui. Altresì, la tutela di questa libertà è il fondamento stesso della costruzione moderna dello stato liberale e le minoranze hanno diritto ad essa[208].

In fondo, si tratta di una questione di libertà, di decidere dell'esistenza dei soggetti, consentendo loro di esercitare la capacità di giudizio fornita dal contesto culturale. «La libertà è possibile perché le culture della società offrono alle persone un'ampia gamma di opzioni relative al modo di condurre le loro vite. Le opzioni sono offerte all'interno della cultura e, quindi, gli individui non hanno bisogno di andare oltre una particolare cultura per vivere liberamente, purché quella cultura offra realmente pari libertà ai suoi membri[209]». Questa libertà, in uno stato costituzionale e democratico, dovrebbe essere tutelata sempre che altri diritti fondamentali non vengano offesi dall'esercizio di quella libertà[210].

Il diritto penale, come territorio di frontiera, è chiamato ad intervenire in casi intollerabili e, al contrario, si dovrebbe astenere dall'intervenire nelle restanti situazioni. Questo sarebbe, appunto, il compromesso tra la difesa delle espressioni

---

[205] KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., pp. 145-153.
[206] Miller aggiunge «[…] la cultura è costitutiva dell'identità personale; quando è stata distrutta, coloro che la condividono vengono gettati in un vuoto culturale, sono sottoposti ad un processo di adattamento culturale, che di solito è doloroso, confuso e raramente finisce con successo», MILLER, cit., p. 111.
[207] MARGALIT e RAZ, cit., p. 449.
[208] Habermas segnala che quando un individuo viene privato di quegli elementi che gli permetterebbero di esercitare la sua autonomia privata e l'autonomia pubblica, cioè quando viene privato di quella capacità di autonomia fornita dal contesto culturale, ci troviamo proprio di fronte a una forma speciale di ingiustizia. Lo Stato, per essere veramente giusto, dovrebbe favorire le condizioni istituzionali necessarie per lo sviluppo e l'esercizio delle capacità individuali. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad., M. Jiménez, Madrid 2010, p. 503.
[209] GUTMANN, cit., p. 66.
[210] BELLATI, *Quale multiculturalismo. I termini del dibattito e la prospettiva di Will Kymlicka*, Milano 2005, p. 96.

culturali e l'esigenza di repressione di condotte penalmente rilevanti[211]; ma anche nei casi in cui è necessario un intervento penale, la valutazione dell'identità e dei moventi culturali del soggetto dovrebbe essere una permanente esigenza negli stati liberali, altrimenti gli scopi di prevenzione generale e speciale della pena (quest'ultima intesa quale funzione rieducativa) verrebbero ostacolati, dato che verrebbe meno la possibilità di sviluppo della capacità di giudizio individuale e collettivo (del gruppo culturale)[212].

Le culture, abbiamo detto, non sono statiche e immodificabili. Quando i moventi culturali sono riconosciuti nel dibattito pubblico, e anche nella sfera penale, è possibile sottoporli a critica. L'individuo, in uno Stato aperto al dialogo interculturale, può sottomettere alla capacità di giudizio i propri comportamenti. La cultura determina la capacità di scelta dell'individuo, ma non la sua capacità di sviluppo razionale. Quando gli argomenti culturali vengono analizzati, valutati e confrontati si rende possibile anche il perfezionamento della *propria idea di vita*[213], mentre quando essi, nella sfera pubblica, vengono condannati senza sottoporli ad un giudizio razionale, si cristallizzano nell'inconscio individuale e collettivo[214].

A questo punto possiamo dire che al diritto penale interessa, nell'ambito dei c.d. reati culturalmente orientati, solo la concezione etnica di cultura, la quale si riferisce ad un popolo, una nazione o un gruppo «intergenerazionale, più o meno compiuto dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e condivide una lingua e una storia distinta»[215]. Ci riferiamo, dunque, ai conflitti penalmente rilevanti che emergono all'interno di gruppi etnici appartenenti ad un popolo, ad una comunità oppure a delle nazioni[216].

---

[211] BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 37.
[212] PROVERA, *Tra frontiere e confini*, cit., p. 47.
[213] KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 146 ss.
[214] HÖFFE, cit., p. 119.
[215] KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 35. Nello stesso senso: BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 3; FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 7; DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in DOLCINI e PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, p. 227 ss.; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale,* cit., p. 60; MONTICELLI, *Le cultural defences (esimenti culturali) e i reati culturalmente orientati. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale,* in *Ind. pen.* 2003, p. 535 ss.
[216] Conviene puntualizzare che l'idea di nazione qui espressa corrisponde all'idea di gruppi etnici e non a l'idea politica di nazione intesa come Stato. Sul processo di "costruzione" della nazionalità all'interno degli Stati contemporanei, si veda: ANDERSON, *Imagined communities. Reflections on the origin and spread of nationalism*,

L'idea centrale è quella della differenza culturale, che trova la sua origine nell'appartenenza etnica degli individui, i quali, a causa di quella appartenenza, orientano il loro comportamento in un certo modo. Non si tratta semplicemente del fatto che il soggetto sia straniero oppure che non abbia avuto la possibilità di una socializzazione tale da permettergli di integrare i valori considerati "accettabili" dalla comunità ospitante. Non sono reati culturalmente motivati neppure quei comportamenti realizzati sotto l'influenza di organizzazioni criminali, laddove solitamente gli individui appartengono ad un unico Paese o ad una fede religiosa (come *Al Qaeda*)[217]. Orientamenti di questo tipo, purtroppo, sono comuni, ma portano a pericolose generalizzazioni del tipo "i musulmani sono terroristi"; "gli indigenti sono criminali", "gli italiani sono mafiosi", "i messicani sono narcotrafficanti", "i Rom rubano i bambini", ecc[218].

La qualificazione di una fattispecie come reato culturalmente motivato dipende dalla differenza esistente tra la cultura del sistema maggioritario e la cultura del gruppo etnico al quale appartiene il soggetto. È appunto il movente culturale di un gruppo etnico a determinare la qualificazione della condotta come reato culturalmente orientato.

Dal 1983 si riprendono in molti Paesi i c.d. "Mandla criteria", tratti da una celebre sentenza della *House of Lords* britannica, secondo la quale i gruppi etnici rilevanti ai fini del diritto penale sono quelli in cui esiste: una lunga storia condivisa che distingue al gruppo; una tradizione culturale, compresi costumi e tradizioni sociali e familiari; generalmente, un'origine geografica comune; una lingua; una letteratura comune; una religione e il fatto di costituire una minoranza o un gruppo oppresso, o, al contrario, dominante nell'ambito di una comunità più ampia[219].

London 2006; RENAN, *Che cos'è una nazione?* trad., it. G. de Paola, Roma 2004; MILLER, cit.; KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit.; KYMLICKA e STRAEHLE, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, trad., N. Torbisco, México 2001, p. 64 ss.

[217] Infatti, Al Qaeda non è un gruppo etnico ma un'organizzazione criminale, come le "FARC" oppure le estinte "Brigate Rosse". Su questo punto: DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 63.

[218] Ibid, p. 64.

[219] La sentenza è *Mandla v. Dowell Lee* (1983), citata in: BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 4.

De Maglie ritiene che un fatto possa essere considerato *culturalmente motivato* se compaiano tre requisiti: a) una motivazione psichica dell'individuo, riconducibile alla sua cultura, cioè, un motivo culturale (elemento soggettivo); b) una pratica già esistente nel suo gruppo di appartenenza, cioè, una "coincidenza di reazione" tra il singolo comportamento posto in essere dall'individuo e una pratica culturale effettivamente esistente nel suo gruppo (elemento oggettivo) e; c) un divario tra culture (quella dell'agente e quella della società maggioritaria)[220].

La descrizione svolta fin qui ci permette di delimitare il concetto penalmente rilevante di cultura, riferendolo alle condotte manifestate da gruppi etnici. Inoltre, ci permette di chiarire l'elemento caratteristico dei reati culturalmente motivati. Resta da chiarire una distinzione fondamentale per il lavoro comparatistico che intendiamo svolgere ed è quella riferita alle società multiculturali di tipo multinazionale e di tipo polietnico[221].

2.3 Società multiculturale di tipo multinazionale e società multiculturale di tipo polietnico[222]

Sia il Messico che l'Italia sono stati multiculturali, ma le caratteristiche particolari di ciascuno rendono il fenomeno multiculturale diverso. Ciò si deve in particolare al tipo di minoranze etniche esistenti nel loro territorio. Il Messico è un Paese nel quale l'appartenenza culturale ha importanza fondamentalmente per la sua composizione indigena (e per la presenza di altre minoranze etniche simili). In Italia la multiculturalità si verifica soprattutto come risultato del fenomeno migratorio. Questa è la distinzione tra società di tipo multinazionale e società di tipo polietnico.

La società multiculturale di tipo multinazionale si caratterizza nel senso che il pluralismo è il risultato del processo di formazione dello Stato, un processo nel quale le popolazioni esistenti da secoli nel territorio furono assorbite nella conformazione

[220] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 31, 117 ss.
[221] BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 8.
[222] Questa distinzione è approfondita in: KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., pp. 15, 37 ss.; VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano 2006, p. 39 ss.; FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 7 ss.

statale. Questo assorbimento è stato il risultato di guerre, colonizzazione, conquiste, trattati, della creazione di Stati federali oppure di confederazioni.

Le popolazioni già esistenti da secoli erano società complete e funzionanti[223], con una lingua, un governo e una cultura propria, diffuse in un determinato territorio storicamente occupato; si trattava cioè di veri e propri popoli o nazioni che, però, nel processo di formazione statale furono assorbiti all'interno di un'altra società che, con il tempo, diventò la società maggioritaria o politicamente più forte. Questi gruppi minoritari sono i c.d. gruppi "nativi", "originari", "autoctoni" o "indigeni"[224].

Nel caso della società multiculturale di tipo polietnico, il pluralismo ha la sua origine fondamentalmente nella migrazione di individui e delle loro famiglie in tempi più o meno recenti. Si tratta di una multiculturalità dovuta al flusso migratorio, dove le persone con un retroterra culturalmente diverso decidono di trasferirsi in una società (Stato) con un'altra cultura[225].

Sebbene la storia dell'umanità sia caratterizzata da un permanente flusso migratorio, nel caso delle società multinazionali questo processo si verificò da tempi immemorabili e prima della esistenza dello stesso Stato, cioè, si tratta di gruppi che possiamo definire autentici proprietari di un territorio e portatori di una civiltà e di una cultura che, dopo diversi processi storici, furono inglobati in una "società maggiore". Diversa è la situazione delle società polietniche, dove i gruppi culturalmente diversi arrivarono, in tempi recenti, in uno Stato e in una società già esistente.

Il Messico e il Canada sono esempi di società multiculturali di tipo multinazionale, data l'esistenza di popoli indigeni e di altri gruppi esistenti prima della conformazione dello Stato. La Francia e la Germania, invece, sono esempi di società

---

[223] KYMLICKA, *Le sfide del multiculturalismo*, in *Il Mulino*, n. 46, 1997, p. 200 ss.

[224] Un presupposto su cui si sono fondati il diritto e la scienza politica è l'idea dello "Stato-nazione" secondo cui lo Stato è omogeneo (una lingua, una cultura, una religione, ecc.), ma questa idea è stata costantemente smentita: cfr. ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, trad., L. Rodríguez, Madrid 2005, p. 48 ss.; RAMÍREZ, *La guerra silenciosa: despojo y resistencia. Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, Buenos Aires 2006, p. 8 ss.; CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América Latina*, México 1994, p. 28 ss.; HABERMAS, *Reconstrucción interna del Derecho*, in *Facticidad y validez*, cit., p. 621 ss.; ID., *Ciudadanía e identidad nacional* in *Facticidad y validez*, cit., p. 641 ss.; KYMLICKA e STRAEHLE, cit., p. 64 ss.; MILLER, cit., pp. 112-113. Nella letteratura italiana: DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 3; STELLA, *La giustizia e le ingiustizie,* Bologna 2006.

[225] BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., pp. 63-64.

multiculturali di tipo polietnico, data la massiccia presenza di immigrati musulmani sunniti in Francia e turchi in Germania[226].

Sul piano fattuale, nonostante ciò, possiamo dire che gli Stati odierni sono allo stesso tempo multinazionali e polietnici, considerando l'esistenza all'interno degli stessi sia di minoranze autoctone che di carattere migratorio. La differenza, in ogni caso, è solo di grado[227].

Questa origine diversa nella conformazione degli Stati multiculturali comporta somiglianze e differenze di trattamento politico e giuridico della diversità. Riguardo alle differenze, le minoranze autoctone, come si è detto, prima dell'esistenza dello Stato erano società complete ed auto-funzionali. Oggigiorno, tuttavia, la prospettiva di tornare ad una situazione pre-statale o esterna allo Stato risulta poco realistica. Ciò risulta evidente alle stesse popolazioni native; quindi, nella stragrande maggioranza dei casi, questi gruppi desiderano continuare a vivere nell'attuale Stato, ma come società "distinte". Coerentemente a questo loro desiderio, esse rivendicano diverse forme di autonomia, al fine di garantire la loro continuità e la loro sopravvivenza come gruppi culturali diversi[228].

Nel caso delle minoranze di tipo polietnico (i migranti), risulta impossibile pensare ad una sorta di autonomia che conduca alla creazione di uno Stato o di una società a sé stante. I migranti, in genere, desiderano fondamentalmente una piena integrazione nello Stato d'accoglienza al fine di diventare, un domani, cittadini a pieno titolo. Tuttavia, come abbiamo già accennato, la rinuncia alla cultura della propria società non è per niente un processo semplice, né desiderabile; per questa ragione, i migranti chiedono spazi minimi di riconoscimento delle proprie manifestazioni culturali (che costituiscono parte essenziale della loro identità[229]), al fine di raggiungere una più serena integrazione. Ad esempio, i migranti chiedono la possibilità di indossare il loro abbigliamento tradizionale negli spazi pubblici, di

[226] BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 44.
[227] Infatti, negli Stati odierni coesistono minoranze di entrambi i tipi, addirittura in Europa è possibile trovare minoranze nazionali come quella dei Rom oppure dei lapponi (samis) con caratteristiche molto simili ai popoli indigeni. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., pp. 63-64.
[228] KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 21.
[229] Ibid, p. 22.

osservare le loro festività religiose, di risolvere i conflitti privati applicando le loro consuetudini, di preservare la loro lingua, la loro gastronomia, la loro medicina tradizionale e, le loro attività ricreative[230].

Gli Stati con minoranze autoctone riconoscono una maggiore rilevanza al fattore culturale in sede giuridica. Le ragioni sono molteplici: tra esse, la maggiore resistenza che le minoranze autoctone manifestano all'assimilazione[231]; il particolare rapporto che hanno con lo Stato, il quale non li "ospita" (ma piuttosto si è costruito nel loro territorio); un vincolo particolare che lega le minoranze autoctone con lo Stato, dal momento che i membri di queste minoranze sono anche cittadini, il che comporta una maggiore protezione dei loro diritti (si pensi ai diritti politici ovvero alle misure d'assistenza sociale che, purtroppo, sul piano fattuale vengono realizzate prioritariamente nei confronti dei cittadini)[232]; l'esistenza di "diritti ancestrali" che possono rivendicare e, in particolare, il diritto all'autodeterminazione, precluso agli immigrati[233].

Un altro fattore da tener presente è il legame storico tra Stato e minoranze autoctone che, solitamente, rispecchia una storia di violenza. Come si è detto, l'origine degli Stati multiculturali di tipo multinazionale presuppone l'esistenza di società complete e funzionali che esistevano prima dell'attuale Stato, che, però, nel processo di "costruzione nazionale" furono assorbite, di regola, in modo coatto (guerre, conquiste, ecc.) e, in aggiunta, sottoposte ad una assimilazione forzata, al fine di raggiungere il sogno di uno Stato nazionale (la cosiddetta "comunità immaginaria"[234]).

---

[230] BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 45-46.
[231] BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 65; VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, cit., p. 39.
[232] MAZZA, *I diritti degli aborigeni nel mondo contemporaneo,* in *I diritti fondamentali in Europa.* Milano 2002, pp. 427-485; MAFFETTONE, cit., p. 219 ss.
[233] BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 74.
[234] Esempi di assimilazione forzata delle minoranze nazionali possono essere visti nelle vicende delle minoranze etniche dell'Ungheria del XIX secolo, nella politica dello stato turco, volta a distruggere l'identità culturale della minoranza curda, nella schiacciante macchina francese per "integrare" le minoranze basca e bretone. In argomento, v. MILLER, cit., pp. 112-113. L'espressione "comunità immaginaria" risale ad Anderson, il quale spiega come l'idea di nazione venga creata attraverso politiche di *costruzione della nazionalità*, ANDERSON, *Imagined communities. Reflections on the origin and spread of nationalism.* London 2006. Sullo stesso argomento: MILLER, cit., pp. 176-177; CLAVERO, cit., pp. 40-41; KYMLICKA, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, trad. F. Beltrán. Barcelona 2009, p. 77 ss.; ID., *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía,* trad., T. Fernández, Barcelona 2003, p. 103 ss.

Queste ragioni ci permettono comprendere perché gli Stati multiculturali di tipo multinazionale sono, normalmente, più propensi a riconoscere un trattamento giuridico più favorevole alle minoranze, anche per un senso di colpa rispetto a quelle, che, in passato, furono oggetto di persecuzione, odio, discriminazione e assimilazione forzata. Addirittura, il riconoscimento è arrivato in questi casi fino al punto di garantire una forte protezione in ambito giuridico internazionale, attraverso l'attuazione di strumenti normativi[235] e di tutela giudiziale[236].

In Stati come il Messico, l'Australia o il Canada non è raro trovare ampi spazi di autonomia riconosciuti a queste minoranze: nelle scuole, nell'applicazione del sistema di giustizia ordinaria, nel riconoscimento delle loro forme di autogoverno, nell'esistenza di tribunali autonomi e di metodi autonomi di risoluzione dei loro conflitti, nel riconoscimento della loro lingua nella vita pubblica e privata, ecc. In alcuni casi, come nei popoli indigeni e tribali, l'autonomia raggiunge il grado di "autodeterminazione"[237].

In sede penale, questo trattamento differenziato può trovarsi in molti campi. A volte viene attuato mediante leggi apposite che permettono certi comportamenti vietati ad altri membri non appartenenti al gruppo etnico (caccia di alcuni animali, uso di sostanze stupefacenti, porto di oggetti pericolosi, ecc.), oppure attraverso norme di parte generale che conferiscono valore al fattore culturale (si pensi all'errore culturalmente condizionato di cui all'art. 15 c.p. peruviano[238]) o che

[235] A livello internazionale, esistono diversi strumenti che tutelano i diritti delle minoranze nazionali, tra i quali la *Convenzione ILO C169 sui popoli indigeni e tribali*; La Dichiarazione Unesco sulla diversità culturale; la Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche; la Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali; la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene. COLOMBO, cit., p. 37 ss.; ANAYA, cit., p. 40 ss.

[236] La Corte EDU, nel caso Chapman, relativo a una popolazione Rom, sottolineò l'esistenza di un consenso generale all'interno del Consiglio d'Europa, volto a «[…] riconoscere le particolari esigenze delle minoranze e l'obbligo di proteggere la loro sicurezza, la loro identità e il loro modo di vivere […]». Ciò «[…] non solo con l'obiettivo di proteggere gli interessi delle minoranze, ma anche di preservare la diversità culturale che è benefica per la società nel suo insieme». In America, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nel caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, affermò che il diritto all'identità culturale «è un diritto fondamentale di natura collettiva che deve essere rispettato in una società multiculturale, pluralista e democratica». Si veda: TEDU. Case of Chapman v. The United Kingdom. Sent. 18 gennaio 2001, co. 93; CoIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, sent. 27 giugno 2012, co. 217.

[237] KYMLICKA, *Las odiseas multiculturales*, cit., p. 79 ss.; MARGALIT e RAZ, cit., p. 439 ss.; COLOMBO, cit., p. 37 ss.; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 73 ss.

[238] Similmente, l'art. 718.2 (e) c.p. canadese invita le Corti, in sede di "*sentencing"*, a rivolgere «particolar attention to the circumstances of aborigenal offenders», BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., pp. 49-50.

riconoscono gli ordinamenti consuetudinari di tipo sanzionatorio-conciliatorio propri di determinate minoranze (i *sentencing circles* in Australia, Canada e Nuova Zelanda o la *giurisdizione speciale indigena* in Colombia e Messico)[239].

Per contro, gli immigrati non dispongono della forza e dell'organizzazione che caratterizza le minoranze autoctone; il loro percorso di arrivo nello Stato che li riceve è stato diverso, così come i moventi che spingono queste persone. Non si tratta di cittadini dello Stato, in molti casi arrivano in modo clandestino, non hanno diritti 'ancestrali' da rivendicare in un territorio che non era originariamente loro e, inoltre, soprattutto quando si tratta di migranti volontari, lo Stato non avverte lo stesso senso di colpa che prova verso le minoranze autoctone (anche se il caso africano dovrebbe far avvertire un senso di colpa per la colonizzazione europea[240]). Queste differenze fondamentali permettono di spiegare perché sarebbe singolare prospettare diritti come quello all'autodeterminazione oppure ad una forte autonomia all'interno degli Stati. Le rivendicazioni degli immigrati e le concessioni statali si caratterizzano in entrambi i casi per essere più modeste[241].

Tuttavia, ciò non vuol dire che gli immigrati non abbiano legittime aspettative di riconoscimento della diversità culturale, ma semplicemente che esse sono diverse. Come abbiamo sottolineato in precedenza, la cultura è un elemento essenziale nella vita degli individui, ed è per questo che è considerato un diritto umano riconosciuto a tutti, a prescindere dalla cittadinanza o da qualunque altra caratteristica personale.

Gli immigrati normalmente aspirano a diventare cittadini a pieno titolo nello Stato d'accoglienza ed è per questo che sono disposti ad un processo di integrazione, ma ciò non richiede la perdita della loro identità. Uno Stato che *prende sul serio*[242] i diritti fondamentali non può pretendere di costringere le minoranze interne, comprese quelle migranti, ad abbandonare la loro identità; questa è la caratteristica che definisce gli individui, che conferisce senso e dignità alla loro

[239] Idem.
[240] In argomento si rinvia alla celeberrima opera di FANON, *I dannati della terra*, trad., it. C. Cignetti, Torino 2007.
[241] BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 47; HÖFFE, cit., p. 135 ss.
[242] Si permetta il prestito della espressione di Dworkin, *Taking rights seriously*, cit.

esistenza. I migranti certamente non pretendono di riprodurre la loro società nello Stato d'accoglienza, ma desiderano, piuttosto, conservare alcune delle loro espressioni culturali più significative, che permettono loro una più agevole integrazione nella società ospitante[243].

D'altro canto, soprattutto nel caso dei migranti volontari, anche lo Stato accogliente si aspetta dagli immigrati uno sforzo di integrazione e di adeguamento alla cultura maggioritaria. Come scrive Kymlicka, «dopo tutto, la maggior parte degli immigrati (a differenza dei rifugiati) decide di abbandonare la propria cultura. Essi hanno tagliato i legami e sanno che il loro successo e quello dei loro figli dipenderà dalla loro integrazione nelle istituzioni della società (d'accoglienza). Ritengono che l'aspettativa dell'integrazione non sia iniqua, purché gli immigrati abbiano la possibilità di rimanere nella loro cultura originaria»[244].

Nelle società multiculturali di tipo polietnico, dunque, il fenomeno della diversità acquisisce un carattere differente da quello proprio delle società multinazionali. Nonostante ciò, anche in queste società gli immigrati hanno ottenuto, in misura variabile, un riconoscimento giuridico (anche penalmente rilevante) alle loro espressioni culturali; in Italia, ad esempio, attraverso il riconoscimento dei diversi riti religiosi nella macellazione della carne; in Inghilterra mediante le leggi che riconoscono il matrimonio poligamico, oppure l'apertura dei negozi in giorni non consentiti o l'utilizzo del turbante invece del casco nell'industria edilizia. Ugualmente, risulta assai significativa la valorizzazione della diversità culturale degli immigrati in sede giudiziale, sia nei Paesi anglosassoni tramite le c.d. *cultural defenses* (Stati Uniti, Inghilterra, Australia, Canada, Sud Africa), sia nei Paesi dell'Europa continentale, attraverso la figura dei reati culturalmente motivati[245].

---

[243] BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 11.
[244] KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 170.
[245] Nel settore penale si distinguono i concetti di "cultural defense" e di "reato culturalmente orientato" secondo la tradizione giuridica di *Common Law* o di diritto europeo continentale. Nella prima, la *cultural defense* funziona come una causa di esclusione o attenuazione della responsabilità penale, ma senza assurgere ad istituto autonomo, bensì operando all'interno di altri istituti come l'errore, la legittima difesa, lo stato di necessità, ecc. Sul funzionamento della *cultural defense*, si veda: BROECK, cit., p. 1 ss.; RENTELN, *The Cultural Defense*, Oxford 2004; DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale il caso americano*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005, p. 189 ss.; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 14 ss.

Sebbene le differenze tra le società multiculturali di tipo nazionale e di tipo polietnico siano ampie, è possibile trovare grandi punti di contatto, a tal punto che entrambe le società sperimentano il fenomeno del multiculturalismo. Questi punti di contatto possono essere analizzati nell'ambito normativo in situazioni come il riconoscimento giuridico della diversità oppure la sua negazione; l'esistenza o meno di norme penali di parte generale che valutano in modo favorevole o sfavorevole le espressioni culturali; l'esistenza o meno di singole norme che riconoscono aspetti particolari della cultura altrui; la valutazione – favorevole o sfavorevole - in sede giudiziaria di questo fenomeno; l'integrazione di espressioni culturali in figure giuridiche già esistenti nell'ordinamento, oppure il riconoscimento di figure normative extragiuridiche; il rapporto tra diritti fondamentali e le espressioni culturali in società multinazionali e polietniche. Più avanti analizzeremo, in particolare, come l'ordinamento italiano e quello messicano gestiscono la diversità culturale.

2.4 La cultura come diritto fondamentale e i limiti della tolleranza (normativa e giurisprudenza)

Una delle principali obiezioni contro il multiculturalismo ruota intorno al relativismo culturale. «Se il multiculturalismo implica l'accettazione della diversità etnoculturale, allora dobbiamo accettare, per esempio, anche la pratica della clitoridectomia nelle donne o le proposte per il riconoscimento legale dei matrimoni combinati? Dobbiamo accettare la vincolatività della legge musulmana in rapporto alla famiglia, o permettere che i mariti possano appellarsi alla loro cultura d'origine per difendersi dall'accusa di violenza sulle proprie mogli? Il multiculturalismo diventerà il "cavallo di Troia" che mina i nostri valori più cari e i nostri principi di libertà e uguaglianza?»[246].

Certamente, esistono in alcune minoranze etniche delle pratiche che sono incompatibili con i più elementari principi democratici e con i diritti fondamentali (si

[246] KYMLICKA, *Teoria e pratica del multiculturalismo d'immigrazione*, in CANIGLIA e SPREAFICO, *Multiculturalismo o comunitarismo?* Roma 2003, p. 124.

pensi alla mutilazione genitale femminile praticata alle bambine, al traffico di persone, alla prostituzione minorile, alle pratiche ataviche come la vendita dei figli, la punizione dell'omosessualità, ecc.). Il multiculturalismo (almeno quello liberale) non difende tali pratiche, piuttosto, le condanna.[247]

Tuttavia, a questo punto, bisogna rivolgere un'osservazione a coloro che condannano quelle pratiche culturali. Normalmente, la critica viene mossa in relazione a pratiche che costituiscono un'eccezione nelle culture di riferimento. Si tratta di casi discutibili e controversi, i quali vengono richiamati per condannare nella sua totalità la cultura in questione, perdendo di vista gli aspetti positivi che suddetta cultura può possedere. La stessa critica, però, non viene mossa alla cultura assunta come dominante e nella quale, con una semplice analisi, possono essere ugualmente trovate pratiche assoutamente riprovevoli. Basti pensare, nelle nostre società "civilizzate", al sovraffollamento carcerario, all'abuso della custodia cautelare, alla stessa sanzione della privazione della libertà (che nella maggior parte delle popolazioni indigene non esiste), alla pena di morte in alcuni paesi "liberali" (si pensi agli Stati Uniti che impongono nel mondo una chiara doppia morale[248]), allo sfruttamento inumano degli immigrati provenienti da Paesi poveri, alla schiavitù sessuale di donne che arrivano da tutto il mondo, alla miserabile condizione di povertà di tanti bambini affamati, costretti a chiedere l'elemosina, oppure all'abbandono in mare di esseri umani che chiedono soccorso. Inoltre, alla stregua di una semplice ricostruzione storica, è possibile avvertire come diverse pratiche altrui, che oggi si definiscono "barbare", fino a pochi anni fa erano presenti ed accettate nelle nostre società[249].

[247] RENTELN, *The use and abuse of cultural defense*, in FOBLETS e RENTELN, *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the cultural defense*, Oxford 2009, p. 78 ss.; GUTMANN, cit., p. 14; RAZ, *Multiculturalismo: una concepción liberal*, cit., p. 187 ss.

[248] Sulla critica al discorso dei diritti umani costruito secondo una *doppia morale*, si veda RAZ, *Diritti umani senza fondamenti*, in *Ragion pratica*, n. 29, 2007, p. 449 ss.

[249] Si può osservare come, in realtà, molte di quelle condotte si avvicinano a pratiche presenti in un passato non molto lontano sul territorio italiano. Si pensi al "matrimonio riparatorio", alla "non punibilità del marito" nella violenza carnale, al *ius corrigendi* riconosciuto ai genitori nei confronti dei figli e, addirittura, al marito nei confronti della moglie, ecc. Cfr. BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 34 ss.; ID., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 7,162-163. HÖFFE, cit., pp. 91-92.

In definitiva, come sottolinea Amy Gutmann, si tratta di distinguere *the good, the bad, and the ugly* nelle politiche dell'identità[250]. Nelle società multiculturali, sia di segno multinazionale che polietnico, i diritti fondamentali si impongono come un limite a qualunque motivazione d'ordine politico, religioso o culturale. Le minoranze autoctone e anche i migranti di un'altra cultura mai potranno giustificare la violazione di un diritto fondamentale con il pretesto della differenza culturale, almeno all'interno di Stati costituzionali, democratici e liberali. Addirittura, in Paesi con un forte multiculturalismo (si pensi al Canada o all'Inghilterra), è fissato come limite generale il rispetto dei diritti fondamentali e, quando questo limite viene superato, la tutela della diversità culturale cede il passo all'intervento penale, che si rende necessario.

Questa situazione coinvolge una ponderazione tra i diritti fondamentali e la cultura, che, come si è già detto in precedenza, è un diritto fondamentale ampiamente riconosciuto, ma non assoluto; il suo limite è l'esercizio di altri diritti fondamentali. Quando si concretizza una collisione tra questi diritti ed il diritto alla cultura, quest'ultimo è destinato a cedere di fronte a diritti come la vita, l'integrità personale, la dignità, ecc. Secondo De Sousa Santos, «Il discorso seduttivo ed egemonico sui diritti umani ha permesso atrocità senza precedenti, e tali atrocità sono state gestite secondo una chiara doppia morale»[251]. In questo paragrafo, ci riferiremo alla cultura come diritto fondamentale e ai suoi limiti.

Il diritto alla cultura è riconosciuto come diritto umano dalla *Dichiarazione Universale dei Diritti Fondamentali dell'Uomo* del 1948 che, all'art. 27, riconosce il diritto di ogni individuo di «prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità». Il *Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali* del 1966, inoltre, all'art. 15, riconosce il diritto di ogni individuo a «partecipare alla vita culturale».

La *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie*, all' art. 31, 1 comma, sancisce che «gli Stati parte assicurano il rispetto dell'identità culturale dei lavoratori migranti e dei

[250] GUTMANN, cit., p. 14.
[251] DE SOUSA SANTOS, *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos,* in *Análisis Político,* n. 31, 1997, p. 6. Sullo stesso argomento: RAZ, *Diritti umani senza fondamenti*, cit., p. 449 ss.

membri delle loro famiglie e non impediscono loro di mantenere i loro legami culturali con il loro Stato di origine».

Il *Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici* merita un'attenzione particolare. All'art. 27 sancisce che gli Stati «nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con altri membri del proprio gruppo»[252].

Il *General Comment 23*, adottato dal Comitato dei diritti dell'uomo, specifica poi che il diritto previsto all'art. 27 del Patto si rivolge ad assicurare la sopravvivenza e lo sviluppo continuo dell'identità culturale, religiosa e sociale delle diverse minoranze negli Stati membri, in modo da arricchire il tessuto della società. Il Comitato, inoltre, segnala che «questi diritti devono essere protetti in quanto tali e non devono essere confusi con altri diritti individuali, conferiti al singolo e a tutti dalla Convenzione. Gli Stati membri hanno l'obbligo di assicurare che l'esercizio di questi diritti sia pienamente tutelato[253]».

Inoltre, diversi disposizioni riconoscono e valutano favorevolmente la diversità culturale. Il *Trattato sull'Unione Europea* riconosce all'art. 2 che «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Il *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea* dispone, all'art. 10, che «l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

All'art. 10, co. 1, della *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea* sancisce: «Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di

[252] BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 42.
[253] General Comment 23: The rights of minorities (Art. 27): 8/4/1994, sub 7.

religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, cosi come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti». La stessa Carta, all'art. 22, riferisce che «l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica».

Anche nell'ambito del *soft law* è possibile trovare diversi riferimenti alla cultura. La *Dichiarazione ONU sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche* afferma nel suo prologo che «la promozione e la protezione dei diritti delle persone appartenenti a minoranza nazionale, etnica, religiosa o linguistica contribuiscono alla stabilità politica e sociale degli Stati». Inoltre, all'art. 1, dispone che «Gli Stati proteggeranno l'esistenza e l'identità nazionale o etnica, culturale, religiosa e linguistica delle minoranze […]» e all'art. 2 che «Le persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche hanno il diritto di beneficiare della loro cultura, di professare e praticare la loro religione e di usare la loro lingua, in privato e in pubblico, liberamente e senza interferenza o qualsiasi altra forma di discriminazione».

Nella *Dichiarazione UNESCO sulla diversità culturale* si legge all'art. 1 che «La cultura assume forme diverse nel tempo e nello spazio […] la diversità culturale è, per il genere umano, necessaria quanto la biodiversità per qualsiasi forma di vita […] essa costituisce il patrimonio comune dell'Umanità e deve essere riconosciuta e affermata a beneficio delle generazioni presenti e future». L'art. 4 dispone: «La difesa della diversità culturale è un imperativo etico, inscindibile dal rispetto della dignità umana. Essa implica l'impegno a rispettare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, in particolare i diritti delle minoranze e dei popoli autoctoni». L'art. 5 aggiunge: «I diritti culturali sono parte integrante dei diritti dell'uomo».

La *Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali* riconosce nel suo prologo che la diversità culturale costituisce un "patrimonio comune dell'umanità" e che deve essere preservata per il bene di tutti. Afferma, inoltre, che questa diversità «amplia le possibilità di scelta, promuove le capacità e i valori umani e rappresenta una spinta fondamentale per lo sviluppo

sostenibile delle comunità, dei popoli e delle nazioni». La diversità culturale, segnala la Convenzione, svolge una fondamentale funzione nella creazione dell'identità dell'individuo, dei popoli e delle società che costituiscono l'umanità. Con riferimento espresso alle minoranze e ai popoli autoctoni, la Convenzione afferma la loro importanza vitale per il bene di tutti e riconosce la loro «libertà di creare, diffondere e distribuire le proprie espressioni culturali tradizionali e di accedervi in modo da trarne un beneficio per il proprio sviluppo».

Disposizioni simili possono trovarsi nella *Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale* e in diverse risoluzioni dell'ONU ove si riconosce il diritto fondamentale alla cultura e la necessità di tutelarlo: tra esse, si vedano in particolare le nn. 26/2003, 20/2004, 20/2005.

Anche in ambito giudiziale internazionale è possibile trovare riferimenti a questo diritto. La Corte EDU, nella sentenza *Aksu c. Turchia*, ha affermato che l'art. 8 CEDU tutela anche l'identità culturale, intesa come possibilità di vivere nel rispetto delle proprie "tradizioni etniche". Di conseguenza, secondo la Corte, gli Stati devono astenersi da qualsiasi intervento legislativo cha abbia come conseguenza quella di limitare o offendere il senso di appartenenza di un individuo alla propria cultura[254].

Nella sentenza *Chapman c. Regno Unito*, la Corte EDU ha stabilito che, conformemente all'art. 8 CEDU, le minoranze all'interno degli Stati hanno il diritto di non essere discriminate e di godere del loro particolare stile di vita. La Corte ha sostenuto che «si può dire che ci sia un consenso internazionale tra gli Stati appartenenti al Consiglio d'Europa nel riconoscere le particolare esigenze delle minoranze e l'obbligo di proteggere la loro sicurezza, la loro identità e il loro modo di vivere, non solo con l'obiettivo di proteggere gli interessi delle minoranze stesse, ma anche di preservare una diversità culturale che è benefica per la società nel suo insieme»[255].

In occasione del caso *Handyside c. Regno Unito*, la Corte EDU ha affermato che «il pluralismo si basa sul riconoscimento e il rispetto autentico della diversità e

[254] Corte EDU, sent. Aksu v. Turchia (App. N. 4149/04), 15 marzo 2012 (GC), echr 2012.
[255] Corte EDU, sent. Chapman v. Regno Unito (App. 27238/95), 18 gennaio 2001 (GC), echr 2001-I, co. 384.

della dinamica delle tradizioni culturali, delle identità etniche e culturali, delle convinzioni religiose, delle idee e concezioni artistiche, letterarie e socio-economiche» e, inoltre, che una «interazione armoniosa fra individui e gruppi con identità differenti è essenziale al fine della coesione sociale»[256].

Inoltre, come si potrebbe già osservare, in diversi diritti fondamentali è possibile rinvenire un'inevitabile connessione con il diritto alla cultura. Come si sa, una delle caratteristiche dei diritti fondamentali è la loro interdipendenza, cioè i diritti fondamentali non possono essere interpretati e valutati in modo isolato, ma sempre in riferimento ad altri diritti fondamentali. In questo modo, è possibile accertare il contenuto e l'ambito di protezione dei diversi diritti, come quello alla privacy e alla vita familiare (art. 8 CEDU), la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9 CEDU), il diritto all'educazione (art. 2, Protocollo n. 1 CEDU), ecc.; tutti questi diritti hanno un contenuto preciso che può essere determinato solo con un inevitabile riferimento alla cultura di ciascun individuo, popolo o società. Questa connessione, addirittura, è stata ravvisata in molte sentenze sia dalla Corte Europea che di altre Corti. Nel caso della comunità indigena *Awas Tingni v. Nicaragua*¸ la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) stabilì che il diritto alla proprietà di quei popoli poteva essere precisato soltanto con riferimento alla loro cultura. In questa sentenza, la Corte realizzò un'interpretazione evolutiva del diritto alla proprietà privata (art. 21 Convenzione Americana dei diritti dell'uomo), affermando che questo diritto «protegge la proprietà in un senso che include, tra gli altri, i diritti dei membri delle comunità indigene nell'ambito della proprietà comunale» e che, perciò, non è possibile realizzare un'interpretazione restrittiva di questo diritto solo all'ambito privato, in quanto i trattati di diritti umani «sono strumenti viventi la cui interpretazione deve adattarsi all'evoluzione del tempo e, in particolare, alle condizioni di vita attuali[257]».

In ambito europeo, nella sentenza *Ciubotaru c. Moldavia*, la Corte EDU ha sostenuto che l'identità etnica costituisce parte integrante della vita privata e

[256] Corte EDU, sent. *Handyside c. Regno Unito* (App. 5493/72), 7 dicembre 1976, Ser. A, n. 24, co. 49.
[257] Corte IDH, caso *Aguas Tingni v. Nicaragua,* sent. 31 agosto 2001, co. 146 e 148.

dell'identità in generale; perciò, trova tutela all'interno dell'art. 8 (vita privata) della Convenzione[258]. In questo caso, si può vedere come il diritto alla cultura venga preso in considerazione nell'ambito di un altro diritto, che è quello alla vita privata, realizzando la Corte così un'interpretazione ampia, evolutiva e sistematica dei diritti fondamentali.

Dall'analisi normativa e giurisprudenziale precedentemente menzionata risulta l'ampio consenso esistente, almeno in ambito internazionale, sulla difesa della cultura come diritto fondamentale. Tuttavia, manca il riferimento ai limiti propri di questo diritto, sui quali, anche, esiste un ampio consenso[259].

Se il riconoscimento e la tutela della diversità culturale fosse un diritto assoluto l'idea stessa dei diritti fondamentali crollerebbe. Questi diritti, si è detto, sono le leggi dei più deboli di fronte all'autoritarismo, al despotismo e alla violenza, sono un «antidoto alle disuguaglianze esistenti nella realtà dove la forza del più ricco, del più grande o del più potente si imponeva ai deboli». Ebbene, questi diritti originariamente nascono nei confronti dello Stato, ma non solo ad ess, bensì anche nei confronti del potere esistente in ambiti come l'economia, la tecnologia (si pensi ai mass media), le organizzazioni confessionali ed anche nei confronti dei gruppi culturali.

I diritti umani presuppongono "l'umanità" insita in ogni persona e, quindi, il diritto di ogni essere umano ad essere trattato con uguale dignità. Quando la politica, l'economia o la cultura sottopone esseri umani a pratiche di umiliazioni, stupri o torture si offende l'uguale considerazione e rispetto per le persone, dando luogo alla violazione di diritti umani[260].

[258] Corte EDU, sent. Ciubotaru v. Moldavia (App. 27138/04), 27 aprile 2010, co. 49, 52, e 53.
[259] Sull'idea di tolleranza nel confronto con la diversità, in una prospettiva generale: MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 226 ss.; GARZÓN VALDÉS, *No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia*, in *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofía morale politica,* Bologna 2003; BOBBIO, *Le ragioni della tolleranza*, in *L'età dei diritti,* Torino 1992, p. 236 ss.; POPPER, *Tolleranza e responsabilità intelletuale,* in MENDUS e EDWARDS, *Saggi sulla tolleranza,* Milano 1990. Sulla tolleranza in contesti multiculturali: HÖFFE, cit., pp. 118-123; WALZER, *On toleration*, in *The journal of politics,* n.5, 1998, p. 562 ss.; RAZ, *Multiculturalismo, a liberal perspective*, in *Dissent,* 1994, p. 7 ss.
[260] DWORKIN, *Cosa sono i diritti umani*, cit., pp. 471-475.

Infatti, la cultura svolge un ruolo fondamentale nella determinazione dell'identità e nella possibilità di scelta (libertà) dell'individuo ed è per questo che deve difendersi, ma esistono pratiche che, sotto lo scudo della difesa culturale, ledono i diritti inviolabili della persona. In sede giudiziaria, i tribunali con un profilo multiculturale ricorrono ad un'interpretazione aperta dei diritti fondamentali, tentando di dare senso a una determinata espressione culturale e riconducendola ai principi costituzionali, ma questo metodo non sempre permette di giungere a buoni esiti. A volte, la pratica culturale supera la soglia del contenuto essenziale del diritto e si deve ponderare, cedendo (di regola) il diritto alla cultura di fronte ai pari diritti fondamentali.

Nell'ambito internazionale, questa è la tendenza. Nella *Dichiarazione UNESCO sulla diversità culturale*, all'art 4 si precisa «[…] Nessuno può invocare la diversità culturale per minacciare i diritti dell'uomo garantiti dal diritto internazionale, né per limitarne la portata». All'art. 8.2 della *Dichiarazione ONU sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche* si dispone che «L'esercizio dei diritti enunciati nella presente Dichiarazione non pregiudicherà il godimento, da parte di ogni persona, dei diritti umani e delle libertà fondamentali universalmente riconosciuti».

Nella *Convenzione ILO C169 sui popoli indigeni e tribali*, all'art. 8.2 si indica che «Questi popoli devono avere il diritto di preservare i propri costumi e le proprie istituzioni, a condizione che non siano incompatibili con i diritti fondamentali definiti dall'ordinamento giuridico nazionale o con i diritti umani internazionalmente riconosciuti. Ogniqualvolta sia necessario, devono essere stabilite procedure per risolvere i conflitti che possono sorgere nell'applicazione di questo principio».

Disposizioni simili possono trovarsi nella *Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali* (art. 23) e nella *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni* (art. 46). In modo specifico, la *Convenzione sui diritti del fanciullo*, all'art. 24.3, impone agli Stati di adottare misure efficaci dirette ad abolire le pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute dei bambini. Ugualmente, la *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di violenza contro le donne*

stabilisce all'art. 2 che nessun comportamento violento può essere tollerato ricorrendo all'argomento della natura culturale o religiosa della condotta; inoltre, dispone che gli Stati dovranno prendere tutte le misure, incluse quelle legislative, per modificare o abolire leggi, regolamenti, costumi e pratiche che discriminino la donna.

Quindi, il diritto alla cultura non può condurre in alcun modo ad una sorte di legittimazione alla violazione di pari diritti fondamentali[261]. Tuttavia, anche nei c.d. *casi difficili* e prima di arrivare a una conclusione, consideriamo che si deve realizzare un dialogo interculturale.

In uno stato multiculturale, si deve ascoltare l'altro, il diverso, il non-occidentale, e comprendere come il particolare contesto culturale possa attribuire significato ad una particolare pratica sociale. I giudici devono tenere conto del contesto culturale del soggetto per determinare quando una pratica sia contraria ai diritti fondamentali. Una delle Corti con più esperienza nell'ambito multiculturale, la Corte Costituzionale colombiana, ha indicato che in questi casi debba aver luogo un dialogo con l'altra cultura prima di adottare una decisione finale. La Corte ha ripetutamente affermato che «in quei casi in cui è indispensabile effettuare un bilanciamento tra il diritto alla diversità culturale e qualche altro valore, principio o diritto costituzionale, è necessario stabilire una sorta di dialogo tra il giudice e la comunità o le comunità, la cui identità etnica e culturale potrebbe aver determinato il fatto. La funzione di un'attività come questa è quella di perseguire l'espansione della visione culturale del giudice e di ampliare l'orizzonte costituzionale, sulla cui base adotterà la sua decisione, permettendogli di comprendere l'*ethos* e la visione del mondo del gruppo o gruppi di persone che sostengono l'efficacia del loro diritto rispetto alla diversità etnica e culturale. Questa Corte afferma che solo attraverso una tale fusione è possibile l'adozione di una risoluzione giudiziale all'interno di uno Stato che riconosce e rispetta le differenze culturali e, quindi, che rispetta il principio della giustizia sancito dalla Costituzione[262]».

[261] PROVERA, *Tra frontiere e confini*, cit., pp. 79-88; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 165. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., p. 1623 ss.
[262] Corte Costituzionale di Colombia, sent. SU-510/98.

Ciò implica, parafrasando la Corte costituzionale colombiana, un esercizio da parte dell'interprete di conoscenza della situazione concreta sia dal punto di vista esterno che interno[263]. I diritti umani sono "punti minimi" che rappresentano allegoricamente le fondamenta o le strutture di un edificio, il contenuto cui sarà costituito da ciò che ogni cultura considera prezioso (evidentemente non tutti i contenuti possono essere difesi)[264]. Secondo Hart, i diritti umani hanno, in una concezione multiculturale, una struttura ampia e aperta, alla cui luce l'interprete deve determinare il significato e lo scopo sia della pratica culturale concreta che della norma giuridica in questione.

Così, per la nostra cultura "occidentale" (punto di vista esterno), alcuni comportamenti realizzati dalle minoranze etniche potrebbero essere classificati come violazioni dei diritti umani; tuttavia, da un punto di vista interno, quello di tali comunità, le pratiche trovano un significato culturale pienamente comprensibile. Pulitanò segnala che «La nozione di diritti fondamentali è controversa, e non può non esserlo, perché ha, e non può avere, un'intrinseca connotazione assiologica. I diritti umani sono l'affermazione di valori da attuare, tutelare e promuovere, ed ogni *deficit* di consenso sulla cognizione e ricognizione dei valori da affermare si riflette sulla loro traduzione giuridica. Controversi i cataloghi dei diritti; e controversi i modi del loro contemperamento e della loro tutela[265]».

[263] Sul punto di vista interno ed esterno: HART, *The concept of law*, cit., p. 88 ss.

[264] «I diritti umani vengono definiti in modo tanto formale da restare aperti per diverse condizioni di vita e per diverse ipotesi di società», HÖFFE, cit., p. 120. Rispetto a questi diritti, «In senso sia descrittivo sia normativo la loro pretesa di validità si fonda infatti soltanto su fattori universalmente umani. Di conseguenza i diritti umani in senso puro mettono a nudo particolarità storiche, culturali e, non da ultimo, contestuali. Essi sono principi formali, non materiali, aperti fin dall'origine a determinazioni materiali di volta in volta diverse. I diritti umani formali, dal momento che senza una loro "materializzazione" non possono in alcun modo giungere a concretizzarsi, richiedono anzi esplicitamente di essere riempiti di contenuto, in un modo che però non può che essere dipendente da una cultura e contestuale», Ibid, cit., p. 124. In senso simile, Fachi sostiene «Il confronto con comportamenti, norme e valori radicati nelle culture degli stranieri mette in luce la relatività dei diritti e dei principi fondamentali della tradizione occidentale», FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 148. In relazione all'idea di dignità, ad esempio, Fiandaca considera che si tratta di un costrutto storico, aperto a plurime ricostruzioni alla luce di diversi visioni dell'uomo e del mondo. FIANDACA, *Considerazioni intono a bioetica e diritto penale, tra laicità e postsecolarismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2007, pp. 557; VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena,* cit., pp. 42-43.

[265] PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., p. 1615, dove si riprende, in parte, il pensiero di MAZZARESE, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione "politicamente scorretta"*, in *Ragion pratica,* 2010, p. 509 ss.

L'azione dell'interprete che si immerge nel punto di vista interno evita l'applicazione meccanica delle disposizioni normative. Solo quando una determinata azione è associata a una pratica culturale può essere conosciuto il suo senso e il suo significato; ciò consente al giudice di determinare se tale pratica è realmente compatibile con il principio di diversità culturale o supera la portata della sua protezione, violando altri diritti fondamentali. Se il giudice non esegue tale operazione ermeneutica, risolve in modo deficitario il caso concreto, respingendo il principio di diversità culturale e risolvendo la questione solo a partire dalla sua posizione esterna di interprete[266].

All'interno della comunità internazionale degli Stati, tuttavia, sono stati considerati alcuni diritti che costituiscono una c.d. area dell'indecibile[267], che secondo la Convenzione americana sui diritti umani (art. 27) sarebbero: la personalità giuridica, la vita, l'integrità personale, il divieto di schiavitù e servitù, il principio di legalità e irretroattività, la libertà di coscienza e religione, la protezione della famiglia, il diritto alla personalità, i diritti del bambino, la nazionalità, i diritti politici e le garanzie giudiziarie minime indispensabili per la tutela di quei diritti. In ambito europeo, la CEDU sancisce, all'art. 15, che questi diritti sono: il diritto alla vita, la proibizione della tortura e della schiavitù e il principio di legalità.

Riteniamo che alcuni di questi diritti possano essere interpretati a partire da una posizione multiculturale; tuttavia, è necessario specificare che di ogni diritto fondamentale, anche se interpretato in modo multiculturale, deve essere garantito il rispetto del nucleo essenziale. Solo così saremo in grado di generare un dialogo discorsivo, dove si stabiliscano le regole minime da osservare per la coesistenza pacifica negli Stati multiculturali[268].

---

[266] In modo simile, secondo Höffe «culturalmente aperta non deve essere soltanto l'autorità legislativa e costituente, dal momento che essa formula i diritti umani e il diritto penale vincolato ai medesimi. Della stessa apertura culturale ha bisogno anche il giudice penale, così da saper rispettare, nei processi penali che si originano da tipici conflitti tra le culture, egualmente le due parti, l'accusato e la vittima», HÖFFE, cit., p. 120.

[267] Si veda: GARZÓN VALDÉS, *Representación y democracia*, in *Derecho, ética y política*, Madrid 1993, p. 644 ss.; FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia,* V. I, trad., it. P. Ibáñez, Madrid 2011, p. 775 ss.

[268] Secondo Peter Häberle, il nucleo o contenuto essenziale si riferisce alla «[…] sfera di condotta irriducibile che la legge protegge, indipendentemente dalle modalità che la legge assume o dai modi in cui si manifesta. È il nucleo fondamentale del diritto fondamentale, non suscettibile di interpretazione o di opinione soggetta alle dinamiche delle congiunzioni o delle idee politiche», HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale,*

Nel caso delle minoranze culturali, va anche notato che, nel confronto con i diritti umani, esse hanno, tra gli altri, due obblighi fondamentali: il primo è il divieto di "restrizioni interne", cioè la proibizione, per una cultura minoritaria, di imporre ai suoi membri restrizioni alle libertà civili e politiche basilari. Attraverso le restrizioni interne un gruppo può pretendere di limitare la libertà degli stessi membri in nome della solidarietà di gruppo, della purezza culturale, della ortodossia religiosa, della preservazione delle tradizioni, ecc. Si può pensare, ad esempio, all'imposizione di pratiche come il matrimonio combinato forzato, la clitoridectomia, la discriminazione sessuale, ecc.

Il divieto di restrizioni interne permette di garantire la libertà delle persone all'interno del gruppo e implica anche il "diritto di uscita volontaria" quando un individuo lo considera necessario. In questo modo, ogni membro della comunità può mettere in discussione le pratiche tradizionali della propria comunità. Con questo obbligo per la comunità - e la garanzia per i singoli membri - è garantito un processo di revisione all'interno delle culture da parte dei propri membri per determinare quali pratiche culturali dovrebbero continuare ad essere considerate valide e quali no. Secondo Amy Gutmann, «Il diritto di opporsi a pratiche culturali che violano i diritti umani è fondamentale come qualsiasi altro diritto in una democrazia[269]».

Rispetto a queste restrizioni interne Kymlicka afferma che «una concezione liberale dei diritti delle minoranze non giustifica (se non in condizioni estreme) le restrizioni interne, cioè la pretesa da parte di una cultura minoritaria di limitare le fondamentali libertà civili o politiche dei suoi membri. I liberali ritengono che gli individui abbiano il diritto di decidere da soli quali aspetti della loro tradizione culturale sono degni di essere conservati. Il liberalismo implica, anzi, forse si contraddistingue, per il fatto che gli individui sono liberi e capaci di mettere in

trad., it. P. Ridola, Roma 1996, pp. 79-92; ID., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, trad., it. J. Brague, Madrid 2003. La Corte Costituzionale italiana ha riconosciuto questo nucleo in diverse sentenze; nella sentenza n. 85/2013, la Corte ha affermato che «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali […] Il punto di equilibrio, dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato […] secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

[269] GUTMANN, cit., p. 107.

discussione ed eventualmente modificare le pratiche tradizionali della loro comunità, qualora giungano alla conclusione che queste pratiche non meritano più la loro fedeltà. I principi liberali non sono invece così esigenti nei confronti delle decisioni della società dominante[270]».

Il secondo obbligo è la garanzia di "protezioni esterne", che si rivolgono al di fuori del gruppo culturale e implicano un compromesso tra i diversi gruppi in modo che nessuno opprima o sfrutti un altro gruppo (come è successo con l'*Apartheid* in Sud Africa). Questa garanzia promuove l'uguaglianza tra gruppi minoritari e tra questi e il gruppo di maggioranza. Le protezioni esterne permettono ai diversi gruppi minoritari di limitare l'influenza di altri gruppi oppure della società dominante al fine di proteggere e preservare la propria esistenza come società culturale diversa. Ad esempio, si pensi alla richiesta di chiusura domenicale dei negozi o al rispetto dei codici d'abbigliamento (il *burqa* musulmano, il turbante Sikh, ecc). Ma anche qui, tuttavia, esistono dei limiti. Kymlicka sostiene che «la giustizia liberale non può accettare alcuna rivendicazione che darebbe ad un gruppo la possibilità di opprimere o sfruttare un altro gruppo, come nel caso dell'*apartheid*. Le tutele esterne sono legittime soltanto nella misura in cui promuovono la parità fra gruppi mediante la correzione di condizioni di svantaggio o l'eliminazione di rischi cui sono esposti i membri di un determinato gruppo[271]».

In questo modo, ogni gruppo rimane esente dal rischio di essere affetto dal gioco delle maggioranze e delle minoranze. Luigi Ferrajoli ci insegna che nessuna maggioranza, per quanto schiacciante sia, può legittimamente decidere di sopprimere (oppure di non decidere la protezione di) una minoranza o un singolo cittadino: «[…] anche la democrazia politica più perfetta, rappresentativa o diretta, è infatti un regime assoluto e totalitario se il potere del popolo è in essa illimitato. Le sue regole sono senz'altro le migliori per determinare chi può decidere e come deve

[270] KYMCLICKA, *La Cittadinanza multiculturale*, cit., p. 265 ss.
[271] Idem, in argomento, v. anche: FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale,* cit., p. 30 ss. BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 29-30.

decidere (o consentire che si decida) […] La garanzia di questi diritti vitali è la condizione indispensabile della convivenza pacifica[272]».

[272] FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 899-900.

Capitolo III

Il caso italiano

- Vorresti dirmi per dove debbo andare?
- Dipende molto dal luogo dove vuoi andare - rispose il Gatto.
- Poco importa dove… - disse Alice.
- Allora importa poco sapere per dove devi andare, – soggiunse il Gatto.
Lewis Carroll, *Alice nel paese delle meraviglie.*

L'Italia, come tutti i Paesi, ha la caratteristica della multiculturalità. Questa si avverte nella popolazione migrante esistente sul territorio e che cresce continuamente[273].

Il trattamento giuridico e politico della multiculturalità, tuttavia, è un fenomeno molto recente, che obbedisce a ragioni storiche e sociali. Storicamente, l'unificazione italiana è avvenuta in un momento molto recente – rispetto ad altri Paesi - ed è stata accompagnata da "politiche di costruzione della nazionalità" volte a creare un senso di unità (una lingua, una religione e una cultura come presupposto dello Stato-nazione).

Addirittura, nel 1942, la Relazione al Re del Ministro Guardasigilli – nella motivazione del disegno di legge che introduceva il nuovo codice civile - esprimeva un'idea chiara di questa supposta unità: «Lo Stato ci appare come la nazione medesima in esso organizzata, cioè come un'unità non solo sociale, ma altresì etnica, legata da vincoli di razza, di lingua, di costume, di tradizioni storiche, di moralità, di religione[274]».

[273] GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana,* in BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pen*a. Milano 2006, p. 117; MANCINI, *Società multiculturale e diritto italiano. Alcune riflessioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* n. 1, 2000, p. 71.
[274] Citato da DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 34.

Lo stesso Codice Rocco, ancora in vigore, contiene elementi normativi il cui contenuto può essere concretizzato solo ricorrendo a considerazioni che presuppongono una chiara unità culturale della nazione. Possiamo notare questo fenomeno in espressioni quali “vilipendio” (artt. 290, 291, 292, 403 e 404 c.p.); "comune sentimento… [del] pudore” (art. 529, co. 1 c.p.); “onore sessuale” (artt. 527-538 c.p.); "morale familiare" (art. 565 c.p.); “pubblico scandalo” (art. 564 c.p.); “ordine e morale delle famiglie” (art. 570 c.p.); "pubblica decenza" (art. 726 co. 1 c.p.); "motivi abietti o futili" come circostanza aggravante (art. 61, n.1 c.p.) e la circostanza attenuante dei motivi di "particolare valore morale o sociale" (art. 62, n. 1, c.p.)[275].

Questa situazione permetteva fino a poco tempo fa un'immagine della società caratterizzata da una matrice culturale omogenea e manifestata in aspetti come la razza, la cultura o la religione[276]. Tuttavia, fenomeni come la globalizzazione economica, l'adesione all'Unione Europea, il maggiore flusso di persone provenienti da culture diverse e le frequenti spinte a migrare per motivazioni di diverso tipo (economiche ma anche legate a guerre ed altre crisi), hanno trasformato l’Italia da Paese di emigranti a Paese di immigrati[277]. Oggigiorno, la caratteristica principale dell’Italia non è più quella supposta omogeneità, bensì l’eterogeneità. In ambito giuridico, come spesso accade, le norme non sono state al passo con la modernità e l'ordinamento giuridico italiano non ha fatto eccezione, presentando ancora molteplici caratteristiche di un sistema culturale omogeneo.

La Costituzione italiana, ad esempio, non menziona espressamente il fenomeno multiculturale, ma la sua prima parte, scritta in un momento storico di rinascita dei diritti fondamentali, richiama disposizioni normative che tutelano il

[275] DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 82 ss.
[276] GROSSO, cit., p. 116 ss.
[277] Alessandro Baratta ha sottolineato la finzione su cui si basa il sistema penale quando presuppone che quell’insieme di valori e modelli comportamentali abbracciati dalle norme penali corrisponda ai valori e alle norme sociali che il legislatore trova precostituiti e che sono accettati dalla maggioranza dei consociati. Baratta, d'altra parte, riconosce che all'interno di una società moderna, in corrispondenza della sua struttura pluralistica e conflittuale, vi sono, insieme ai valori e regole sociali comuni, altri valori e regole specifici di gruppi diversi o antagonisti. Di conseguenza, i valori e le regole selezionati dalla legge penale non sono quelli che esprimono il parere di tutta la società, piuttosto sono quelli che vengono selezionati e accettati dal gruppo o dai gruppi principali, il che dimostra la conseguente relatività dei valori protetti dalle norme penali, cfr. BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Buenos Aires 2004, p. 71 ss.

pluralismo in senso ampio, ad esempio: il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione, in relazione alla razza, alla lingua e alla religione (art. 3); la difesa delle minoranze linguistiche (art. 6); il pluralismo religioso (artt. 8 e 19); la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21); la protezione della cultura in senso ampio (art. 33); il pluralismo politico (art. 49); e il pluralismo istituzionale (art. 114)[278].

A livello legislativo, la situazione è ambigua. Vi sono alcune norme che riconoscono e proteggono debolmente la diversità culturale, ma negli ultimi tempi l'ordinamento giuridico si sta caratterizzando per una situazione di crescente criminalizzazione della diversità, a tal punto che, paradossalmente, insieme ai principi costituzionali di grande impronta illuministica coesistono disposizioni incriminatrici con un chiaro profilo soggettivo rivolto a gruppi come i musulmani, le persone appartenenti alla comunità ROM, i richiedenti asilo e aiuto umanitario, le persone che chiedono elemosina nelle strade e, in generale, i migranti extracomunitari, qualificati *in primis* come soggetti ad alta pericolosità. In questo capitolo, analizzeremo come l'ordinamento italiano reagisce di fronte alla multiculturalità, analizzando alcune norme e casi giudiziari.

3.1 L'ordinamento giuridico italiano di fronte alla diversità culturale

La Costituzione italiana protegge in ampia misura i diritti fondamentali. Le relative disposizioni sono, normalmente, principi e in essi la diversità culturale può essere protetta in un senso ampio (artt. 3, 6, 8, 19, 21, 33 e 117 Cost.).

Per quel che concerne la normativa di origine internazionale, integrata nell'ordinamento interno attraverso l'articolo 117 Cost., risultano applicabili all'Italia strumenti internazionali come la *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* (artt. 1, 2, 5 e 7), ratificata il 21 dicembre 1965; il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (art. 27), ratificato il 23 marzo 1976; Il *Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali* (art. 15), ratificato il 15 settembre 1978; il *Trattato sull'Unione Europea* (art. 2), ratificato il 2 agosto 2008; il

[278] GROSSO, cit., p. 129.

Trattato *sul funzionamento dell'Unione Europea* (art. 10); La *Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali* (artt. 2, 5, 6, 7 e 8), ratificata il 19 maggio 2007; la C*onvenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale* (artt. 2, 11, 13 e 14), ratificata il 27 settembre 2007 e la *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali* (artt. 8, 9 e 14), ratificata il 4 agosto 1955.

A livello di legislazione interna, concentrandoci sull'ambito dei reati culturalmente orientati, nel diritto penale italiano non è presente alcuna norma di parte generale che autorizzi a dar rilevanza al fattore culturale[279], come, invece, accade in altri ordinamenti quali il peruviano (l'errore culturalmente condizionato) o il messicano (pluralismo giuridico e giurisdizione speciale indigena). Nonostante ciò, è possibile rintracciare alcune specifiche disposizioni che prevedono deroghe, esenzioni o regimi giuridici speciali in virtù dell'appartenenza culturale o religiosa; ad esempio, l'art. 5 d. lgs. n. 333/ 1998 che prevede la macellazione secondi i riti religiosi[280]; oppure, ancora in tema di tutela degli animali, l'art. 3 l. 20 luglio 2004, n. 189, in base al quale le fattispecie incriminatrici previste nel Titolo IX *bis* (i delitti contro il sentimento per gli animali) «non si applicano […] alle manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente[281]».

Tuttavia, l'ordinamento giuridico italiano contiene anche disposizioni giuridiche caratterizzate dall''intolleranza verso la differenza culturale. Si tratta di disposizioni che sono entrate a far parte dell'ordinamento in tempo recente e che corrispondono a una tendenza crescente che orienta il Paese verso una posizione contraria al multiculturalismo. In seguito ci riferiremo brevemente ad alcune di queste disposizioni.

3.1.1 La mutilazione genitale femminile

[279] BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 44.
[280] In argomento: ROCCELLA, *Macellazione rituale e diritto islamico*, in FERRARI (a cura di), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna 2000, pp. 201-221.
[281] BERNARDI, *Modelli penali e Società multiculturale,* cit., p. 72.

La mutilazione genitale femminile è probabilmente l'esempio estremo e paradigmatico che evidenzia i confini tra diritti fondamentali e cultura[282]. La situazione è estrema perché tale pratica si trova agli antipodi di ciò che può essere tollerato alla luce dei principi fondamentali degli Stati costituzionali, liberali e democratici.

Uno stato liberale presuppone la difesa dei diritti fondamentali, tra questi la cultura, ma in casi come quello della mutilazione genitale femminile ci si trova di fronte a diritti come la dignità, l'integrità personale, il divieto di subire tortura o ad altre condotte crudeli, inumane e degradanti. La prevalenza, chiaramente, non può essere accordata in questo caso alla cultura, ed è infatti questa la posizione assunta dall'ordinamento giuridico italiano, ma attraverso una strategia opinabile, che ha optato per una punizione eccessivamente severa della condotta culturalmente orientata, anziché per l'utilizzo di mezzi non penali e più efficaci. La mutilazione genitale femminile, nonostante la scelta del legislatore italiano, non è un fenomeno così semplice da trattare; comporta diversi aspetti che devono considerarsi.

Su questa antichissima pratica si è scritto tanto[283]; in questa sede faremo solo brevi considerazioni rimandando il lettore alla ricca bibliografia esistente. In particolare, ci concentreremo sull'analisi delle misure adottate dal legislatore penale italiano.

3.1.1.1 Brevi considerazioni storiche e culturali

[282] FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale,* cit., p. 79.

[283] Sull'argomento: BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multietnica e multiculturale: maltrattamenti e infanzia abusata in "dimensione domestica"*, in *Dir. imm. Citt.,* 2000, p. 29 ss.; BRUNELLI e SARTARELLI, *Tutela della religione e tutela del corpo: rapporti penalistici*, in CANESTRARI, FERRANDO MAZZONI, RODOTA, ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo,* T. II, Milano 2001, p. 237 ss.; LONGOBARDO, *Le mutilazioni genitali femminili,* in CILARDO (a cura di), *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea*, Napoli 2001, p. 130 ss.; MORRONE e VULPIANI (a cura di), *Corpi e simboli: immigrazione, sessualità e mutilazioni genitali femminili in Europa*, Roma 2004; BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. Pen. Proc.,* 2006, p. 680 ss.; HERRERA MORENO, *Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina*, in *Revista de Derecho Penal*, n. 5, 2002, p. 49 ss.; FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit.; PITCH, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Quest. Giust.* n. 3, 2001, p. 502 ss.

La pratica della mutilazione genitale femminile è nata originariamente nel Nord Africa ed oggi continua ad essere mantenuta particolarmente in Paesi come Somalia, Etiopia, Yemen, Burkina Faso, Gambia, Mali, Eritrea ed Egitto[284]. Inoltre, i flussi migratori hanno anche trasferito questa pratica nel territorio europeo, dando luogo alla situazione attuale[285].Di fronte a questa pratica, l'Occidente ha assunto una posizione di chiaro rifiuto in base a diversi motivi: l'uguaglianza di genere (si sostiene che si tratta di uno strumento di controllo della sessualità femminile per garantire la castità e la fedeltà delle donne); il diritto ad una vita dignitosa (secondo una concezione europea, come se tutte le donne del mondo dovessero seguire uno stesso progetto di vita o lo stesso processo storico); la libertà sessuale (si afferma che attraverso questa pratica la donna viene assoggettata alle aspettative sessuali del gruppo, chiaramente maschiliste); la libertà in senso lato (si argomenta che questa pratica subordina la libertà della donna sottoponendola a pressioni religiose e culturali); il divieto di tortura e di altre pratiche crudeli, inumane e degradanti.

La mutilazione genitale femminile, in più, presenta numerose variazioni, che dipendono dal gruppo culturale in cui viene praticata. In termini generali, la mutilazione genitale femminile consiste in una modificazione o "asportazione" di tessuti dell'apparato genitale femminile. L'Organizzazione Mondiale della Sanità (WHO) nel 1995 ha elaborato una definizione convenzionale in base alla quale possono essere ritenute mutilazioni genitali femminili «tutte le pratiche che comportano la rimozione parziale o totale degli organi genitali femminili esterni o

[284] Parisi segnala che, in passato, questa pratica era comune anche nel territorio europeo: «Si tratta di un rito antichissimo di natura tradizionale […] essendo seguito non solo da parte di popolazioni musulmane, ma anche presso gruppi africani di religione cristiana o animista. Storicamente forme di infibulazione sono state presenti anche in Europa, essendo testimoniate ad esempio presso i romani (il termine infibulazione, infatti, ha origine latine, derivando da "fibula", una piccola spilla che veniva usata dai romani per evitare che le loro mogli avessero rapporti sessuali con altri durante la loro assenza per la guerra), o in tempi più recenti, in varie parti d'Europa, dove era praticata la c.d. clitoridectomia (una mutilazione ritenuta terapeutica realizzata allo scopo di prevenire patologie come l'epilessia e la follia, attribuite alla masturbazione femminile)»; cfr. PARISI, *Cultura dell'altro e diritto penale,* Torino 2010, pp. 114-115.

[285] In realtà, in conseguenza dei flussi migratori, la mutilazione genitale femminile ormai si pratica in Paesi del Medio Oriente, Asia, America del nord, America latina ed Europa, cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los Derechos humanos. Infibulación, excisión y otrras prácticas cruentas de iniciación,* Madrid 1998.

altre lesioni agli organi genitali femminili, compiute per motivazioni culturali o altre motivazioni non terapeutiche[286]».

Poiché ci sono differenti modi di praticare la mutilazione genitale femminile, i danni causati sono variabili. Le patologie possono essere immediate e/o a lungo termine e possono consistere in emorragie, infezioni alle vie urinarie, incontinenza, infezioni pelviche, incapacità di completare il rapporto sessuale, formazione di cisti e calcoli, tumori, ascessi, disturbi renali. Inoltre, patologie di tipo psichico quali ansia, depressione, irritabilità cronica, frigidità e psicosi[287]. In più, va ricordato che queste pratiche sono generalmente svolte clandestinamente con strumenti inadeguati e in condizioni di igiene precarie, che aumentano i rischi per la salute. A ciò va aggiunto che in molti gruppi etnici la mutilazione genitale femminile viene realizzata direttamente sulle bambine nei primi anni di vita, accrescendo così le possibilità di danni irreparabili alla salute o, addirittura, mettendo a rischio la loro vita.

Per le ragioni sopraesposte, la mutilazione genitale femminile è stata considerata una violazione dei diritti fondamentali[288] è ciò ha permesso diverse iniziative politiche e giuridiche rivolte a combatterla. Tra queste, la *Quarta* e la *Quinta Conferenza dell'ONU sulle donne* del 1995 e del 2005, in cui si è fatto appello ai governi affinché «adottino ed applichino disposizioni normative contro gli autori di pratiche e abitudini dannose, comprese le mutilazioni genitali femminile». In Europa, la Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 1371/1998 concernente i "Maltrattamenti inflitti ai fanciulli"; la Raccomandazione n. 1450/2000 relativa alla "Violenza contro le donne in Europa"; la Comunicazione della *Commissione*

[286] L'OMS classifica le mutilazioni genitali femminili nel seguente modo: I tipo: Escissione del prepuzio e della clitoride, in forma totale o parziale; II tipo: Escissione del prepuzio e della clitoride con escissione parziale o totale delle piccole labbra; III tipo: Escissione di parte o di tutti i genitali esterni con cucitura o riduzione del canale vaginale (infibulazione); IV tipo: Comprensivo di punzecchiatura, foratura o incisione della clitoride e/o labbra, stiramento/allungamento della clitoride e/o delle labbra; cauterizzazione mediante bruciatura della clitoride e dei tessuti circostanti; raschiatura dei tessuti attorno all'orifizio vaginale (taglio cd. *"angurya"* o incisione della vagina (taglio cd. *"gishiri"*); introduzione di sostanze corrosive nella vagina per provocarne il sanguinamento o di erbe con l'intento di stringerla o chiuderla, ed ogni altra pratica che rientri nella suddetta definizione di mutilazione genitale femminile. Cfr. BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 50.
[287] LA MONACA, AUSANIA, SCASSELLATI, *Le mutilazioni genitali femminili. Aspetti socio-antropologici, giuridici e medico-legali e contributo casistico,* in *Riv. It. Med. Leg.*, XXVI, 2004, p. 649 ss.; SANZ MULAS, *Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 2014, p. 25.
[288] BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, cit., p. 683 ss.

Europea intitolata "*Vers l'éradication des mutilations génitales féminines*" del 25 novembre 2013, COM (2013/0833) e diverse Risoluzioni del Parlamento Europeo: la n. 2035/2001, rivolta agli Stati membri al fine di «considerare qualunque forma di mutilazione genitale femminile come un reato autonomo, indipendentemente dal fatto che la donna interessata abbia prestato qualunque forma di consenso (…)»; la 2012/2684, "*Rèsolution sur l'elimination de la mutilation gènitale fèminine"*; e la 2014/2530*,* "Verso l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili"[289].

In ambito normativo anche diversi Paesi hanno realizzato apposite modifiche rivolte al contrasto della mutilazione genitale femminile: la Svezia (legge 1 luglio 1982), il Regno Unito (*The Prohibition of Female Circumcision Act*, 16 luglio 1985), la Norvegia (legge n. 74 del 15 dicembre 1995), il Belgio (legge 28 novembre 2000), la Spagna (Ley Orgánica 11/2003 del 29 settembre 2003), gli Stati Uniti (*Federal Prohibition of Female Genital Mutilation Act* del 10 luglio 1995), il Canada (legge 25 aprile 1997) e la Nuova Zelanda (*Crimes Amendment Act* del 2 agosto 1995)[290].

Finora abbiamo fatto riferimento alle considerazioni che sono state fatte sulla mutilazione genitale femminile da un punto di vista esterno, cioè dalla posizione di uno spettatore occidentale; infatti, da questa posizione la pratica risulta essere, senza dubbio, condannabile e meritevole del nostro totale ripudio in forza del suo pieno contrasto con l'immagine che delle donne esiste nei nostri Paesi[291]. Tuttavia, da un punto di vista interno, quello della cultura di coloro che la praticano, esiste un complesso e potente sistema di credenze che la sostiene e le attribuisce senso e significato. Provando ad indossare i panni di un antropologo[292], possiamo rivelare che questa pratica viene difesa, tra le tante, per le seguenti ragioni:

- È simbolo di Identità culturale. Questa pratica permette un rafforzamento del vincolo di appartenenza dell'individuo al suo gruppo di origine, a tal

[289] Risoluzione Consiglio Europeo A5-0285/2001 del 20/9/2001, in *Official Journal of the European Communities*, 28/3/2002, C77E/126.
[290] BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 53-54.
[291] Lo stesso utilizzo dell''espressione "mutilazione" evidenza già una posizione negativa intorno alla pratica. Facchi propone utilizzare un'espressione più neutrale qual è "escissione rituale femminile" considerando che la mutilazione genitale femminile suggerisce in anticipo una svalutazione culturale. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale,* cit., p. 79.
[292] Si veda: RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali,* Milano 2012.

punto che la mutilazione genitale femminile costituisce un segno di riconoscimento (paragonabile ad un tatuaggio o un piercing delle società occidentali). Inoltre, la mutilazione genitale femminile fa spesso parte dei riti di iniziazione, che segnano il passaggio da uno stato all'altro; in questo caso, dalla condizione di individuo a quella di membro della comunità[293]. Il rifiuto di questa pratica comporta in molti casi la conseguente "non appartenenza al gruppo", cioè l'ostracismo e l'espulsione dalla comunità[294].

- È segno di appartenenza religiosa. Come è noto, in molte culture la distinzione tra religione e cultura è difficile, se non addirittura impossibile da tracciare, come accade nei Paesi musulmani nei quali la pratica della mutilazione genitale femminile esiste. Una delle più grandi critiche rivolte all'Islam si riferisce proprio alla mutilazione genitale femminile "imposta" come parte della loro cultura. Questa critica, tuttavia, è completamente infondata. La mutilazione genitale femminile non trova la sua origine in una certa religione, tanto che risulta essere praticata dai musulmani, dai cristiani, dai protestanti, dai cattolici, dagli ebrei, dagli animisti, dagli atei, dai copti, ecc. Solitamente, si afferma che questa pratica è imposta dalla religione musulmana, ma questo è un grossolano errore; nel Corano non vi è alcun riferimento ad essa ed in molti Paesi musulmani non viene praticata[295]. Addirittura, oggigiorno, esistono correnti musulmane che difendono lo sradicamento di questa pratica, facendo riferimento, in particolare, a considerazioni religiose[296]. In effetti, l'idea che i musulmani hanno del corpo è quella della "perfezione della creazione di Dio" e, in base ad essa, non è lecito alterarlo, dato che le creazioni di Allah sono

[293] PAREKH, *Repensando el multiculturalismo: diversidad cultural y teoría política,* Madrid 2005, pp. 406-407; AMNISTÍA INTERNACIONAL. *La mutilación genital femenina*, cit., p. 26.
[294] PITCH, cit., p. 506.
[295] Come Arabia Saudita, Iraq, Kuwait, Afghanistan, Algeria o Iran, cfr. SANZ MULAS, cit., p. 28.
[296] Ad esempio, nel 2005 è stata realizzata la "Conferenza sub regionale sulla mutilazione genitale femminile" ospitata dal governo di Gibuti. I diversi leader religiosi regionali hanno discusso le dimensioni teleologiche della mutilazione genitale femminile affermando, nel documento di conclusioni, che il Corano non difende la mutilazione genitale femminile e che tutti i tipi di mutilazione genitale sono contrari ai precetti religiosi dell'Islam. Ibid, pp. 28-29.

"sublimi"[297]. Tuttavia, in alcuni Paesi, città e comunità non esiste una chiara distinzione tra religione, cultura e diritto, essendo tutti parte di un unico insieme. In questi casi, la realizzazione di una certa pratica culturale, la celebrazione di certi eventi, il comportarsi in un certo modo, viene considerato come un simbolo di coerenza con la religione, con la cultura e con il proprio gruppo. Si pensi al caso degli ebrei, presso i quali la circoncisione maschile è considerata un simbolo di unione con Dio, oppure alla presenza di immagini religiose in luoghi pubblici (ad esempio il crocifisso) o alla celebrazione di festività (ad esempio, quella della Madonna di Guadalupe in Messico, che diventa una vera festa nazionale); in tutti questi casi, tali condotte vengono considerate come simboli di identità. Allo stesso modo, in alcuni gruppi umani la pratica della mutilazione genitale femminile è considerata un simbolo di coesione con il gruppo e con la religione (anche se questa, particolarmente nel caso dell'Islam, non è prevista come una pratica imposta).

- È simbolo di estetica. L'idea della "bellezza" è, senza dubbio, relativa, dipende dal tempo, dal luogo, dalla cultura e cambia continuamente. In alcuni gruppi culturali la modifica dei genitali femminili è considerata una pratica diretta all'esaltazione della bellezza; al contrario, i genitali non modificati sono considerati brutti e sporchi[298]. In altri gruppi, si considera che la mutilazione genitale femminile ha la funzione di rimuovere dal corpo femminile un organo che è considerato maschile, oppure un organo "asessuato" che, se continuasse ad essere presente, impedirebbe di identificare l'individuo come maschio o femmina. Nella nostra cultura, l'alterazione del corpo viene anche realizzata per ragioni estetiche; i tatuaggi, il *piercing* e addirittura le perforazioni degli organi genitali maschili o femminili (si pensi al *piercing* ai genitali o al seno). Inoltre, vengono anche eseguiti diversi interventi chirurgici allo scopo di sostituire

[297] PROVERA, *Tra frontiere e confini,* cit., pp. 184-186; BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 51; HERRERA MORENO, cit., p. 56; FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale,* cit., p. 81.
[298] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 44.

i genitali (il cambio di genere), modificare la loro forma per ottenere maggiore piacere sessuale (*Designer Laser Vaginoplasty*), o, perfino, "recuperare" la verginità (la ricostruzione dell'imene)[299].

- È legata a credenze sull'igiene e sulla salute femminile. In alcune comunità si ritiene che i genitali femminili esterni siano "sporchi" e, dunque, che si debbano rimuovere. Una donna che non modifica i suoi genitali molte volte non è autorizzata a partecipare nella preparazione del cibo o nell'utilizzo dell'acqua[300]. In molti altri casi, esiste la credenza che i genitali modificati permettono un incremento della fertilità[301] e, di conseguenza, anche maggiori opportunità per la donna di contrarre matrimonio e di costruire una famiglia[302]. Perciò, i genitori che realizzano questa pratica sulle loro figlie agiscono nella credenza assoluta non di arrecare un male, bensì di assicurare a loro figlie un futuro di benessere e di rispetto[303].
- È legata ad una diversa concezione dell'onore familiare. In molte culture la donna rappresenta la famiglia, a tal punto che una donna degna è considerata il simbolo della famiglia con un'alta considerazione sociale. Secondo questo punto di vista, la sessualità e la castità della donna vengono considerate elementi centrali della dignità familiare[304]. Quando la donna fallisce in questi ambiti, si verifica una situazione tragica che investe tutta la famiglia. Perciò, una donna sottoposta alla mutilazione genitale femminile è una donna che rispetta la famiglia e le loro credenze, mentre una che non la pratica porta disonore e disgrazia alla famiglia[305].

---

[299] FORNASARI, *Mutilazione genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico,* cit., p. 187; GRANDE, *Hegemonic human rights and african resistance: female circumcision in a broader comparative*, in *Global jurist frontiers,* n. 2, 2004, p. 12 ss.

[300] Presso diversi popoli, la mutilazione genitale femminile viene considerata sinonimo di purificazione (*Tahara* in Egitto, *Tahur* in Sudan), oppure di pulizia (*sili-ji* in Mali), cfr. SANZ MULAS, cit., p. 28.

[301] BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 51; HERRERA MORENO, cit., p. 56.

[302] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 44; PITCH, cit., p. 506.

[303] SANZ MULAS, cit., p. 27.

[304] FABIETTI, *Culture in bilico. Antropologia del Medio Oriente*, Milano 2002, p. 139 ss.; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina*, cit., p. 26.

[305] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 44.

La situazione, come si può vedere, e complessa è non può essere ridotta ad una semplice condanna alla pratica[306]. Dal nostro punto di vista, come spettatori esterni, ben potremmo condannare la pratica e difendere la sua punibilità, ma, così facendo, non presteremmo sufficiente attenzione al retroterra culturale e alle conseguenze che misure come una condanna penale potrebbero avere all'interno della comunità e per le stesse donne che, in teoria, cerchiamo di proteggere.

Una misura di criminalizzazione non ferma una pratica profondamente radicata in una comunità, bensì ne favorisce la clandestinità, perché, in fondo, non modifica il consenso che esiste intorno ad essa. Inoltre, è completamente inefficace, perché non viene accompagnata da altre misure che possano offrire alle donne la possibilità di scelta (il non sottoporsi alla mutilazione genitale femminile) perché, come si è visto, le conseguenze sociali e personali del non realizzarla sono più gravi di una ipotetica condanna penale. Facchi riassume: «La donna non escissa non è una vera donna, è impura, non si può sposare e fare figli, la sua stessa famiglia se ne vergogna e, considerando la visione prevalente in quella società, questo equivale all'isolamento, all'emarginazione, alla difficoltà stessa di sostentamento[307]». In questo scenario, tra l'ipotetica sanzione penale e il perdere tutto nella vita, è chiaro quale strada prenderà la donna.

3.1.1.2 Il delitto di mutilazioni genitali femminili (art. 583 *bis* c.p.)

La l. 9 gennaio 2006, n. 7, "Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile" ha introdotto nel codice penale italiano il reato di "mutilazioni genitali femminili" (art. 583 *bis* c.p.) [308].

[306] Sulle origine e diversi significati di questa pratica, se veda: PROVERA, *Tra frontiere e confini,* cit., p. 187 ss.; BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 49 ss.; FAVALI, *Fra legge e modelli ancestrali: prime osservazioni sulle mutilazioni genitali in Eritrea,* Torino 2002, p. 39 ss.
[307] FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale,* cit., p. 91.
[308] Per un'analisi della fattispecie: PROVERA, *Tra frontiere e confini,* cit., p. 193 ss.; PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2011, p. 853 ss.; MASARONE, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in *Dir. pen. proc.,* 2014, p. 1237 ss.; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 39 ss.; FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., p. 182 ss.; LONGOBARDO, cit., p. 130 ss.; BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della*

L'art. 583 *bis* c.p. prevede, al primo comma, che chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagioni una mutilazione degli organi genitali femminili mediante clitoridectomia, escissione, infibulazione o qualsiasi altra pratica che causi effetti dello stesso tipo, verrà punito con la reclusione da quattro a dodici anni. Al secondo comma, rende punibile (in modo meno grave) qualsiasi comportamento che, al fine di diminuire le funzioni sessuali, provochi lesioni agli organi genitali femminili, diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia del corpo o della mente. In aggiunta, sono previsti aumenti di pena (fino a un terzo) quando la pratica è commessa su un minore o viene effettuata a scopo di lucro (terzo comma). Inoltre, è prevista la decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale o della tutela in modo permanente quando la mutilazione genitale femminile viene effettuata dai genitori o dai tutori (quarto comma). La disposizione sanziona anche la condotta commessa all'estero da un cittadino italiano o straniero residente in Italia (quinto comma).

In aggiunta a tale criminalizzazione, mediante l'art. 583 *ter*, si rende punibile il sanitario che realizzi tali pratiche, sia con pena detentiva che con la sospensione dallo svolgimento della professione fino a 10 anni e, in più, con la comunicazione della sentenza all'Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri.

Sul tema si è discusso molto nella dottrina italiana; la posizione generale è nel senso della disapprovazione di questa fattispecie, sulla base di diverse considerazioni. Prima fra tutte, l'inutilità della riforma. La norma incriminatrice protegge i beni giuridici dell'integrità fisica e della salute 'psico-sessuale' della donna, beni che erano già protetti dall'ordinamento. Infatti, prima di questa legge la pratica delle mutilazioni genitali femminili poteva essere sussumibile nella fattispecie di "lesioni personali" (art. 582 c.p.) e, a seconda dei casi, poteva comportare lesioni lievi, gravi o gravissime (artt. 582 e 583 c.p.)[309]. Come si è già accennato, la

giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583-bis c.p., in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2013, p. 1-23.

[309] Infatti, nel 1999 è stato deciso un caso relativo alla mutilazione genitale femminile sussumendo la condotta nel reato di lesioni gravi. In quel caso, un egiziano (sposato con una donna italiana) portò i loro due figli (donna e maschio) all'insaputa della madre nel Paese natale, sottomettendo il figlio alla circoncisione e la figlia all'infibulazione. In questo caso il Tribunale di Milano realizzò un bilanciamento, considerando l'origine etnica dell'imputato e la "particolare natura del reato", attenuando la pena corrispondente alle lesioni gravi. Tribunale

mutilazione genitale femminile ammette molteplici variazioni; in alcuni casi, può consistere in lesioni minime e, in altri, in lesioni gravi o gravissime. Il legislatore italiano purtroppo non ha tenuto conto di queste variazioni e ha applicato uno *standard* uniforme a tutte le forme di mutilazione genitale femminile e, addirittura, ha equiparato a queste qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo, realizzando una specie di analogia in *malam partem*[310]*.* Inoltre, se tra gli obiettivi della riforma vi era quello di impedire che la pratica venisse commessa sulle minorenni, va rilevato che questa situazione trovava già una risposta nell'ordinamento attraverso l'aggravante del fatto commesso dall'ascendente contro il discendente (art. 585 c.p., con rinvio agli artt. 576 e 577 c.p.).

È stata criticata anche l'inutilità dell'ipotesi prevista al 2° comma, in quanto risulta molto complesso verificare il dolo specifico richiesto, consistente nel perseguire il preciso scopo di "menomare le funzioni sessuali". Nella pratica, questa sarebbe una fattispecie inefficace, per la difficoltà di accertare il dolo richiesto[311].

La norma, inoltre, si scontra anche con il principio di proporzionalità. Infatti, l'ipotesi più grave risulta essere anche la più comune (mutilazione genitale femminile commessa su minorenni) e la pena può arrivare fino a 16 anni di reclusione (accompagnata dalla decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale). Questa ipotesi non è equiparabile alle lesioni gravissime (da 6 a 12 anni) ed è sanzionata paradossalmente in modo paragonabile, con poche differenze, alle pene previste per condotte come l'omicidio preterintenzionale oppure la causazione di un disastro ferroviario[312]. Inoltre, trattandosi di un reato autonomo, non è possibile considerare l'aumento di pena bilanciabile con eventuali circostanze attenuanti[313].

Penale di Milano, sez. IV, Sent., del 25 novembre 1999. Sul punto cfr. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale,* cit., p. 91; PROVERA, *Tra frontiere e confini,* cit., p. 192; MONTICELLI, cit. p. 568 ss.; BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 46.

310 PROVERA, *Tra frontiere e confini,* cit., p. 201.

311 BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza*, cit., p. 24.

312 DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit. p. 42; FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., p. 189.

313 Nella giurisprudenza, le lesioni gravi e gravissime sono considerate non come fattispecie autonome di reato, ma come mere circostanze aggravanti delle lesioni che, in collegamento con l'art. 69 c.p., permettono un "bilanciamento". Tuttavia, con la fattispecie autonoma prevista all'art. 583 *bis*, questo non è più possibile. Cfr. ancora DE MAGLIE, *cit.,* p. 189.

Tuttavia, le conseguenze sanzionatorie sono tutt'altro che finite. L'art. 583 *ter* c.p., prevede la pena accessoria dell'interdizione dalla professione, qualora il reato sia stato commesso da un sanitario, e la comunicazione della sentenza di condanna all'Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri, che rappresenta una pena infamante[314]. In più, la l. n. 7/2006 ha introdotto anche l'art. 25 *quater* D.lgs. n. 231/2001, prevedendo la responsabilità amministrativa da reato a carico dell'ente; si prevede, dunque, l'applicazione di una sanzione all'ospedale o alla clinica che accetti di compiere un intervento che possa catalogarsi come mutilazione genitale femminile; una misura che non si prevede neanche per i casi di aborto o procreazione assistita illegittima.

Quasi unanime è la posizione dottrinale che considera questo intervento legislativo come una legge simbolica repressiva[315], con una chiara motivazione culturale del fatto e un destinatario preciso: l'islam. In tal modo, si è violato il principio della generalità e dell'astrattezza della norma penale insieme ad altri principi fondamentali[316]. Inoltre, si osservano diversi discrepanze che mostrano la chiara posizione politica d'intolleranza sottostante a questa fattispecie[317].

Abbiamo visto che una critica comune rivolta alla mutilazione genitale femminile è quella secondo cui si tratta di una forma di controllo violento della sessualità. Dobbiamo chiederci se questo controllo non esista, ad esempio, nel caso dei maschi minorenni che in tutto il mondo, e anche in modo più diffuso, sono sottoposti, senza la loro liberà volontà, alla circoncisione, come accade con gli ebrei

[314] BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 56.
[315] Sull'espressione "legge simbolica", si veda: PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.,* 1990, pp. 430-544.
[316] Fornasari segnala che questa norma contrasta anche con un imperativo kantiano, in quanto l'individuo è strumentalizzato attraverso una pesante punizione al fine di convincere gli altri del disvalore di una condotta che, tuttavia, era già punibile in precedenza. Questo – segnala l'autore - per un giurista liberale equivale ad una bestemmia. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., p. 194.
[317] Sul profilo politico di questa fattispecie, si veda PALAZZO, *Considerazioni conclusive,* in BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena,* cit., p. 191; BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 57; ID., *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, cit., p. 684 ss.; FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., pp. 179 ss.; BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale*, in *Pol. Dir.,* 2007, p. 10; ID., *Il "fattore culturale" nel sistema penale,* 2010, p. 14; GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive di iure condendo*, in *Ind. Pen.*, 2007, p. 269 ss.

e anche in altri gruppi religiosi/culturali[318]. Oggettivamente possiamo trovare analogie tra le forme più lievi di mutilazione genitale femminile e la circoncisione maschile e anche nelle conseguenze negative che possono prodursi, sia sul piano fisico che su quello psicologico. La differenza è che la circoncisione maschile è considerata "normale" e, dunque, di regola si dispone di apposite strutture pubbliche o private dove può realizzarsi in condizioni che diano luogo a meno rischi per la salute. Nel caso della mutilazione genitale femminile, essa è condannata e si costringono i gruppi culturali a praticarla in modo clandestino, in condizioni che aumentano considerevolmente le possibilità di rischi per la salute e addirittura per la vita[319]. La circoncisione maschile, infine, non è oggettivamente molto diversa dalla mutilazione genitale femminile nelle sue forme più lievi, diverse riviste mediche e scientifiche sconsigliano vivamente tale pratica[320], ed anche la Risoluzione del Consiglio d'Europa n. 1952 del 1 ottobre 2013 ha consigliato agli Stati di prevenirla; addirittura, in un caso deciso in una sentenza del 7 maggio 2012, il Tribunale di Köln ha stabilito che la pratica di circoncisione maschile configura la fattispecie di lesioni[321].

Un'altra discrepanza si evidenza nella previsione normativa secondo cui potrebbe essere ammessa una forma di intervento sui genitali femminili solo sulla base di "esigenze terapeutiche", cioè, in base alle considerazioni della scienza medica, comportando questa situazione l'assoluta irrilevanza di altre motivazioni. Questo permette, salvo quanto si dirà in seguito, che una donna possa modificare i suoi genitali per motivazioni estetiche, come appunto accade nei Paesi occidentali

---

[318] MCDONALD, *Circumcision and the Criminal Law: the Challenge for a Multicultural state,* in *New Zealand Uni. L. Rev*., 2004, p. 244, citato da DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 46. Sul punto, anche: VALLINI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare,* in DE FRANCESCO, PIEMONTESE, VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino 2007, p. 303.

[319] In alcuni Paesi occidentali sono stati elaborati progetti volti a consentire la mutilazione genitale femminile in strutture mediche e in un modo "simbolico", che permetta ai genitori di realizzare questa pratica, anziché lasciare che i genitori la realizzino in modo invadente e clandestino, con seri rischi per la salute e la vita delle bambine. Tuttavia, tali progetti non si sono mai concretizzati, a causa delle dure critiche dell'opinione pubblica. Per il caso americano (Seattle), si veda: GUTMANN, cit., p. 105-107. Per il caso Italiano (Firenze), cfr. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., p. 196 ss.

[320] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 47. Addirittura, questa pratica è sconsigliata dall'*Association de pediatrie canadienne*, dall'*Australian college of Paediatrics*, dal *Royal Australian college of physycians pediatrics* e dalla *American cancer society*. Cfr. SELLA, *Alcuni riflessi penalistici dell'enigma multiculturale: considerazioni in tema di cause di giustificazione, scusanti e funzione della pena,* Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Trento, 2009, p. 149.

[321] PROVERA, *Tra frontiere e confini,* cit., p. 201.

nei casi di *piercing* o tatuaggi genitali; di interventi chirurgici per "ridisegnarne" o "ristrutturarne" la forma, esterna e/o interna, la cd. DLV (Designer Laser Vaginoplasty); oppure, possa sostituire i genitali (si pensi al caso del cambio di sesso); o anche, possa godere di un maggiore piacere sessuale o addirittura "recuperare" la verginità[322]. In più, questi interventi sono anche realizzati sul viso e su diverse parti del corpo delle donne, comprese le minorenni, in base a mode e a certi canoni estetici dominanti (interventi per collocare protesi sugli zigomi e sul seno, operazioni di riduzione o di ampliamento delle labbra, del naso o liposuzione)[323]. In tutti questi casi, si difendono tale pratiche perché si parte del presupposto della libertà individuale (compresa quella delle minorenni), ma dovremmo chiederci se anche in altre culture l'alterazione dei genitali non possa essere il risultato di una scelta libera, spinta da considerazioni che vanno al di là di una moda, di una situazione meramente estetica o del piacere sessuale[324].

La mutilazione genitale femminile viene condannata perché si considera che è imposta dalla religione o da una certa cultura e perché si realizza normalmente su persone minorenni, che non hanno ancora la capacità di autodeterminarsi. Questa situazione, abbiamo visto, si realizza anche nel caso dei maschi con la pratica della circoncisione e nessuno si lamenta per questo. In questa riflessione, facciamo leva sul libero consenso. Nel caso dei minorenni, si condivide l'idea che questi non dovrebbero essere sottoposti a tale pratiche, in quanto non hanno neanche la possibilità di decidere su questi interventi, ma nel caso di una donna adulta, l'alterazione dei suoi genitali può essere realizzata come risultato di una scelta libera ed informata e, quindi, una manifestazione della sua volontà di decidere sul proprio corpo, basata su ciò in cui crede e con cui si identifica[325].

Ancora, possiamo parlare della mancanza di idoneità della fattispecie penale, in quanto non ha realmente impedito che le pratiche di mutilazione genitale

[322] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 49.
[323] Idem.
[324] FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., p. 187; FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale,* cit., p. 102; GRANDE, cit., p. 12 ss.
[325] FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 102; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., pp. 39-48.

femminile continuino e perché esistono tanti altri mezzi più idonei a raggiungere lo scopo di fermarla (ad esempio, informazione responsabile, educazione, prevenzione, ecc.); tuttavia, il legislatore ha preferito l'intervento più invadente, consistente nella privazione della libertà, con una fattispecie che, come abbiamo visto, presenta tantissimi problemi.

In particolare, in un caso che si è verificato dopo l'entrata in vigore della norma incriminatrice, se ne è dimostrata l'inutilità. Si tratta del caso Obaseki[326], in cui una donna nigeriana eseguiva la mutilazione genitale femminile su richiesta di membri di un gruppo etnico. Il Tribunale di Verona stabilì che le ferite (piccole incisioni) erano minime e, quindi, era impossibile classificare la condotta come infibulazione, escissione, circoncisione o qualunque altro tipo di mutilazione (primo comma del art. 583 bis c.p.); tuttavia, la condotta poteva essere considerata rilevante ai sensi del 2° comma (lesioni). La Corte d'Appello di Venezia, nonostante ciò, decise di assolvere i genitori in base alla difficoltà di provare il dolo specifico richiesto dal 2° comma. Secondo il giudice, la funzione antropologica e identitaria della lesione era quella di permettere alla bambina di far parte del suo gruppo sociale e, quindi, i genitori non avevano agito con la specifica finalità di danneggiare le funzioni sessuali[327].

Anche in termini di politica criminale, la norma non ha alcun effetto; per quanto riguarda la prevenzione generale, la criminalizzazione in sé non permette che i gruppi etnici interiorizzino il disvalore della azione e, dunque, non inibisce tali pratiche (fortemente radicate nella cultura). Piuttosto, il messaggio punitivo incoraggia a svolgerle nella clandestinità e in condizioni che aumentano il rischio per la salute e la vita delle donne. In più, incrementa la percezione d'odio, intolleranza e stigmatizzazione verso i membri di tali gruppi culturali che, di conseguenza, si chiudono sempre di più. Allo stesso tempo, non ha alcun effetto in termini di prevenzione speciale, in quanto la pena non viene percepita come giusta, ma come una vendetta nei confronti dei portatori di una determinata identità culturale.

[326] Tribunale di Verona, sent. 14 aprile 2010, n. 979, in *Dir. imm. citt.*, n. 3. 2010, p. 209 ss, anche: PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, cit., p. 853 ss.
[327] Corte d'Appello di Venezia, 23 novembre 2012, n. 15485, su cui v. in dottrina: BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza*, cit., p. 24 ss.

L'individuo, in tale circostanza, non coglie la ragione del perché viene punito nel realizzare un comportamento che viene considerato imposto[328] e coerente con l'insieme delle sue credenze. Di conseguenza, la pena non può tendere in alcun modo alla rieducazione[329].

Tutti questi argomenti ci portano a concludere che, in fondo, l'interesse sottostante a questo intervento normativo non è quello alla protezione della dignità delle donne, ma la stigmatizzazione di una pratica culturale catalogata come barbara dal punto di vista della cultura occidentale[330]. Infatti, citando le parole di Richard Shweder, le ragazze africane non muoiono di circoncisione, ma di malnutrizione, guerra e malattie[331]. Se si voleva proteggere veramente le donne, si potevano realizzare tanti altri interventi normativi, di politica sociale o di immigrazione, per permettere loro migliori condizioni di vita.

Più che un contributo illuminista, la fattispecie rappresenta un indietreggiamento, perché non genera alcun effetto socialmente positivo, al di là della diffusione mediatica e populista di stigmatizzazione, odio e intolleranza nei confronti della multiculturalità[332]. La norma incriminatrice è tutt'altro che aperta al multiculturalismo: essa riafferma la volontà 'missionaria' del legislatore di imporre i valori accettati dalla cultura occidentale rispetto alla comprensione del corpo e delle donne, disprezzando completamente i valori di culture come quelle africane basate, secondo l'occidente, su superstizioni, riti barbari e credenze incivili[333].

---

[328] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 48.
[329] Ibid, p. 71.
[330] Il legislatore ha preferito punire severamente questa pratica, sia con la sanzione penale che con la perdita della responsabilità genitoriale, anziché scegliere strumenti non penali che potessero evitare la pratica e non distruggere le famiglie. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit. p. 201. Sul punto cfr. pure GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei "conflitti culturali"*, in *Studium iuris*, 2002, p. 876; FACCHI, *Politiche del diritto, mutilazioni genitali femminili e teorie femministe: alcune osservazioni*, in *Dir. imm. citt.,* n. 4, 2004, p. 13 ss.
[331] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 45.
[332] Ibid, p. 70. Sugli effetti di questo tipo di normativa, cfr. MOCCIA, *Immigrazione criminalizzata*, in *Il Manifesto*, 23 maggio 2008, p. 1; ID., *Tolleranza zero. Errori ed orrori nel pacchetto sicurezza*, in *Il Manifesto*, 26 agosto 2009, p. 16.
[333] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit. p. 48; «si tratta di una rigida affermazione di una indiscutibile superiorità della civiltà verso la barbarie senza alcuna disponibilità ad una comprensione delle ragioni del diverso» Ibid, pp. 192-193. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., p. 182.

Parte della dottrina penalistica, in relazione a questa riforma, ha affermato che il modello italiano, di fronte alla multiculturalità, realizzi non solo l'assimilazione, ma l'ipercriminalizzazione delle differenze culturali, soprattutto quando queste si riferiscono a culture lontane da quella europea[334].

La mutilazione genitale femminile certamente deve essere evitata e costituisce una violazione dei diritti fondamentali perché, come si è visto, si impone ai membri del gruppo in base a diverse considerazioni, venendo ad essere una specie di restrizione interna (Kymclicka)[335]. Inoltre, essa viene eseguita di regola su neonate o bambine piccole, che non hanno la possibilità di esprimere il loro libero consenso ed in condizioni che mettono in grave pericolo la salute e la vita delle bimbe. Nonostante ciò, lo strumento penale non può essere utilizzato come mezzo idoneo ai fini della prevenzione di questa pratica[336] e nemmeno si può strumentalizzare l'individuo come avviene alla stregua della vigente normativa (perché attraverso una iper-criminalizzazione si cerca di diminuire i casi di mutilazione genitale femminile[337]). Come autorevole dottrina ha evidenziato, risulta essere un errore pensare che il diritto penale possa sedimentare valori con la minaccia della spada, piuttosto occorre tutelare quelli che sono già sedimentati con il dialogo e con il consenso[338].

Nei reati culturalmente motivati il soggetto, in fondo, agisce motivato da forti considerazioni che orientano il suo comportamento. Queste considerazioni prevalgono nettamente sulla minaccia di una pena; perciò, per cambiare queste pratiche bisogna incidere sulle considerazioni culturali, servendosi del dialogo, del consenso, della retroalimentazione e di strumenti dissuasivi che permettano di comprendere le conseguenze pregiudizievoli sulle bambine.

---

[334] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 70.
[335] KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale,* cit., p 74; BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 53.
[336] FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale,* cit., p. 101.
[337] «L'intervento penale si giustifica, nella misura in cui si riesce ad armonizzare la sua necessità per il bene della società con il diritto, anch'esso da garantire, del soggetto al rispetto dell'autonomia e della dignità della sua persona: egli, quindi, non andrà mai considerato quale mezzo per la realizzazione di scopi altrui. In tal modo il soggetto adempie agli obblighi di responsabilità che sorgono dalla commissione del fatto di reato, nell'interesse della società di cui fa parte, senza per questo degradare da "persona a cosa"». MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali,* cit., p. 1725.
[338] FORNASARI, *Mutilazione genitali femminili e multiculturalismo*, cit., p. 194.

Inoltre, si potrebbe pensare alla possibilità di realizzare la mutilazione genitale femminile in un modo simbolico, mantenendola nei limiti dell'art. 5 c.c.[339] e, ancora, nel caso della donna adulta, concepire la possibilità di realizzare tale pratica, sempre mediante l'accertamento del suo consenso pieno e libero, per poter modificare i genitali allo stesso modo di quanto già accade per ragioni di tipo estetico nei Paesi occidentali. In fondo, si tratterebbe di una scelta individuale e di un riflesso della libertà umana.

3.1.2. Il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio

Attraverso il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (c.d. "Pacchetto sicurezza 2009"), convertito nella l. 23 aprile 2009, n. 38 e la l. 15 luglio 2009, n. 94, è stato introdotto l'art. 600-octies c.p., che prevede il reato di "impiego di minori nell'accattonaggio"[340].

La norma prevede la pena fino a tre anni di carcere per chiunque utilizzi una persona di età inferiore a quattordici anni, o una persona non imputabile, ovvero consenta a tali individui soggetti alla sua autorità, custodia o vigilanza di mendicare o che altri li utilizzino per mendicare[341].

[339] Nell'ordinamento statunitense, ad esempio, la mutilazione genitale femminile è punibile solo quando viene commessa su minorenni: si veda la l. n. 18 U.S.C. & 1165 del 1996, che introduce nel sistema statunitense la mutilazione genitale femminile come *federal crime.* La norma dispone: «Salvo quanto disposto nella sottosezione (b), chiunque, consapevolmente cagiona la circoncisione, l'escissione o l'infibulazione parziale o totale delle *labia majora* o *minora* del clitoride di una *persona minore degli anni 18* è punito con la pena pecuniaria fissata in questo titolo, o con la pena detentiva non superiore a cinque anni o con entrambe». Cfr. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 48.

[340] SCALIA, *Le modifiche in materia di tutela dei minori*, in *Dir. pen. proc.,* 2009, p. 1207 ss.; ERONIA e MAZZI, *Abuso e sfruttamento sessuale dei minori,* Milano 2015, *passim*; BRICCHETTI e PISTORELLI, *Stretta sullo sfruttamento dei "mendicanti bambini"*, in *Guida al Diritto,* n. 33, 2009, p. 27 ss.; CARCANO, *L'accattonaggio dei minori: tra delitto e contravvenzione*, in *Cass. pen.,* 2007, p. 4596 ss.; SCAFI, *La modifica di singole norme incriminatrici e l'introduzione di nuove fattispecie di reato*, in RAMACCI e SPANGHER, *Il sistema della sicurezza pubblica,* Milano 2010, p. 631 ss.; VALBONESI, GUERRI, MARTIELLO, PALMA, *Gli interventi concernenti la parte speciale del codice penale: novità e rivisitazioni*, in GIUNTA e MARZADURI (a cura di), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica,* Milano 2010, p. 54 ss.

[341] «Art. 600-octies. Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio
Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque si avvale per mendicare di una persona minore degli anni quattordici o, comunque, non imputabile, ovvero permette che tale persona, ove sottoposta alla sua autorità o affidata alla sua custodia o vigilanza, mendichi, o che altri se ne avvalga per mendicare, è punito con la reclusione fino a tre anni.
Chiunque organizzi l'altrui accattonaggio, se ne avvalga o comunque lo favorisca a fini di profitto è punito con la reclusione da uno a tre anni (comma aggiunto con il Decreto Salvini, D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132)».

Come è accaduto con l'introduzione della fattispecie di mutilazione genitale femminile, vi sono state forti critiche da parte di autorevole dottrina, in quanto la fattispecie introdotta evidenza più una motivazione di tipo politico/razzista che una reale preoccupazione per la tutela dei minorenni[342].

Infatti, l'atto legislativo non è venuto a coprire alcuna lacuna giuridica, poiché il fatto era già previsto nell'articolo 671 c.p., che all'epoca prevedeva esattamente la stessa ipotesi criminosa, ma nell'ambito delle contravvenzioni e con una sanzione corrispondente all'arresto da tre mesi ad un anno[343]. La modifica normativa è consistita nell'aumentare la gravità della condotta, passando da una contravvenzione ad un delitto, con una pena detentiva più grave e anche modificando la natura del bene giuridico protetto.

Prima della modifica legislativa, si riteneva che l'art. 671 c.p. tutelasse in *primis* la "moralità" e il "pubblico decoro". Infatti, quella disposizione si trovava nella sezione denominata "Delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica" del corrispondente capo I, titolo I, libro III del c.p.; con la modifica, la fattispecie è stata spostata all'interno dei "Delitti contro la persona", dimostrando che con la nuova riforma il bene giuridico protetto è, in teoria, l'inviolabilità dei diritti del fanciullo[344] e il libero sviluppo della sua personalità[345].

Ciò non vuol dire che la tutela dei diritti dei fanciulli non fosse già garantita in casi del genere. Infatti, la giurisprudenza applicava in situazioni simili non la fattispecie prevista all'art. 671 c.p., in quanto questa sembrava proteggere la moralità o il pubblico decoro, ma quelle concernenti i maltrattamenti in famiglia o la

---

[342] In rapporto a questa normativa, Ferrajoli segnala che si tratta di «leggi che a ragione possono definirsi razziali» FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Quest. Giust.,* n. 5, 2009, p. 11.

[343] L'art.671 previgente era il seguente: «Impiego di minori nell'accattonaggio. *Chiunque si vale, per mendicare, di una persona minore degli anni quattordici o, comunque, non imputabile, la quale sia sottoposta alla sua autorità o affidata alla sua custodia o vigilanza, ovvero permette che tale persona mendichi, o che altri se ne valga per mendicare, è punito con l'arresto da tre mesi a un anno.*
Qualora il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore, la condanna importa la sospensione dall'esercizio della patria potestà o dall'ufficio di tutore».

[344] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 51.

[345] Infatti, tale pratica impedisce al bambino realizzare attività formative (educazione, sport, divertimento, ecc.) che sono indispensabili per il suo armonioso sviluppo.

riduzione in schiavitù che, appunto, si rivolgono direttamente alla protezione dell'integrità dei minori[346].

Molti attenti osservatori hanno considerato che questa riforma non ha *in se* lo scopo di difendere i diritti dei minorenni, ma piuttosto sarebbe stata voluta per altre ragioni, con uno sfondo chiaramente politico. La fattispecie sembra avere uno specifico destinatario, che sarebbe la popolazione ROM esistente sul territorio, per la quale l'accattonaggio è una pratica abituale, coerente con la tradizione del c.d. *mangel*[347].

I ROM, si sa, sono popoli nomadi, il cui stile di vita si caratterizza per essere itinerante[348]. Questa situazione ha avuto come conseguenza che i loro membri non abbiano un territorio fisso e che il loro modo di vivere sia diverso da ciò che, oggigiorno, in una società stanziale è considerato "normale". Tra queste differenze, c'è una visione comunitaria all'interno del gruppo, caratterizzata da una grande forza della famiglia e, naturalmente, della comunità.

I ROM, purtroppo, si caratterizzano anche per la precarietà nelle loro condizioni di vita, risultanti in gran misura dalla discriminazione e segregazione che hanno subito nel corso del tempo. Di fronte alle varie avversità, la famiglia e la comunità sono andate a svolgere funzioni di sostegno in settori quali la salute, l'istruzione, la sicurezza e la sostenibilità economica[349]. In un contesto come questo, i bambini sono educati sulla base dei valori della solidarietà familiare/comunitaria e, quindi, devono collaborare nelle loro possibilità (la cultura del *mangel)*[350]*.* In passato, i ROM realizzavano attività legate alla lavorazione dei metalli, al commercio dei cavalli, alla raccolta e alla vendita di frutta, al circo ed altri spettacoli itineranti. Oggi queste attività sono estremamente difficili da svolgere e le trasformazioni economiche, politiche e sociali hanno generato una maggiore emarginazione di

[346] Cass. Sez. V, 28 novembre 2008, n. 44516, con nota di PITTARO, *Impiego di minore nell'accattonaggio part time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?* in *Famiglia e diritto,* 2009, p. 238 ss. Si veda anche Cass. Pen. Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 3419.
[347] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 50.
[348] SIMONI (a cura di), *Stato di diritto e identità ROM,* Torino 2005, *passim*; PIASERE, *I rom d'Europa. Una storia moderna,* Roma 2007, *passim*.
[349] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 52.
[350] SALETTI SALZA, *I minori "nomadi" e le relazione economiche e sociali con i gagè. Qualche riflessione sull'accattonaggio tra i rom*, in *Minorigiustizia,* n. 3, 2008, p. 280 ss.

questi gruppi[351], con la conseguenza che le loro alternative economiche si sono ridotte[352].

In molti casi lo stato di necessità è tale che gli individui sono costretti a vagare per le strade chiedendo l'elemosina o, in casi estremi, a commettere alcuni reati, come il furto, ma sempre affinché loro e le loro famiglie possano sopravvivere[353]. In queste attività, soprattutto nell'accattonaggio, i bambini aiutano i genitori e questo è considerato motivo di orgoglio perché dimostra i valori della solidarietà, dell'indipendenza, dell'iniziativa personale e della responsabilità. Pian piano, il bambino interiorizza le regole di condotta del gruppo culturale, ma apprende anche il disprezzo e la discriminazione di cui sono vittime i suoi genitori e il suo gruppo culturale. Così, con il passare del tempo, queste impressioni si consolidano e i bambini capiscono che la loro famiglia e la loro comunità sono le uniche alternative a loro disposizione[354].

Nonostante questo retroterra culturale e di fronte ad un obiettivo interamente condiviso (l'impedire ai minori di essere usati per mendicare)[355], il legislatore ha preferito ricorrere al populismo penale, attraverso una legislazione simbolica che non colpisce alla radice il problema e nemmeno scoraggia la sua realizzazione, ma, piuttosto, attraverso una sanzione più severa, dimostra una completa chiusura alle ragioni altrui e contribuisce ad incrementare l'isolamento di questi gruppi.

Il populismo penale si caratterizza, tra gli altri elementi, per l'attribuzione di una funzione mistica alla pena[356]: cioè, si considera che soltanto attraverso la creazione di nuove fattispecie criminose, oppure mediante un forte accanimento punitivo, si possano risolvere determinati problemi. L'articolo 600-octies rientra in un tale ordine di idee. Infatti, risulta particolarmente difficile pensare che una pratica

[351] Sul fenomeno dell'emarginazione economica e sociale attuale cfr. MOCCIA, *Vite da scarto*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2014, p. 12 ss.
[352] MANCINI, *I Rom tra cultura e devianza,* in *Dir. pen. proc.,* 1998, p. 771.
[353] MAZZA GALANTI, *I bambini degli zingari e il reato di maltrattamento in famiglia*, in *Quest. giust.,* 2003, p. 653 ss.
[354] MANCINI, *I Rom tra cultura e devianza,* cit., p. 770.
[355] MANZINI, *Trattato di diritto penale* italiano, Torino 1986, p. 378; SCOLETTA, *Nuovo delitto di minori nell'accattonaggio; Sequestro di persona: nuove circostanza aggravanti e attenuanti*, in AA.VV, *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009.* Milano 2009, pp. 113-132.
[356] Cfr. FITZPATRICK, *The mythology of Modern Law,* London 2002, in particolare primo capitolo.

fortemente radicata in un gruppo umano possa essere “misticamente” rimossa attraverso la semplice trasformazione da contravvenzione a delitto di questa condotta. Come tante volte si è detto, lo strumento penale deve essere, in uno stato democratico, l’*ultima ratio* alla quale ricorrere, privilegiando tanti altri strumenti di prevenzione.

Nel caso concreto, il fenomeno dell’utilizzo dei bambini nell’accattonaggio ha tra le sue ragioni l’estrema povertà, l’emarginazione e la discriminazione che questi gruppi soffrono da tanto tempo e che li costringe, per necessità, a realizzare tali condotte. Effettivamente, non c’è nessun dubbio che i bambini non devono mendicare e lo Stato deve fare qualcosa per evitarlo, nonostante invece di affrontare il problema con strumenti di inclusione sociale, creazione di fonti di lavoro, promozione del rispetto e della tolleranza verso questi gruppi, ecc., si è privilegiata la misura più immediata, ma, allo stesso tempo, la meno efficace.

Inutile dire che la misura penale non ha alcun effetto di prevenzione (né generale né speciale) perché non affronta il retroterra culturale di questo problema, non si interroga sulle ragioni di tipo culturale soggiacenti alla pratica e che dovrebbero essere anzitutto considerate, affinché altri tipi di misure meno invadenti e più efficaci possano essere applicate. Per questo, né la popolazione ROM né il singolo individuo comprendono il disvalore del fatto, quando subiscono la conseguenza penale della loro condotta, che non produce nessun effetto di prevenzione.

La norma penale crea solo più ostilità, risentimento e odio in una popolazione abituata ad essere discriminata. La fattispecie non è nemmeno finalizzata alla protezione dei bambini, in quanto privilegia la pena detentiva dei genitori rispetto ad altre misure e, dunque, toglie i genitori ai bambini piuttosto che trovare strumenti di prevenzione e tutela in ambito familiare; la norma si caratterizza, dunque, per la sua avversione e per il suo rigore punitivo di fronte alla diversità culturale.

3.1.3. Il reato di immigrazione clandestina

Un altro caso in cui si avverte la reazione dello Stato italiano di fronte alla diversità culturale è la creazione della fattispecie di "immigrazione clandestina", prevista dall'art. 10 bis del Testo Unico sull'immigrazione (d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286)[357], nel quale si sanziona con ammenda da 5,000 a 10,000 euro, salvo che il fatto costituisca più grave reato, l'ingresso o il trattenimento illegale dello straniero nel territorio dello Stato[358].

Lo strumento penale (che dovrebbe costituire l'*ultima ratio* in uno stato di diritto sociale e democratico) viene qui utilizzato per apporre l'etichetta di "criminale" all'immigrato[359]. La fattispecie non richiede una lesione concreta ad un bene giuridico, in quanto già la mera presenza dell'individuo sul territorio nazionale è considerata un reato, sanzionandosi più la qualità dell'autore che il fatto. La sanzione pecuniaria, inoltre, è totalmente irrazionale, in quanto non vi è alcun immigrato irregolare in grado di pagarla.

Questa previsione normativa parte dal presupposto che la presenza illegale di un essere umano nel territorio dello Stato sia di *per sé* un fatto meritevole del rimprovero penale, sanzionandosi così la condizione di non essere italiano o europeo comunitario. Come è stato autorevolmente sottolineato, il legislatore dovrebbe ricordare che l'articolo 2 della Costituzione italiana fa riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo e non del cittadino[360].

---

[357] Si veda: GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.,* n. 11, 2009, p. 1323; ID., *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2015, p.189 ss.; RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* Torino 2019, p. 32 ss.; RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di "Immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2017, p. 135 ss.; MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.,* n. 2, 2011, p. 446 ss.; CAPUTO, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p. 389 ss.

[358] In precedenza, era stata introdotta l'aggravante c.d. della clandestinità. Con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito nella legge 24 luglio 2008, n. 125, era stato modificato l'art. 61 c.p., introducendo l'aggravante dell'avere «il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale», tuttavia, mediante la sentenza 8 luglio 2010, n. 249 la Corte Costituzionale dichiarò la incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3 e 25, co. 2, Cost. A riguardo, si veda: CAPUTO, *L'aggravante della presenza illegale dello straniero e del cittadino comunitario*, in *Quest. Giust.,* 2009, p. 13; GATTA, *Aggravante comune per i reati commessi dallo straniero "clandestino"*, in SPANGHER (a cura di), *Decreto sicurezza: tutte le novità,* Milano 2008, p. 27 ss.; MASERA, *Profili di costituzionalità della nuova circostanza aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*, in *Corriere del Merito*, 2008, p. 1175 ss.; PECCIOLI, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. proc., Speciale immigrazione* 1-2009, p. 42 ss.; RISICATO, cit., p. 25 ss.

[359] CAVALIERE, *Derecho penal máximo y diversión discrecional. Una hipótesis sobre neoliberalismo y política criminal, desde una perspectiva italiana*, in *Revista General de Derecho Penal,* n. 28, 2017.

[360] MOCCIA, *Immigrazione criminalizzata*, cit., p. 1.

Inoltre, la fattispecie sanziona non solo l'ingresso, ma anche la permanenza illegale dello straniero. In questa ipotesi, gli stranieri che sono entrati nel territorio in modo legale, attraverso documenti come passaporto, visto, permesso di soggiorno, ecc., si trovano immediatamente nella categoria dei criminali appena si verifica la scadenza di tali documenti. La norma, del tutto irragionevole, non è diretta solo a combattere l'immigrazione clandestina perché si applica anche a studenti, lavoratori, professori o qualsiasi altra persona che, con il semplice fatto della scadenza del documento, diventa criminale. La disposizione ignora che la burocrazia molte volte è talmente lenta che la condotta di omissione non è direttamente attribuibile al soggetto straniero, il quale può compiere tutte le procedure necessarie per rinnovare i documenti, ma, come conseguenza del burocratismo, diventa criminale se le istituzioni non gli forniscono il nuovo documento prima della scadenza del vecchio.

3.1.4 Il c.d. decreto Salvini, n.113/2018

Il c.d. *decreto Salvini* (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113[361]) convertito in legge attraverso la l. 1 dicembre 2018, n. 132, disciplina molteplici aspetti in tema di protezione internazionale, immigrazione, cittadinanza, sicurezza pubblica e criminalità. Questo decreto, non omogeneo e in linea con la *perenne emergenza*[362]*,* è stato fortemente criticato dalla dottrina per diversi contraddizioni di ordine costituzionale[363]. In particolare, si evidenzia l'attenzione centrale che tale normativa concede all'aspetto migratorio, considerandolo non come un fenomeno naturale, ma piuttosto come un forte pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico[364] di fronte al quale si prendono misure come l'abolizione della protezione umanitaria, una restrizione dell'accesso a permessi ed altri documenti che permettano il soggiorno

[361] *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministerio dell'interno e l'organizzazzione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*. Sui diversi aspetti a cui si rivolge il Decreto, si veda: CURI (a cura di), *Il decreto Salvini. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, Pisa 2019.
[362] La nota espressione è di MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* Napoli 2000.
[363] CORSI, *Profili di illegittimità costituzionale*, in CURI (a cura di), cit., p. 1 ss.; SBRACCIA, *Effetti criminogenetici? Il decreto Salvini tra continuità e innovazione*, in CURI (a cura di), cit., p. 9 ss; RISICATO, cit., p. 43 ss.
[364] RUGGIERO, cit., p. 138.

degli immigrati, un maggiore rigore nel “Daspo urbano”, una disciplina più severa dell’internamento nei centri di permanenza per il rimpatrio, la perdita della cittadinanza per alcuni reati limitata agli stranieri e anche un maggior tempo di attesa nel procedimento per acquisirla[365].

La legge in questione si caratterizza per un chiaro profilo politico rivolto a certi gruppi sociali, principalmente i migranti extracomunitari, portatori di culture e pratiche diverse e non volute in territorio italiano, ma non solo a quelli; in generale, si rivolge agli individui indesiderati, oltre agli immigrati: coloro che occupano edifici o terreni, i parcheggiatori o guardiamacchine abusivi, coloro che collaborano in attività di tipo sociale, i senzatetto, ecc[366]. In seguito, faremmo un breve resoconto sulla normativa che incide sull’aspetto della diversità culturale.

3.1.4.1 Revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari

Il d.l. n. 113/2018 ha eliminato dal Testo Unico delle leggi sull’immigrazione (d.lgs. 25/07/1998, n. 286) la seconda parte dell’art. 5, co. 6, che vietava il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno quando ricorrevano «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano[367]».

La nuova normativa abolisce il permesso di soggiorno per motivi umanitari, prevedendo in sostituzione forme di tutela che non sono equiparabili: la protezione per cure mediche o per condizione di salute di eccezionale gravità, per casi di calamità naturale, per particolare valore civile, per “casi speciali”, ecc. Inoltre, si

[365] CURI, *Il reato di accattonaggio: “a volte ritornano” Il nuovo art. 669-bis c.p.del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 gennaio 2019, p. 2; CANZIAN, *Profili di diritto intertemporale del decreto-legge n. 113/2018*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1, 2019, pp. 2-3; PICCIONI, *Le nuove disposizioni di diritto penale sostanziale introdotte dal decreto sicurezza*, in *Il Penalista*¸18 dicembre 2018; BRIZZI, *Gli interventi del d.l. sicurezza in tema di pericolosità sociale: “ci sarà pure un giudice a Berlino”*, in *Il penalista,* 14 febbraio 2019.

[366] CURI, *Il reato di accattonaggio*, cit., p. 3; PICCIONI, cit., p.1 ss.

[367] Sul punto: PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?* in *Associazione per gli studi giuridici sull’immigrazione,* 21 novembre 2018; PACE, *Parere pro-veritate sulla legittimità costituzionale del cd. Decreto legge sicurezza e immigrazione*, in *Associazione per gli studi giuridici sull’immigrazione*, 22 ottobre 2018, p. 4; BALBONI, *Abolizione della protezione umanitaria e tipizzazione dei casi di protezione: limite e conseguenze*, in CURI (a cura di), cit., p. 19 ss.

allunga il catalogo dei reati che comportano, con la condanna definitiva, il diniego o la revoca della protezione internazionale (normalmente reati collegati al terrorismo internazionale e all'integrità dello Stato)[368].

Lo scopo della riforma è stato chiaramente quello di ridurre il margine di discrezionalità concernente l'autorizzazione di permessi di soggiorno per motivi umanitari[369] affinché gli immigrati abbiano meno possibilità di rimanere nel territorio italiano.

3.1.4.2 L'esercizio molesto dell'accattonaggio (art. 669 bis c.p.)

Il decreto Salvini riprende una figura che già esisteva nella legislazione italiana, ma che era stata dichiarata incostituzionale. L'art. 670 c.p. prevedeva la contravvenzione della mendicità, distinguendo due ipotesi; al primo comma, si prevedeva l'arresto fino a tre mesi per chiunque mendicasse in luogo pubblico o aperto al pubblico e, al secondo comma, fino a sei mesi, se il fatto era commesso «in modo ripugnante o vessatorio, ovvero simulando deformità o malattie, o adoperando altri mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà». In questi casi, il bene giuridico tutelato dalla contravvenzione era "l'ordine e la tranquillità pubblica"[370].

Nel 1995, con la sentenza n. 519 del 28 dicembre 1995, la Corte Costituzionale dichiarò l'incostituzionalità del primo comma per contrasto con il principio di ragionevolezza, valutando inoltre il valore della solidarietà sociale[371]. Successivamente, con la legge 25 giugno 1999, n. 205, (Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario), la fattispecie è stata completamente depenalizzata[372].

---

[368] BELLUCCIO, *L'abrogazione della protezione umanitaria, i permessi di soggiorno per protezione speciale ed i nuovi titoli di soggiorno*, in CURI (a cura di), cit., p. 31 ss.
[369] CANZIAN, cit., p. 10; RISICATO, cit., p. 43 ss.
[370] BRIZZI, cit., p. 5.
[371] SPANGHER, *Incostituzionalità della mendicità non invasiva*, in *Dir. pen. proc.,* n. 2, 1996, p. 163; FLORA, *Al vaglio della corte costituzionale il reato di mendicità*, in *Dir. pen. proc.,* n. 5, 1996, p. 567.
[372] BRIZZI, cit., p. 5; AMATO, *Ripenalizzato l'accattonaggio, reato non necessario*, in *Guida al Diritto/Il Sole 24 ore*, n. 4, 12 gennaio 2019, p. 79.

Nonostante ciò, il decreto Salvini ha ripreso tale contravvenzione all'art. 669-bis c.p., "Esercizio molesto dell'accattonaggio", che stabilisce: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque esercita l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà, è punito con la pena dell'arresto da tre a sei mesi e con l'ammenda da euro 3,000 a euro 6,000. È sempre disposto il sequestro delle cose che sono servite o sono state destinate a commettere l'illecito o che ne costituiscono il provento».

Come si vede, in questo caso si modifica la denominazione della condotta "mendicità" in "accattonaggio" e si incrementa il rigore sanzionatorio, aumentando il minimo edittale della pena detentiva da un mese a tre e aggiungendo una pena pecuniaria completamente sproporzionata (fino 6,000 euro) per una condotta che risulta oggettivamente poco lesiva. Inoltre, la fattispecie reintrodotta prevede il "sequestro" del provento (i pochi euro guadagnati), snaturando così la *ratio* della figura processuale del sequestro che, in questo caso, dovrebbe essere sostituito dalla "confisca"[373].

La reintroduzione di questa fattispecie "anti-poveri" ha lo scopo di tutelare interessi quali l'ordine pubblico, la pubblica tranquillità e il decoro urbano[374], ma lo fa crudelmente, punendo gli indigenti, i senza tetto, gli immigrati e tutti coloro che sono "diversi indesiderati"[375], che non si vogliono nemmeno vedere[376]. Si cerca di tutelare la "qualità della vita" della gente benestante, garantendo strade belle, pulite, senza poveri e mendicanti, per diffondere un senso di sicurezza e forse di lontananza della povertà, dalla disuguaglianza nel mondo e dalla discriminazione di cui i Paesi ricchi sono in gran misura responsabili.

[373] CURI, *Il reato di accattonaggio*, cit., p. 10.
[374] AMATO, cit., p. 81.
[375] DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen*., n. 10, 2008, p. 3562.
[376] GRANDE, *Bruciare il povero a Torino. Una riflessione a margine della legge Minniti-Orlando sulla sicurezza urbana*, in *Quest. Giust.,* 31 ottobre 2017. Allo stesso modo, CANZIAN osserva che, con queste disposizioni alla fine si punisce il povero, il senza tetto, per il semplice fatto di esistere. CANZIAN, cit., p. 36.

3.1.4.3 Acquisizione e revoca della cittadinanza

Il d.l. n. 113/2018 incide anche sul termine di definizione dei procedimenti di acquisizione della cittadinanza e sulle cause di revoca della stessa. Infatti, si modifica l'art. 9-ter l. 5 febbraio 1992, n. 91 (norme sulla cittadinanza), specificando che il termine di definizione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza da parte dello straniero, per matrimonio o per lunga residenza, sarà di quarantotto mesi dalla data di presentazione della domanda, applicandosi questo nuovo termine sia ai nuovi procedimenti che a quelli in corso alla data di entrata in vigore del decreto.

In questo caso, ci troviamo di fronte ad un raddoppio del tempo di attesa (prima erano 730 giorni), ma anche di fronte ad una chiara applicazione retroattiva (in *malam partem)* nei confronti dei richiedenti (stranieri)[377]. L'allungamento dei termini si è voluto giustificare in base all'enorme quantità di domande ricevute e, quindi, per fornire un termine maggiore all'amministrazione pubblica affinché questa possa valutare in forma più accurata le richieste e, anche, identificare i "possibili criminali e terroristi"[378].

In quanto alle condizioni di revoca della cittadinanza, attraverso la modifica dell'art. 10-bis della legge 5 febbraio 1992, n. 91[379], si autorizza la revoca allo straniero che, con sentenza di condanna, abbia commesso certi reati gravi in materia di terrorismo, eversione dell'ordinamento costituzionale o contro la personalità dello Stato. Detta disposizione, ugualmente, si circoscrive «nell'ambito delle politiche di prevenzione della minaccia terrorista anche connessa al fenomeno dei cosiddetti *foreign fighters*[380]».

La modifica normativa evidenzia una chiara contrapposizione con il principio di uguaglianza costituzionale, in quanto la revoca si prevede soltanto per i casi di stranieri che abbiano acquisito la cittadinanza e non per quelli che sono italiani per

[377] Ibid, p. 36; CIERVO, *Le modifiche in materia di cittadinanza*, in CURI (a cura di), cit., p. 183 ss.
[378] V. p. 5 della relazione di accompagnamento al decreto-legge n. 113/2018, citato da: CANZIAN, cit., p. 40.
[379] Art. 10-*bis* l. n. 91/1992: «La cittadinanza italiana acquisita ai sensi degli artt. 4, co. 2, 5 e 9, è revocata in caso di condanna definitiva per i reati previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), n. 4), del codice di procedura penale, nonché per i reati di cui agli art. 270*ter* e 270*quinquies.2*, del codice penale. La revoca della cittadinanza è adottata, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati di cui al primo periodo, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno».
[380] V. pp. 5-6 della relazione di accompagnamento al decreto-legge n. 113/2018. Citato da: CANZIAN, cit., p. 41.

nascita; in più, non si disciplina il caso degli apolidi, contravvenendo in questo modo principi di ordine internazionale e i più elementari principi fondamentali[381].

In questi due casi, il discorso della sicurezza pubblica è stato utilizzato per giustificare riduzioni della tutela delle persone mediante misure che sono completamente sproporzionate. La sicurezza pubblica non può giustificare un raddoppio del tempo di attesa, che raggiunga i 4 anni! Si tratta, in ogni caso, di un problema amministrativo che dovrebbe essere risolto non a carico del richiedente, ma della stessa organizzazione pubblica. Inoltre, la revoca della cittadinanza evidenza chiaramente l'intenzione politica di un intervento legislativo volto a criminalizzare gli stranieri, visti sempre di più come potenziali criminali e terroristi.

3.1.4.4. L'estensione del Daspo urbano

Il Divieto di accedere alle manifestazioni sportive (DASPO) è stato introdotto nell'ordinamento italiano con lo scopo originario di impedire violenze in occasione di eventi sportivi (in particolare le partite di calcio). Pian piano, nel contesto della sicurezza pubblica e della perenne emergenza, un provvedimento di allontanamento simile è stato applicato in relazione ad altri fenomeni.

Con il c.d. Decreto Minniti (d. l. n. 14/2017, convertito dalla l. n. 48/2017), è stato introdotto il DACUR – divieto di accedere ai centri urbani - con lo scopo di "recuperare" certe aree in cui alcuni soggetti svolgevano attività abusive o moleste[382]. All'art. 9 del decreto, sono stati incluse disposizioni a "tutela della sicurezza della città e del decoro urbano" prevedendosi la "tutela" di diverse aree da condotte che limitano la loro fruizione: aree interne di infrastrutture ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico o locale, urbane ed extraurbane (comprese scuole, siti universitari, musei, aree e parchi, luoghi della cultura o interessati da consistenti flussi turistici, ecc.)[383]. Inoltre, nel d.l. n.14/2017 è previsto

[381] CIERVO, cit., p. 185 ss.
[382] BRIZZI, cit., p. 2.
[383] FORTE, *Parcheggiatori abusivi. Le novità introdotte dal d.l. sicurezza*, in *Il penalista*, 9 gennaio 2019, p. 3.

un “divieto di accesso” e un ordine di allontanamento[384] per gli “occupanti abusivi” di tali luoghi, accompagnato da una sanzione pecuniaria. In sostanza, il c.d. DASPO urbano è finalizzato all’allontanamento di soggetti quali prostitute, mendicanti, persone senza tetto, ubriachi in strada, parcheggiatori, guardiamacchine, ecc., poiché si considera che questi offendono il “decoro” della città.

Con il c.d. decreto Salvini ha avuto luogo un inasprimento delle sanzioni già esistenti[385] e si è estesa la “tutela” ai presidi sanitari ed alle aree destinate alle fiere, ai mercati e ai pubblici spettacoli, anche nei confronti di soggetti indiziati di gravi delitti con finalità di terrorismo e, addirittura, che pongono in essere atti preparatori o esecutivi volti a sovvertire l’ordinamento dello Stato con la commissione di certi reati (tra i quali i reati contro l’incolumità dello Stato e, ancora una volta, il terrorismo internazionale)[386].

3.1.5. Alcuni riflessioni sulla normativa italiana

La normativa italiana che direttamente o indirettamente incide in ambito multiculturale, come abbiamo accennato, è stata rivolta negli ultimi tempi, in particolare, a contenere i flussi migratori. Questa normativa, tuttavia, non si limita solo a sancire una maggiore difficoltà per gli immigrati nell’ingresso e nel soggiorno nel territorio italiano, ma è volta anche alla criminalizzazione di diverse situazioni particolari. Tale criminalizzazione comporta il ritorno ad un diritto penale dell'autore.

Principi centrali del diritto penale contemporaneo quali l'uguaglianza, la proporzionalità, l’offensività e la concezione del diritto penale quale ultima *ratio*, cedono sempre di più di fronte ad argomenti come la sicurezza, l'ordine pubblico, la tranquillità o, addirittura, il decoro delle città. Sullo sfondo, queste norme sanzionano

[384] Per quarantotto ore e con possibilitè di aumento fino a sei mesi in caso di reiterazione, oppure fino a due anni in caso di previa condanna per delitti contro il patrimonio o contro la persona. Si veda: RISICATO, cit., p. 45.
[385] Ad esempio, nel caso dei parcheggiatori abusivi, si veda CURI, *Il reato di accattonaggio: “a volte ritornano” Il nuovo art. 669-bis c.p.del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 gennaio 2019. Ugualmente, «Se nell’attività sono impiegati minori, o se il soggetto è già stato sanzionato per la medesima violazione con provvedimento definitivo, si applica la pena dell’arresto da sei mesi a un anno e dell’ammenda da 2,000 a 7,000 euro», cfr. FORTE, *Parcheggiatori abusivi,* cit., p. 5.
[386] BRIZZI, cit., p. 2; RISICATO, cit., p. 44; CRIMI, *Decreto sicurezza: lettura a caldo su DASPO sportivo e DASPO urbano*, in *il Quotidiano giuridico,* 9 ottobre 2018.

non già il danno arrecato ad un bene giuridico, ma l'appartenenza culturale dei soggetti, diffondendo nella società un'immagine di questi ultimi come criminali.

La normativa in questione è propria del c.d. diritto penale del nemico e dal nemico ci si deve anzitutto difendere, con ogni mezzo: "*mors tua, vita mea*"[387]. Lo straniero, specialmente quello che appartiene ad una cultura diversa, è visto secondo questa normativa come il nemico da combattere, il soggetto con il quale lo Stato e la società possono espiare i loro difetti[388]; lo scopo della normativa non è affatto quello di risolvere i problemi sottostanti (povertà, disuguaglianza sociale, traffico di persone, ecc.,), ma direttamente la neutralizzazione della pericolosità del soggetto, allontanandolo dal Paese, dalla società ed escludendolo piuttosto che inserendolo nel contesto sociale[389].

Gli effetti di queste misure, si è visto, incidono sul piano della prevenzione generale e speciale, in quanto non contribuiscono in alcun modo a diminuire gli indici della criminalità. Queste norme appartengono ad una legislazione simbolica, che attraverso i *mass media* contribuisce a creare l'impressione di un'emergenza migratoria[390], a creare divisioni e ad esasperare i conflitti culturali[391].

Nonostante il panorama attuale, l'ordinamento italiano, nel settore penale, ancora dispone di alcune figure giuridiche attraverso cui il fattore culturale ha potuto, oppure, potrebbe trovare spazi per il suo riconoscimento. In seguito, analizzeremo, in una prospettiva *de iure condito*, possibili strumenti di riconoscimento del fattore culturale all'interno delle categorie tradizionali della struttura del reato (tipicità, antigiuridicità, colpevolezza) o della punibilità e vedremo come, in alcuni casi, tale fattore è stato valutato riconducendolo a figure quali, tra le altre, l'inoffensività in

[387] VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, cit., p. 107.
[388] ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: Da Satana al diritto penale cool,* cit., p. 760.
[389] VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, cit., p. 107.
[390] Su questo argomento: FORTI e BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano 2005; PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 467 ss.; ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: Da Satana al diritto penale cool,* cit. p. 769 ss.
[391] «Il modello – se così può essere definito - adottato dal nostro Paese è in buona sostanza, quello della amministrativizzazione dei diritti fondamentali dei migranti e della precarizzazione della loro condizione socio-economica. Questa strada, tuttavia, non aiuterà la convivenza nella società multiculturale: non favorirà la faticosa ricerca di una maggiore coesione sociale, ma determinerà l'esasperazione dei conflitti culturali (e non solo di essi), producendo separazioni sempre più profonde tra autoctoni e immigrati e tra le diverse comunità di immigrati». CAPUTO, *La giurisdizione e i conflitti culturali*, in *Quest. Giust.*, n. 4, 2005, cit., p. 713.

rapporto al bene tutelato, l'esercizio di un diritto, l'adempimento di un dovere, l'assenza di colpevolezza e l'ignoranza inevitabile della legge penale.

3.2. Il fattore culturale all'interno della struttura del reato

3.2.1 Tipicità

3.2.1.1. Gli elementi normativo-culturali della fattispecie

In precedenza, è stato evidenziato che il linguaggio giuridico è un linguaggio naturale e, di conseguenza, potrebbero sorgere problemi di polisemia. Per tale ragione, il legislatore deve sforzarsi al massimo per determinare precisamente il contenuto della norma, al fine di evitare una pluralità di interpretazioni contrastanti. La legislazione italiana, in particolare, si caratterizza per la presenza di molteplici elementi normativo-culturali, cioè, di elementi il cui contenuto può essere concretizzato soltanto attraverso un costante riferimento alla cultura[392].

Basti pensare ad elementi come: il "vilipendio" (artt. 290, 291, 292, 403 e 404 c.p.); il "comune sentimento [del] pudore" (art. 529, co. 1 c.p.); l'"onore sessuale" (artt. 527-538 c.p.); la "morale familiare" (art. 565 c.p.); il "pubblico scandalo" (art. 564 c.p.); l'ordine e la morale delle famiglie (art. 570 c.p.); gli "atti sessuali" (artt. 600 bis, 609 bis, 609 quater, 609 quinquies c.p.) o la "pubblica decenza" (art. 726, co. 1)[393].

A titolo esemplificativo, può essere richiamato l'art. 609 quater c.p., "atti sessuali con minorenne", in cui l'elemento normativo corrispondente agli "atti sessuali" può essere determinato soltanto attraverso il riferimento ad una certa cultura, popolo o società, affinché possa essere concretizzato ciò che si configura come sessualmente rilevante in ambito penale.

[392] «Ad un livello più profondo di analisi, il diritto o l´ordinamento si presenta come un insieme non di testi, ma di significati»: GUASTINI, *La sintassi del diritto,* cit., p. 221.
[393] DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., pp. 82-89; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., pp.132-137.

Una delle vicende più eclatanti, in tal senso, è il caso Kargar (1993, USA) relativo ad un immigrato appartenente ad un gruppo etnico afgano che fu sorpreso dai vicini mentre baciava il pene del suo primogenito di un anno d'età. Tale condotta sarebbe dal nostro punto di vista esterno giudicata come "atto sessuale" (ex art. 609 quater c.p.). Diversamente, in sede giudiziale fu dimostrato, attraverso il contributo di antropologi, rappresentanti della accademia afgana e altri esperti culturali, che in Afghanistan baciare i genitali dei figli costituisce una normale pratica, considerata come una «manifestazione d'amore nei confronti del bambino», d'apprezzamento e d'orgoglio che i genitori realizzano verso i figli e che non si presta, dal punto di vista interno di quella cultura, ad alcuna connotazione sessuale. Su tale base, la Corte stabilì che nel caso concreto mancava la connotazione sessuale richiesta per configurare il reato[394].

L'esplicitazione di tale vicenda, ponendo l'accento sulla diversità culturale, evidenzierebbe la relatività, ovvero il diverso modo di intendere e di concepire l'elemento normativo degli "atti sessuali". Ad esempio, in Italia, esistono molteplici manifestazioni culturali d'affetto che sulla base di una cultura diversa potrebbero essere qualificati come atti sessuali (si pensi soltanto alla cultura del bacio come saluto esistente specie nel sud d'Italia, diffusa anche tra uomini[395]).

Autorevole dottrina afferma che «è in base alla cultura e ai costumi di un popolo che si configura ciò che è sessualmente rilevante"[396]. Appunto, il modo di esprimere l'affetto verso i propri cari, l'idea della "moralità familiare", la "decenza pubblica" o la connotazione "sessuale" di un comportamento, rappresentano idee nate in un momento storico determinato e in una certa società. Il contenuto concreto di queste idee è, dunque, temporaneo e relativo e, di conseguenza, spetta al giudice, in ogni caso e alla luce di queste considerazioni, verificare se una data condotta abbia o meno integrato una fattispecie di reato. Più in dettaglio, l'attenzione non ricadrebbe soltanto sulla valutazione dell'elemento normativo, ma andrebbe a

[394] Caso "State v. Kargar, 679 A2d 81 (Me 1996), citato da DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 87-88.
[395] FIANDACA, *La rilevanza penale del "bacio" tra anatomia e cultura*, in *Foro It.* 1998, p. 505.
[396] FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale,* v. II, t. I, Bologna 2007, p. 208.

coinvolgere anche la colpevolezza, perché, in premessa, l'individuo realizza la sua condotta orientandosi ad un certo modo di intendere il mondo (la famiglia, l'onore, la sessualità, ecc.) sulla base del quale non gli si potrebbe rimproverare la condotta secondo criteri propri di un diverso, prevalente modo di intendere quella determinata condotta.

Il fattore culturale può incidere sulla tipicità del reato attraverso l'elemento normativo della fattispecie che, come si è cercato di evidenziare, molte volte non presenta un contenuto univoco, cosicché, per determinarlo, risulta necessario operare un rinvio alla cultura.

3.2.1.2. Principio d'offensività e concezione realistica dell'illecito

Il principio di offensività potrebbe risultare rilevante in relazione ai reati culturalmente orientati, a condizione che l'interprete tenga conto, sin dal principio, non solo del punto di vista esterno di valutazione della condotta, ma anche di quello interno del gruppo culturale e realizzi, pertanto, un'interpretazione più adatta al caso concreto.

Come si sa, il principio d'offensività vincola sia il legislatore che l'interprete, in quanto il legislatore deve configurare quali reati solo fatti che oggettivamente offendano un bene giuridico[397] e l'interprete è chiamato a «ricostruire i singoli tipi di reato con l'aiuto del criterio del bene giuridico, estromettendo dal fatto di reato i comportamenti non offensivi del bene tutelato[398]»; in altri termini, l'interprete deve accertare, in ogni caso, che esista un'oggettiva lesione, o quanto meno messa in pericolo, del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

In molti casi, però, può darsi che una determinata condotta configuri l'ipotesi prevista dalla norma penale, senza che si realizzi tuttavia una oggettiva lesione ad

[397] DONINI, *Teoria del rato,* cit., p.126-127; GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale,* Milano 1997; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1983, pp. 1207-1209.

[398] MARINUCCI e DOLCINI, cit., p. 449; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore,* Milano 1974, p. 116 ss.; MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano 1991, p. 72; FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen*., 1994, p. 278.

alcun bene giuridico. Marcello Gallo, a tal proposito, parlava di una "concezione realistica dell'illecito"[399] e, appunto, rilevava che tra il fatto tipico e l'offesa non esisterebbe una necessaria implicazione che si possa riscontrare in tutti i reati, in quanto vi sono «illeciti penali in cui la fattispecie è configurata in maniera tale che si può avere una condotta, la quale, pur essendo conforme al modello normativo, non arrechi nel caso concreto alcun pregiudizio alla situazione oggetto di tutela[400]».

Gallo fonda questa idea sulla base dell'art. 49, co. 2, c.p., secondo cui «la punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso». Tale norma indicherebbe secondo Gallo, che un reato si realizza soltanto quando sussiste una effettiva lesione a un bene giuridico[401]. Di conseguenza, anche se una condotta fosse pienamente conforme alla fattispecie criminale, nel caso in cui non si verificasse una concreta offesa ad un bene giuridico, la condotta stessa non integrerebbe il reato[402].

In ambito giurisprudenziale, in particolare, esistono sentenze che riaffermano tale interpretazione[403]. In un caso, la Corte di Cassazione ha segnalato che «l'inidoneità dell'azione che rende impossibile il verificarsi dell'evento dannoso o pericoloso va accertata alla stregua delle circostanze obiettive del caso concreto, secondo un giudizio ex post, poiché l'art. 49, comma secondo, cod. pen., afferma il principio dell'offensività del reato, per cui non è punibile il comportamento conforme alla fattispecie legale penale che tuttavia non manifesti obiettivamente, nel caso concreto, l'attitudine causale a ledere o porre in pericolo il bene giuridico protetto[404]».

---

[399] Sulla concezione realistica del reato, cfr. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento* in *Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche,* Torino 1951-1952, p. 127 ss.; FIORE, *Il reato impossibile,* Napoli 1959, p. 23 ss.; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile,* Milano 1965, p. 199 ss.; BRICOLA, *Teoria del reato*, in *Noviss. Dig. It*., XIX, Torino 1973, p. 82 ss.

[400] GALLO, cit., p. 269.

[401] NEPPI MODONA, *Reato impossibile,* voce in *Nss. Dig. It.,* XIV, Torino 1967, p. 980; FIORE,. *Il reato impossibile,* cit., p. 41.

[402] NEPPI MODONA, cit., p. 127 ss.

[403] Ad esempio, Cass. sez. I pen, 15 maggio 1989, in *Cass. Pen.,* 1991, p. 572 ss., con nota di CASTELLANI, *L'art. 49 c.p. tra tentativo e reato impossibile*; v. anche Corte Cost. 26 marzo 1986, n. 62, in Cass. Pen., 1986, p. 1053 ss, con nota di PALAZZO, *Raggionevolezza delle previsioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplodenti*; Corte cost., 6 ottobre 1988, n. 957, in *Cass. Pen., 1989*, p.186 ss., con nota di SORRENTINO, *L'interesse minorile e il principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale*; Corte Cost. 7 luglio 2005, n. 265 in *Cass. Pen.,* 2005, p. 3320 ss.; Corte cost., 20 giugno 2008, n. 225, in *Giur. Cost.,* 2008, p. 664 ss.

[404] Cass. Sez. I, 15 maggio 1989, in *Cass. Pen.,* 1991, p. 572 ss., con nota di CASTELLANI, cit.

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 62/1986 ha riaffermato il compito dell'interprete di verificare la concreta offesa ad un bene giuridico. In questo caso, la Corte segnalò che spetta al giudice, «dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene od i beni tutelati attraverso l'incriminazione d'una determinata fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante[405]». Ugualmente, nella sentenza n. 957/1998, la Corte indicò che il bene giuridico deve essere interpretato in un modo evolutivo, per cui «la fisionomia dell'interesse protetto non può ritenersi fissata una volta per tutte dal legislatore storico, ma si evolve con l'evoluzione dell'ordinamento giuridico nel suo complesso; cosicché possono risultarne modificati anche i limiti e i termini della sua protezione[406]».

In più, nella sentenza n. 225/2008, la Corte Costituzionale evidenziò che è compito sia del legislatore che del giudice determinare l'offensività della condotta. Difatti, una volta che il primo ha espresso un reale contenuto offensivo, «il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario, nell'esercizio del proprio potere ermeneutico (offensività «in concreto»). Esso – rimanendo impegnato ad una lettura "teleologicamente orientata" degli elementi di fattispecie, tanto più attenta quanto più le formule verbali impiegate dal legislatore appaiano, in sé, anodine o polisense - dovrà segnatamente evitare che l'area di operatività dell'incriminazione si espanda a condotte prive di un'apprezzabile potenzialità lesiva[407]».

Sulla base di tale approccio, nel caso dei reati culturalmente orientati, il giudice dovrebbe analizzare da un punto di vista interno (del gruppo culturale) ed esterno (dei consociati in generale) se la condotta manifestata in un caso concreto offenda realmente un bene giuridico tutelato dall'ordinamento giuridico. In più, come ha rilevato la stessa Corte Costituzionale, dovrebbe valutare se il bene giuridico

[405] Corte Cost. n. 62/1986, in *Cass. pen.,* 1986, p. 1053, con nota di PALAZZO, cit.
[406] Corte Cost. n. 957/1988 in *Cass. pen.,* 1989, p. 186, con nota di SORRENTINO, cit.
[407] Corte Cost. n. 225/2008, sulla duplice dimensione del principio di offensività: PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Dir. proc. pen.,* 1998, p. 355 ss.

tutelato possa essere interpretato in modo evolutivo, tale da prendere in considerazione il retroterra culturale del soggetto, a condizione di non offendere altri beni tutelati dall'ordinamento.

Si pensi ancora una volta al caso Kargar, in cui la condotta parrebbe realizzare il reato previsto all'art. 609 *quater* c.p., ma, sulla base nel principio di offensività, si potrebbe giungere alla stessa conclusione dei giudici, in quanto non vi sarebbe una *offensività in concreto* nonostante la condotta sia, a prima luce, corrispondente alla fattispecie normativa. Difatti, la condotta sarebbe priva di una motivazione sessuale, dunque, inidonea ad offendere il bene giuridico tutelato dalla norma qual è la dignità, il sano sviluppo psico-fisico o la capacità di autodeterminazione sessuale del soggetto passivo. Ma, per arrivare a questa conclusione, si dovrebbe interpretare la condotta avendo come punto di riferimento il retroterra culturale del soggetto e tenendolo presente nell'interpretare l'elemento "atti sessuali" previsto dalla fattispecie penale[408].

3.2.1.3. Il giustificato motivo

Alcune fattispecie di reato contengono la clausola "senza giustificato motivo", che incide sulla stessa tipicità. La giurisprudenza italiana ha avuto occasione di dare rilevanza al fattore culturale valutandolo come un "giustificato motivo" in determinati casi e, quindi, concludendo per la non configurabilità della fattispecie.

Un primo caso deciso dal Tribunale di Cremona riguardava un indiano appartenente alla religione *sikh* il quale, sorpreso in un centro commerciale, indossava i suoi abiti tradizionali ed era in possesso del caratteristico coltello *Kirpan*[409]. L'individuo venne imputato sulla base dell'art. 4, co. 2, l- 18 aprile 1975, n. 110. Tale articolo rende punibile al primo comma il porto di armi "comuni" e

[408] PROVERA, *Tra frontiere e confini,* cit., p. 201. Sulla necessità di tale accertamento, concordano: FIANDACA e MUSCO, cit., p. 208; FIANDACA, *La rilevanza penale del "bacio" tra anatomia e cultura,* cit., p.505; BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in COPPI (a cura di), *I reati sessuali,* Torino 2000, p. 95.
[409] Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15, in *Corr. Merito,* 2009, p. 399 ss. Sullo stesso caso: PROVERA, *Il giustificato motivo: la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 978 ss.; ID., *Tra frontiere e confini,* cit., pp. 226-227; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 241.

"proprie", e, al secondo, quello di strumenti atti ad offendere (le c.d. "armi improprie"), salvo giustificato motivo[410]. Il Tribunale di Cremona rilevò che il porto del coltello doveva essere analizzato sulla base della sua "naturale destinazione" e che, nel caso concreto, il *kirpan* non costituiva un'arma propria, bensì un'arma impropria ai sensi del secondo comma dell'articolo citato. Il Tribunale analizzò il significato del *kirpan* alla luce della religione *Sikh*, secondo la quale il coltello è un "simbolo" della fede e della "resistenza al male"[411]. In più, il tribunale collegò il porto di questa "arma impropria" con l'art 19 Cost., che tutela la libertà di religione, concludendo che, nel caso concreto, doveva essere ravvisata la presenza di un "giustificato motivo"[412]: «qualora il porto, fuori della propria abitazione, di un "coltellone" da cucina sia motivato dalla plausibile esigenza di tagliare il pane per una famiglia che intenda recarsi ad un "pic-nic", non si vede francamente per quale ragione non dovrebbe del pari considerarsi non integrata la fattispecie penale nell'ipotesi in cui il porto riguardi il *kirpan* (cioè un coltellino avente una lama notoriamente più corta di quella del "coltellone" da cucina), laddove peraltro in quest'ultimo esempio il giustificato motivo (quello religioso) risieda addirittura nell'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito[413]».

Un altro caso deciso dal Tribunale di Cremona riguardava una donna tunisina di religione musulmana che, in un'aula della Corte di Assise, indossava il *burqa*[414]. Alla donna fu chiesto di sollevare il velo ai fini della sua identificazione, cosa che lei fece, ma, nonostante ciò, venne denunciata per il reato di cui all'art. 5 l. n. 152/1975 che prevede «l'uso di caschi protettivi o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo» [415].

---

[410] Cfr. per tutti PISTORELLI, *Commento alle disposizioni per il controllo delle armi*, in CRESPI, FORTI e ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario Breve al Codice Penale,* Padova 2008, p. 2113.
[411] Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, cit.
[412] Idem.
[413] Idem. Anche: DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 174-176.
[414] PROVERA, *Il giustificato motivo,* cit., p. 978 ss.; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 239.
[415] Trib. Cremona, 28 novembre 2008, n. 78, in *Corr. Merito,* 2009, p. 294. Anche: DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 173.

Il Tribunale di Cremona considerò l'uso religioso del burqa come un giustificato motivo alla luce dell'art. 19 Cost., dichiarando l'insussistenza del fatto. Il Tribunale rilevò che il *burqa* non poteva rientrare nell'ipotesi di un «mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona», trattandosi di un indumento proprio di una particolare tradizione, indossato con una finalità certamente diversa da quella che la norma incriminatrice intendeva reprimere. Inoltre, il Tribunale evidenziò che la donna aveva cooperato alla richiesta di essere identificata e non si manifestava nel caso concreto una situazione di pericolo per l'ordine o la sicurezza pubblica e, dunque, «sussiste anche il giustificato motivo che autorizza la condotta astrattamente incriminata. Invero, trattasi di donna che vestiva secondo la propria tradizione religiosa[416]».

3.2.1.4. Delitti senza vittima

Un'altra figura, in cui il fattore culturale potrebbe assumere rilevanza, è quella rappresentata dai c.d. reati senza vittima[417], nei quali la vittima non esiste (si pensi, ad esempio, alle condotte omosessuali tra adulti), oppure coincide con l'autore (nel caso ad es. del consumo di stupefacenti)[418]. Nei reati culturalmente orientati, questa categoria potrebbe essere utile in casi come il gioco d'azzardo diffuso tra diverse minoranze etniche (soprattutto asiatiche), la poligamia, l'incesto o i reati in materia di stupefacenti.

La ragione che motiva la non criminalizzazione dei reati senza vittima, in particolare nell'ipotesi della coincidenza con l'autore, è il principio dell'offensività nella particolare accezione della non punibilità di condotte autolesive, presa in considerazione nel pensiero giusfilosofico angloamericano dai teorici dello *harm principle*, secondo cui lo Stato non dovrebbe vietare condotte che sono offensive solo per l'autore o gli autori del comportamento e, in particolare, in caso di reati di scarsa importanza. A titolo esemplificativo si pensi al gioco d'azzardo (previsto

[416] BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 238
[417] PALIERO, *"Minima non curat praetor" Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari.* Padova 1985, p. 242 ss.
[418] Ibid, p. 241.

all'art. 718 c.p.) che per molti gruppi umani costituisce un normale passatempo, oppure la bigamia (art. 556 c.p.) permessa in molti Paesi musulmani, ampiamente diffusa e punita più per considerazioni morali/religiose che per la presenza di una vera offesa (si consideri l'ipotesi in cui le parti sono consapevoli del matrimonio precedente)[419].

3.2.2. Antigiuridicità

Nell'ambito dell'antigiuridicità, de *iure condito* il fattore culturale avrebbe pochi spazi di riconoscimento[420], in quanto le condotte costitutive dei reati culturalmente motivati solitamente coinvolgono beni di rango primario (si pensi all'integrità fisica, la libertà sessuale, la dignità, l'uguaglianza, ecc.) la cui offesa sarebbe difficile da giustificare, ma de *iure condendo* il fattore culturale potrebbe trovare spazio all'interno delle c.d. quasi scriminanti in una concezione gradualistica dell'antigiuridicità.

3.2.2.1. Quasi scriminanti

Come indica lo stesso termine, le "quasi scriminanti" sono ipotesi in cui gli estremi di una causa di giustificazione non sussistono per intero, cioè, sono «ipotesi di realizzazione parziale di una scriminante[421]». In una concezione gradualistica dell'antigiuridicità[422], le stesse permettono di valutare la condotta in modo più

[419] De Maglie afferma che nella pratica le società occidentali praticano la poligamia e presenta diversi esempi: la tolleranza e la tutela, anche giuridica, della "convivenza" insieme al matrimonio; il riconoscimenti di diritti all'amante; l'alta cifra di divorzi; l'Autrice evidenzia che circa un terzo degli uomini e delle donne si sposa almeno due volte nella vita; v. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., pp.174-180.
[420] In argomento: BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 136 ss.; ID., *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p.375-377.
[421] VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*. *Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti,* Milano, 2000, p. 241; MARINUCCI, *voce "Antigiuridicità",* in *Dig. Disc. Pen.,* Vol. I, Torino, p. 186; SCHIAFFO, *Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.
[422] Zimmerl affermava che «gli elementi del reato antigiuridicità e colpevolezza sono graduabili, e perciò il reato stesso è un concetto graduale, ai cui diversi gradi corrispondono le diverse misure della pena», v. In proposito PALIERO, *"Minima non curat praetor",* cit., p. 701 ss.

obiettivo e di applicare una sanzione più mite all'individuo[423] prendendo in considerazione la dannosità dell'illecito, il contenuto del disvalore, le circostanze modali, ecc.[424]

Nella legislazione italiana, a differenza di altri Paesi, le quasi scriminanti non sono previste. Ad esempio, il Codice Penale Spagnolo dispone all'art. 21, co. 1, «Sono circostanze attenuanti: 1. Le cause previste nel capo precedente [cause di giustificazione] quando non concorrono tutti i requisiti necessari per escludere la responsabilità nelle rispettive ipotesi».

La figura delle "quasi scriminanti" permetterebbe di realizzare un giudizio più obiettivo sulla condotta e di applicare una pena più mite al soggetto, in quanto la sua condotta, sebbene antigiuridica, non esprimerebbe lo stesso disprezzo verso l'ordinamento. Ad esempio, la lesione di un bene giuridico realizzata contro la volontà della persona è più "intensamente antigiuridica" della lesione prodotta con il consenso dell'offeso, anche nelle ipotesi tale consenso dell'avente diritto non giustifica il fatto[425].

Nei reati culturalmente orientati, le quasi scriminanti potrebbero trovare un ampio margine di applicazione; si consideri, a tal proposito, il consenso dell'avente diritto in situazioni come la mutilazione genitale della donna adulta oppure, altri tipi di modificazioni del corpo realizzate per motivazioni culturali (sempre nel caso di persone maggiorenni e con il loro libero consenso)[426], o certi comportamenti culturali accettati all'interno della famiglia e che potrebbero considerarsi maltrattamenti o lesioni (*ius corrigendi*[427]). Anche l'adempimento di un dovere attraverso la

---

[423] Sulla possibilità di applicare le quasi scriminanti ai reati culturalmente orientati: DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 67; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale,* cit., p. 121 ss.; GRANDI, cit., p.357.

[424] PALIERO, *"Minima non curat praetor",* cit., p. 703.

[425] Ibid, p. 708.

[426] L'art. 5 c.c. vieta gli atti del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica. De *iure condito*, le condotte che comportano una lesione potrebbero trovare giustificazione nel consenso dell'avente diritto sempre che non comportino una diminuzione permanente dell'integrità e sempre che ci sia il consenso e questo sia valido, cfr. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico,* cit., p. 196; SELLA, *Le mutilazioni genitali femminili come cultural orientated crime. Note di diritto italiano e comparato*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2007, p. 305; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p.189-194.

[427] Nel caso Bajrami, la giurisprudenza italiana ha riconosciuto che il consenso dell'avente diritto potrebbe assumere importanza. Il caso riguardava dei maltrattamenti in famiglia realizzati da un immigrato di origine albanese sulla moglie e sui figli, tutti consenzienti. In tal caso, si segnalò che sia l'imputato che le persone offese

realizzazione di una condotta considerata obbligata alla stregua di una norma del gruppo culturale[428], oppure, casi di difesa "quasi-legittima" di fronte a condotte considerate "ingiuste" da altre culture (sollevare il velo a una donna, offendere l'onore familiare o personale, ecc.), o addirittura stati di "quasi necessità" (come il commettere una condotta per salvare da un danno grave non già sé od altri ma, ad esempio, un oggetto sacro secondo la religione o la cultura di appartenenza) [429].

Nel caso del consenso dell'avente diritto si evidenzierebbe, in particolare, un'altra problematica concernente l'autotutela della persona offesa e il c.d. "paternalismo giuridico", che potrebbe costituire un ostacolo ad una possibile interpretazione multiculturale dei diritti fondamentali.

3.2.2.1.1. Autotutela e paternalismo giuridico

Nel 1858, John Stuart Mill scriveva: «L'unico fine per cui gli uomini sono autorizzati, individualmente o collettivamente, a interferire con la libertà di azione di ciascuno, è l'autoprotezione; l'unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, contro la sua volontà, è quello di prevenire un danno agli altri. Il bene dell'individuo, sia fisico, sia morale, non costituisce una giustificazione sufficiente dell'interferenza […] Il solo aspetto della condotta per cui si è responsabili di fronte alla società e quello che concerne gli altri. Per la parte che riguarda solo se stesso, l'indipendenza dell'individuo è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sul proprio corpo, e sulla propria mente l'individuo è sovrano[430]».

Queste riflessioni, svolte tanti anni fa, oggigiorno trovano eco in situazioni come l'eutanasia, l'aborto, il consumo di droghe leggere e in molti altri casi

avevano un concetto della convivenza familiare e della potestà spettante al capo famiglia "diverso" da quello corrente in Italia, tanto da poter configurare una sorta di consenso dell'avente diritto rilevante ex art. 50 c.p. Nonostante ciò, la Cassazione ritenne l'impossibilità di applicare la scriminante in base allo "sbarramento invalicabile" rappresentato dal contrasto della condotta con i principi costituzionali. Su questo punto: DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 65; MONTICELLI, cit., p. 576 ss.; PROVERA, *Tra frontiere e confini,* cit., p. 234-235; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 174.

[428] BERNARDI, *Modelli penali e Società multiculturale,* cit., p. 122.

[429] BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 370.

[430] MILL, *Sulla libertà,* Milano 2000, p. 55.

riguardanti i reati culturalmente orientati. Si pensi a situazioni come quella della donna musulmana maggiorenne che decide di sottomettersi alla mutilazione genitale femminile, del giovane papuano che decide di praticare lo *scarring* sul suo viso[431], del gruppo di diciottenni africani che avendo compiuto la maggiore età decidono di praticarsi cicatrici sul corpo oppure di modificarlo nell'ambito di rito di iniziazione proprio della loro cultura. In tutti questi casi, nonostante il particolare valore spirituale che queste condotte rivestono per l'individuo e nonostante sia accertata la maggiore età, la capacità e il libero consenso, gli individui che intendono di realizzare tali pratiche si troverebbero di fronte allo sbarramento costituito dalla risposta statale: l'art. 5 c.c., secondo cui «Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

In questi esempi, e in tanti altri, tra cui potrebbero rientrare l'eutanasia o l'aborto, il diritto penale si troverebbe di fronte ad una situazione particolarmente problematica che coinvolgerebbe, da una parte, la libertà del singolo di realizzare ciò che considera indispensabile per l'affermazione della sua identità (e che, inoltre, non danneggia altri tranne se stesso) e, dall'altra, il dovere di tutela dello Stato nei confronti dell'individuo[432].

In questa sede, risulta inevitabile richiamare il principio di autodeterminazione della persona offesa (*harm principle*[433]) che oramai viene difeso con tanta forza in

[431] Lo sfregio del viso (*scarring*) è una condotta molto diffusa in alcuni gruppi etnici africani e dalla Nuova Guinea. Nell'ordinamento italiano è considerato una lesione personale gravissima all'art. 583, co. 2 c.p. Lo sfregio, cita Manzini, storicamente: «[…] è il reato specifico della setta (camorra), che malauguratamente si è propagato nel mezzogiorno anche tra coloro che non appartengono alla camorra […] Lo sfregio si pratica anche contro le donne infedeli, o semplicemente sospettate tali […] lo sfregio alle donne viene fatto orizzontale [...] Quando invece la vittima designata è un uomo, si usa il rasoio a sega, che tagliando lacera in modo deforme i tessuti muscolari, e la cicatrice resta pronunciatissima ed indelebile». Sul punto: MANZINI, cit., p. 261.

[432] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 185.

[433] Secondo Feinberg, l'autonomia personale è un diritto della persona che implica una sovranità assoluta su noi stessi e in questo caso non può esistere un bilanciamento con altri interessi, come per esempio la salute personale. FEINBERG, *The moral limits of the criminal Law: Harm to Others,* v. I, New York 1984, p. 24; ID., *The moral limits of criminal law. Harm to self,* v. III, New York 1986, p. 52 ss. Sul principio dell'autotutela e sul paternalismo giuridico, cfr. PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere difficili equilibri*, Milano 2001, p. 403 ss.; CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in FIANDACA e FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto,* Torino 2008, p. 83 ss.; CADOPPI, *Omissioni, liberalismo e paternalismo. Il caso dell'omissione di soccorso,* in FORTI, EUSEBI, BERTOLINO (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano,* Napoli 2011, p. 1315 ss.; ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo penale e limiti del diritto penale,* in CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits the criminal law.*

diverse ipotesi e che nel settore del diritto penale ha fatto emergere complesse domande in relazione alla necessità dell'intervento punitivo nel confronto dell'individuo libero e cosciente che offende se stesso; il giudizio di riprovevolezza di una condotta che non lede terzi, ma solo l'individuo che la compie; la necessità di tutelare un bene giuridico che la stessa persona titolare del bene decide di ledere[434]; la legittimità della punizione di tali condotte e la funzione stessa della pena in questi casi (rieducare l'individuo in base a quello che lo Stato ritiene "corretto" anche se contrario alle profonde motivazioni dell'individuo?)[435].

Lo scenario prospettato ci condurrebbe al c.d. "paternalismo giuridico" consistente nella decisione statale di orientare il comportamento umano, attraverso diverse disposizioni giuridiche, comprese quelle penali, affinché l'individuo possa trovarsi al sicuro, anche nei confronti di se stesso. Secondo la definizione di Feinberg, in base al paternalismo è sempre «una buona ragione a sostegno di una proibizione… impedire un danno (fisico, psichico o economico) allo stesso agente[436]».

Feinberg distingue tra due tipi di paternalismo, uno forte e uno debole, sulla base del consenso dell'agente. Nel caso del paternalismo forte, lo Stato vieta un determinato comportamento dell'individuo che potrebbe causargli un male, anche se tale comportamento è il risultato di una scelta cosciente e completamente libera. Nel caso del paternalismo debole, invece, il consenso non è completamente valido per diverse ragioni (pressioni, dubbi esistenziali, violenza, minaccia, inganno, ecc.[437]) e dunque, la decisione non può ritenersi autenticamente libera[438].

In ricordo di Joel Feinberg. Milano, 2010, p. 146 ss.; FIANDACA, *Nuovi orizzonti della tutela penale della persona*, in CANESTRARI e FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?* Milano 2005, p. 176 ss.; D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano 1999.

[434] «In definitiva, il diritto penale non avrebbe più legittimazione per apprestare tutela ad un bene, che avrebbe potuto essere difeso dal suo stesso titolare, il quale ha invece rinunciato a difenderlo», cfr. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 187-188.

[435] Ibid, pp. 188-189.

[436] FEINBERG, *The moral limits of criminal law. Harm to self,* cit., p. 4.

[437] Ibid, p. 116.

[438] «Supponiamo che ad una persona che ha già trascorso nove su cinquanta anni in prigione, venga data la possibilità di ridurre la sua pena a dieci anni se si presta per dodici mesi ad un pericoloso trattamento medico sperimentale. Egli accetta. Il suo consenso è stato volontario? Se noi applichiamo gli standard della volontarietà relativi al contesto normale, privo di restrizioni, dobbiamo concludere che il detenuto non ha scelto volontariamente di sottoporsi al pericoloso esperimento. C'era poco da scegliere. Continuare la vita nell'odiata prigione era l'unica alternativa», FEINBERG, op cit., p. 122.

Feinberg sostiene che una decisione autenticamente libera che non danneggia altre persone, tranne se stesso, non dovrebbe essere vietata dallo Stato, poiché costituirebbe il risultato della stessa capacità di autodeterminarsi e, di conseguenza, il divieto dello Stato non sarebbe nient'altro che un'espressione di paternalismo giuridico attraverso cui lo Stato stesso imporrebbe il suo parere a prescindere delle fortissime motivazioni personali che l'individuo esprimerebbe mediante la sua condotta[439].

Nel caso italiano, l'art. 5 c.c.[440], evidenzia chiaramente una posizione corrispondente al paternalismo giuridico, impedendo che diverse pratiche riconducibili ai reati culturalmente orientati possano essere ammesse sia come esercizio di un diritto (quello ad agire secondo la propria cultura), sia come consenso dell'avente diritto. In ogni caso, anche se tali condotte potessero avere riconoscimento all'interno dell'ordinamento, l'elemento centrale a cui fare riferimento sarebbe dato dal libero consenso. Appunto, si potrebbe pensare che in casi come la mutilazione genitale femminile o lo *scarring* non è la donna che decide, ma la sua cultura o la sua famiglia. Si tenga presente che la cultura può svolgere, in casi non infrequenti, una pressione che molte volte risulta intollerabile, negando praticamente al soggetto la possibilità di scelta. In tali casi, la decisione non sarebbe autenticamente libera; tuttavia, va necessariamente precisato che l'argomento della cultura non deve essere utilizzato *tout court* per affermare che le decisioni indotte dall'appartenenza ad una certa cultura non siano mai il frutto di una libera scelta.

Nelle nostre società anche la cultura e l'ambiente hanno una fortissima influenza sulle persone, si pensi all'influenza della "moda" sul modo di vestire, sulle scelte alimentari e di consumo e sulla stessa estetica del corpo – tatuaggi, piercing e interventi chirurgici estetici -[441]. In tali casi, nessuno direbbe che la decisione della persona non sia stata il risultato di una scelta libera ed autonoma, e lo stesso vale

[439] CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale,* cit., p. 104.
[440] «L'art. 5 è infatti una norma tacciata di anacronismo e di inadeguatezza rispetto ai reali problemi posti dalle moderne tecniche di disponibilità dell'integrità fisica… Anche la composizione multietnica della società, con il riconoscimento dell'esistenza di un diritto alla cultura e all'identità etnica contribuiscono a frantumare il concetto di integrità fisica, impedendo di pensare ad essa come ad una categoria monolitica e ad un valore compatto e irriducibile»: DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 204. Cfr. anche D'ARRIGO, cit., p. 723.
[441] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 195.

per i casi dei reati culturalmente orientati, ove la decisione di incidere sul proprio corpo può essere anche il risultato di una scelta razionale e volontaria.

3.2.3. Colpevolezza

Il fattore culturale può trovare diversi spazi di rilevanza in sede di colpevolezza[442] in relazione ad aspetti come l'inesigibilità della condotta, il grado di rimproverabilità dell'autore e l'ignoranza inevitabile della legge penale. Prima di analizzare questi aspetti, però, conviene far riferimento al ruolo del fattore culturale nella colpevolezza secondo Zaffaroni.

3.2.3.1. Colpevolezza e vulnerabilità

Raul Zaffaroni ritiene che la colpevolezza presupponga non solo il giudizio di rimproverabilità personale, ma anche uno stato di "vulnerabilità"[443] del singolo rispetto alla collettività e, quindi, coinvolga una "corresponsabilità colpevole della società"[444].

Zaffaroni imposta la sua analisi partendo dall'assunto secondo cui all'interno della società esisterebbero disuguaglianze sul piano politico, economico e sociale che, di fatto, creerebbero condizioni disagiate per alcuni gruppi ed individui. Queste disuguaglianze porrebbero tali soggetti in situazioni di maggiore o minore "rischio" in riferimento al momento di delinquere. In altri termini, vengono messi in una situazione in cui è richiesto uno "sforzo"[445] maggiore o minore per non delinquere. In tal senso, la colpevolezza sarebbe graduabile[446] in virtù del maggiore o minore sforzo che l'individuo dovrebbe realizzare per superare le condizioni sociali che lo

[442] BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 382; D'IPPOLITO, *Kulturnormen ed evitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Cass. pen.,* 2012, p. 3719 ss.
[443] ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho penal. Parte General,* Buenos Aires 2005, p. 622 ss.; ID., *Colpevolezza e vulnerabilità,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2003, p. 339 ss.; ID., *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, Napoli 1994, p. 255 ss.
[444] ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità,* cit., pp. 348-349.
[445] Ibid, p. 351.
[446] BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale,* cit., p. 87.

rendono vulnerabile e, dunque, lo mettono in un una condizione di rischio di delinquere.

Sebbene esista una responsabilità individuale per il fatto commesso, questi individui non sono responsabili delle situazioni sociali in cui versano che, di fatto, li renderebbero maggiormente inclini alla delinquenza[447]. Per tale ragione, la colpevolezza, in uno stato sociale di diritto, non dovrebbe essere riferita solo all'individuo, ma anche alla società, la quale avrebbe verso il singolo una corresponsabilità[448]. Difatti, a nessuno potrebbe essere mosso un rimprovero per la sua vulnerabilità e la stessa, molte volte, si presenterebbe in maniera intensa, tanto da non lasciare al singolo nessun'altra possibilità[449].

Lo Stato individualizzerebbe la corresponsabilità sociale e per affrontare la situazione di vulnerabilità degli individui e dei gruppi dovrebbe riconoscere lo *stato di vulnerabilità* che renderebbe gli individui stessi maggiormente inclini alla delinquenza. Un simile riconoscimento porterebbe, anche in sede penale, a rilevare tali disuguaglianze e, in sede di colpevolezza, ad attenuare il giudizio di riprovevolezza.

L'analisi di Zaffaroni risulta utile in rapporto al nostro tema, perché evidenzia la situazione delle minoranze etniche, linguistiche e culturali, poste in una posizione di disuguaglianza nonché vittime di razzismo, di xenofobia, difficoltà di accesso a servizi essenziali come la salute, l'educazione, il lavoro legale, ecc. Di queste disuguaglianze, come rileva Zaffaroni, tali individui non sono responsabili, ma piuttosto si tratta di condizioni sistemiche nelle quali non entra in gioco la volontà del soggetto. Si può riportare il caso degli immigrati che arrivano in Paesi europei e si imbattono in un burocratismo esasperato che richiede requisiti severi per "regolarizzarsi"; inoltre non può non essere rilevata la presenza di ostacoli politici, giuridici e sociali (come la xenofobia) che gli stessi immigrati si trovano ad affrontare

[447] PROVERA, *Tra frontiere e confini,* cit., p. 249.
[448] ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità,* cit., p. 349.
[449] Ibid, p. 351.

per “integrarsi” all’interno della società; di conseguenza, vedendosi costretti a vivere in condizioni di estrema vulnerabilità, sono resi più inclini a delinquere.

Una posizione simile, che condividiamo pienamente, è quella che segnala la necessaria considerazione dei fattori esogeni che incidono nella devianza del soggetto: si «la parallela considerazione dei fattori esogeni che, in molti casi, hanno un peso determinante nel processo di formazione della devianza. Un diritto penale che aspiri ad essere umano, concreto, razionale deve sempre tener presente, oltre all’effettiva realtà dell’uomo al quale pretende di rivolgersi, anche i diversi condizionamenti che leggano il concreto essere umano che delinque alle strutture socio-politiche a lui preesistenti e delle quali non è certamente responsabile o lo è, normalmente, in una misura pressoché irrilevante[450]».

3.2.3.2. Inimputabilità

Fino a poco tempo fa, prima dei grandi progressi normativi internazionali che si sono registrati in materia di multiculturalismo, il fattore culturale era già riconosciuto, ma non nel senso attuale, cioè dell’uguaglianza delle culture, bensì in senso contrario, in quanto l’appartenenza a certe culture veniva considerata un fattore di ostacolo che impediva all’individuo di comportarsi conformemente ai canoni considerati “normali” e quindi ne comportava l’esclusione dalla categoria delle persone capaci.

In ambito normativo, la persona era considerata non imputabile per il semplice fatto dell’appartenenza culturale[451]. Una simile posizione, tuttavia, oggigiorno non può essere difesa, anche se va rilevato che offrirebbe spazi per una maggiore

[450] MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., p. 107.
[451] Ad esempio, Il Codice penale boliviano del 1973 affermava all'articolo 17, sezione 5, che era non imputabile «... l'indiano della giungla che non aveva avuto alcun contatto con la civiltà», MALDONADO SMITH, *Torres de Babel. Estado, multiculturalismo y derechos humanos,* México 2015, p. 41. Allo stesso modo, l’attuale art. 33 del codice penale colombiano prevede che «è inimputabile chi al momento dell'esecuzione della condotta tipica e antigiuridica non abbia la capacità di comprendere l’illiceità o di comportarsi d’accordo con quella comprensione a causa della sua diversità culturale», La Corte Costituzionale, nella sua sentenza TC C-370/02, dichiarò la legittimità costituzionale della norma, affermando che l'imputabilità non deriva da un'incapacità, ma da una diversa visione del mondo.

considerazione del fattore culturale all'interno della colpevolezza (art. 85 c.p.[452]). La ragione per la quale tale impostazione non può accettarsi deriva dal fatto che la stessa poggerebbe su un atteggiamento di disprezzo nei confronti di altre culture, considerandole barbare, arcaiche o anacronistiche. Difatti, accettare tale posizione significherebbe considerare che I Rom, gli indigeni, i migranti, i musulmani, ecc., delinquono perché sono "infermi di mente" o perché la cultura di appartenenza renderebbe la loro capacità di intendere e di volere paragonabile a quella di bambini piccoli[453]. Per tale ragione, una simile concezione non può essere in alcun modo condivisa.

Il ragionamento che si fonda sull''inferiorità di altre culture è spesso basato sull'ignoranza e sul pregiudizio. Ogni cultura è preziosa perché fornisce agli individui che la condividono un'identità. Le culture non possono essere giudicate in termini di superiorità o inferiorità perché ciò equivale a giudicare gli individui che le condividono come superiori o inferiori e ciò offende la dignità intrinseca di ogni essere umano.

Tuttavia, ciò non significa che una cultura non possa trasformarsi e modificare pratiche inaccettabili alla luce di principi più elevati come il rispetto dei diritti umani. Sulla base di queste considerazioni, i membri di un gruppo culturale non possono essere classificati come incapaci, bambini o malati mentali solo perché si comportano, in base ai loro parametri culturali, in un modo "diverso" rispetto a ciò che dovrebbe essere considerato "normale" dal punto di vista di un'altra cultura. Difatti, va considerato che gli individui cresciuti sulla base di una determinata cultura molto spesso non hanno avuto la possibilità di confrontarsi con altre e diverse culture. Inoltre, quelle stesse culture fornirebbero tutti gli strumenti di cui gli appartenenti hanno bisogno e, di conseguenza, nel momento in cui divengono adulti la loro capacità di diventare parte di un'altra cultura risulterebbe fortemente limitata. I limiti differiscono in ciascun caso e sono una questione di gradi[454].

[452] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 214; GRANDI, cit., p. 276.
[453] DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena,* cit., p. 143.
[454] RAZ, *Multiculturalismo: una concepción liberal,* cit., p.198-201.

Per questi motivi, la categoria della inimputabilità è inadeguata e dovrebbero essere esplorate altre alternative per dare rilevanza al fattore culturale. Ciò che viene messo in discussione in merito all'inimputabilità non è il trattamento favorevole che potrebbe essere dato a un soggetto culturalmente diverso, ma l'argomento secondo cui a causa dell'appartenenza ad una certa cultura l'individuo si trova in una situazione di "inferiorità". Zaffaroni, ad esempio, propone per questi casi l'idea di un “errore di comprensione", segnalando che, quando la difficoltà nella comprensione dell'illegalità è condizionata culturalmente, sorge una situazione in cui l'errore sul precetto diventa invincibile e propone, appunto, per questi casi l’idea di "errore di comprensione"[455].

3.2.3.3. Inesigibilità di una condotta diversa da quella culturalmente orientata

All’interno della *inesigibilità* vengono ricondotte le «condizioni tali da suscitare nel soggetto una spinta all’azione criminosa così forte da neutralizzare l’efficacia motivante del precetto[456]». Abbiamo evidenziato come la cultura svolga molte volte una forte pressione sull’individuo. In alcuni casi, la pressione culturale è tale da costituire una forza irresistibile; esisterebbe, difatti, un conflitto di coscienza nell’individuo che si dibatterebbe tra la scelta di compiere la condotta culturalmente orientata o di rispettare l’ordinamento, optando per la prima di queste alternative in base a considerazioni soggettive che ritiene superiori[457]. Pertanto, qualunque persona, fortemente influenzata dal suo retroterra culturale, agirebbe nel rispetto delle proprie intime e radicate convinzioni ed è proprio in tali casi che il fattore

[455] L'errore culturalmente condizionato sarebbe quello in cui il soggetto, pur conoscendo l'illiceità del fatto, non comprende le ragioni per cui certi comportamenti che egli esegue abitualmente sono sanzionati. Quando il soggetto conosce la norma, ma non può interiorizzarla per motivi culturali, di regola, non può essere rimproverato per la sua condotta. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal. Parte General,* t. IV, Buenos Aires 1999, p. 202. Nello stesso senso BASILICO, *Error de prohibición culturalmente motivado: diversidad cultural y administración de justicia,* Buenos Aires 2007, p. 85 ss.
[456] PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale,* Torino 2003, p. 440.
[457] DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale,* cit., p. 152; BERNARDI, *Modelli penali e Società multiculturale,* cit., p. 124.

culturale potrebbe essere considerato una situazione adatta ad escludere il rimprovero dell'autore[458].

L'inesigibilità esclude la rimproverabilità dell'individuo. Nel caso dei reati culturalmente orientati si deve accertare che qualunque altro individuo con il suo retroterra si sarebbe comportato nello stesso modo. In tal caso, la responsabilità dell'individuo viene commisurata al parametro della cultura del gruppo di appartenenza (affermando che qualunque persona di tale gruppo avrebbe reagito nel medesimo modo).

Inoltre, in questi casi ci troviamo di fronte ad un conflitto improprio tra norme[459], quelle culturali e quelle giuridiche, ma, come è stato più volte rilevato, alcune pratiche culturali sono cosi radicate all'interno del gruppo e dell'individuo che, di fatto, impediscono di comportarsi in un modo diverso[460]. Tali comportamenti vanno al di là di un semplice interesse particolare dell'individuo[461], in quanto questi reagirebbe come risposta a comandi culturali fortemente radicati nella sua identità e nel gruppo al quale appartiene. Pertanto, in molti casi, la pressione culturale esercitata sull'individuo è tale da limitare la sua libertà di scelta, rendendo inesigibile un comportamento diverso.

In questi casi, però, risulta determinante dimostrare che l'individuo non poteva comportarsi in modo diverso, in quanto la sua condotta è stata completamente dettata dal fattore culturale e dalle fortissime ragioni che hanno spinto il soggetto a realizzare la condotta stessa, non essendo esigibile un comportamento diverso[462];

---

[458] Fornasari ritiene che il principio di inesigibilità potrebbe avere rilevanza non solo in sede di colpevolezza, ma anche nella tipicità e l'antigiuridicità. Per quanto riguarda la tipicità, esistono alcune norme, come l'art. 731 c.p, che contengono una clausola che lascerebbe al giudice la valutazione sulla possibilità da parte del soggetto di tenere una condotta diversa. Per quanto attiene all'antigiuridicità, l'inesigibilità dovrebbe svolgere un ruolo nei reati commissivi mediante omissione. L'obbligo giuridico di impedire l'evento sarebbe, infatti, escluso qualora esistesse un fattore anormale incidente sull'individuo. In relazione alla colpevolezza, infine, potrebbe contribuire a determinare la misura soggettiva della colpa: cfr. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, p. 297 e 375-381; v. pure PROVERA, *Tra frontiere e confini,* cit., p. 265.

[459] «"conflitto improprio" di norme è quel conflitto che si instaura nell'antinomia tra una norma dell'ordinamento giuridico ed un'altra, che appartiene ad un ordinamento diverso, o ad un sistema morale». BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza,* cit., p. 63-66; PARISI, cit., p. 52.

[460] SARTARELLI, *Il fattore culturale-religioso e il diritto penale: alcune osservazioni*, in DI MASI, FALCONE, LOCCHI, *Proposte per un diritto del terzo millennio,* v. 1, Perugia 2015, p. 33.

[461] FIANDACA e MUSCO*,* cit., p. 411.

[462] VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri,* cit., p. 546

inoltre, ai fini dell'efficacia di questo istituto, si dovrebbe trattare di casi in cui non si ledano diritti umani ed altri principi costituzionali[463].

3.2.3.4. Personalità della responsabilità penale, coscienza dell'offesa ed errore

La colpevolezza si fonda sul principio della libera scelta d'azione dell'individuo. Ciò implica che al soggetto possa attribuirsi una condotta, in quanto espressione della sua libertà, soltanto se la stessa sia da lui controllabile e compiuta a titolo di dolo o, almeno, di colpa. Da ciò, secondo parte della dottrina, deriva che la responsabilità penale possa affermarsi solo per un fatto proprio e colpevolmente commesso, ai sensi dell'art. 27, primo e terzo comma, Cost.[464].

A questo ragionamento è arrivata la Corte Costituzionale con la storica sentenza n. 364/1988[465] la quale riafferma il principio della responsabilità personale e la legittimità della pena solo quando si dimostri la piena compenetrazione tra il fatto e la persona. La Corte segnala: «A nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli, nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto[466]».

A volte, però, ci sono delle situazioni nelle quali l'individuo, ignorando una determinata norma e trovandosi, dunque, in una situazione di errore, realizza una condotta illecita senza che questa le possa essere rimproverabile. Lo Stato, in conformità a quanto affermato dalla Corte, ha il dovere di rendere le norme giuridiche

[463] PROVERA, *Tra frontiere e confini,* cit., p. 266; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 257.
[464] PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale,* cit., p. 1625.
[465] Corte Cost. n. 364/1988 in *Foro it.,* 1988, I, 1385, con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza* n. 364, 1988; PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1988, p. 686.
[466] Corte Cost. Sent. n. 364/1988.

“riconoscibili” a tutti i consociati. La “riconoscibilità” derivante dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., comporta diversi aspetti: che la norma penale sia *extrema ratio* di tutela della società; che le norme siano chiaramente formulate e dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale” e che siano tali da essere percepite anche in funzione di norme “extrapenali”, di civiltà[467]. Da ciò deriva che quando esista un’oggettiva impossibilità di conoscere la norma non si potrebbe attribuire la responsabilità al singolo.

La Corte Costituzionale ha segnalato diversi ipotesi di “impossibilità” di conoscere la legge penale, come l’assoluta oscurità del testo legislativo o un atteggiamento interpretativo gravemente caotico degli organi giudiziari. Inoltre, ricorrendo a criteri “misti”, ha riconosciuto valore alle «particolari, positive, circostanze di fatto in cui s’è formata la deliberazione criminosa…» e alla «“generalizzazione” dell’errore nel senso che qualunque consociato… sarebbe caduto nell’errore sul divieto ove si fosse trovato nelle stesse particolari condizioni dell’agente». Infine, ha affermato che «Il fondamento costituzionale della “scusa” dell’inevitabile ignoranza della legge penale vale soprattutto per chi versa in condizioni soggettive d’inferiorità e non può certo esser strumentalizzata per coprire omissioni di controllo, indifferenze, ecc.[468]»

In più, la Corte ha aggiunto: «E’, invece, almeno possibile, come s’è già sottolineato, che lo Stato non abbia reso obiettivamente riconoscibili (o “prevedibili”) alcune leggi; oppure che, malgrado ogni positiva predisposizione di determinanti soggetti all’adempimento dei predetti doveri strumentali d’informazione ecc., l’ignoranza della legge penale sia dovuta alla mancata rimozione degli “ostacoli” di cui al secondo comma dell’art. 3 Cost.»[469]

Per alcuni soggetti, appunto, esiste una oggettiva “impossibilità” di conoscere le norme penali. Si pensi a quei soggetti che si trovano in situazioni di estrema vulnerabilità, povertà, discriminazioni e segregazione sociale, costretti a vivere

[467] Idem.
[468] Idem.
[469] Idem.

esclusivamente a contatto con esponenti della comunità di origine[470]. A questi soggetti con "insufficiente socializzazione"[471] non può essere rimproverabile nel medesimo grado l'ignoranza della legge. Si tratta, il più delle volte, di norme di condotta che sembrerebbero ai nostri occhi occidentali evidenti, ma non così per i soggetti che appartengono a culture completamente diverse dalle nostre.

Il giudizio esteso di rimproverabilità, pertanto, non potrebbe essere mosso soprattutto nei confronti di immigrati arrivati da pochissimo tempo oppure di altri soggetti già presenti sul territorio da tempo, ma portatori di culture diverse e sottoposti a condizioni di estrema vulnerabilità ed esclusione. In sintonia con il pensiero di Zaffaroni, il soggetto che si trova in uno stato di vulnerabilità non è colpevole di tale stato.

Nella stessa sentenza, la Corte Costituzionale fa anche riferimento alla distinzione dottrinale tra *reati artificiali e reati naturali*. La Corte segnala «è quasi impensabile che un soggetto "imputabile" commetta i cd. delitti naturali nell'ignoranza della loro "illiceità" mentre l'ignoranza delle norme incriminatrici dei cd. reati di pura creazione legislativa, tenuto conto del loro sempre crescente numero e del relativo "più intenso" dovere di conoscenza da parte dei soggetti che operano nel settore ai quali tali norme appartengono, si rivela, di regola, inescusabile[472]».

I reati naturali sarebbero quelli il cui contenuto si rivela partendo da norme di coscienza morale e sociale e, dunque, la consapevolezza del disvalore del fatto risulterebbe evidente (si pensi all'omicidio[473]). Al contrario, i reati artificiali o di mera creazione legislativa sarebbero quelli il cui contenuto di illecito non si rivela in modo evidente, si articolano in comportamenti che non partono dalla cultura o dalla morale (si pensi ad alcuni reati omissivi propri).

---

[470] FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in HASSEMER, KEMPF, MOCCIA (hrsg), *In dubbi pro libertate. Festschrift für Klaus Volk Zum 65, Geburtstag,* Beck, München 2009, p. 185.
[471] PALAZZO, *Corso di diritto penale,* cit., p. 455.
[472] Corte Cost., sent. n. 364/1988.
[473] PALAZZO, *Ignoranza della legge penale*, voce in *Dig. Disc. Pen.,* vol. VI, 1992, p. 144 ss.

Tuttavia, la società multiculturale odierna rivela che tale distinzione non è sempre così agevole. Infatti, questa distinzione si fonda «sulla concezione della vita e dell'esperienza dell'uomo occidentale… è ben possibile, cioè, che alcuni reati, che sono per noi "naturali", appaiano invece come "artificiali" ai soggetti appartenenti ad altri gruppi etnici, perché si tratta di comportamenti accettati e approvati dalla loro cultura, ancorché vietati dalla legge del loro Stato[474]».

La distinzione realizzata dalla Corte Costituzionale, però, risulta comprensibile intanto che la sentenza 364/1988 si riferisce all'impossibilità di conoscere la norma penale da parte di un prototipo di persona occidentale alla quale la distinzione tra reati naturali ed artificiali sarebbe applicabile. Appunto, nella sentenza può leggersi: «È stato, in dottrina, osservato che, realisticamente, l'ipotesi d'un soggetto, sano e maturo di mente, che commetta un fatto criminoso ignorandone l'antigiuridicità, è concepibile soltanto quando si tratti di reati che, pur presentando un generico disvalore sociale, non sono sempre e dovunque previsti come illeciti penali ovvero di reati che non presentino neppure un generico disvalore sociale[475]».

Nonostante ciò, in uno Stato multiculturale queste considerazioni non possono ritenersi estese ad altri gruppi culturali così lontani dal prototipo della persona occidentale. Infatti, per taluni gruppi umani, alcune ipotesi previste dalla norma penale difficilmente risulterebbero immaginabili, sia che si tratti di reati 'naturali' (si pensi alla mutilazione genitale femminile o all'impiego di minori nell'accattonaggio, ove non esiste una lesione dal punto di vista di coloro che le praticano[476]) che, soprattutto, di reati di mera creazione legislativa.

Un'altra riflessione sulla quale occorre soffermarsi concerne la coscienza dell'offesa e il dolo. Come chiarito in precedenza, diversi gruppi umani realizzano pratiche culturali che, da un punto di vista esterno, potrebbero essere costitutivi di

---

[474] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., pp. 233-236. Dello stesso parere BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale,* cit., p. 27; ID., *Modelli penali e Società multiculturale,* cit., p. 125; FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo,* cit., p. 186; PARISI, cit., p.156. BARTOLI, *Multiculturalismo: disincanto o disorientamento del diritto?* in DE FRANCESCO, PIEMONTESE, VENAFRO (a cura di), cit., p. 92.
[475] Corte Cost., sent. n. 364/1988
[476] BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale,* cit., p. 27.

reati (si pensi al *coining*[477], o ancora una volta alla mutilazione genitale femminile). In alcuni casi, i soggetti potrebbero trovarsi in una situazione di scarsa socializzazione, derivante dalla discriminazione e dalla condizione di vulnerabilità e, pertanto, potrebbero ignorare che tali pratiche possano configurare un reato. Inoltre, l'elemento del dolo non potrebbe configurarsi, in quanto in nessuno di tali casi la pratica viene realizzata allo scopo di cagionare un male alla persona, proprio perché non esiste la consapevolezza di recare un'offesa, anzi il soggetto è pienamente convinto di realizzare un comportamento benefico. Come segnala Pitch, «I genitori che effettuano le mutilazioni delle figlie non solo non pensano di "far male": sono convinti di agire per il bene delle figlie… le ragazze non mutilate rischiano l'isolamento della loro comunità, non "possono trovare marito", non sono considerate veramente donne[478]».

In questa logica, l'ignoranza in cui versa il soggetto potrebbe ricadere nei parametri dettati dalla sentenza n. 364/1988, in particolare, per il suo stato di vulnerabilità.

Gallo individuava nel dolo la componente psicologica della consapevolezza dell'offesa, cioè, al fine di attribuire la responsabilità (dolosa), l'individuo doveva rappresentarsi e volere la lesione o messa in pericolo dell'interesse protetto[479]. Nella sentenza n. 364/1988, la Corte Costituzionale segnala che «Allorché l'agente ignora, del tutto incolpevolmente, la legge penale e, pertanto, incolpevolmente ignora l'illiceità del fatto, non mostra alcuna opposizione ai valori tutelati dall'ordinamento: può il suo dolo costituire oggetto di rimprovero ex art. 27, primo e terzo comma, Cost.? Certo, includendo nel dolo la coscienza dell'offesa… (a parte ogni discussione sulla conseguente riduttiva interpretazione dell'art. 5 c.p.) si attenuano gli effetti che, invece, discendono dalla rigorosa interpretazione dello stesso articolo».

[477] Si tratta di una pratica diffusa in alcune culture vietnamite per curare diversi dolori, consistente nel sfregare il corpo della persona con il bordo di una moneta. Questo evidentemente lascia lividi ed escoriazioni. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 218.
[478] PITCH, cit., p. 506.
[479] GALLO, *Dolo (dir. Pen)., voce in Enc. Dir.,* Vol. XIII, 1964, p. 783 ss.; BRICOLA, *Dolus in re ipsa,* Milano 1960, p. 100.

Da ciò deriva che, se si considera come parte del dolo la consapevolezza dell'offesa[480], questo potrebbe essere escluso in alcuni casi di reati culturalmente orientati, laddove il fattore culturale facesse sì che gli appartenenti ad una determinata cultura avessero un'idea diversa dell'offesa e sempre che, come chiarito in precedenza, non si ledano diritti umani ed altri principi costituzionali.

Nel caso dei reati colposi, in talune ipotesi, potrebbe essere esclusa la responsabilità penale, basandosi sulla "carenza di socializzazione" dovuta alla condizione di vulnerabilità, discriminazione ed esclusione di alcuni gruppi umani (come i ROM), per cui la violazione dei doveri di prudenza, perizia o diligenza non potrebbero esser loro ugualmente rimproverata rispetto a chi non si trova in tali circostanze[481].

L'applicabilità di tali riflessioni nell'ambito dei reati culturalmente orientati contribuirebbe, inoltre, a garantire il rispetto del principio di uguaglianza sancito all'art. 3 primo e secondo comma, Cost. Infatti, soprattutto nel caso concreto, si andrebbe a valutare l'effettiva sussistenza della consapevolezza dell'illiceità; di conseguenza, allorquando la stessa non fosse accertata, bisognerebbe escludere la colpevolezza o quantomeno attenuarla. Ugualmente, si riconoscerebbe l'esistenza di quegli ostacoli economici e sociali a cui si riferisce l'art. 3, co. 2, Cost., e che, di fatto, limitano le possibilità di scelta degli individui.

3.2.4 Punibilità

Il fattore culturale potrebbe trovare spazi di riconoscimento nella graduazione della pena[482]. In concreto, potrebbe trovare applicazione la circostanza attenuante

[480] «Senza il disvalore d'azione, senza il dolo o la colpa come componente della condotta (il dolo e la colpa come "azione), non c'è nessun "danno criminale", nessuna "offesa penale", nessun "illecito" penale, ma solo un evento lesivo staccato dall'azione tipica, come tale penalmente irrilevante», DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti,* cit., p. 47. V. anche DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato,* Milano 1991, p. 211-290; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale,* Milano, 2004, p. 204.

[481] «Per assumere il soggetto agente "in colpa" dovrebbe, invece, almeno essergli offerta la "possibilità" di conoscere le norme penali che "trasformano" in doverose le regole di diligenza, prudenza ecc. in base alla violazione delle quali, nella prevedibilità ed evitabilità concreta dell'evento, si viene chiamati a rispondere: se l'agente, del tutto incolpevolmente, ignorasse le predette norme penali, la sua "colpa" (del fatto) non dovrebbe potersi ritenere rimproverabile ex art. 27, primo e terzo comma, Cost», Corte Cost, sentenza 364/1988.

[482] V. anche GRANDI, cit., p. 283; BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale,* cit., p. 28.

prevista all'art. 62, co. 1, n. 1, c.p., consistente nel "motivo di particolare valore morale o sociale". Infatti, va tenuto presente che il fattore culturale che condiziona l'atteggiamento del soggetto sarebbe l'espressione di una particolare identità, di una maniera diversa di vedere e di interpretare il mondo. Questo fattore può, appunto, essere considerato un motivo di particolare valore morale o sociale[483].

Il "valore morale o sociale" in una società multiculturale dovrebbe prendere in considerazione non solo i motivi considerati accettabili dalla maggioranza, ma anche quelli delle minoranze linguistiche, etniche e religiose. Come abbiamo già detto, sarebbe necessario assumere il punto di vista interno del soggetto e della comunità di appartenenza affinché possano valutarsi le motivazioni poste a base della sua condotta[484]. Non si tratta di accettare le ragioni "altrui", ma almeno di provare a comprendere i convincimenti che spingono l'individuo a tenere una data condotta. In alcuni casi, questi motivi potrebbero essere tali da giustificare un'attenuazione della pena o, addirittura, come abbiamo visto in altra sede, escludere la responsabilità[485].

Considerazioni simili possono essere utilizzate per la graduazione della pena sulla base di quanto disposto dall'art. 62 bis (attenuanti generiche) e, in rapporto alla commisurazione della pena in senso stretto, dall'art. 133, co. 2, n. 1 e 4, c.p., (i "motivi a delinquere e le condizioni di vita individuali, familiare e sociale del reo[486]). In questi casi, spetterà al giudice indagare su tali motivi e condizioni, valutando se ed in che misura possano incidere sulla commisurazione della pena. A tal fine, come già chiarito, è essenziale che il giudice assuma il ruolo dell'antropologo, valendosi altresì del contributo di mediatori culturali, studi antropologici e sociologici, in modo da adottare nel caso concreto una giusta decisione[487].

Ugualmente, attraverso un'interpretazione aperta e fondata sui principi, il fattore culturale potrebbe trovare spazi di riconoscimento nell'art. 62, co. 1, n. 2, c.p.,

---

[483] Sulla circostanza del particolare motivo morale o sociale, si veda: MARINUCCI e DOLCINI, cit., p. 445.
[484] VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza,* Torino 2000, p. 241 ss.
[485] BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 435, PARISI, cit., p. 50; BERNARDI, *Modelli penali e Società multiculturale,* cit., p.126; FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo,* cit., p. 90; VENEZIANI, cit., p. 239 ss.
[486] In argomento VENEZIANI, cit., p. 233 ss.; BERNARDI, *Modelli penali e Società multiculturale,* cit., pp. 125-126.
[487] DE MAGLIE. *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 55.

attraverso la circostanza attenuante dello “stato di ira determinato da un fatto ingiusto”. Infatti, abbiamo precisato che il linguaggio giuridico è un linguaggio naturale e, perciò, è sempre passibile di interpretazioni, soprattutto quando il legislatore include elementi extragiuridici (tali come la cultura) nelle ipotesi normative. In questo caso, il legislatore fa riferimento ad un fatto ingiusto e, come si sa, l’idea della giustizia è, per eccellenza, relativa[488]. Pertanto, risulta fondamentale prendere in considerazione il punto di vista dell’individuo, appartenente ad un determinato gruppo culturale, affinché la sua condotta possa essere valutata in modo adeguato ed il giudice possa applicare la circostanza attenuante.

[488] GRANDI, cit., p. 190 ss.

Capitolo IV

La questione del multiculturalismo in Messico

«Se la giustizia penale non rispetta questa diversità culturale, finisce per essere una giustizia discriminante in cui un determinato tipo di parametro culturale viene imposto a coloro che rispondono a un modello diverso. "L'uguaglianza davanti alla legge" viene violata sia quando situazioni pari sono trattate in modo diseguale, sia quando situazioni diverse sono trattate in modo uguale[489]»

4.1 Il Messico e la storia del suo multiculturalismo

Il Messico; ai sensi dell'art. 2 della sua Costituzione nazionale, può essere definito uno Stato "multiculturale". In questo Paese vi sono più di cinquanta popoli indigeni (62) con le loro lingue e tradizioni[490]. Al suo interno, inoltre, sono presenti gruppi culturali con caratteristiche affini a quelle dei popoli indigeni, come ad esempio i mennoniti e i popoli afro-discendenti[491]. Ogni gruppo ha i propri sistemi sociali, politici e normativi che regolano i diversi aspetti della loro vita[492].

La storia di questi gruppi, come è noto, non è stata particolarmente fortunata. Nell'intento, da parte di un singolo gruppo sociale, di creare lo Stato, molti di essi

[489] SCJN, Amparo directo 47/2011, co. 192.
[490] "L'Instituto Nacional de Lenguas Indígenas" (INALI) riconosce undici famiglie linguistiche, sessantotto gruppi linguistici e trecentosessantaquattro varianti linguistiche. Ciò significa che, nonostante il fatto che le persone parlino la stessa lingua, esse non si capiscono o addirittura non si identificano come membri dello stesso popolo in base alla loro posizione geografica e alle loro particolari esperienze storiche e sociali. Inoltre, la popolazione indigena nel Messico ammonta a un numero approssimativo di 26 milioni, che rappresenta circa il 20% del totale nazionale. In alcuni Stati, come Oaxaca, la percentuale della popolazione indigena ammonta a circa il 60%. Si veda: CNDH, *Recomendación general n. 35*, p. 9. Le risoluzioni della CNDH possono consultarsi in: http://www.cndh.org.mx/tipo/1/recomendacion; SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas*, 2014, in: www.sitios.scjn.gob.mx.
[491] La Costituzione Nazionale riconosce l'importanza della composizione indigena del Paese, senza ignorare l'esistenza di altri gruppi culturali ai quali riconosce gli stessi diritti. Ai fini della nostra indagine, faremo riferimento principalmente alla popolazione indigena, ma chiarendo che quei diritti si estendono ad altri gruppi culturali simili esistenti nel territorio.
[492] In relazione alle popolazioni indigene, useremo spesso le espressioni "popolo" e "comunità". Questi non sono sinonimi. Nel continente americano, l'espressione "popolo indigeno" si riferisce a coloro che abitavano il continente americano, prima della colonizzazione e che conservano le proprie istituzioni, sociali, economiche, culturali e politiche o parte di esse. Pertanto, nel caso del Messico, possiamo parlare del popolo zapoteca, azteca, maya, mixteca o chatino. Mentre il "popolo" è l'unità di origine, la comunità è una parte di un popolo indigeno. La nostra Costituzione definisce la comunità come un'unità sociale, economica e culturale, con sede in un territorio e che riconosce le proprie autorità in base ai suoi usi e costumi (art. 2, co. 4). In un esempio pratico, possiamo parlare del popolo zapoteca, come unità di origine, e delle 118 comunità zapoteca riconosciute nello stato di Oaxaca.

furono esclusi. Si cercò il modo affinché "i diversi" si adattassero al progetto nazionale per definire un unico modello di "messicano", ma i gruppi rimasti esclusi non rinunciarono alla loro identità, conservando nello Stato le proprie consuetudini.

In questo percorso storico tali gruppi, tuttavia, risultano permanentemente arretrati in tutti gli aspetti della vita: in ambito economico, politico e sociale. Al loro stato di subordinazione, abbandono e dipendenza si è aggiunta la permanente stigmatizzazione e discriminazione della quale soffrono[493]. Questo fenomeno è stato interpretato nel corso della storia come assenza di una chiara politica e mancato riconoscimento di questi gruppi a livello sociale, fattori che hanno reso tale soggezione e precarietà, parte integrante della loro vita quotidiana[494].

In questo senso, è giusto sottolineare che questi gruppi «hanno condotto una guerra silenziosa[495]» affinché non scomparissero di fronte ai vari modelli istituzionali che hanno cercato di segregarli, assimilarli o integrarli in una società più ampia[496]. Il processo è stato più o meno simile nelle diverse latitudini ed è stato influenzato in modo massiccio dall'idea dello “stato nazionale”.

Come è noto, il sistema degli Stati moderni nasce dopo il periodo medievale quando alcune comunità politiche già esistenti cominciarono ad organizzarsi dando vita a sistemi simili a quelli attuali[497] (è opportuno sottolineare che il sistema degli "Stati" è stato solo una, la principale, delle differenti forme di organizzazione politica della società). Questa forma di organizzazione è caratterizzata, tra l’altro, dal

[493] Ad esempio, spesso il termine "indigeno" nell'immaginario collettivo viene utilizzato per riferirsi con disprezzo a qualcuno. I manuali scolastici fino a qualche anno fa proponevano attività come «tagliare e incollare elementi della nostra fauna» e lì, potevano vedersi, pronti per essere tagliati, un cervo, un nandù e un indigeno. Alcuni manuali scolastici parlano ancora di habitat "rudimentali" e di "indolenza" e "distacco dal lavoro" per riferirsi agli indigeni. PIGNA, *Los mitos de la historia argentina 1. De los pueblos originarios y la conquista de América a la independencia,* Buenos Aires 2009, p. 18.
[494] RAMÍREZ, *La guerra silenciosa: despojo y resistencia. Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina,* Buenos Aires 2006, p. 8.
[495] Ibid, p. 20.
[496] I teorici del multiculturalismo concordano nell’individuare come fasi di questa evoluzione storica quella segregazionista, quella di assimilazione; quella dell’integrazione ed infine la fase multiculturale. In ognuna di esse sono state applicate diverse politiche nazionali alle minoranze politiche, che non erano altro che un riflesso dello status o della qualità con cui tali gruppi erano concepiti all'interno della rispettiva “società dominante” e che modellavano l'episteme o il modo di intendere – e trattare - quei gruppi. Cfr. MALDONADO SMITH, cit., p. 36-51.
[497] La Pace di Westfalia del 1648, che pose fine alla Guerra dei Trent'anni e all'egemonia politica della Chiesa cattolica, viene considerata convenzionalmente la data di nascita del moderno sistema statale, cfr. FERRAJOLI, *Derechos y garantías,* cit., pp. 54-55; ANAYA, cit., p. 48.

dominio territoriale e dall'autorità gerarchica centralizzata[498]. Al contrario, i popoli indigeni e le altre minoranze etniche si organizzavano generalmente secondo legami tribali o di parentela in strutture politiche decentralizzate, spesso unite in confederazioni, e godevano di sfere di controllo territoriale condivise o sovrapposte[499].

La configurazione degli Stati moderni non contemplava, nella sua genesi, l'esistenza di popolazioni autoctone e di altre minoranze, né tantomeno l'importanza della diversità culturale nella sua organizzazione. Le difficoltà derivanti dalle diversità esistenti tra i popoli presenti sul territorio con i quali avrebbero dovuto negoziare la forma di governo delle nascenti repubbliche, non rappresentavano delle priorità da risolvere. Le minoranze, invece, hanno dovuto scegliere tra resistere, essere sterminate dal gruppo di maggioranza oppure accettare un'integrazione forzata[500].

Con la diffusione del modello di "stato nazionale" e secondo la tradizionale definizione "uno Stato, una nazione", quasi tutti gli Stati del mondo aspiravano a diventare Stati monoculturali[501]. In base a questo modello, lo Stato era visto implicitamente – e talvolta esplicitamente - come proprietà del gruppo nazionale dominante, che lo usava per promuovere la sua identità, la sua lingua, la sua storia, la sua cultura, la sua letteratura, i suoi miti, la sua religione, ecc., e che lo definiva come espressione della sua nazionalità[502]. Coloro che non appartenevano al gruppo nazionale erano "barbari" e dovevano scegliere tra l'assimilazione o l'esclusione[503].

---

[498] Nelle parole di Max Weber «Lo stato è quella comunità umana che all'interno di un certo territorio […] rivendica (con successo) il monopolio della legittima coercizione fisica». WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, trad. J. Medina, Madrid 2002, p. 1056.

[499] ANAYA, cit., p. 53.

[500] DE SOUSA SANTOS, *Reinventar la democracia, reinventar el Estado,* Buenos Aires 2006, p. 15; KYMLICKA e STRAEHLE, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, trad. N. Torbisco, México 2001, p. 64.

[501] CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América Latina*, México 1994, p. 28.

[502] Per Habermas «Il nazionalismo è una forma di coscienza che presuppone un'appropriazione delle tradizioni culturali filtrate dalla storiografia e dalla riflessione […] Entrambe le cose conferiscono al nazionalismo caratteristiche artificiali; ed è il suo lato "costruttivo" che di per sé rende il nazionalismo accessibile agli abusi manipolativi delle élite politiche». HABERMAS, *Reconstrucción interna del Derecho*, in *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad., M. Jiménez, Madrid 2010, p. 621.

[503] John Locke considerava le "nazioni d'America" come pigre, non "beneficiate dal lavoro", «sovrani di un suolo fertile, si nutrono e vestono peggio di un lavoratore a giornata in Inghilterra», LOCKE, *Due trattati sul governo*, Pisa 2007, p. 213; Hobbes li descrisse come "bestie selvagge", HOBBES, *Leviatán. O la materia, forma y poder*

Il percorso portato avanti in Messico non rappresenta certamente l'eccezione. Durante il "Virreinato" della Nuova Spagna[504], la popolazione indigena fu oggetto di una politica segregazionista. Sebbene quest'ultima non sia stata così drastica come quella di altri paesi (si veda l'Argentina, il Cile o gli Stati Uniti[505]), tuttavia i suoi effetti a breve e medio termine sono stati simili, portando ad una riduzione della popolazione nativa. Secondo i dati forniti da Guillermo Marín, si stima che nel periodo che va dal 1521 al 1621, circa 20 milioni di indigeni morirono nella Nuova Spagna. Tale dato è confermato anche da altre fonti: Tzvetan Todorov ha calcolato che in Messico all'arrivo degli spagnoli nel 1500, la popolazione indigena era stimata in circa 25 milioni di persone mentre, nel 1600, quest'ultima si era ridotta ad appena un milione[506].

Durante le guerre per l'indipendenza, la popolazione indigena ha svolto un ruolo fondamentale in quanto essa rappresentava la maggior parte degli eserciti ribelli, mossa dalla volontà di recuperare i territori persi ed ottenere miglioramenti delle condizioni di vita[507]. Pertanto, durante le lotte libertarie (per la liberazione? per

---

de una república, eclesiástica y civil, Buenos Aires 1992, p. 104.; Adam Smith come: «Lo stato più primitivo e arretrato della società», SMITH, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México 1994, p. 614; Joseph de Maistre come «i fallimenti del processo creativo di Dio» citato da: BERLIN, *La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana*, México 2004, pp. 184-185; Juan Bautista Alberdi pensava: «In America, tutto ciò che non è europeo è barbaro: non c'è altra divisione che questa: 1. L'indigeno, cioè il selvaggio; 2. L'europeo, cioè noi che siamo nati in America e parliamo lo spagnolo, quelli che credono in Gesù Cristo e non a Pillán (dio degli indigeni) […] Noi, europei di razza e civiltà, siamo i proprietari dell'America», cfr. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires 2003, pp. 123-124; John Stuart Mill, riferendosi alle minoranze etniche europee, affermava: «L'esperienza dimostra che è possibile che una nazione si mescoli con un'altra e che quest'ultima la assorba; e quando la prima è una porzione inferiore e più arretrata della razza umana, l'assorbimento presenta molti vantaggi. Nessuno può presumere che non sia più vantaggioso per un bretone o per un basco della Navarra francese, che sia attratto dal flusso di idee e sentimenti di un popolo altamente civilizzato e colto, come quello della nazione francese […], piuttosto che adorare nel proprio piccolo mondo le reliquie quasi selvaggi dei tempi passati, girare nella sua piccola orbita mentale senza avere alcuna partecipazione o interesse nel movimento generale del mondo. La stessa osservazione vale per i gallesi e per gli scozzesi come membri della nazione britannica». STUART MILL, *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Mexico 2006, pp. 345-346. Nello stesso periodo, tuttavia, altre voci difesero le culture indigene. Montesquieu condannava la conquista spagnola, Rousseau riconosceva l'alto grado di civiltà delle culture indigene, Kant chiamava "usurpazione" la presenza europea in America, Asia e Africa. Si vedano: MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes,* Madrid 2002, p. 212; ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres,* Buenos Aires 2008, p. 90. KANT, *La paz perpetua*, in *Fundamentación de la metafísica de las costumbres-Crítica de la razón Práctica-La paz perpetua,* México 1996, p. 228.

[504] Il "Virreinato" era la forma di organizzazione politica che l'Impero spagnolo aveva assunto nei suoi territori d'oltremare. In pratica, si trattava di colonie al servizio della monarchia spagnola.

[505] Cfr., PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción,* Madrid 2007, p. 31.

[506] MARÍN, *Historia verdadera del México profundo*, Oaxaca 1997, p. 166; TODOROV, *La conquista de América. El problema del otro*, trad. F. Botton, México 1998, p. 144.

[507] CHÁVEZ PADRÓN, *El derecho agrario en México*, México 2010, p. 193.

l'indipendenza?) e durante i primi anni di indipendenza, gli indigeni furono "integrati" (con vari momenti di resistenza) nella "società dominante"[508] per raggiungere, da un lato, l'omogeneità culturale necessaria allo Stato nascente e, dall'altro, una popolazione sufficientemente numerosa ed integrata in grado di contrastare i desideri espansionistici delle potenze di quel tempo e di gestire le tensioni interne tra gli Stati della federazione che, in molti casi, esponevano il paese al rischio di una secessione.

"L'Acta Constitutiva" della federazione messicana (1823) e la prima Costituzione nazionale (1824) stabilirono espressamente l'esistenza delle "tribù di indigeni". Gli articoli 13, punto X e 50, punto XI, delle suddette normative, conferivano al Congresso Generale il potere di regolamentare il commercio tra la federazione, i diversi Stati federati e le tribù di indigeni[509]. Queste disposizioni, però, non erano frutto dell'inventiva del Congresso costituente, bensì la copia testuale di una disposizione prevista all'interno della Costituzione degli Stati Uniti d'America (articolo uno, ottava sezione, numero tre).

In questo modo, e solo in maniera accidentale, gli indigeni del Messico furono riconosciuti nel testo costituzionale del 1824. Da quel momento fino al 1992 non fu fatto alcun riferimento costituzionale all'argomento: per il costituzionalismo messicano – e per quello di molti altri paesi – operare una distinzione culturale era semplicemente inammissibile, incompatibile con un sistema fondato sul liberalismo classico che proclamava l'uguaglianza tra le persone[510], sacrificando così il principio di giustizia materiale espresso nella massima secondo cui «nel contesto concreto, gli eguali devono essere trattati in modo eguale e gli ineguali in modo ineguale»[511].

[508] Così, ad esempio, lo Stato dell'Occidente (oggi Sonora) nella sua Costituzione del 1825 prevedeva che i diritti di cittadinanza si perdevano (art. 28): «per avere l'abitudine di camminare vergognosamente nudi: però, questa disposizione non avrà alcun effetto rispetto ai cittadini indigeni, fino all'anno 1850». Da questa disposizione si poteva ricavare che lo scopo dello Stato dell'Occidente era che nel 1850 le abitudini culturali indigene fossero modificate e gli indigeni integrati nella società. CLAVERO, cit., p. 30.
[509] Idem.
[510] ÁVILA LINZÁN, *Barreras ideológicas para la valoración judicial de los peritajes antropológicos*, in *Crítica jurídica*, n. 31, 2011, pp. 15-37, in argomento, v. anche ORTIZ ELIZONDO, *De fronteras disciplinarias: diálogos entre la antropología y la criminología*, in *Desacatos*, n. 57, 2018, p. 24.
[511] HABERMAS, *Paradigmas del derecho*, in *Facticidad y validez*, cit., p. 499.

Il problema non si riduceva alla semplice negazione del problema sul piano costituzionale poiché l'esistenza di una composizione multiculturale del substrato elementare del Paese rappresentava una dimensione che la semplice astrazione legale non poteva evitare di prendere in considerazione[512].

Al "diritto messicano", la realtà imponeva quello che era considerato un "non diritto", un sistema di norme che coesisteva con quello "positivo" dello Stato e che, nonostante non fosse riconosciuto costituzionalmente, regolava la vita degli stessi indigeni e le loro relazioni con lo Stato.

Durante il diciannovesimo secolo il modello predominante per gli indigeni è stato quello dell'assimilazione. In quel periodo, al fine di creare uno stato omogeneo, furono implementate diverse politiche di costruzione della nazionalità per stabilire un'unica lingua, religione e cultura nel territorio nazionale.

All'inizio del XX secolo, in occasione della rivoluzione messicana, la situazione degli indigeni sembrò migliorare poiché le loro richieste di giustizia e di miglioramento delle condizioni di vita furono prese in considerazione insieme a quelle degli operai e dei contadini. Tra i vari programmi ideati dai leader rivoluzionari, non ce n'era uno in cui la preoccupazione principale non fosse la restituzione delle terre ai suoi proprietari originali[513].

La rivoluzione messicana ha, senza ombra di dubbio, raggiunto notevoli risultati. Il più importante è stato la Costituzione del 1917 che ha sostituito il

[512] Ignacio Ramírez, durante i dibattiti del Congresso Costituente del 1856, mise in dubbio la divisione "fittizia" del territorio nazionale, fondata su aspetti arbitrari, ignorando tutta la realtà naturale, territoriale e popolare. Nelle sue parole: «Tra le molte illusioni delle quali ci nutriamo, una delle non meno fatali è quella nata dall'assumere una popolazione omogenea nella nostra patria. Solleviamo quel velo leggero della razza mista che si diffonde ovunque e troveremo un centinaio di nazioni che invano ci impegniamo di confondere in una sola […] Molti di questi popoli conservano ancora le tradizioni di un'origine diversa e di una nazionalità indipendente e gloriosa. Il Tlaxcalteca indica con orgoglio i campi che lo separavano dal Messico. Il Maya può chiedere all'Otomi se i suoi antenati hanno lasciato monumenti ammirevoli come quelli conservati a Uxmal. E vicino a noi, signori, quella sublime cattedrale che ci gonfia, scopre meno conoscenza e meno talento della pietra umile nella quale cerca supporto e nella quale si preserva il calendario Azteca [...] Volete formare una divisione territoriale stabile con gli elementi che la nazione possiede? Riconoscete gli indigeni all'altezza dei cittadini, date loro un intervento diretto negli affari pubblici, ma iniziate dividendoli per lingue; altrimenti la sovranità si distribuirà soltanto tra due milioni di uomini liberi e sei di schiavi […] La nazione messicana non può organizzarsi con gli elementi dell'antica scienza politica, perché sono espressione di schiavitù; ha bisogno di una Costituzione che organizzi il progresso, che metta ordine nel movimento. A cosa è ridotta questa Costituzione che stabilisce l'ordine nell'immobilità assoluta? È una tomba preparata per un corpo che vive». Cfr. ZARCO, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente [1856-1857],* México 1956, pp. 469-471.

[513] FABILA, *Cinco siglos de legislación agraria en México,* México 1981, pp. 250-253.

paradigma del modello di uno stato liberale con quello di uno stato sociale, a favore delle classi sociali più emarginate: lavoratori e contadini[514] (si vedano gli artt. 27, relativo ai contadini, e 123, relativo ai lavoratori)[515].

Nonostante le suddette disposizioni, la situazione dei popoli indigeni non cambiò di molto, poiché tali normative non prendevano in considerazione la dimensione di “soggetti collettivi” propria dei popoli indigeni, che richiedeva, e richiede tuttora, condizioni che tengano in conto la loro natura al fine di garantire la loro sopravvivenza in quanto gruppo sociale. Il problema di fondo risiede nella scarsa attenzione ed importanza data alle richieste mosse dagli indigeni: non si è mai ritenuto che gli indigeni, in quanto tali, avessero esigenze specifiche. Le loro richieste sono state invece “unite” a quelle di altre classi come quella dei contadini o dei lavoratori. Lo Stato riteneva che soddisfare le richieste dei contadini avrebbe automaticamente risolto anche le richieste degli indigeni, supponendo (in maniera erronea) che indigeni e contadini fossero uguali.

Nel 1940, nel “Congresso di Pátzcuaro”, in Messico, gli Stati latinoamericani affrontarono il cosiddetto "problema degli indigeni" attraverso la fondazione dello “Instituto Indigenista Interamericano”. Per affrontare il "problema", gli Stati adottarono politiche ‘integrazioniste’ volte a "integrare" o incorporare gli indigeni all’interno delle società predominanti nei loro Stati. Si presumeva che il "problema degli indigeni" fosse un problema prettamente culturale, direttamente correlato alla cultura nativa e che, quindi, per diventare un autentico messicano, colombiano, cileno, peruviano, ecc., l’individuo doveva in primo luogo abbandonare lo *status* di indigeno[516].

Fino al 1992 non vi furono cambiamenti significativi che conducessero a modifiche al modello integrazionista allora prevalente. Nello stesso anno, il termine "popoli indigeni" fu introdotto nell'art. 4 Cost., riconoscendo che la “nazione

[514] FLORIS MARGADANT, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 18ª ed., México 2006, p. 208.
[515] LÓPEZ BÁRCENAS, *Territorios, tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas en México*, in GONZÁLEZ GALVÁN (a cura di), *Constitución y derechos indígenas,* México 2002, p. 123.
[516] YRIGOYEN FAJARDO, *De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento*, in *El otro derecho*, n. 40, 2009, pp. 20-21.

messicana" aveva una composizione multiculturale originariamente basata sull'esistenza dei suoi popoli indigeni[517].

Detta riforma non fu il risultato di una semplice volontà politica, ma frutto di un processo evolutivo che si stava svolgendo dagli anni '80 nel contesto del nascente processo multiculturale rafforzato dai movimenti indigenisti nel continente americano e dagli eventi sorti nell'Europa centrale e orientale riguardanti le minoranze nazionali.

Due anni dopo, il 1° gennaio 1994, durante la rivolta armata, l'Esercito Zapatista di Liberazione Nazionale (EZLN) chiese allo Stato messicano il riconoscimento dei diritti delle popolazioni indigene che erano stati "dimenticati" per tanti secoli. Dopo complesse negoziazioni, l'EZLN e il governo federale raggiunsero un'intesa, consacrata dai cc.dd. accordi di "San Andrés Larráinzar", il cui contenuto sarebbe poi stato ripreso nella proposta di legge sui diritti e sulla cultura indigena presentata nel 1996[518].

Tali accordi non furono ripresi successivamente all'interno del testo costituzionale a causa del rifiuto da parte del governo federale. Essi servirono, tuttavia, da parametro per la riforma costituzionale effettuata nel 2001. Infatti, nel dicembre del 2000, il Presidente della Repubblica presentò una proposta di legge che, dopo un intenso dibattito all'interno del Congresso Nazionale, si tradusse nella riforma in materia indigena pubblicata sulla Gazzetta ufficiale della federazione il 14 agosto 2001.

La riforma del 2001 ha cercato di soddisfare le richieste di riconoscimento dei diritti indigeni al fine di contribuire a superare le disparità storicamente esistenti all'interno di questa popolazione[519]. Con essa, il Messico ha riaffermato in modo più forte (rispetto a quanto era già stato fatto nel 1992) il suo abbandono del modello

[517] Riforma costituzionale pubblicata nella Gazzetta ufficiale della Federazione martedì 28 gennaio 1992.
[518] Cfr. DURAND ALCÁNTARA e SILVA MALDONADO, *Los indios ante el derecho mexicano, un intrincado proceso*, in *Política y* Cultura, n. 35, 2011, p. 73 ss.
[519] SÁNCHEZ BRINGAS, *Derecho Constitucional,* México 2004, p. 613.

integrativo[520] in favore di un modello multiculturale, già adottato in quel periodo da varie democrazie latinoamericane[521].

Sebbene sia vero che la riforma attuata nel 2001 rappresenta un cambiamento di importanza significativa in termini di relazioni tra gli indigeni e lo Stato, essa si è dimostrata insufficiente e non può essere considerata un punto di arrivo, ma, al contrario, un punto di partenza nel processo di costante miglioramento volto al raggiungimento della piena efficacia del multiculturalismo nella pratica.

Ai fini della nostra analisi, è necessario fare riferimento alla riforma costituzionale in materia di diritti umani del 2011 che, sebbene non sia direttamente indirizzata alla popolazione indigena e ad altri gruppi culturali, li riguarda pienamente. Questa riforma è stata la più importante dall'adozione della Costituzione messicana (1917), poiché essa trasforma completamente il modo di interpretare e applicare la legge. La riforma riguarda un numero cospicuo di articoli ma, in sintesi, è possibile affermare che il suo obiettivo è stato quello di porre l'individuo al centro del sistema normativo per superare i vecchi formalismi legali tipici della dottrina positivista. Tra le principali modifiche figurano: l'incorporazione diretta delle norme internazionali sui diritti umani nell'ordinamento giuridico (non vi è bisogno di una norma secondaria per rendere effettive tali norme); la sostituzione dei criteri di gerarchia e specialità delle leggi in favore del principio *pro persona*[522]; l'uso del bilanciamento in materia di diritti umani piuttosto che del semplice sillogismo giuridico; il controllo diffuso sull'applicazione della Costituzione e della Convenzione Americana sui Diritti Umani da parte dei giudici per le questioni relative ai diritti umani.

---

[520] NAHMAD SITTON, *Autonomía indígena y la soberanía nacional. El caso de la ley indígena de Oaxaca*, in GONZÁLEZ GALVÁN (a cura di), cit., pp. 194-195.

[521] Tra le diverse riforme costituzionali che si sono verificate nell'America Latina in questo periodo vi sono: Nicaragua (1986), Brasile (1988); Colombia (1991), Messico (1992 e 2001), Guatemala (1992), El Salvador (1992), Paraguay (1992), Perù (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador (1994 e 1998) e Venezuela (1998).

[522] In rapporto ai diritti umani, le norme dell'ordinamento giuridico non contengono più una gerarchia *in sé*, ma in ogni caso specifico, deve essere applicata la norma che favorisce maggiormente la persona, indipendentemente dal fatto che sia una norma costituzionale, un trattato internazionale, una legge federale o locale. Questo criterio ermeneutico è chiamato principio "pro persona" e in virtù di esso si deve ricorrere sempre alla norma più favorevole, o all'interpretazione più estensiva, nel caso del riconoscimento di diritti umani. HENDERSON, *Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Orden Interno: La Importancia del Principio Pro Homine*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* n. 39, 2004, p. 93.

4.2 Il fattore culturale nell'ordinamento giuridico messicano

Secondo i modelli di società ai quali si è fatto riferimento nel secondo capitolo**,** il Messico è uno stato multiculturale di tipo multinazionale, caratterizzato dal fatto che il suo pluralismo è stato il risultato del processo stesso di conformazione statale, un processo nel quale le popolazioni esistenti da secoli nel territorio furono assorbite in seguito a guerre e colonizzazioni.

Attualmente, in linea con il modello dello Stato costituzionale, democratico e sociale, il Messico attribuisce una grande importanza al fattore culturale, riconoscendolo all'interno di varie disposizioni normative. Il fulcro del riconoscimento di questo fattore si situa nell'articolo 2 della Costituzione federale, che sancisce numerosi diritti rivolti alle popolazioni indigene e ad altri gruppi culturali con caratteristiche simili.

L'art. 2, co. 2, Cost., afferma che la nazione è multiculturale, fondata sui suoi popoli indigeni. Oltre a chiarire il concetto di "popolo" e a determinare chi è indigeno[523], l'articolo riconosce il diritto fondamentale all'autodeterminazione, che rappresenta, come segnalava Forsthoff, una sorta di "uovo primigenio"[524] da cui partono una pluralità di diritti individuali e collettivi[525].Tali diritti comprendono la consultazione e il consenso preventivo in rapporto all'adozione di atti legislativi e amministrativi che li riguardano direttamente o indirettamente; il diritto di preservare e utilizzare la loro lingua in tutte le condotte pubbliche e private[526]; la proprietà

[523] La stessa Costituzione definisce il concetto di "popoli indigeni": «Coloro che discendono da popolazioni che abitavano l'attuale territorio del Paese all'inizio della colonizzazione e che conservano le loro istituzioni sociali, economiche, culturali e politiche o parte di esse […]. La consapevolezza della loro identità indigena deve essere il criterio fondamentale per determinare a chi si applicano le disposizioni sulle popolazioni indigene».
[524] FORSTHOFF, cit., p. 242.
[525] Questo diritto, riconosciuto anche nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene, coinvolge, secondo la Corte Suprema di Giustizia del Messico, «la possibilità di scegliere liberamente la loro situazione all'interno dello Stato messicano, il che non significa la sua dissoluzione, ma il riconoscimento del diritto fondamentale dei popoli di determinare il loro destino, purché l'unità nazionale sia preservata». SCJN, tesis aislada 1ª XVI/2010. Le "tesis" e la giurisprudenza della SCJN possono consultarsi in: https://sjf.scjn.gob.mx
[526] La Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, all'art. 4, prevede: «Le lingue indigene […] sono lingue nazionali, a causa della loro origine storica, e avranno la stessa validità, garantendo in ogni momento i diritti umani alla non discriminazione e all'accesso alla giustizia». All'art. 9 sancisce: «È diritto di ogni messicano comunicare nella sua lingua, senza restrizioni nella sfera pubblica o privata, oralmente o per iscritto, in tutte le sue attività sociali, economiche, politiche, culturali, religiose e di qualsiasi altra attività».

collettiva dei territori da loro tradizionalmente abitati, compreso l'uso e lo sfruttamento delle risorse naturali; la conservazione della loro medicina tradizionale; la preservazione dei loro sistemi politici e di autorità; l'applicazione dei loro sistemi normativi interni (giurisdizione speciale indigena)[527].

È importante specificare che lo Stato messicano è una federazione; in quanto tale, al suo interno esistono diversi ordinamenti giuridici: quello federale, quello statale (degli Stati federati) e quello municipale, nonché disposizioni concorrenti (che riguardano tutti gli ordinamenti) e le cosiddette "norme generali" (norme minime il cui contenuto può essere arricchito nei differenti ordinamenti giuridici). In ciascuno di questi ordinamenti vi sono disposizioni che riconoscono il fattore culturale, rifacendosi ai principi costituzionali[528]. Nel presente lavoro faremo riferimento in particolare alla normativa federale.

È possibile mostrare brevemente come il fattore culturale si rifletta nella legislazione messicana: il riconoscimento della medicina tradizionale indigena (*Ley General de Salud* e Codice Penale Federale[529]); la priorità nell'accesso all'assistenza pubblica e ai programmi sociali (*Ley General de Desarrollo Social*); il riconoscimento e la validità delle lingue indigene come lingue nazionali – utilizzabili sia nel settore pubblico che in quello privato - (*Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas*); l'inclusione sociale e il divieto di discriminazione (*Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*); la pianificazione dello sviluppo rurale e dell'accesso alle risorse naturali (*Ley de Desarrollo Rural Sustentable, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Ley General de Vida Silvestre,*

[527] La Corte Suprema di Giustizia ha affermato: «Il senso di incorporare disposizioni specifiche sulla posizione giuridica dei cittadini indigeni nella Costituzione federale è quello di garantire loro un riconoscimento specifico al più alto livello del sistema […] al fine di consentire il reale esercizio dei loro diritti e l'espressione della loro identità individuale e collettiva e superare gradualmente la disparità di opportunità che li ha tradizionalmente colpiti». SCJN, Tesis 1ª.CCX/2009.

[528] Ogni Stato federato ha la sua Costituzione e le sue leggi locali. Gli Stati devono rispettare il livello minimo di garanzie stabilito dalla Costituzione Nazionale e le competenze ivi previste. In materia indigena, ogni Stato normalmente riconosce questa composizione culturale nella sua Costituzione e sviluppa i diritti degli indigeni attraverso leggi ordinarie di regola chiamate "Leggi sui diritti e cultura indigena".

[529] La legislazione penale federale prevede espressamente un regime di eccezione culturale per i reati contro la salute. In precedenza, era frequente che gli indigeni venissero accusati di questi reati quando venivano trovati in possesso di droghe illegali che usavano per le loro cerimonie tradizionali. Nel 2009, nell'ambito della riforma penale relativa ai reati contro la salute, è stato introdotto l'articolo 195 bis c.p. con la corrispondente eccezione culturale.

Ley de Desarrollo Forestal Sustentable); il riconoscimento della proprietà collettiva e la protezione rafforzata di quest'ultima (art. 27 Cost., e *Ley Agraria*); la valorizzazione delle tradizioni e delle specificità culturali delle popolazioni indigene, nonché dell'educazione bilingue e interculturale (*Ley General de Educación*); la protezione delle opere letterarie, artistiche o artigianali, comprese tutte le manifestazioni di folklore, tra cui la lingua, le abitudini e i costumi (*Ley Federal de Derechos de Autor*); l'accesso alla giurisdizione dello Stato (*Código Federal de Procedimientos Civiles*, CFPC, e *Código Nacional de Procedimientos Penales*, CNPP.), nonché alcune discipline particolari riguardanti la determinazione della competenza giurisdizionale (indigena o ordinaria[530]), i criteri di ammissibilità[531] e le regole per la risoluzione di questi processi[532].

Inoltre, nel sistema giuridico messicano sono presenti istituzioni *ad hoc* volte alla protezione delle popolazioni indigene: l'*Instituto Nacional de los Pueblos Indígenos*[533], l'*Instituto Nacional de Lenguas Indígenas*[534] e, la *Comisión Nacional de los Derechos Humanos* con una sezione specializzata nelle questioni indigene (la "*visitaduría indígena*")[535].

Inoltre, è essenziale fare riferimento alle norme internazionali e ai criteri giudiziari dettati dalle organizzazioni internazionali di cui il Messico fa parte, in particolare la Corte interamericana dei diritti umani (CoIDH)[536].

---

[530] Il CFPC all'art. 24, fr. IX, prevede che «nel caso di processi in cui l'imputato è indigeno, il giudice competente sarà quello del luogo in cui ha il suo domicilio; se entrambe le parti sono indigene, sarà il giudice ad esercitare la giurisdizione nel domicilio del querelante».

[531] Per quanto riguarda il riconoscimento dello *status* di indigeno, l'art. 274 bis, CFPC, sancisce: «Nelle procedure che coinvolgono persone che dichiarano di avere la qualità indigena, questa qualità sarà riconosciuta in base alla sola dichiarazione che chiunque ne faccia. Se il giudice ha dei dubbi al riguardo o nell'ipotesi di interrogatorio in tribunale, verrà chiesto alle autorità della comunità il rilascio di un certificato che dimostri l'appartenenza dell'individuo a un determinato popolo o comunità [indigena]»

[532] Ugualmente, nel settore civile, l'art. 222 bis, CFPC, stabilisce: «Al fine di garantire agli indigeni il pieno accesso alla giurisdizione dello Stato nei processi in cui sono parte, il giudice deve considerare, al momento dell'emissione di qualsiasi decisione, le loro usanze, abitudini e specificità culturali».

[533] Spetta all'Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas la progettazione e l'attuazione di azioni pubbliche volte a garantire l'esercizio e l'attuazione dei diritti delle popolazioni indigene e afro-messicane. A sua volta, spetta all'Instituto Nacional de Lenguas Indígenas il rafforzamento, la conservazione e lo sviluppo delle lingue indigene nel Paese.

[534] LÓPEZ BÁRCENAS, *Legislación y derechos indígenas en México*, México 2010, pp. 140-144.

[535] La Comisión Nacional de los Derechos Humanos è il "difensore del popolo messicano", un organismo costituzionale autonomo responsabile della promozione, protezione e difesa dei diritti umani, con ampi poteri di intervento in diversi ordini governativi e diverse istituzioni pubbliche e, in certi casi, particolari.

[536] La Corte Suprema di Giustizia ha determinato l'incorporazione diretta al nostro sistema giuridico della giurisprudenza della Corte Interamericana (CoIDH) attraverso l'interpretazione degli artt. 1 e 133 Cost. Ciò

Ai sensi dell'articolo 133 Cost., i trattati internazionali firmati e ratificati dal Messico sono vincolanti, fanno parte dell'ordinamento giuridico nazionale e, ai sensi dell'art. 1 Cost. e dei criteri stabiliti dalla Corte Suprema di Giustizia nella *Contradicción de tesis 293/2011*, riguardante i trattati sui diritti umani, acquisiscono carattere di norma costituzionale. Inoltre, ai trattati internazionali e a tutta la normativa interna risulta applicabile il principio *pro persona* come regola di interpretazione (si applica, in ogni caso, la norma più favorevole alla persona, indipendentemente dall'origine – interna o esterna - e dal rango gerarchico della disposizione).

Nel caso del fattore culturale, i trattati internazionali che ne sanciscono il riconoscimento o ai quali esso può essere ricondotto, vincolanti per il Messico, sono la Convenzione n. 169 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro sulle popolazioni indigene e tribali nei Paesi indipendenti (C169 ILO)[537]; la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene[538]; il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (in particolare l'art. 27, collegato al "*General comment*" n. 23, relativo ai diritti delle minoranze, del Comitato per i Diritti Umani[539]); la Convenzione delle Nazioni Unite sulla diversità biologica[540]; la Convenzione che istituisce il fondo per lo sviluppo delle popolazioni indigene dell'America Latina e dei

comporta che, oltre alle norme nazionali e internazionali, i precedenti giurisdizionali di questa Corte fanno parte dell'ordinamento giuridico messicano, sempre nel settore dei diritti umani e sempre in conformità con il parametro di interpretazione *pro persona*. La risoluzione chiave sulla cui base è stato possibile questo cambiamento è stata la "Contradiccion de tesis 293/2011", del 3 settembre 2013.

[537] Vincolante per il Messico dal 5 settembre 1991. Le disposizioni del C 169 ILO, anche se non sono state sviluppate dalle norme legislative interne, sono già state applicate direttamente dai tribunali messicani, in particolare dalla Corte Suprema, come è accaduto nel noto caso "Acueducto independencia", in cui la Corte sottolineò che le disposizioni di questa Convenzione «Hanno piena forza vincolante da quando sono stati adottate dal nostro Paese, il che implica che devono permeare tutte le aree del sistema giuridico, per creare un approccio che permetta di analizzare il sistema di norme nel suo insieme e così soddisfare il suo obiettivo, che non è altro che il reale esercizio dei diritti e l'espressione della identità individuale e collettiva degli indigeni, per superare la disparità di opportunità che li ha tradizionalmente colpiti […] in modo tale che la Convenzione n- 169 dell'Organizzazione internazionale del lavoro sulle popolazioni indigene e tribali nei paesi indipendenti è obbligatoriamente vincolante». SCJN, Amparo en revisión 631/2012 (acueducto independencia). Le sentenze della SCJN possono consultarsi in http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx

[538] Che, essendo stata approvata da una stragrande maggioranza di Stati, riflette il consenso internazionale in merito ai diritti di questi popoli. In effetti, la Dichiarazione è stata approvata da 144 Stati; vi sono stati 4 voti contrari (Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti d'America) e 11 astensioni (Azerbaigian, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya , Nigeria, Russia, Samoa e Ucraina), cfr. RODRIGUEZ, *Breve reseña de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas colombianas*, in PARDO SCHLESINGER e PARRA DURÁN (a cura di), *Teoría Constitucional, Liber Amicorum en Homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá 2006, p. 200.

[539] Vincolante per il Messico dal 23 giugno 1981.

[540] Vincolante per il Messico dal 29 dicembre 1993.

Caraibi[541]; la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale[542].

Tra i diversi diritti con connotazione culturale, il più importante per i popoli indigeni e per i gruppi culturali simili è, senza dubbio, il diritto all'autodeterminazione. L'autodeterminazione dei popoli è un diritto che consente l'autoaffermazione nella scelta del proprio sistema di governo come popolo[543] senza interferenze esterne. Il diritto all'autodeterminazione consente, tra l'altro, ai popoli indigeni di stabilire i propri sistemi organizzativi, le proprie autorità, le proprie istituzioni politiche, i propri sistemi di amministrazione della giustizia, i propri piani di sviluppo, di preservare le loro lingue, tradizioni, culture, stili di vita tradizionali, ecc. Il diritto all'autodeterminazione è una sorta di "uovo primigenio", poiché grazie ad esso possono esistere i diversi diritti che assicurano l'esistenza e la continuità dei popoli indigeni.

L'analisi dei diversi diritti culturali derivanti dall'autodeterminazione è un compito complesso, ragion per cui in questa sede faremo unicamente riferimento a due manifestazioni di tale diritto all'interno dello Stato, che determinano l'applicazione del fattore culturale in sede giudiziaria, in particolare nel settore penale dei c.d. reati culturalmente orientati. Tali diritti sono: "l'accesso alla giurisdizione dello Stato", diritto nel quale il fattore culturale viene preso in considerazione durante tutto il processo giudiziario e "il diritto ad applicare i propri sistemi normativi" (il pluralismo giuridico).

4.3 L'accesso alla giurisdizione dello Stato

La Costituzione federale, ai sensi dell'art. 2, sezione A, fr. VIII, prevede che i popoli indigeni hanno il diritto di «Accedere pienamente alla giurisdizione dello Stato» e che, per garantire tale diritto, «in tutti i processi in cui sono parte,

[541] Vincolante per il Messico dal 4 agosto 1993.
[542] OHCHR, *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo,* 2008, in https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/6451.pdf, p. 11.
[543] HABERMAS, *Ciudadanía e identidad nacional*, cit., p. 641.

individualmente o collettivamente, devono essere prese in considerazione le loro usanze e specificità culturali, nel rispetto dei precetti di questa Costituzione[544]».

La disposizione è una norma generale che impone agli operatori giuridici di considerare il retroterra culturale degli indigeni in tutti i processi giudiziari. Essa è stata introdotta come parte della riforma costituzionale in materia indigena del 2001. La Corte Suprema di Giustizia della Nazione (SCJN) ha affermato in diversi precedenti che «Il principio del multiculturalismo modifica la visione tradizionale secondo cui la società è un conglomerato senza distinzioni di razza, origine o etnia (monoculturalismo), per riconoscere un modello di organizzazione sociale che consenta la coesistenza armoniosa di gruppi o comunità etniche, culturali, religiosi o linguisticamente diversi, non solo valorizzando positivamente tale diversità, ma proteggendola e incoraggiandola. Secondo il principio del multiculturalismo, che prevede un accesso effettivo alla giurisdizione, si impone allo Stato di garantire un accesso pieno ai suoi organi giurisdizionali, da parte dei gruppi indigeni, nel rispetto della loro condizione di gruppo vulnerabile, quindi anche rispettandole loro lingue, culture, usanze, e forme specifiche di organizzazione sociale[545]».

Il Messico, da quando ha adottato il modello multiculturale, ha cercato di proteggere la diversità culturale e, di conseguenza, ha riconosciuto che non esiste un'unica visione della realtà. Allo stesso modo, esso ha riconosciuto che le popolazioni indigene si trovano in una situazione di vulnerabilità permanente, in particolare in termini di accesso alla giustizia, motivo per cui, sono state previste delle norme promozionali che consentono loro di raggiungere una posizione di uguaglianza reale e un'effettiva tutela dei loro diritti.

Il settore penale non resta escluso da queste considerazioni. La SCJN ha indicato che «la prima conseguenza del riconoscimento della diversità culturale è che essa diventa parte dei principi fondamentali che danno contenuto alla politica criminale dello Stato[546]». «La legge penale di uno Stato multiculturale deve fondarsi sul presupposto fondamentale secondo cui la diversità culturale non verrà

[544] Questo diritto è riconosciuto anche nel C169 ILO (art. 10.1).
[545] SCJN, amparo en revisión 631/2012.
[546] SCJN, Amparo directo 59/2011.

sanzionata e saranno prese in considerazione le usanze e le specificità culturali (sempre con determinati limiti); saranno rispettate le diverse valutazioni sui comportamenti che provengono da diversi parametri culturali "preesistenti alla cultura ufficiale" e i giudici abbandoneranno il paradigma dell'operatore giuridico, che tiene conto solo della legge positiva (formalismo) senza occuparsi di altri dati importanti riguardanti il contesto sociale in cui si svolge il caso[547]». La Corte ha perfino affermato che: «Se la giustizia penale non rispetta questa diversità culturale, finisce per essere una giustizia discriminante in cui un determinato tipo di parametro culturale viene imposto a coloro che rispondono a un modello diverso. "L'uguaglianza davanti alla legge" viene violata sia quando situazioni uguali sono trattate in modo disuguale, sia quando le disparità sono trattate in modo uguale[548]».

L'accesso alla giustizia può essere definito come «la possibilità materiale e giuridica per qualsiasi persona, indipendentemente dalle sue condizioni, ha di ricorrere efficacemente ai sistemi giudiziari[549]». In Messico, questo diritto è riconosciuto dall'art. 17 Cost. e, tra le varie condizioni per la sua effettiva osservanza, si richiede il rispetto delle "formalità essenziali del processo", che includono la possibilità che l'imputato abbia accesso ai mezzi necessari, sia materiali (la possibilità di indagare e fornire prove), che tecnici (l'assistenza di un difensore)[550].

Il diritto di accesso alla giustizia è un diritto che appartiene a qualsiasi individuo, ma nel caso degli indigeni acquisisce la peculiarità che, al momento della valutazione della condotta realizzata, il giudice deve tenere conto del retroterra culturale e, in base a ciò, determinare la responsabilità del soggetto.

Tuttavia, la disposizione di cui all'art. 2, sez. A, fr. VIII, è di natura sussidiaria perché l'accesso ai tribunali dello Stato da parte degli indigeni avviene solo quando il popolo o la comunità di appartenenza non ha la competenza necessaria per

[547] SCJN, Amparo directo 47/2011, co. 190-191.
[548] SCJN, Amparo directo 47/2011, co. 192. La SCJN ha anche affermato: «Quando gli indigeni sono parte in un processo penale, lo *standard* per analizzare se vi è stato pieno accesso alla giustizia dello Stato non è uguale a quello applicato in qualsiasi processo giudiziario, poiché le loro specificità culturali obbligano tutti le autorità a condurre processi sensibili a tali particolarità». Tesis 60/2013 (10ª),
[549] SCJN, Amparo directo en revisión 659/2013, co. 87.
[550] Anche questo diritto viene riconosciuto all'art. 14 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici; all'art. 8 della Convenzione Americana sui diritti umani; e all'art. 12 C169 OIT. Nella legislazione nazionale interna, è sancito all'artt. 45 e 113 CNPD.

risolvere la questione, una situazione che può sorgere per differenti ragioni: non vi sono sistemi regolatori, la condotta non rappresenta un reato per la comunità o essa rinuncia a conoscere un certo problema

La Costituzione prevede che il diritto di accesso alla giustizia da parte degli indigeni si componga di due elementi: 1) in tutti i processi in cui sono parte, individualmente o collettivamente, le loro usanze e specificità culturali devono essere prese in considerazione; 2) gli indigeni hanno sempre il diritto di essere assistiti da interpreti e difensori che abbiano conoscenza della loro lingua e della loro cultura. Data la complessità del primo elemento, analizzeremo qui di seguito solo l'aspetto relativo all'interprete e al difensore.

4.4 La figura dell'interprete e del difensore

La Costituzione prevede all'art. 2, sez. A, fr. VIII, il diritto degli indigeni di essere sempre assistiti da interpreti e difensori che conoscono la loro lingua e la loro cultura. Questo diritto non si limita a garantire una sorta di "traduttore" ma si estende alla presenza di una persona che conosca la lingua, la cultura e la visione del mondo dell'indigeno, al fine di fornirgli una migliore difesa legale e, allo stesso tempo, di offrire all'autorità giudiziaria maggiori elementi per comprendere la condotta della persona indigena. È necessario chiarire che, solitamente, si pensa che questo diritto riguardi soltanto le persone indigene che non parlano lo spagnolo; si tratta di un grande equivoco, poiché la sua funzione non è quella di una semplice traduzione, ma di stabilire un "ponte" di comunicazione tra concezioni diverse della vita[551].

La figura dell'interprete con conoscenza della lingua e della cultura indigena, così come quella del difensore, servono all'effettività del diritto fondamentale ad un'adeguata difesa. Senza la presenza di entrambi il processo giurisdizionale è nullo e deve, come è successo in diverse occasioni, essere dichiarato tale e rinnovato con tale garanzia[552]. «Senza un'adeguata difesa, non c'è spazio per una condanna

[551] SCJN, Tesis aislada: 1ª CCVIII/2009. In senso simile cfr. Tesis 1a./J. 114/2013 (10a.); SCJN, Amparo directo 47/2011, co. 206.
[552] SCJN, Jurisprudencia 1ª ./J 61/2013.

legalmente valida. In effetti, il dovuto rispetto di questo diritto costituisce un requisito senza il quale la condanna è nulla perché, solo attraverso il suo pieno rispetto, l'imputato è in grado di confutare l'accusa nei suoi confronti; cioè solo in questo modo il processo si traduce in uno scontro tra parti uguali che hanno anche pari opportunità. L'ultima parola non dipende dalla superiorità di una parte rispetto all'altra, ma dal discorso razionale, caratterizzato dallo scambio di una diversità di argomenti e controargomenti[553]».

Questo binomio disposto dallo stesso testo costituzionale fa parte del diritto di accesso alla giustizia perché consente, attraverso le conoscenze fornite dall'interprete e dal difensore, di avvicinare il giudice alle specificità culturali degli indigeni[554], valutando appieno la loro condotta alla luce del loro retroterra culturale.

In uno stato multiculturale si riconosce che esistono diversi modi di comprendere la realtà e che ciascuno di essi merita rispetto e considerazione. Gli indigeni sono cresciuti all'interno di un contesto particolare di vita in cui alcuni comportamenti sono permessi, vietati oppure imposti. Alcuni comportamenti a volte differiscono da quelli della società non indigena e questo può condurre alla realizzazione di reati culturalmente motivati. Il compito dell'interprete e del difensore è quello di ridurre la distanza culturale tra un indigeno e le regole di un sistema giudiziario ispirato a codici che non condividono le esigenze di determinate minoranze culturali[555]. Grazie a questa "difesa culturale" si cerca di mostrare al giudice chela condotta è stata realizzata nel rispetto di un diverso orientamento culturale, perché la condotta del soggetto riflette l'esistenza di un conflitto tra una norma della propria cultura e la norma proibitiva della legge statale.

La SCJN ha affermato che: «Il difensore e l'interprete, con conoscenza della lingua e della cultura, sono il mezzo che avvicina l'organo giurisdizionale alle specificità culturali degli indigeni, poiché gli permette di conoscere la loro visione del mondo, i loro sistemi normativi, le loro usanze e abitudini e il modo di essere degli

[553] SCJN, Amparo directo en revisión 659/2013, co. 136.
[554] SCJN, Jurisprudencia 1ª ./J 61/2013.
[555] SCJN, Tesis 60/2013 (10ª).

indigeni, potendo così portare questi aspetti in tribunale come mezzo di difesa, per giustificare la condotta dell'imputato[556]».

Il ruolo dell'interprete non è solo quello di "tradurre" ma, come suggerisce il nome, quello di "interpretare" ciò che l'imputato ha detto sulla base della sua diversa visione del mondo. É essenziale, di conseguenza, che quest'ultimo abbia una profonda conoscenza della lingua e della cultura dell'imputato: «Tramite questa persona, l'indigeno, accusato di aver commesso un reato, può essere ascoltato in tutti gli atti e da tutti gli attori che intervengono nel processo penale (giudice, pubblico ministero, difensore, testimoni, ecc.) e ciò consente di dargli voce e, quindi, di tutelare il suo diritto di accesso alla giustizia[557]».

Per quanto riguarda il difensore, egli fornisce la consulenza tecnica professionale richiesta tanto per una persona indigena quanto per qualsiasi altro soggetto. In questo caso, sebbene sia preferibile avere una conoscenza della lingua e della cultura indigena, questo non rappresenta un requisito obbligatorio dato che, ad ogni modo, è l'interprete a fornire tali informazioni[558].

Il diritto al difensore è un diritto fondamentale riconosciuto anche nell'art. 20 Cost. Come già affermato, si tratta di un diritto di cui gode qualsiasi persona coinvolta in un processo e che, nel caso specifico degli indigeni, acquisisce caratteristiche particolari, come il diritto ad essere sempre accompagnato da un interprete. Queste due figure sono essenziali: è l'interprete che fornisce al difensore la piena conoscenza dell'universo culturale degli indigeni permettendogli di organizzare una difesa efficace. Attraverso tale conoscenza, il difensore può sostenere che il comportamento sia stato motivato da una causa di giustificazione, che si tratti di un " giustificato motivo ", che costituisca un comportamento non lesivo di beni giuridici o, anche, che la condotta sia stata realizzata a causa di un errore.

[556] SCJN, Amparo en revisión 659/2013, co. 154.
[557] Ibid, co. 121.
[558] Ibid, co. 133.

4.5 Le specificità culturali (i reati culturalmente motivati)

La Costituzione federale prevede che, in tutti i processi in cui gli indigeni sono parte, l'autorità dovrà prendere in considerazione le loro usanze e specificità culturali[559]. Tale previsione implica che il giudice deve analizzare il retroterra culturale del soggetto al fine di compiere una valutazione completa della condotta posta in essere e, sulla base di queste informazioni, determinarne la responsabilità.

Nel caso in cui gli indigeni abbiano posto in essere una condotta illecita poiché indotti da una considerazione di origine culturale, ci troveremo di fronte ad un reato culturalmente motivato. I popoli indigeni, in alcuni casi, agendo in conformità con le norme dettate dai loro costumi millenari, trasgrediscono la legge penale statale. Alcuni esempi sono l'uso di sostanze vietate per scopi terapeutici o di altro tipo (marijuana, peyote, oppio, funghi allucinogeni); il consumo di animali protetti dalla legislazione nazionale (in particolare tartarughe e iguana[560]); reati ambientali (ad es., l'uso di risorse naturali che richiedono un permesso speciale); condotte che costituiscono violenza familiare (spinti da un'idea ancora presente dell'autorità del *pater familias*); matrimoni combinati e tra minorenni[561]; rapporti sessuali con minori[562]; reati d'onore; poligamia[563]; lavoro forzato (come nel *tequio* o la *mita*); lesioni (si pensi all'usanza da parte degli "stregoni" di somministrare bevande per liberare le persone dal "malocchio" o per curarle da malattie, pratiche che possono causare aborti, lesioni o addirittura la morte).

In tutti questi casi, la Costituzione obbliga il giudice ad informarsi sulle usanze e i costumi degli indigeni e, sulla base di queste informazioni, a decidere. L'operatore

[559]Questo diritto è stato ampiamente sviluppato dalla CoIDH, si vedano le sentenze: caso Rosendo Cantú v. México, sent. 31 agosto 2010; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, sent. 29 marzo 2006; caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, sent. 29 novembre 2007 e; caso Tiu Tojín v. Guatemala, sent. 26 novembre 2008.

[560] LACHENAL, *Las periciales antropológicas, una herramienta hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexiones en el caso de México,* in HUBER (a cura di)*, Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena,* Bogotá 2008, p. 190.

[561] CHENAU, *Violencia y delitos sexuales entre los totonacas de Veracruz, México*, in CHENAUT, ORTIZ, e SIERRA (a cura di), *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización,* Quito 2011, p. 339 ss.

[562] MODOLELL GONZÁLEZ, *Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano)*, in *Anuario de Derecho Penal,* 2006, p. 283 ss.

[563] Ibid, p. 345 ss.

giuridico, dunque, deve conoscere il “punto di vista interno” corrispondente alla visione del mondo secondo la tradizione indigena e, su tali basi, provare ad armonizzare la condotta con i principi costituzionali[564]. Tuttavia, "prendere in considerazione” le specificità culturali non significa che gli indigeni abbiano una sorta di "licenza a delinquere”[565] oppure che i giudici statali debbano giudicare secondo il sistema indigeno – sistema utilizzato esclusivamente dalle stesse istituzioni indigene nei casi in cui sono competenti -. Significa semplicemente che, quando viene applicata la legge positiva, in un caso di competenza dello Stato – e non della giurisdizione indigena -, devono essere prese in considerazione le specificità culturali per avere una conoscenza più approfondita delle ragioni che hanno spinto il soggetto ad adottare una determinata condotta[566].

Il “prendere in conto le specificità culturali” è un lavoro ermeneutico nel quale un determinato comportamento deve essere analizzato secondo il modo indigeno di comprendere la realtà e, contemporaneamente, rispettando i principi costituzionali e, in particolare, i diritti umani[567]. Questi ultimi, però, devono essere interpretati al di là di una percezione occidentale. La SCJN ha indicato che in questi casi i giudici devono leggere il diritto in “chiave interculturale”[568] attraverso il dialogo e la conoscenza reciproca dei sistemi normativi (indigeno e ordinario) al fine di rispettare pienamente il diritto di accesso alla giustizia delle popolazioni indigene. Pertanto, nei casi in cui la condotta può essere armonizzata con i principi costituzionali, il caso dovrà essere risolto a favore della persona indigena; nei casi in cui non é possibile l’armonizzazione, si dovrà determinare la responsabilità dell’individuo tenendo in conto il suo retroterra culturale. Questo può comportare l'applicazione di circostanze attenuanti o, al contrario, circostanze aggravanti a seconda del caso.

[564] Cfr. SCJN, Amparo directo en revisión 1624/2008.
[565] «Non si tratta di difendere i valori culturali indigeni senza restrizioni, ma di stabilire un meccanismo di comprensione ed equilibrio tra forze chiaramente disparate (lo Stato e la sua legge da una parte, gli indigeni dall’altra)». ORTIZ ELIZONDO, cit., p. 26.
[566] SCJN, *Protocolo*, cit., p. 26.
[567] In effetti, la Cost., stabilisce: «Le loro usanze e specificità culturali devono essere prese in considerazione, rispettando i precetti di questa Costituzione».
[568] SCJN, *Protocolo*, cit., p. 39. In senso simile: Toca penal 142/2013, sent, 23 settembre 2013, co. 71.

Il giudice, quando "tiene conto" delle specificità culturali, deve valutare varie ipotesi: 1) la possibile dichiarazione di incompetenza in favore dell'autorità indigena[569] (rispettando in questo modo i diversi sistemi normativi interni); 2) l'impossibilità di giudicare una condotta due volte (*ne bis in idem*), nel caso in cui la stessa sia già stata giudicata dalla comunità indigena; 3) qualora lo Stato sia competente a conoscere la questione, deve considerare le motivazioni culturali del soggetto che lo hanno spinto a porre in essere la condotta illecita (è il caso di un reato culturalmente motivato)[570].

"Prendere in considerazione" è un imperativo costituzionale, non è una disposizione discrezionale, ma un'operazione che deve essere effettuata in tutti i casi. Quando il giudice studia un reato culturalmente motivato, deve «accogliere norme e pratiche speciali, non necessariamente uguali a quelle di una normale fonte statale, in un'ampia varietà di settori [incluso il penale][571]». Il giudice deve tener conto del fatto che gli indigeni hanno una visione del mondo diversa da quella che la legge positiva presuppone e ne sono una prova le loro istituzioni giuridiche e politiche, che devono essere rispettate e sostenute nel loro sviluppo[572]. Questa informazione consente al giudice di contestualizzare la condotta e valutare se gli elementi culturali hanno influenzato la commissione del reato[573].

Per conoscere queste specificità culturali, il giudice deve rivolgersi al difensore e all'interprete, ma anche ad esperti culturali, antropologi, sociologi, psicologi, documenti della comunità indigena, rivolgersi al loro consiglio di anziani, fare visite *in loco* alla comunità[574], e utilizzare qualsiasi altro mezzo di prova che gli permetta di conoscere il significato che un certo comportamento può avere all'interno della cultura indigena[575].

---

[569] La competenza giuridica delle autorità indigene sarà sviluppata nel prossimo paragrafo (pluralismo giuridico), nel presente faremo riferimento alle "specificità culturali" nei reati culturalmente orientati.
[570] SCJN, *Protocolo*, cit., p. 18.
[571] SCJN, Amparo directo en revisión 1624/2008.
[572] SCJN, *Protocolo*, cit., p. 41.
[573] SCJN, Tesis 1a.CCX/2009
[574] LÓPEZ BÁRCENAS, cit., p. 69.
[575] VALLADARES DE LA CRUZ, *El peritaje antropológico: los retos del entendimiento intercultural*, in BAEZA ESPEJEL (a cura di), *Pueblos indígenas debates y perspectivas*. México 2010, p. 524.

Sulla base di queste informazioni il giudice può capire: se la presunta pratica culturale realmente esiste; se venga ancora praticata dalla comunità; se l'usanza sia valida, cioè non contravvenga ai principi costituzionali e in particolare ai diritti umani, né provochi una «restrizione illegittima che non può essere giustificata in una società multiculturale[576]» e gli permette di specificare quale ruolo svolgano la cultura e la consuetudine all'interno della struttura del reato[577].

Le specificità culturali, quando vengono prese in considerazione, possono incidere in alcune delle categorie dogmatiche di studio del reato. Nel settore dell'antigiuridicità, possono determinare l'esistenza di una causa di giustificazione: l'adempimento di un dovere o l'esercizio di un diritto riconosciuto dallo stesso sistema normativo indigeno[578] o addirittura una causa di legittima difesa[579]. All'interno della colpevolezza, può affermarsi l'inesigibilità di una condotta diversa[580] o ravvisarsi un'ipotesi di errore[581] (si pensi al caso in cui, secondo i propri sistemi

[576] SCJN, Amparo directo en revisión 1624/2008,
[577] SCJN, Tesis 1a. CCI/2018.
[578] GARCÍA VITOR, *Culturas diversas y sistema penal*, in *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México 2005, p. 117 ss.
[579] SCJN, *Protocolo*, cit., p. 26. Similmente, Zaffaroni sostiene che il fattore culturale può dare origine a una legittima difesa, ed afferma: «I membri della cultura Ahuca, nell'Ecuador orientale, hanno la convinzione che l'uomo bianco li ucciderà sempre non appena li vede, quindi, sono convinti che devono anticipare questa azione, in quanto si tratta di un atto di difesa. In tal caso, troveremo un errore sul precetto culturalmente condizionato che anche può dare luogo a una giustificazione putativa (autodifesa)». Inoltre sostiene: «A causa di un'errata concezione della causalità, si può credere in una causalità magica e pensare che si sta legittimamente difendendo da chi stia causando lesioni oppure la morte con incantesimi, cosa molto comune nelle culture africane […] Qui avremo un caso di difesa putativa basata su un errore sulla concezione della causalità […] Questi errori sulla causalità possono portare a errori sul fatto: coloro che realizzano determinati trattamenti a un uomo per curarlo, in particolare nella convinzione che sia necessario ad es. colpirlo fortemente per "portare via il diavolo" e che possono causare la morte del "paziente" così "trattato". In questi casi, non si tratterà di omicidio colposo, perché c'è un errore sul fatto (errore sulla causalità)» ZAFFARONI, *Manual de derecho penal. Parte General*, 6ª ed. Buenos Aires 2001, p. 549. Sullo stesso argomento: ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, cit., pp. 550-551, 705; ORTIZ ELIZONDO, cit., p. 27.
[580] «Può darsi che la persona capisca la dannosità della sua azione (il disvalore) ma nonostante ciò decida di agire a causa della minaccia di subire una sanzione maggiore (come potrebbe essere una lesione corporale oppure l'esclusione dalla comunità). In questi casi, sarebbe possibile considerare la sua azione nell'ambito dell'inesigibilità attraverso lo stato di necessità, la coercizione o una paura insuperabile, prendendo sempre non il modello dell'uomo medio, ma considerando le specificità culturali degli indigeni». GARCÍA VITOR, cit., p. 150.
[581] All'interno della colpevolezza, nel caso degli indigeni, i tribunali messicani molte volte hanno applicato la figura del c.d. "errore sul precetto" previsto all'art. 15, fr. VIII, B): «Il reato è escluso quando: […] VIII. - L'azione o l'omissione viene eseguita versando in un errore invincibile; A) Su uno degli elementi essenziali che compongono la fattispecie; oppure B) riguardo l'illiceità della condotta, o perché il soggetto non è a conoscenza dell'esistenza della legge o della sua portata, oppure perché ritiene che la sua condotta sia giustificata». Ognuna di queste due sottosezioni riguarda una categoria nel reato, nell'inciso "A" la condotta tipica e nel "B" la colpevolezza. L'inciso "b" contempla due tipi di errore, l'errore sul precetto e l'errore su una causa di giustificazione. Chi agisce in base a un errore sul precetto conosce le circostanze fondamentali al momento di agire e ha l'intenzione di compiere la condotta, per tanto agisce con dolo, ma ciò che non sa è che il suo comportamento è vietato dalle norme penali, per questo crede di agire in modo lecito. Con la denominazione di "precetto" diventa chiaro che il soggetto ha torto nel credere che il suo comportamento sia lecito quando in realtà

normativi, gli indigeni considerano una condotta lecita mentre la legge statale la criminalizza[582]). Addirittura, si può pensare all'incidenza del fattore culturale sugli elementi della tipicità[583], come il giustificato motivo (quando previsto dalla legge), l'assenza di un danno effettivo a un bene giuridico protetto[584], l'assenza di dolo; oppure una diversa concezione culturale degli elementi normativi della fattispecie[585] (compatibile con i principi costituzionali). Infine, la specificità culturale può anche venire presa in considerazione al momento dell'individualizzazione della pena (punibilità) secondo i criteri tradizionali[586].

Nell'ordinamento giuridico messicano non vi sono restrizioni rispetto alla considerazione del fattore culturale in qualunque categoria di studio del reato; tutto dipende dal caso e dalla specificità culturale. Al fine di illustrare questa situazione, possiamo esaminare alcuni casi risolti dai tribunali messicani, mettendo in evidenza come il fattore culturale è stato considerato all'interno delle diverse categorie dogmatiche del reato.

Un primo caso riguarda la raccolta e il consumo di uova di tartarughe marine da parte di un indigeno (Chatino) a Zacatepec, Juquila, Oaxaca (2007)[587]. Detta

è proibito. L'errore sul precetto può essere vincibile quando il soggetto è stato messo in grado di conoscere l'illiceità della sua condotta con un minimo di attenzione e sarà invincibile quando le circostanze hanno reso impossibile tale conoscenza. Per questo motivo, l'effetto del errore sul precetto vincibile è la riduzione della pena, mentre quello dell'errore invincibile è l'esclusione della colpevolezza e del reato. Si veda: DÍAZ ARANDA, *Lecciones de derecho penal para el nuevo sistema de justicia en México*, México 2014, p. 192.

582 SCJN, *Protocolo*, cit., p. 18.

583 I giudici hanno il dovere di «indagare quali sono le usanze e le specificità della comunità a cui è collegata e che sono state in grado di influenzare lo svolgimento dei fatti perseguiti, la realizzazione degli elementi oggettivi o soggettivi del tipo, gli aspetti da cui dipende la colpa dell'imputato, ecc.». SCJN, Tesis aislada 1a CCXI/2009. Si veda anche: SCJN, Amparo directo en revisión 1624/2008.

584 LÓPEZ BETANCOURT e FONSECA LUJÁN, *El derecho penal frente a la interculturalidad en México*, in *DIKE*, n. 18, 2015. Pp. 28.

585 «Una diversa interpretazione del bene giuridico può essere rilevante anche nell'esclusione della tipicità. Ad esempio, si consideri il fatto di furto, ove l'azione consiste nell'impossessamento illegittimo della cosa altrui. Questo è impossibile da capire per i gruppi etnici in cui la valutazione della proprietà è diversa – essenzialmente comunitaria - in modo che gli elementi normativi della fattispecie non direbbero nulla ai membri della comunità, il che può dar luogo ad un errore sul fatto». GARCÍA VITOR, cit., p. 151. Sullo stesso argomento: LÓPEZ BETANCOURT e FONSECA LUJÁN, cit., p. 36.

586 Gli artt. 51 e 52 c.p. messicano prevedono che i giudici applicheranno le sanzioni stabilite per ciascun reato tenendo conto, tra l'altro, dell'entità del danno, delle circostanze del tempo, del luogo, delle modalità o dell'occasione, dell'età, dell'istruzione, delle condizioni sociali ed economiche del soggetto, dei motivi che lo hanno spinto a commettere il reato e, nel caso delle popolazioni indigene, delle loro usanze e costumi. Cfr. LÓPEZ BÁRCENAS, cit., pp. 139-140.

587 Amparo directo en revisión 1624/2008. Su questo caso: MORALES SÁNCHES e MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *Nuevas reglas para juzgar al indígena en México (caso de Jorge Santiago Santiago*), México 2014, pp. 221-239.

condotta configura un reato “contro l’ambiente” ai sensi del art. 420, fr. IV c.p. Il giudice locale considerò accertata la responsabilità dell’indigeno, in quanto fu sorpreso in possesso delle uova senza autorizzazione legale, offendendo così il bene giuridico protetto dalla norma (fauna acquatica in via di estinzione). Ciononostante, dopo diversi ricorsi, la questione raggiunse la SCJN che assolse il soggetto in virtù del fatto che il giudice locale non aveva considerato le specificità culturali dell’indigeno, che permettevano di configurare una causa di giustificazione. La Corte, per arrivare a questa decisione, ordinò la realizzazione di studi etnici e antropologici e, in base a questa informazione, affermò: l'imputato è indigeno; le uova erano destinate al consumo familiare; questa attività è stata svolta dalla sua comunità da tempo immemorabile[588]; i sistemi normativi indigeni fanno parte del sistema giuridico messicano a condizione che rispettino i principi costituzionali; nel caso specifico, la comunità considera lecita la raccolta e il consumo di uova di tartarughe e la realizza in una misura tale da non rappresentare un rischio alla sopravvivenza di questa specie; si tratta di un diritto specifico della comunità che, in conformità con l’art. 2, Cost., le è riconosciuto. Da tutto ciò, la Corte dedusse che il comportamento dell’indigeno fosse protetto dalla Costituzione e dalla legge penale (art. 15, fr. VI c. p. – l’esercizio di un diritto -).

Un caso che dimostra il limite del rispetto della cultura di fronte ad altri diritti fondamentali è quello deciso con la sentenza del 30 marzo 2015 del *Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito*[589]. I fatti si riferiscono a una persona indigena (Maya) di 57 anni che aveva sposato una ragazza indigena (infra quattordicenne); la coppia, a seguito del matrimonio, teneva rapporti sessuali ed ebbe addirittura un figlio. Il pubblico ministero agì penalmente e l’indigeno fu sottoposto a processo per il reato di violenza sessuale. Il tribunale locale ritenne che il reato non si configurava perché la condotta era protetta dalle "usanze e costumi" della comunità indigena. Il pubblico ministero fece appello e il tribunale superiore considerò provata la commissione del reato. L'indigeno presentò un ricorso dinanzi

[588] Ibid, p. 223.
[589] Amparo directo 634/2014, Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, sent. 30 marzo 2015. Le sentenze dei tribunali federali, tranne la SCJN, possono consultarsi in: http://sise.cjf.gob.mx/consultasvp/default.aspx

al tribunale federale che confermò la condanna. La difesa sosteneva che: 1) la coppia si conosceva da molto tempo; 2) la ragazza si era sposata volontariamente; 3) i rapporti sessuali erano sempre stati consenzienti, non c'era mai stata costrizione di nessun tipo; 4) a seguito del matrimonio, la coppia aveva avuto un bambino; 5) la ragazza aveva sempre detto di essere felice con il suo *partner*; 6) la cultura maya indigena considera "normale" che una donna infra quattordicenne possa sposarsi; 7) la comunità indigena maya dispone di un sistema normativo proprio secondo il quale si considera legittimo il matrimonio in questione.

Il tribunale federale, d'altra parte, decise che la tradizione indigena non poteva essere protetta, in considerazione dei principi costituzionali, e che, nello specifico, non poteva configurarsi nessuna causa di giustificazione (l'esercizio di un diritto oppure il consenso dell'avente diritto) perché i beni giuridici protetti in questo caso (l'integrità della persona e la sua libertà sessuale) non erano disponibili e in ogni caso dovevano considerarsi prevalenti rispetto a qualsiasi tradizione culturale. Il tribunale federale affermò che non si era realizzata neanche una causa di esclusione della colpevolezza, ed in particolare un errore inevitabile sul precetto. A questo punto, la difesa sostenne che, secondo le usanze e tradizioni indigene, la condotta era normale e che l'individuo aveva agito sulla base di un'erronea valutazione della realtà, per l'ignoranza dell'illiceità della condotta era illecita. Invece, il tribunale sostenne che l'errore inevitabile (errore sul divieto nella legislazione messicana[590]) poteva essere ravvisato solo in casi di comunità indigene isolate, ma che nel caso particolare la comunità non lo era e che l'indigeno aveva agito con piena conoscenza dell'illiceità. Infine, il tribunale considerò configurato il reato di violenza sessuale in

[590] In Messico, la figura dell'errore è stata introdotta nel codice penale federale nel 1984. Questa riforma, oltre a stabilire all'art. 15, fr. XI, gli errori invincibili sul fatto e sul precetto come cause di non punibilità, aveva aggiunto nell'art. 59 bis un caso specifico di errore o ignoranza inevitabile dovuto alla "estrema arretratezza culturale" ed allo "isolamento sociale del soggetto", che non si considerava quale causa di esclusione della punibilità ma quale attenuante. Tale disciplina è stata in vigore fino al 1994, quando una modifica del codice ha trasferito la figura dell'errore alla fr. VIII dell'art. 15, introducendone l'attuale formulazione, e abrogando l'art. 59 bis. Quando era in vigore, l'art. 59 bis era inteso come riservato agli indigeni, ma, sebbene implicasse un trattamento di favore, si basava sulla posizione etnocentrica della politica relativa agli indigeni. Oggi questa posizione non è accettata, ma si parte dal presupposto dell'uguaglianza tra le culture e, precisamente, ciò che viene difeso è l'affermazione del diritto tradizionale indigeno. Da questo punto di vista, quando un indigeno commette un reato motivato da un punto di vista culturale, non solo si può presumere l'errore sul precetto, ma anche la liceità della condotta mediante l'esercizio legittimo di un diritto, l'adempimento di un dovere o l'inesigibilità di una condotta diversa. KRAEMER BAYER, cit., p. 270. In argomento, v. anche: LACHENAL, cit., p. 192; LÓPEZ BETANCOURT e FONSECA LUJÁN, cit., p. 33.

virtù del fatto che il consenso della donna non poteva considerarsi valido perché si trattava di una minore di quattordici anni edin relazione alla fattispecie realizzata il consenso si considerava irrilevante nel caso di minori di quattordici anni. Tuttavia, al momento dell'individualizzazione della pena, il tribunale considerò le circostanze di tempo, modalità, luogo, le motivazioni della condotta, l'intensità del danno e le condizioni economiche e sociali, applicando la pena minima (sei anni).

In un altro caso, si è ritenuto che la condotta realizzata da un indigeno integrasse la causa di giustificazione relativa all'adempimento di un dovere e che la competenza sul caso non spettava all'autorità statuale, ma alla stessa comunità indigena. I fatti sono i seguenti: nel 2012, a Oaxaca, un indigeno (Zapoteco) che era andato a fare acquisti in una città vicina, fu intercettato dai migranti guatemaltechi che gli chiesero di portarli in macchina in un'altra città, offrendogli in cambio una somma di denaro. L'indigeno accettò, ma durante il viaggio fu fermato dagli agenti dell'immigrazione che scoprirono la presenza di undici persone senza documentazione migratoria. L'individuo fu sottoposto a processo e ritenuto responsabile per il reato di traffico di persone ai sensi dell'art. 159 della "Ley de Migración"; fu condannato alla pena di 8 anni di carcere. L'imputato presentò ricorso al giudice federale, che, dopo aver analizzato il caso, ordinò la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, stabilendo che la competenza del caso non era del giudice statale, ma della comunità indigena di Santiago Quiavicuzas (Oaxaca). Per giungere a questa decisione, il tribunale federale ordinò la realizzazione di studi antropologici, etnici, sociologici e di storia grazie ai quali fu stabilito che: a) la comunità zapoteca di cui l'indigeno era parte aveva un proprio sistema normativo di amministrazione della giustizia; b) il relativo ordinamento processuale era orale ed era amministrato dalle autorità tradizionali secondo antiche tradizioni; c) il sistema normativo della comunità poteva conoscere dei fatti imputati all'accusato; d) il processo indigeno e le sue sanzioni erano compatibili con il rispetto dei principi costituzionali.

Inoltre, gli studi tecnici dimostrarono che quella regione era di transito per molti migranti che volevano giungere negli Stati Uniti e che i membri della comunità

indigena spesso li aiutavano, nel rispetto di un dovere di solidarietà. Il giudice considerò che «conformemente ai principi culturali della comunità, fornire un servizio alle persone bisognose non può essere un crimine, ma è un comportamento che ci si aspetta dagli stessi abitanti. Tuttavia, non è un comportamento accettato dal sistema normativo interno se realizzato a scopo di lucro». L'atto di solidarietà nei confronti dei migranti non era solo consentito, ma previsto dai membri della comunità indigena, costituendo una sorta di adempimento di un dovere. Inoltre, il sistema normativo indigeno si basava sul principio del "comportamento ragionevolmente previsto", secondo il quale sulla scorta dei costumi e delle tradizioni è possibile prevedere il modo in cui qualsiasi altro individuo nella comunità si sarebbe comportato nella stessa situazione. Il giudice ritenne che questo principio non contrastasse con il principio di certezza del diritto (art. 14 Cost.), di pari rilevanza, in quanto costituiva un principio simile a quello del *common law* (lo *stare decisis*) e dunque, erano prevedibili sia il processo che le sanzioni (che tra l'altro non contrastavano con i principi costituzionali). Il giudice consultò anche la comunità indigena allo scopo di comprendere se essa poteva conoscere del caso; questa realizzò un'assemblea generale e concluse che aveva competenza sul caso.

Sulla base di tutte queste considerazioni, il giudice revocò la sentenza di condanna e ordinò la rinnovazione del dibattimento declinando la competenza in favore della comunità indigena.

In rapporto al settore della colpevolezza possiamo citare un caso di errore[591]. I fatti sono i seguenti: nel 2010, a Tamazunchale, San Luis Potosí, due individui indigeni (Nahuatl) estrassero sabbia e altri tipi di materiale lapideo da un fiume, vendendolo successivamente. La legislazione nazionale prevede che se non si dispone di autorizzazione, questa condotta costituisce il reato di "sfruttamento di un bene di proprietà della nazione" ai sensi dell'art. 150 della *Ley General de Bienes Nacionales*. I due indigeni furono denunciati e sottoposti a processo. Il giudice ritenne configurato il reato e li condannò a due anni di prigione. La difesa fece ricorso al giudice federale e questo affermò che le persone avevano agito in base a un

[591] Amparo en revisión 25/2014, Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, sent. 30 ottobre 2014.

"errore inevitabile sul divieto", ordinando la loro scarcerazione. Per arrivare a questa conclusione, il giudice considerò che: 1) le risorse esistenti nei letti dei fiumi fanno parte del patrimonio nazionale, anche se si trovano all'interno dei territori indigeni, lo *status* di indigeno non autorizza *per sé* l'uso di tali risorse, ma anche quelle comunità devono anche avere i requisiti necessari per il loro sfruttamento; 2) gli indigeni avevano effettuato l'estrazione del materiale con la piena convinzione di poterne disporre e di poterlo sfruttare in quanto si trovava nel territorio della comunità, ritenendolo un loro diritto; 3) Il codice penale federale prevede un'esclusione della responsabilità ai sensi dell'art. 15, fr. VIII, b): l'errore sul divieto[592] quando è inevitabile, esclude la responsabilità[593]; 4) le persone soggette al processo erano membri di una comunità indigena e avevano un livello culturale che impediva loro di conoscere le normative esistenti in materia di uso e sfruttamento dei beni di proprietà della nazione; si tratta di disposizioni che, in effetti, sono complesse e diverse da altre che riguardano comportamenti il cui contenuto di illecito risulta evidente (omicidio, furto, lesioni, violenza familiare, ecc.). Inoltre, erano membri di una comunità estremamente povera in cui non erano disponibili mezzi di comunicazione adeguati per poter conoscere l'illiceità della loro condotta; 5) Non si poteva rimproverare agli indigeni di non essere a conoscenza del precetto normativo, perché l'errore riguardo all'illiceità della condotta era inevitabile, in ragione delle loro condizioni particolari e, di conseguenza, il reato doveva escludersi.

4.6 Pluralismo giuridico

L'art. 2 della Costituzione nazionale garantisce ai popoli indigeni, ed a gruppi culturali simili, il diritto all'autodeterminazione e, quindi, all'autonomia che, tra l'altro, consente loro di decidere le proprie forme interne di coesistenza e organizzazione

[592] «Il reato è escluso quando: […] VIII. - L'azione o l'omissione viene eseguita versando in errore invincibile; […] B) riguardo all'illiceità della condotta, o perché il soggetto non è a conoscenza dell'esistenza della legge o della sua portata, oppure perché ritiene che la sua condotta sia giustificata».

[593] «Nell'ipotesi dell'errore, l'agente non conosce la relazione tra l'atto compiuto e quello normativamente previsto nella fattispecie penale, poiché tale errore ricade su uno o più degli elementi richiesti dalla fattispecie, oppure sulla natura illecita dell'atto stesso. Nell'errore sul precetto, il soggetto ignora l'esistenza della norma o crede che essa non sia applicabile alla propria condotta, qualificando soggettivamente il suo atto come lecito, nonostante la sua natura antigiuridica». SCJN, Tesis 234732, anche: SCJN, Tesis 234733.

sociale, economica, politica e culturale; nonché di applicare i propri sistemi normativi nella soluzione dei loro conflitti interni, in qualsiasi settore, compreso quello penale[594].

Questa situazione è possibile in virtù di vari fattori; in primo luogo, "l'autogoverno", cioè la possibilità che i popoli e le comunità indigene hanno di definire la propria organizzazione politica e di stabilire le proprie istituzioni, che non corrispondono necessariamente a quelle dello Stato[595]. Le loro autorità sono scelte in modo diverso da quello del sistema dei partiti politici; si applica un sistema di "usi e costumi"[596].

Attraverso tale sistema, la comunità organizza la sua struttura interna, compresa quella incaricata della risoluzione dei conflitti. Quando sorge un conflitto nella comunità, spetta a quest'ultima risolverlo conformemente alle sue autorità tradizionali e ai suoi sistemi di regolamentazione. L'autogoverno presuppone anche la possibilità per i popoli e le comunità di determinare i loro sistemi normativi interni[597], cioè la loro capacità di "creare diritto" e che questo sia riconosciuto e rispettato dallo Stato[598].

La Costituzione prevede, ai sensi dell'art. 2, sez. A, fr. II, che i popoli indigeni hanno il diritto di applicare «i propri sistemi normativi al fine della risoluzione dei

---

[594] Amparo indirecto 1048/2018, Juzgado decimoprimero de distrito en el Estado de Oaxaca, sent. 17 luglio 2019. Il pluralismo giuridico è anche riconosciuto dal C169 ILO (art. 1) e dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene (artt. 4 e 5).

[595] Cfr. SUP-JDC-9167/2011 (Caso Cherán) in cui la Corte elettorale superiore ha riconosciuto alla comunità indigena di Cherán, Michoacán, di poter cambiare il proprio sistema politico sulla base dell'autodeterminazione.

[596] Gli "usi e costumi" sono le norme, le procedure e le pratiche tradizionali attraverso le quali la popolazione elegge le proprie autorità o i propri rappresentanti per esercitare le proprie forme di governo. Così, ad esempio, a Oaxaca molte comunità indigene eleggono le loro autorità in assemblea e per alzata di mano, modalità che, in una visione formalistica dei diritti civili e politici non sarebbe permessa (nel rispetto della segretezza del voto). Il codice elettorale dello Stato di Oaxaca riconosce queste forme, perché persegue l'obiettivo della partecipazione democratica. Cfr. SCJN, *Protocolo*, cit., p. 16; KRAEMER BAYER, *El derecho indígena y el sistema jurídico dominante. El caso de Oaxaca*, in CIENFUEGOS SALGADO (a cura di), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano,* México 2006, p. 274.

[597] Una definizione di sistema normativo indigeno è quella fornita dalla "Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Oaxaca", che ai sensi dell'art. 3 li identifica come «l'insieme delle norme giuridiche orali di carattere tradizionale che i popoli e le comunità indigeni riconoscono come validi e utilizzano per regolare i loro atti pubblici e le loro autorità per la risoluzione dei conflitti».

[598] SCJN, *Protocolo*, cit., p. 16. Sul pluralismo giuridico in generale, cfr: YRIGOYEN FAJARDO, *Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*, in *Pena y Estado*, n. 4. 2010; FERRÉ OLIVÉ, *Diversidad cultural y sistema penal*, in *Revista Penal*, n. 22, 2008, p. 37 ss; KALINSKY, *Justicia, cultura y derecho penal*, Buenos Aires 2000, pp. 12 ss.

conflitti interni[599]». Tale diritto trova fondamento nell'autodeterminazione, sulla base della quale si determina l'effettivo rispetto della giustizia consuetudinaria: quella esercitata dalle autorità indigene sulla popolazione[600].

È importante notare che, nella visione del mondo indigeno, non esiste una divisione delle varie materie del diritto come quella presente a livello statale (penale, civile, amministrativo, agrario, commerciale, ecc.); si percepisce il mondo come operante secondo diversi principi (che riguardano l'uomo e il suo rapporto con la natura[601]). Rispettando questa visione del mondo indigeno, la Costituzione non limita la competenza soltanto a certe materie; i sistemi normativi indigeni possono conoscere di tutti i casi, compresi quelli di diritto penale.

L'esistenza di questi sistemi normativi fa sì che vi sia un pluralismo giuridico. Oltre all'esistenza di un diritto positivo prodotto, applicato e portato ad esecuzione dagli organi dello Stato (potere legislativo, esecutivo e giudiziario), esistono altri "diritti" prodotti, applicati e resi esecutivi da altre entità[602]. Si tratta di una situazione che sovverte completamente i grandi tabù della dottrina dello Stato classico; tra gli altri, la sua sovranità, la teoria delle fonti e il monopolio legislativo. In effetti, il pluralismo rompe con questi principi perché parte da basi diverse da quelle della dottrina dello Stato classico, che erano, come prima illustrato, l'idea di uno "stato nazione", di una popolazione culturalmente omogenea e di un'applicazione semplicemente formale del principio di uguaglianza.

Ciò che potrebbe sembrare un caos normativo in realtà ha chiare regole di armonizzazione. I sistemi normativi indigeni (il diritto indigeno) sono, insieme al sistema normativo ordinario (il diritto creato dallo Stato), parte integrante del sistema giuridico messicano. L'esistenza di due o più "ordinamenti" è una finzione, in quanto è uno e singolo il diritto: il sistema normativo messicano. Ciò in quanto è la stessa Costituzione Nazionale che interviene nel riconoscere sia i sistemi normativi indigeni

[599] ORTIZ ELIZONDO, cit., pp. 20-35. Questo diritto è previsto anche negli artt. 8 e 9.1 C169 ILO e l'art. 34 della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene.
[600] Toca penal 142/2013, sent. 23 settembre 2013.
[601] Ibid, co. 103.
[602] LÓPEZ BÁRCENAS, cit., p. 61.

che quello ordinario; cioè entrambi sono "legge positiva", ma sono soggetti a regole diverse.

Il potere giudiziario della federazione ha affermato: «Il riconoscimento del pluralismo culturale è il fondamento costituzionale – funzionale - in uno Stato di diritto plurale, cioè in uno Stato (in quanto società multiculturale organizzata politicamente) che coordina le relazioni tra i diversi sistemi giuridici […]. Le concezioni e le pratiche giuridiche dei popoli indigeni del Messico, costituiscono diritto, cioè un sistema giuridico[603]».

In ogni caso, i sistemi normativi indigeni non costituiscono aree di assoluta eccezione: la Costituzione li riconosce a condizione che rispettino i principi costituzionali e, in particolare, i diritti umani. In realtà, si tratta di un dovere analogo a quello sancito nel sistema giuridico ordinario (poiché nessuna norma positiva dovrebbe violare i principi costituzionali e i diritti umani). Questa clausola, tuttavia, consente il coordinamento della giustizia indigena con quella dello Stato, riconoscendo la diversità culturale e allo stesso tempo i diritti inerenti a ogni individuo, per evitarne sia limitazioni interne (la sottomissione dell'individuo al gruppo culturale,) sia limitazioni esterne (l'assimilazione del gruppo di minoranza al gruppo di maggioranza).

Tale requisito non condiziona il riconoscimento delle giurisdizioni indigene, né comporta che queste debbano riprodurre norme e procedure statali, perché ciò significherebbe negare in sé il diritto alla differenza culturale, che protegge espressamente la possibilità che i popoli indigeni applichino i propri modelli giurisdizionali, diversi da quello statale.

Il rispetto dei diritti fondamentali deve essere raggiunto senza rinunciare alle peculiarità culturali delle giurisdizioni indigene, in modo che le garanzie minime di un processo equo siano coerenti con il contesto culturale specifico. La compatibilità tra diritti umani, cultura e autodeterminazione dei popoli indigeni viene analizzata

[603] Toca penal 142/2013, sent. 23 settembre 2013, co. 96-97.

caso per caso, tenendo conto delle normative e della visione del mondo delle persone indigene[604].

Occorre chiarire, ancora una volta, che i sistemi normativi indigeni costituiscono diritto (indigeno), con lo stesso valore della "legge statale". Nei sistemi normativi indigeni possiamo trovare gli elementi che caratterizzano qualsiasi altro sistema giuridico: a) un insieme di regole che prevedono comportamenti consentiti, vietati o imposti; b) istituzioni proprie che applicano le regole; e c) procedure da seguire in caso di violazione delle regole[605]. Dette caratteristiche consentono di creare all'interno dello Stato una giurisdizione (indigena) di cui lo Stato deve riconoscere la competenza e la giurisdizione; la competenza delle autorità tradizionali a decidere un caso e l'efficacia delle loro decisioni, che, quindi, non possono essere giudicate nuovamente dall'autorità non indigena, nel rispetto del principio del *ne bis in idem*.

La compatibilità con il sistema statale si consegue attraverso il rispetto dei principi costituzionali[606]. Questo rispetto deve sempre essere dato per presupposto in corrispondenza con il principio costituzionale della diversità culturale; tuttavia, in caso di dubbio esiste la possibilità che un caso risolto nella giurisdizione indigena possa essere rivalutato dai tribunali dello Stato attraverso una sorta di "appello". Ciò non significa che il giudice statale debba valutare nuovamente il merito della questione, ma semplicemente che deve verificare 1) un possibile conflitto di competenze con lo Stato o con altre comunità; 2) che il sistema normativo interno della comunità sia stato applicato correttamente, nel rispetto delle relative procedure tradizionali (analisi che dovrà effettuare con l'aiuto di antropologi, etnologi, sociologi ed altri esperti) e 3) che i principi costituzionali e i diritti umani siano stati rispettati[607]. Il giudice non può conoscere il merito della questione, ma soltanto assicurarsi che

[604] LÓPEZ BETANCOURT e FONSECA LUJÁN, cit., p. 38.
[605] SCJN, *Protocolo*, cit., p. 16, per un caso pratico: Toca penal 142/2013, sent. 23 settembre 2013, co. 69.
[606] SCJN, *Protocolo*, p. 16.
[607] Ibid, p. 17. In una prospettiva di diritto comparato, è interessante osservare che la Corte costituzionale colombiana ha elaborato i "contenuti etici minimi" che l'amministrazione della giustizia indigena non può ignorare, indipendentemente dalla cultura: 1) il diritto alla vita (non è permessa la pena di morte); 2) il diritto all'integrità fisica (non è permessa la tortura); 3) il diritto alla libertà (non è permessa la schiavitù); 4) il diritto al giusto processo (secondo le regole stabilite nella comunità). Si vedano le sentenze: T-349 de 1996 e T-523 de 1997.

le procedure e le sanzioni indigene applicate siano compatibili con i principi costituzionali[608].

Un caso controverso in cui si può vedere come agiscono i sistemi normativi indigeni è illustrato di seguito. Nel 2013, nella comunità indigena di Vícam Switch, Guaymas, Sonora, un uomo indigeno (Yaqui) stava guidando la sua auto in stato di ebbrezza, quando investì due pedoni, una donna e sua figlia. L'individuo fu arrestato dalla "guardia tradizionale" e la sua macchina fu sequestrata. L'autorità indigena ascoltò le parti coinvolte, ma anche l'intera struttura tradizionale del governo Yaqui: governatori, capitani, comandanti, la struttura ecclesiastica, gli insegnanti, i "tenanchis", il "kiyostey", il "matachine" e la "costume Yaura", sancendo la responsabilità dell'accusato e, di conseguenza, l'applicazione della legge tradizionale "Jaboy Consejo"[609]. L'autorità espresse il seguente giudizio: 1. Non è la prima volta che l'accusato realizza atti criminali contro la comunità, di conseguenza, il rimprovero è maggiore e, nel caso particolare, la condotta realizzata attenta gravemente alla sicurezza della comunità; 2. Il responsabile deve scusarsi con le persone ferite e con tutte le autorità tradizionali e impegnarsi a non realizzare nuovi comportamenti criminali; 3. Il responsabile deve risarcire le vittime.

Una volta rilasciato, il 'reo' denunciò il leader dell'autorità tradizionale, sia per sequestro di persona, che per il furto della sua auto. L'autorità indigena fu arrestata dalla polizia federale e sottoposta a procedimento giudiziario. Il giudice di primo grado la condannò, ma, in appello, la sentenza fu riformata. Il giudice d'appello considerò che le misure adottate dal *leader* indigeno (la privazione della libertà e la confisca dell'auto) erano stateeseguite nello svolgimento del suo ruolo di autorità tradizionale della tribù e, dunque, nell'esercizio degli usi e dei costumi volti a punire comportamenti contrari all'ordine sociale. In conclusione, si trattava di sanzioni legittime secondo il sistema normativo della comunità[610].

[608] Toca penal 142/2013, sent. 23 settembre 2013, co. 71.
[609] *Jaboy* significa "nonno"; il riferimento "Jaboy consejo" è inteso come la punizione imposta dalle autorità tradizionali Yaquis alle persone che commettono un reato, è la punizione imposta dai nonni; il suo scopo è reinserire nella comunità coloro che lo ricevono.
[610] CNHD, recomendación no. 43/205, p. 87.

Allo stesso tempo, visto che il caso era di interesse nazionale, la Commissione Nazionale dei Diritti Umani (CNDH) ne venne a conoscenza e stabilì che il governo dello Stato di Sonora, nella persona del pubblico ministero, aveva violato il diritto all'autodeterminazione degli indigeni Yaqui.

La CNDH stabilì che il pubblico ministero non si era informato adeguatamente circa le usanze e le specificità culturali del popolo Yaqui, né sull'esistenza di un sistema normativo interno per giudicare i delitti, ledendo, in questo modo, il diritto all'autodeterminazione, un diritto collegato al pluralismo giuridico, che «si basa sul presupposto della coesistenza, nel territorio dello Stato, di diversi sistemi di regolamentazione[611]». La CNDH affermò inoltre che: «Questo non deve essere interpretato nel senso che alle autorità statali sia impedito in ogni caso di intraprendere azioni penali contro i membri delle popolazioni indigene, che sostengono di aver obbedito all'applicazione delle norme interne, perché il diritto all'autodeterminazione ha come limite i principi generali della Costituzione, il rispetto dei diritti umani e, in modo specifico, la dignità e l'integrità delle persone. Pertanto, in questi casi si giustifica l'intervento dell'autorità ministeriale per conoscere degli atti relativi ad un processo tradizionale[612]».

4.6.1 Caratteristiche dei sistemi normativi indigeni

4.6.1.1. Diversità

Ogni popolo indigeno e, al suo interno, ogni comunità, risponde ad una storia specifica e a caratteristiche particolari. La popolazione indigena non è affatto omogenea, differenziandosi in base ad una grande varietà di fattori, come l'insediamento geografico, il grado di "autocoscienza" rispetto alla propria identità, gli aspetti linguistici, politici, economici, sociali e culturali che li hanno modellati così come i loro sistemi normativi[613].

[611] Ibid, p. 76.
[612] Idem.
[613] SCJN, Amparo directo 59/2011.

Nel Paese ci sono tanti sistemi giuridici quanti sono i popoli e le comunità indigene. Tuttavia, si può dire che nella maggioranza dei casi i diversi sistemi normativi condividono criteri comuni in termini di principi e finalità[614].

Una prima grande differenza con il sistema ordinario è che i sistemi indigeni funzionano secondo un parametro di interpretazione collettiva. Il "popolo" o la "comunità" sono entità primarie per la vita; senza di esse l'individuo non esisterebbe. Gli indigeni hanno una visione del mondo legata alla collettività e, per tale motivo, la Costituzione riconosce loro, oltre ai diritti fondamentali individuali, diritti che appartengono non alla persona in quanto tale, ma al popolo o alla comunità (diritti collettivi). Tra questi diritti vi sono quello alla consultazione ed al consenso preventivo e il diritto all'autodeterminazione.

Tale visione del mondo influenza tutti gli aspetti, compresi i loro sistemi normativi, in cui il mantenimento dell'equilibrio sociale è spesso privilegiato a scapito della persona. Chiaramente, posizioni come questa non sono riconosciute dalla Costituzione e, in questi casi, il diritto collettivo cede di fronte ai diritti fondamentali della persona (come si può ricordare nel caso precedentemente esaminato della minorenne indigena sposata con un adulto).

La diversità, allo stesso modo, si presenta sotto un profilo più astratto. Il diritto indigeno è caratterizzato da un'unità sociale; in esso non esistono categorie come quelle del diritto ordinario (civile, penale, amministrativo, locale, federale, ecc.), ma si tratta di un diritto immerso in un insieme sociale e culturale poco differenziato. Per questo motivo, non è facile distinguerlo dalle norme quotidiane di convivenza, perfino da quelle religiose[615]. Il diritto indigeno presuppone una serie di concetti che corrispondono a una diversa visione del mondo e che solitamente sono il risultato di credenze radicate (nella magia, nella religione, nella natura e nei poteri soprannaturali[616]).

---

[614] AVILA ORDÓÑEZ, *El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos*, in *American University International Law Review*, n. 4, 2013, p. 948.
[615] KRAEMER BAYER, cit., p. 259.
[616] Toca penal 142/2013, sent. 23 settembre 2013, co. 101.

4.6.1.2 Ibridazione

Ogni popolo e comunità indigena ha avuto un diverso processo storico, tuttavia, in misura maggiore o minore – almeno in Messico - tutti hanno vissuto momenti di integrazione ed esposizione alla cultura occidentale, dal periodo coloniale ad oggi[617]. Per tale motivo è frequente trovare istituzioni del periodo coloniale e persino del sistema giuridico ordinario nei sistemi tradizionali indigeni[618].

Come segnalato da autorevole dottrina: «I sistemi normativi indigeni non sono pratiche arcaiche rimaste nel tempo e che sarebbero sopravvissute fino ai nostri giorni, piuttosto sono il prodotto storico dell'articolazione interetnica. Nelle giustificazioni ideologiche di questi sistemi normativi possiamo trovare credenze preispaniche, ma anche l'influenza del diritto coloniale e moderno, in modo dipendente dalla storia e dalle condizioni di ogni contesto specifico»[619].

4.6.1.3 Oralità e praticità

I sistemi normativi indigeni, di regola, sono orali[620]. Non esiste alcun tipo di codice o legge scritta che elenchi i diritti, gli obblighi e i comportamenti vietati nella comunità[621].

Le dimensioni ridotte delle comunità e l'oralità dei loro sistemi consentono ai processi di essere estremamente dinamici, veloci e pragmatici[622]. In questi sistemi si cerca di ristabilire l'immediato equilibrio sociale, perché il reato è un comportamento che incide direttamente e in modo negativo sulla collettività ed è importante giudicarlo rapidamente[623]. L'obiettivo non è tanto punire, quanto

[617] AVILA ORDÓÑEZ, cit., p. 948.
[618] Toca penal 142/2013, sent. 23 settembre 2013, co. 102. In argomento, v. anche: DURAND ALCÁNTARA e SILVA MALDONADO, cit., p. 82.
[619] KRAEMER BAYER, cit., p. 263.
[620] DURAND ALCÁNTARA e SILVA MALDONADO, cit., p. 81. Su riconoscimento di questi sistemi orali nel piano pratico: Toca penal 142/2013, sent. 23 settembre 2013, co. 100; Amparo indirecto 1048/2018, cit.
[621] Alcuni popoli hanno compilato le loro norme per scritto, ma si tratta di pochi casi. Cfr. DURAND ALCÁNTARA e SILVA MALDONADO, cit., p. 81; KALINSKY, cit., p. 142.
[622] Ibid, p. 83; KRAEMER BAYER, cit., p. 259
[623] DURAND ALCÁNTARA e SILVA MALDONADO, cit., p. 84.

riconciliare le parti in conflitto – è un processo pratico[624] -, non si tratta tanto di ricostruire la verità dei fatti, ma di trovare una soluzione, con la partecipazione attiva delle parti coinvolte. Per questo motivo, quando si presenta un conflitto, questo deve essere risolto tempestivamente.

In questi processi la conciliazione svolge un ruolo fondamentale. Quando viene commesso un reato le parti vengono chiamate dall'autorità tradizionale ad esporre le loro argomentazione e le loro difese. L'autorità, secondo le tradizioni, analizza la condotta e, se vi è l'esigenza, stabilisce una sanzione che, in ogni caso, include la riparazione del danno. L'intero processo viene svolto in modo immediato e oralmente, con la presenza delle parti coinvolte, di testimoni e di anziani e, in casi gravi, dell'intera comunità[625].

Si è indotti a credere che l'oralità metta in discussione i principi fondamentali di uno Stato di diritto, come ad esempio il principio di legalità; tuttavia la Corte Suprema di Giustizia e molti altri tribunali hanno indicato i motivi per cui non è così; nel paragrafo successivo ci soffermeremo sul punto in modo maggiormente approfondito.

4.6.1.4 Autorità tradizionali

Come in ogni sistema politico e normativo, all'interno dei popoli e delle comunità indigene vi sono autorità alle quali spetta, tra l'altro, la risoluzione dei conflitti interni. Le loro decisioni, in termini giuridici, sono vincolanti e devono essere rispettate anche dalle autorità statali (purché conformi ai principi costituzionali e, in particolare, ai diritti umani[626]).

Le autorità tradizionali sono scelte in base al sistema di "usi e costumi" che, a sua volta, opera secondo l'idea del "cargo" (incarico), cioè, del lavoro che in precedenza è stato svolto a beneficio della comunità. Il sistema di "cargos" ha una

[624] Toca penal 142/2013, sent. 23 settembre 2013, co. 101. Sulla stessa idea: KALINSKY, cit., p. 142.
[625] KRAEMER BAYER, cit., p. 261.
[626] TEPJF, SUP-JDC-336/20134.

struttura gerarchica: per poter far parte delle autorità più importanti è necessario aver positivamente occupato, nel corso della vita altre posizioni di gerarchia minore. È la comunità, solitamente attraverso l'assemblea generale, che, al termine dell'incarico svolto, valuta se l'individuo abbia o meno realizzato adeguatamente la sua funzione, quindi, l'eventuale promozione in posizioni più elevate[627]. Questa procedura garantisce che le autorità siano scelte con cura, che siano persone con una piena conoscenza del sistema normativo interno e che abbiano dimostrato coerenza e rispetto per la comunità durante la loro vita[628].

Gli "incarichi" dipendono da ogni popolo e comunità; nella maggior parte dei casi l'incarico più importante è far parte del "consiglio degli anziani" e, in ordine decrescente, il governatore, il "cabildo", il sindaco, il capitano, lo stregone, il "mayordomo"[629]. Al contrario, gli incarichi più bassi sono generalmente le posizioni di vigili, poliziotti, messaggeri e persone addette alle pulizie[630].

L'idea del popolo o della comunità è presente in tutte le varie forme di vita indigena, compreso il sistema dei "cargos". In essi i giovani occupano le posizioni più basse del sistema e sono visti come figli della comunità. Le posizioni più alte – tra le quali rientra anche quella ricoperta da chi amministra la giustizia -, sono considerate come quelle dei "padri e madri" della comunità, e gli anziani sono i nonni[631].

Oltre a queste autorità vi è la figura "dell'assemblea generale", che è il più alto organo decisionale indigeno, composto dal popolo o dalla comunità interamente riuniti. L'assemblea generale viene interpellata su questioni di grande importanza, analizza il problema ed emette una decisione. I conflitti quotidiani e i reati di lieve entità vengono sottoposti alla decisione delle apposite autorità tradizionali. Tuttavia,

[627] Toca penal 99/2013.
[628] Idem.
[629] BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, in *Nuevo Foro Penal*, n. 73*,* 2009, p.14
[630] KRAEMER BAYER, cit., p. 259.
[631] KRAEMER BAYER, cit., p. 260.

quando la questione è molto complessa, è possibile chiedere supporto al consiglio degli anziani oppure portare la questione all'assemblea generale[632].

4.6.1.5 Competenza indigena

Esistono diversi criteri per determinare in quali casi spetta alle autorità indigene decidere su una determinata questione. La regola generale è che sono competenti in tutti i casi relativi ai propri conflitti interni; ciò risulta in connessione con il diritto all'autodeterminazione ed al corrispondente principio statale dell'autonomia[633].

I giudici federali, al fine di determinare in quali casi si applica il sistema normativo ordinario e in quali quello indigeno, utilizzano quattro criteri[634]: 1) Criterio oggettivo: in linea di principio qualsiasi controversia interna deve essere risolta dalla comunità; 2) Criterio territoriale: la comunità può giudicare qualsiasi condotta commessa nel suo territorio; 3) Criterio personale: se l'accusato è un membro della comunità, deve essere giudicato da essa; 4) Criterio istituzionale: si riferisce alla certezza che esistano norme, procedure e costumi che hanno un certo grado di prevedibilità di natura generale. Tuttavia la magistratura ha affermato che tali criteri devono essere in ogni caso bilanciati[635].

Nella prassi questi criteri non sono così facili da applicare. Capita spesso che l'indigeno non abbia conoscenza dei propri diritti – in quanto indigeno – e venga giudicato in base alle regole generali del processo penale. Altre volte, ad es., la

[632] Ibid. p. 259.
[633] La SCJN ha sottolineato che, nei casi che coinvolgono i popoli indigeni, si deve privilegiare il principio dell'autonomia e non quello dell'interferenza nelle decisioni che spettano ai popoli. Si veda: SCJN, *Protocolo*, cit., p. 105; Sent. SUP-JDC-336/2014.
[634] Cfr. Toca penal 142/2013, sent. 23 settembre 2013 co., 293-207.
[635] Infatti, nel "toca penal 99/2013" sopra analizzato (il caso dell'indigeno che trasportava migranti nella sua auto), anche se la condotta non si è verificata nel territorio indigeno, il tribunale federale ha stabilito che l'autorità competente era la comunità: «Anche se l'ambito territoriale è importante per stabilire la competenza delle autorità tradizionali, in alcuni casi – come nel caso specifico - deve essere considerato anche l'ambito soggettivo, soprattutto l'identità culturale indigena dell'individuo, il collegamento esistente con la sua comunità e le circostanze particolari dell'evento. Se si considerasse il contrario, la realtà di quel gruppo indigeno verrebbe omologata a quella della società messicana generale […]; il soggetto verrebbe persino costretto a rimanere in un determinato posto al fine di garantire la competenza indigena e questo creerebbe un ostacolo al suo libero sviluppo». Toca penal 99/2013, co., 30-32.

persona si esprime perfettamente in spagnolo, pur appartenendo ad un popolo indigeno, e il giudice non si accorge di questa situazione, applicando parametri non conformi alla cultura indigena durante il processo. In altri casi ancora, l'imputato afferma falsamente di essere indigeno, e ciò può portare a frodi nell'applicazione della legge. Per questi ed altri simili motivi, il giudice deve prima assicurarsi che la persona sia indigena; la regola generale da applicare è quella della auto-dichiarazione[636].

L'autodichiarazione viene realizzata dal soggetto stesso[637]. Ne consegue che si considera persona indigena colui che si riconosce come tale, il che implica «assumere come proprie le caratteristiche sociali e i modelli culturali che caratterizzano i membri delle comunità indigene[638]». L'essere indigeno non dipende dal parlare o meno una determinata lingua o da una condizione biologica o fenotipica, e tanto meno dal riconoscimento dello Stato (come se si trattasse di un certificato), ma da una autoconsiderazione.

Quando la persona afferma di essere indigena, non deve dimostrarlo in alcun modo. Tuttavia, se il giudice o la difesa hanno dubbi sulla qualità di indigeno, spetta a loro dimostrarlo, attraverso un rinvio al sistema giuridico del popolo o della comunità indigena perché, in base alla loro autonomia, sono gli unici a poter determinare i criteri della loro integrazione[639].

Lo *status* di indigeno può essere riconosciuto con l'autodichiarazione del soggetto, o dal giudice stesso quando questo lo ritiene[640]. Alcune delle caratteristiche che possono indurre il giudice a ritenere che la persona sia indigena sono il luogo di nascita, le difficoltà nella comprensione totale o parziale della lingua

[636] SCJN, Amparo directo en revisión 1624/2008.
[637] Ai sensi dell'art. 2 della Costituzione messicana e anche gli artt. 9 e 33 della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene e l'art. 1 della C169 OIT.
[638] SCJN, Jurisprudencia 1ª/J. 58/2013. In modo simile: SCJN, Tesis aislada 1ª CCXII/2009; SCJN, Amparos directos en revisión 28/2007, 1851/2007 e 1624/2008.
[639] «Lo Stato e, in particolare, gli organi responsabili del perseguimento dei reati e dell'applicazione della giustizia devono farsi guidare, nella qualificazione di indigeno, da quello che la popolazione indigena decide». SCJN, Amparo directo en revisión 28/2007, 27 de giugno 2007. Negli stessi termini: CoIDH, caso della comunità indigena Xákmok Kásek v. Paraguay, 24 agosto 2010, co. 37.
[640] «La speciale protezione da parte dello Stato delle persone indigene deriva dall'autodichiarazione del soggetto della sua appartenenza a una comunità indigena o dalla valutazione dell'autorità ministeriale o giudiziaria quando ritiene che l'imputato possa essere indigeno». SCJN, giurisprudenza 1ª 59/2013, anche: SCJN, Amparo directo 47/2011, co. 89,

(lo spagnolo), la materia di cui si tratta (ad. es. agraria), i registri o le relazioni nel processo, i testimoni, ecc. In questi casi, il giudice deve ordinare, d'ufficio, una valutazione sostanziale della questione, «adottando una posizione pro-diritti attiva, al fine di determinare se la persona soggetta ad un'indagine o ad un processo abbia o meno la qualità di indigeno[641]».

Come precedentemente illustrato, uno degli elementi caratteristici che consentono ad una persona di essere identificata come indigena è il fattore linguistico, ma non è l'unico, perché, a causa della discriminazione storica, del razzismo e dell'esclusione, molte lingue tradizionali sono andate perse, ma non gli altri elementi distintivi, quali quelli inerenti all'assetto sociale, economico, culturale e politico[642]. Per questo motivo, il criterio della "autodichiarazione" è l'elemento fondamentale nel determinare chi è indigeno; non spetta allo Stato o agli specialisti determinare chi è indigeno, ma alla persona stessa e al popolo o comunità a cui appartiene[643]. La Corte Suprema di Giustizia ha affermato che: «definire chi è "indigeno" non compete allo Stato, ma agli stessi indigeni […] lo Stato e, in particolare, gli organi responsabili di perseguire i reati e di applicare il diritto devono basarsi su quello che la popolazione indigena decide. Questo si spiega anche a causa della complessità dell'attività svolta da un esperto o da un operatore giuridico nel determinare chi sia indigeno o meno sulla base di un lavoro meramente intellettuale, operato escludendo le considerazioni, i sentimenti o le percezioni della persona che possiede tale qualità[644]».

---

641 SCJN, Amparo directo en revisión 659/2013, co. 79.

642 SCJN, *Protocolo*, cit., p. 13. La SCN ha affermato che «cercare di definire un "indigeno" dal criterio della competenza monolingue sarebbe incompatibile con la molteplicità dei diritti fondamentali che gli sono riconosciuti». SCJN, Amparo directo 47/2011, co.78; Nella Tesis aislada CCVIII/2009, la Corte affermò: «Le tradizionali politiche assimilazioniste, che perseguivano la sparizione delle lingue indigene sono così incompatibili con la Costituzione […] come lo sarebbe adesso una politica che condizionasse il mantenimento della condizione di indigeno al fatto di non conoscere lo spagnolo».

643 «È un diritto dei popoli e degli indigeni stessi definire la loro appartenenza a queste comunità e non una prerogativa dello Stato. Di conseguenza, è illegale richiedere parere di esperti per "provare" se una persona è o non è indigena» SCJN, *Protocolo*, cit., pp. 13-14. La CoIDH nel caso Saramaka vs. Suriname segnalò che era possibile considerare indigena la persona anche se essa aveva lasciato la comunità e abbandonato i loro modi di vita tradizionali, a condizione che la persona stessa si autodichiarasse indigena e la stessa comunità di appartenenza la riconoscesse; la decisione di determinare chi è o no indigeno corrisponde «solo al Popolo Saramaka secondo le proprie tradizioni e non allo Stato».

644 SCJN, Amparo directo 47/2011 e 59/2011.

Una volta che esista certezza sul fatto che la persona è indigena, come indicato dalla Corte, i giudici devono: 1) Stabilire se nel popolo o comunità indigena di cui fa parte l'accusato esiste un sistema normativo per risolvere i conflitti; 2) Se questo sistema normativo è competente a decidere su tali comportamenti e; 3) Se la persona coinvolta nel processo può sottomettersi alle decisioni della comunità. Se questi requisiti sussistono, l'autorità statale deve declinare la competenza in favore della comunità[645].

L'autorità statale deve riconoscere i sistemi normativi delle popolazioni indigene, così come l'applicazione e l'obbligatorietà delle loro risoluzioni, fintanto che la comunità riconosca la questione e garantisca il rispetto dei diritti umani[646].

I tribunali statali hanno l'obbligo di riconoscere l'esistenza dei sistemi normativi indigeni e di rispettare le loro decisioni, sempre che si osservino i limiti stabiliti dalla Costituzione. Il giudice, tuttavia, non deve decidere da un punto di vista esterno, bensì deve procurarsi tutte le informazioni che gli consentano di *leggere il diritto in chiave interculturale* affinché possa comprendere la logica applicata dall'autorità indigena, privilegiando il dialogo e il rispetto della diversità culturale[647].

«Se le istituzioni indigene vengono rispettate, si favorisce la coesistenza e lo sviluppo armonioso all'interno delle comunità, oltre a ridurre i problemi sociali e politici che sorgono in essa e che vengono generalmente risolti attraverso l'applicazione dei rispettivi sistemi normativi interni[648]».

Un altro criterio, in virtù del quale è possibile fissare la competenza, è la gravità o la complessità dei reati. Normalmente, un processo penale all'interno della comunità inizia con una denuncia; di questa è chiamata a conoscere l'autorità tradizionale che chiama le persone coinvolte e i testimoni. Le parti presentano i loro argomenti e le loro difese, favorendo il dialogo e la conciliazione. L'autorità indigena prioritariamente tenta di risolvere la controversia attraverso la riparazione del danno e, in questo modo, di ristabilire l'ordine delle cose. Se non vi è accordo tra le parti,

[645] Amparo indirecto 1048/2018, cit.
[646] Idem.
[647] SCJN, *Protocolo*, cit., p. 39.
[648] Amparo indirecto 1048/2018, cit.

l'autorità decide imponendo una sanzione. In alcuni casi, tuttavia, la questione può complicarsi, a causa della gravità del caso o per altre motivazioni. In tali ipotesi, la questione può essere sottoposta alla conoscenza dell'assemblea generale oppure essere rimessa alla competenza dell'autorità statale. Quest'ultima decisione, però, deve essere presa dalla comunità stessa e, solo in questo caso, potrà essere sottoposta all'autorità statale (ad. es., molte comunità indigene non si occupano di casi gravi come l'omicidio)[649].

Occorre inoltre segnalare che, nelle ipotesi di competenza fondata sul criterio personale, la comunità indigena può decidere soltanto nei casi in cui l'accusato è parte della stessa comunità. Quando una persona non indigena commette un reato che incide sulla comunità (ad es., quando una persona non indigena commette un reato in territorio indigeno oppure ai danni di un indigeno), il caso viene istruito dai tribunali statali, sempre garantendo il risarcimento del danno. Per quanto riguarda la determinazione della responsabilità, la decisione compete all'autorità statale così come l'imposizione della pena. In questi casi, in effetti, l'applicazione di una sanzione indigena non avrebbe alcun senso, in quanto il soggetto non appartiene alla comunità e la pena non avrebbe alcun effetto di reinserimento in essa[650].

In questo contesto, si può citare un caso in cui si è assistito alla declinazione di competenza da parte delle autorità federali a favore della comunità indigena. Si tratta di un caso che si è verificato a Oaxaca (2015), all'interno della comunità indigena (Mixe) di Ayutla. I fatti sono i seguenti: una persona aveva compiuto il reato di invasione di un terreno (art. 384 fr. I, c.p. di Oaxaca) e fu denunciata al pubblico ministero. Le autorità statali fermarono la persona indiziata e questa fu sottoposta a processo. Il giudice locale stabilì la responsabilità dell'individuo e lo condannò. La difesa presentò appello e il giudice federale, dopo aver condotto indagini antropologiche, concluse che il conflitto doveva essere risolto dalla stessa comunità indigena e non dai tribunali statali. Infatti, il conflitto aveva origine da una disputa in materia di possesso di terre e la comunità indigena in questione aveva un sistema

[649] KRAEMER BAYER, cit., p. 261. Un caso si può leggere in Toca penal 99/2013.
[650] SORIANO GONZÁLEZ, *El derecho a un sistema jurídico propio y autónomo en los pueblos indígenas de América Latina*, in *Universitas Revista de Filosofía, derecho y política,* n. 16, 2012, p. 868.

normativo interno per giudicare tali condotte. Lo studio antropologico, tra le altre cose, indicava che all'interno della comunità, esisteva un sistema normativo di natura orale; il sistema normativo comprendeva la disciplina delle questioni relative alla proprietà agraria; l'autorità tradizionale era composta dalle autorità municipali, dagli agenti di polizia e dall'assemblea generale come massima autorità. Di conseguenza, il tribunale federale considerò che il giudice locale avrebbe dovuto riconoscere la competenza della comunità indigena, attività che avevaomesso, trasgredendo gli artt.1 e 2 della Costituzione nazionale.

Un altro caso di declinazione della competenza si è presentato in relazione al reato di possesso di arma da fuoco senza licenza, ai sensi dell'art. 81 della *Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos*[651]. I fatti sono i seguenti: nel 2012, nel comune di Choapam (Oaxaca), un indigeno (Chinanteco) fu arrestato dalla polizia statale perché in possesso di un fucile calibro 22; fu sottoposto a processo penal e Il Tribunale di primo grado ritenne accertato il reato e condannò l'indigeno. La difesa presentò appello e il giudice di secondo grado revocò la sentenza di condanna, ordinando la rinnovazione del processo dinanzi alla comunità indigena, che aveva competenza a giudicare l'individuo, in luogo dei giudici statali. Il giudice federale giunse a questa conclusione a seguito di una ricerca etnologica, antropologica, sociologica e storica, riscontrando che: a) la comunità indigena di Choapam aveva un sistema normativo interno; b) vi erano autorità tradizionali incaricate di applicare tali norme, in particolare: l'assemblea generale quale massima autorità, il delegato comunale, i segretari, i tesorieri e gli agenti di polizia; c) il sistema normativo indigeno di Choapam era positivizzato in una disciplina interna della popolazione, in cui si specificava che l'autorità comunitaria poteva sindacare e sanzionare le persone che si trovavano in possesso di armi da fuoco senza autorizzazione (artt. 19 e 20 del loro regolamento interno); d) le sanzioni da imporre per tale condotta erano la confisca dell'arma e, in caso in cui l'autore avesse usato l'arma sparando, l'arresto per 24 ore e un giorno di lavoro in favore della comunità per ogni colpo esploso; il che rivelava che la condotta era frequente nella comunità e perciò veniva vietata e

[651] Toca penal 142/2013, sent. 23 settembre 2013, Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito.

sanzionata. Dopo questa indagine, il giudice federale chiese alle autorità tradizionali di Choapam se fossero in grado di assumere la competenza del caso. Le autorità tradizionali risposero in maniera affermativa e, inoltre, assicurarono che il loro sistema normativo rispettava i principi generali della Costituzione, compresi i diritti umani, e che nel loro sistema non si applicavano sanzioni disumane, come la tortura, le percosse, o pene che coinvolgessero anche la famiglia o altre persone. Il giudice federale decise di riformare la sentenza e di ordinare che la competenza a giudicare il caso fosse rimessa alla stessa comunità «al fine di preservare la loro visione del mondo, la loro identità culturale, le loro pratiche ancestrali, i loro riti, la loro competenza, le loro autorità tradizionali, oltre a riconoscere lo sviluppo delle loro attività quotidiane» e «riconoscere l'efficacia del loro sistema normativo tradizionale[652]».

Un altro aspetto della competenza sul quale è necessario soffermarci è duello della competenza per materia. In linea di principio, i sistemi normativi indigeni possono riguardare qualsiasi questione relativa ai propri conflitti interni. La maggior parte dei comportamenti considerati illeciti coincide con quelli vietati dal sistema ordinario[653]: furto, lesioni, omicidi, violenza sessuale, ingiurie, danni alla proprietà privata, conflitti agrari, violenza domestica, abusi in tema di sfruttamento di risorse naturali, ecc.[654]

Tuttavia, vi sono alcuni comportamenti considerati illeciti che, agli occhi di uno spettatore occidentale, sembrerebbero, per non dire altro, strani. Occorre tenere conto che i sistemi normativi indigeni si strutturano secondo un'idea di equilibrio generale, presente, certamente, anche all'interno della comunità. Partendo da questa base, gli indigeni individuano quali siano i comportamenti illeciti, ossia quelle condotte che danneggiano l'equilibrio esistente. Conformemente a questo modo di vedere il mondo, diverse comunità sanzionano condotte come l'adulterio, l'ozio e la stregoneria[655].

[652] Ibid, co., 319-320.
[653] DURAND ALCÁNTARA e SILVA MALDONADO, cit., p. 83.
[654] BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, cit., p. 29.
[655] Su queste condotte, si veda in profondità: BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, cit., p. 21 s.

L'adulterio è sanzionato perché si ritiene che l'infedeltà danneggi non solo il coniuge, ma anche la sua famiglia, il suo clan e tutta la comunità in generale; quindi, è una condotta ritenuta altamente riprovevole. Anche l'ozio è un comportamento fortemente disapprovato. Ciò si spiega perché la comunità normalmente è piccola, conta su pochi membri, e di regola questi vivono in condizioni di grande emarginazione sociale. Perciò, il lavoro di ogni membro è di somma importanza. Il lavoro viene visto come un atto di solidarietà, e questo spiega come in molte comunità indigene sia frequente trovare forme di lavoro gratuito che devono essere eseguite periodicamente dai membri delle comunità. La persona che non adempie a tali obblighi è sanzionata e relegata ad incarichi di minore importanza (si ricordi il sistema dei “cargos”) della comunità.

Nel caso della stregoneria, occorre ricordare che la visione del mondo indigeno differisce completamente dall'idea razionale del mondo occidentale. Tutte le culture indigene hanno un'interpretazione della realtà radicata in forti elementi spirituali, magici e religiosi, da cui si traggono le spiegazioni dei fenomeni della vita. I sistemi indigeni sono altamente simbolici, in essi i rituali e le pratiche ancestrali svolgono un ruolo fondamentale[656]. Allo stesso tempo, hanno un profondo rispetto per gli elementi naturali e, soprattutto, per la terra, di cui si considerano figli. Da ciò si deduce che in tutte le culture indigene è possibile trovare figure come lo "stregone" (in Messico di solito viene chiamato “shaman”). Lo stregone ha le conoscenze per interpretare le forze della natura e quelle soprannaturali ed è colui che può ristabilire l'equilibrio quando i fatti generano disordine.

Si tratta di credenze rispetto alle quali vi è un’assoluta fede da parte delle popolazioni indigene e che potrebbero sembrare stravaganti dal punto di vista di un osservatore occidentale. Tuttavia, la Costituzione è chiara e obbliga a riconoscere e proteggere queste espressioni di diversità culturale, l'unica limitazione è il rispetto della stessa Costituzione e, in particolare, dei diritti umani[657].

[656] MARTÍNEZ GERMINIANO, *La reforma procesal penal en Oaxaca, el Andamiaje*, Oaxaca 2012, p. 37.
[657] SCJN, Amparo en revisión 631/2012.

La stregoneria è un comportamento che genera una rottura dell'ordine stabilito nella comunità: sono i valori dell'armonia e della coesistenza che vengono minacciati, quindi, le autorità tradizionali cercano di risolvere il problema e punire coloro che realizzano tali atti[658]. In base a ciò, i popoli indigeni possono sanzionare coloro che compiono atti di stregoneria, senza essere autorizzati a farlo (poiché sono di competenza esclusiva dello stregone) oppure coloro che usano determinate sostanze e rituali per eseguire una guarigione, senza essere autorizzati dallo stregone o dalla comunità[659].

4.6.1.6. Sanzioni indigene

Si pensa spesso che i sistemi normativi indigeni funzionano secondo un'idea di retribuzione, tuttavia sono sistemi più complessi in cui la pena non ha il solo scopo di punire. In molti casi non si applica nemmeno una pena, ma piuttosto vi è un dialogo, una conciliazione, un chiarimento di un malinteso, che si risolve con le scuse e la riparazione del danno.

I sistemi normativi indigeni operano secondo una logica particolare, a partire dalla quale è possibile comprendere il ruolo della conciliazione, l'applicazione di determinate sanzioni e, in generale, il loro scopo.

È necessario ricordare che questi sistemi non si concentrano sull'individuo, ma proteggono un rapporto individuo-collettività-natura: il che è difficile da capire da un punto di vista occidentale[660].

L'idea di "popolo" o "comunità" è vitale per l'esistenza e la sopravvivenza degli indigeni come soggetti culturalmente diversi. Per questo motivo, i suoi sistemi normativi mirano a mantenere la pace, l'integrazione e la coesione del gruppo. Il

[658] Un caso di stregoneria, "las brujas de Calguasig", è trattato da Chimbo Villacorte e riguarda due sorelle che avevano iscritto il nome di alcune persone in un "libro degli incantesimi" e che chiedevano somme di denaro per cancellarle. La comunità le catturò e le considerò responsabili di stregoneria, sottomettendole alla sanzione dei bagni di acqua fredda e delle frustate con rami di ortica. La comunità affermò di aver esercitato la punizione per "purificare" e ristabilire il buon vivere della comunità. Si veda: CHIMBO VILLACORTE, *El error de prohibición en la justicia indígena*, in *Revista de derecho penal y criminología*, n. 103, 2016, p. 41 ss.
[659] BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, cit., p. 24.
[660] DURAND ALCÁNTARA e SILVA MALDONADO, cit., p. 83.

reato minaccia questa stabilità, è espressione di una frattura, di una divisione nel gruppo sociale. Pertanto, il sistema indigeno è orientato innanzitutto alla prevenzione del crimine e, nel caso in cui si presenti, si cerca il dialogo, la mediazione e la risoluzione pacifica della controversia. Nei casi in cui l'equilibrio della vita sociale è turbato, la pena è vista come un mezzo che consente di ristabilire l'ordine. Perciò, generalmente in caso di reati gravi, è la stessa comunità riunita in assemblea generale – posto che il reato riguarda tutta la collettività- che determina la responsabilità o l'innocenza del soggetto e impone una sanzione[661].

La pena è volta non solo ad esprimere una disapprovazione sociale della condotta, ma anche a ristabilire le cose nel loro stato naturale, garantendo l'ordine, la pace e l'equilibrio nella comunità[662]. Lo scopo della sanzione non è punire, ma ristabilire l'ordine; è un sistema eminentemente pratico[663] in cui, oltre ad applicare una sanzione, si cerca una soluzione, con la partecipazione attiva di coloro che sono coinvolti nel conflitto[664].

Per quanto riguarda le sanzioni, queste differiscono da quelle imposte nel sistema ordinario, in cui la pena detentiva è usata con grande frequenza[665]. Nel sistema indigeno, il reato produce uno squilibrio sociale; quindi, la società cerca di ripristinare l'armonia collettiva[666]. La prigione non è affatto una misura che consente di ristabilire l'equilibrio, perché isolare il responsabile non restituisce l'armonia alla comunità[667].

Nei popoli indigeni viene data una grande importanza alla famiglia, alla tribù e alla comunità. L'individuo ha un'enorme responsabilità verso questi gruppi sociali, quindi, quando una persona commette un reato non produce effetti solo sulla persona che subisce il danno, ma anche sull'intera comunità[668].

---

[661] BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, cit., p.15.
[662] Idem.
[663] Toca penal 142/2013, sent. 23 settembre 2013, co. 101.
[664] KRAEMER BAYER, cit., p. 261.
[665] SORIANO GONZÁLEZ, cit., pp. 205, 211.
[666] KALINSKY, cit., p. 142.
[667] Ibid, p. 205.
[668] BORJA JÍMENEZ, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, in *Diversidad cultural: conflicto y derecho: nuevos horizontes del derecho de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Valencia 2006, p. 296.

L'equilibrio viene ristabilito non solo attraverso la riparazione del danno, ma anche reintegrando l'autore del reato nella comunità. In questo caso, lo scopo della pena nel sistema indigeno non è diverso dallo scopo esistente nel sistema ordinario, solo che tale reintegrazione sociale avviene attraverso mezzi diversi[669]. Da un lato, garantendo il risarcimento del danno causato, sia alla vittima diretta, che alla comunità[670], e, dall'altro, imponendo sanzioni nelle quali si mescolano diversi elementi a sfondo magico, spirituale e religioso.

Quando l'individuo è privato della sua libertà, gli viene impedita qualsiasi relazione con la sua comunità, e deve svolgere attività in favore di essa che gli consentano di recuperare i suoi diritti e di reintegrarsi nella comunità. La privazione della libertà (la prigione) è estremamente rara nei sistemi indigeni, perché è una sanzione considerata del tutto inadeguata[671]. Secondo la loro visione del mondo, la detenzione ha diversi effetti negativi: depersonalizza l'individuo (in quanto lo rimuove dalla sua comunità), lo esclude dall'ambiente in cui sviluppa la sua esistenza, ha un effetto criminogeno (essendo detenuto con altri soggetti che potrebbero essere criminali di professione), lo stigmatizza di fronte alla società[672] e, in generale, trasforma negativamente l'individuo, generando in lui sentimenti di ribellione, odio e vendetta[673]. Questi sentimenti si diffondono anche nella comunità, generando rancori e conflitti tra famiglie che permangono per anni, persino decenni[674]. Gli indigeni credono che la prigione non riabiliti socialmente la persona e non generi alcun effetto positivo sulla comunità[675].

Nel contesto indigeno, le persone diventano così dipendenti dall'ambiente sociale della loro comunità, che non hanno alcun interesse a fuggire dall'ambiente geografico in cui hanno sviluppato la loro intera esistenza. La prigione allontana l'individuo da questo ambiente e influisce drammaticamente sulla sua identità; per

669 AVILA ORDÓÑEZ, cit., p. 956.
670 LÓPEZ BÁRCENAS, cit., p. 70.
671 Toca penal 99/2013.
672 AVILA ORDÓÑEZ, cit., p. 953.
673 BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, cit., p. 18.
674 Ibid, p. 28.
675 SORIANO GONZÁLEZ, cit., pp. 965-966; BORJA JÍMENEZ, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, cit., pp. 340-341.

tale ragione, la Corte Suprema di Giustizia ha indicato che, nel caso degli indigeni giudicati dalle autorità statali, nell'applicazione delle sanzioni si devono privilegiare pene alternative alla privazione della libertà[676].

Nel sistema indigeno, la sanzione più simile alla prigione è la reclusione nella "casa comunal" per un breve periodo (di solito fino a 72 ore) e la sua funzione non è quella dell'esclusione, ma di fornire una sorta di spazio all'individuo per riflettere sul proprio comportamento e non ripetere gli stessi errori[677].

Per quanto riguarda il catalogo delle sanzioni, queste sono molto diverse a seconda della comunità. Tuttavia, sono generalmente sanzioni che sorgono da una sintesi tra elementi autoctoni, strumenti repressivi tipici del periodo coloniale e figure riprese dall'attuale sistema normativo statale[678]. Le sanzioni vengono applicate tenendo conto della gravità del danno, ma anche considerando la storia personale dell'individuo, che viene giudicato alla luce dei servizi che ha fornito alla comunità, il legame che ha con la stessa e il comportamento che ha dimostrato per tutta la vita[679].

Nel caso di reati minori, le sanzioni possono consistere in: consigli; rimproveri pubblici; sanzioni pecuniarie di natura risarcitoria; lavori da svolgere a beneficio della comunità; acquisizioni di beni di uso collettivo; prestazioni in favore della comunità (ad. es., nella chiesa, nella scuola, nel municipio, ecc.) o; perdite di alcuni diritti all'interno della comunità. L'obiettivo di queste misure è la riparazione del danno, ma si cerca anche di far comprendere al soggetto l'importanza di garantire gli interessi della comunità e assumersi la propria responsabilità[680].

Ad esempio, Borja Jiménez illustra il caso della violenza domestica: l'atteggiamento aggressivo dell'indigeno con la moglie influisce sull'integrità fisica e psicologica della vittima e anche sulla tranquillità della comunità. Per tale motivo, quando si presenta questa situazione, l'autorità tradizionale spesso ammonisce il soggetto a rispettare la propria moglie e la stessa comunità. Se l'indigeno reitera il

[676] SCJN, Tesis 1a. CXCVII/2009.
[677] BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, cit., p. 19.
[678] BORJA JÍMENEZ, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, cit., p. 260.
[679] Toca penal 99/2013.
[680] BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, cit., p. 20.

proprio comportamento, è costretto dall'autorità a rimanere nella "casa comunale" con sua moglie in modo che parlino e possano raggiungere un accordo. Se questa misura non risolve il problema, si può infine decidere di sanzionare la persona. Le sanzioni a disposizione delle comunità, per punire questi comportamenti vengono scelte dall'autorità prendendo in considerazione quelle che meglio corrispondano alla natura del caso e permettano di ristabilire l'equilibrio[681].

Nel caso di reati estremamente gravi, la comunità può scegliere di non conoscere la questione e di sottoporla alle autorità statali (come di solito accade nei casi di omicidio[682]), oppure di conoscere e applicare le proprie sanzioni che, in alcuni casi, possono comportare pene corporali e, in casi estremi, l'espulsione del membro dalla comunità. Queste ultime sanzioni, tuttavia, vengono generalmente applicate solo dopo che la questione è stata sottoposta alle varie autorità tradizionali e all'assemblea generale.

Per quanto riguarda le pene corporali, queste sono applicate attraverso rituali in cui elementi magici, religiosi e spirituali si fondono. La gravità e l'intensità di queste sanzioni dipendono da ogni popolo o comunità, in alcuni casi la sanzione può consistere nell'eseguire bagni di acqua fredda (allo scopo di purificare l'individuo con un elemento considerato sacro); nell'ingerire certi "rimedi" (per "rimuovere il male"); in espressioni pubbliche di ripudio da parte della comunità o; in colpi di frusta con piante considerate medicinali[683]. In ogni caso, la sanzione è sempre associata ad elementi mistici in cui le popolazioni indigene credono. L'inflizione delle sanzioni è accompagnata da consigli o dall'utilizzo di sostanze sacre; oppure vengono eseguite in luoghi di grande importanza. La sanzione non viene ad essere considerata uno strumento di castigo, ma un mezzo che permette di guarire e reintegrare il soggetto nella comunità.

---

[681] Ibid, p. 15.

[682] DURAND ALCÁNTARA e SILVA MALDONADO, cit., p. 81; BORJA JÍMENEZ, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, cit., p. 303.

[683] In realtà, questa pena è di origine spagnola ed è stata importata in molte comunità indigene nel periodo coloniale; ma viene applicata mescolando elementi di origine spagnola ed indigena (come si può apprezzare nel utilizzo di piante a scopo medicinale).

Tuttavia, la sanzione più severa imposta all'individuo non è la pena corporale, ma l'allontanamento dalla comunità. Questa pena ha una logica particolare; dal punto di vista della cultura indigena, l'individuo ha un'enorme responsabilità di fronte alla sua comunità, alla sua famiglia, alle sue tradizioni e costumi, che garantiscono il mantenimento dell'equilibrio e della pace. Allo stesso tempo, la comunità è lo spazio in cui l'individuo ha vissuto tutta la sua vita e per generazioni. Senza la comunità, l'individuo non è niente. Pertanto, la pena dell'espulsione viene applicata quando nessun'altra è stata efficace, implica che non vi sia alcuna possibilità di riabilitare il soggetto e di reintegrarlo nella comunità: comporta la morte sociale dell'autore del reato e il suo completo oblio[684]. L'allontanamento rappresenta la rottura totale con tutta la sua esistenza, «secondo questa visione del mondo, cancellare dalla memoria l'esistenza di un membro del gruppo può significare una sanzione più grave che subire un danno all'integrità fisica o la perdita della propria vita[685]».

4.6.2. Sistemi normativi indigeni e rispetto dei diritti umani

Nei paragrafi precedenti abbiamo visto che alcuni popoli indigeni sanzionano comportamenti come la stregoneria o l'adulterio ed applicano persino sanzioni corporali che potrebbero essere classificate come tortura o come pene disumane (come l'esilio).

Come abbiamo sottolineato nel caso della mutilazione genitale femminile, di solito sono i casi eccezionali e più grotteschi ad essere utilizzati come parametro per giudicare una cultura o un popolo nella sua totalità, finendo, spesso, per definirli barbari o incivili. Tuttavia, così facendo, si perde di vista tutto il bello che una cultura o un popolo possiede. Inoltre, si ignora che nella propria società esistono delle pratiche che sono uguali – oppure peggiori – di quelle oggetto di critica (di nuovo, si

[684] BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, cit., p. 20.
[685] Ibid, p. 30; ID., *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, cit., p. 260.

può pensare all'esempio delle carceri nei Paesi occidentali che, di regola, sono sovraffollate e nelle quali i detenuti soffrono gravi violazioni dei loro diritti umani).

Nel caso dei popoli indigeni si verifica una situazione simile. Nella maggior parte dei sistemi normativi indigeni vengono sanzionate condotte che sono considerate illecite anche dal sistema statale e le sanzioni applicate sono, di regola, compatibili con i principi costituzionali e il rispetto dei diritti umani. Né le sanzioni corporali, né l'esilio vengono applicate da tutti i popoli indigeni.

Solo in casi eccezionali è possibile notare l'esistenza di comportamenti che ledono i diritti fondamentali e che contravvengono ai principi costituzionali. Tuttavia, quando si lavora su questioni multiculturali, la stessa Costituzione impone agli operatori giuridici il dovere di analizzare ogni caso senza idee preconcette o pregiudizi, alla luce del principio del pluralismo, tenendo conto delle "specificità culturali" di ciascun popolo.

Anche in casi che sembrerebbero un'apparente violazione dei diritti fondamentali, gli operatori devono condurre studi etnici, antropologici, storici e sociali che consentano al giudice di conoscere il punto di vista interno della comunità e, solo successivamente, valutare se una determinata pratica viola o meno i diritti fondamentali e gli altri principi costituzionali.

Il potere giudiziario della federazione messicana, guidato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale colombiana, ha indicato che esiste un 'nocciolo duro' dei diritti umani che non può mai essere negato, indipendentemente da qualsiasi tradizione o cultura. Si tratta di un nucleo molto ridotto, che è oggetto di diverse interpretazioni[686]; tuttavia, si è concordi sulla necessità che vengano sempre rispettati: 1) il diritto alla vita, 2) il divieto di schiavitù, 3) il divieto di tortura e, 4) la legalità processuale[687].

[686] BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, cit., p. 33.
[687] La legalità secondo le "regole e procedure" della comunità indigena. Su questi limiti, la Corte costituzionale colombiana ha affermato: «Queste misure sono giustificate perché sono necessarie per proteggere interessi di una gerarchia superiore e sono la soglia massima di rispetto alla luce del testo costituzionale» Corte Costituzionale della Colombia, sent. T-523/97.

Alcune sanzioni che, dal punto di vista occidentale, potrebbero sembrare sproporzionate, sono state considerate compatibili con i principi costituzionali e i diritti umani; una di queste è la realizzazione di lavori gratuiti in favore della comunità.

In molte popolazioni indigene è considerato un dovere lavorare per la comunità, motivo per cui l'ozio viene sanzionato. Allo stesso tempo, i lavori a beneficio della comunità possono venire imposti come una forma di sanzione quando si commette un reato, Secondo una prospettiva non indigena, la pratica potrebbe costituire una forma di lavoro forzato (che viene sempre svolto senza remunerazione), tuttavia, per le popolazioni indigene è una pratica antichissima che si fonda su altri principi.

Ad esempio, in molte comunità indigene di Oaxaca (Messico) vi è la figura del "tequio", che consiste nell'obbligo delle persone di collaborare in lavori a beneficio della comunità di appartenenza. La figura del *tequio* è vista dagli indigeni come un'espressione di solidarietà, addirittura viene riconosciuta e protetta ai sensi dell'art. 12 della Costituzione dello Stato di Oaxaca e dagli artt. 43 e 44 della Legge sui diritti delle popolazioni indigene di Oaxaca[688].

Una persona che non realizza il *tequio* è una persona egoista, che trae benefici personali a spese della comunità. L'ozio, cioè non lavorare per la comunità, è un comportamento riprovevole, che lede l'intera comunità, per ciò è sanzionato. Cosicché, quando una persona commette un reato, anche il *tequio* può venire applicato come sanzione; in questi casi, ha lo scopo di far riflettere l'individuo sull'importanza della solidarietà, sulla coesione sociale e sui valori comunitari[689].

Il caso delle frustate è emblematico e, per analizzarlo, faremo riferimento ad un caso alquanto complesso risolto dalla Corte costituzionale colombiana[690], sul

[688] La legge di Oaxaca riconosce il tequio e lo difende, ai sensi dell'art. 43 della Legge sui diritti e la cultura indigeni: «Le autorità dei municipi e delle comunità manterranno il tequio come espressione di solidarietà secondo gli usi di ciascun popolo e comunità indigena. I tequios finalizzati alla realizzazione di opere di comune beneficio, derivate dagli accordi delle assemblee, delle autorità municipali e delle comunità, potranno essere considerate come pagamento di contributi comunali».
[689] MORALES SÁNCHES e MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, cit., p. 223.
[690] Nel caso del Messico, la tradizione orale delle comunità indigene impedisce di conoscere molti di questi casi (non esistono sentenze scritte). La declinazione di competenza è una situazione relativamente nuova e, ancora

quale, ancor oggi, permangono dubbi interpretativi e contrasti dottrinali. Al di là della decisione, che può essere condivisa o meno, il fatto rilevante è costituito dall'apertura, in senso democratico, che la giustizia costituzionale ha realizzato per risolvere un problema su cui, in linea di principio, la risposta sembrava chiara, ma dopo aver svolto una serie di consultazioni anche con le comunità indigene, è stato possibile raggiungere un risultato prima impensabile.

La sentenza T-523/97 riguarda l'applicazione della sanzione dei colpi di frusta da parte della comunità indigena “Páez” ai propri membri che, a seguito di un processo indigeno, furono considerati responsabili di un reato particolarmente grave. In questo caso, uno degli indigeni presentò ricorso dinanzi ai tribunali statali, ritenendo che detta sanzione violasse la propria integrità fisica e costituisse tortura.

Una prima e ovvia risposta dal punto di vista occidentale sarebbe quella di condannare questa pratica perché è contraria alla dignità umana e questa è stata proprio la decisione presa dai tribunali di primo e secondo grado, ma la questione giunse alla Corte costituzionale colombiana, che ordinò la realizzazione di studi antropologici e sociologici, nonché lo svolgimento di consultazioni in loco, nel territorio indigeno, per conoscere il parere degli anziani della comunità.

Quale conseguenza di queste consultazioni e dei diversi studi effettuati, la Corte riscontrò che: «La sanzione delle frustate, imposta dall'assemblea generale, mostra chiaramente una tensione tra due tipi di pensiero: quello prevalente nella società e quello minoritario della comunità indigena Páez. Nel primo, si viene puniti perché è stato commesso un reato, nel secondo si viene puniti per ristabilire l'ordine naturale e per dissuadere la comunità dal commettere reati in futuro. Il primo rifiuta le sanzioni corporali per tutelare la dignità dell'uomo, il secondo le considera un elemento purificatore, necessario affinché lo stesso soggetto, ritenuto responsabile, si senta liberato. Di fronte a questa disparità di visioni, è necessario propendere per

di più, i ricorsi giuridici avverso le sentenze delle autorità indigene, per questo motivo molti casi riguardanti i sistemi normativi indigeni non si conoscono. D’altra parte, la Colombia è un Paese che dal 1991 ha riconosciuto i sistemi normativi indigeni e, inoltre, un gran numero di sentenze riguardanti tali sistemi normativi sono state emesse dalla Corte costituzionale, la quale ha risolto casi riguardanti le pene corporali, l’esilio e il lavoro forzato. Cfr. Corte Costituzionale di Colombia, sentenze T-346/96 (lavoro forzato), T-254/94 (esilio), T-523/97 (colpi di frusta).

l'orientamento maggioritario? La Corte ha risposto di no, perché, in una società fondata sul pluralismo, nessuna visione del mondo dovrebbe essere preferita e ancora meno tentare di imporsi[691]».

Successivamente, la Corte stabilì che la sanzione delle frustate non ledeva il principio della dignità umana e non costituiva una pratica crudele, disumana o degradante. La Corte segnalò che, secondo la visione del mondo della comunità indigena Páez, questa particolare sanzione non era diretta in alcun modo all'obiettivo di causare sofferenza nell'individuo, al contrario, era un antico rituale di purificazione; all'interno della comunità, gli indigeni credevano che il loro Dio creatore si identificasse con il fulmine. In particolare, in questa sanzione, la frusta rappresentava per analogia il fulmine che, toccando l'individuo sanzionato, ristabiliva l'armonia rotta con le sue azioni. In questo modo, la sanzione realizzava un duplice obiettivo, da un lato, reintegrare l'individuo nella vita collettiva e, dall'altro lato, ristabilire l'ordine alterato, che aveva chiaramente ripercussioni sull'esistenza collettiva della comunità. Inoltre, secondo le opinioni degli esperti, la sanzione non produceva danni fisici o psicologici di un'intensità tale da poter essere assimilati a una forma di tortura, né implicava una forma di umiliazione o esposizione dell'individuo al disprezzo pubblico.

Come abbiamo sottolineato, questa decisione non è unanimemente condivisa, ma è indiscusso che abbia rappresentato un esercizio democratico, di impegno in un dialogo interculturale con l'altro, con il diverso, conoscendo il suo punto di vista e prendendolo in considerazione. Finora semplicemente si applicava la legge, interpretandola alla luce di un unico punto di vista, omettendo di mettere in campo tale esercizio democratico di dialogo e conoscenza[692].

[691] Corte Costituzionale di Colombia, sent. T-523/97.
[692] Su questo caso: BORJA JÍMENEZ, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, cit., p. 260; MALDONADO SMITH, cit., pp. 118-119.

4.6.3 Adattamento di alcuni principi del diritto penale ai sistemi normativi indigeni

I sistemi normativi interni dei popoli e delle comunità indigene differiscono in molti aspetti dal sistema statale ordinario. Tra queste differenze possiamo evidenziare: l'oralità, la flessibilità, la forza degli usi e della tradizione, la presenza di autorità tradizionali, l'esistenza di fattispecie penali diverse, così come diversa ne è l'applicazione e l'interpretazione.

Queste differenze possono influire sui fondamenti essenziali del diritto penale, quali: il principio di legalità, la parità di trattamento, la certezza e la prevedibilità del processo.

La Costituzione prevede il riconoscimento dei sistemi normativi indigeni a condizione che rispettino i principi costituzionali, compresi quelli penalistici. Nella maggior parte dei casi, i sistemi indigeni rispettano questi principi, ma con parametri diversi.

Ad esempio, il principio di legalità con i suoi quattro sotto-principi: riserva di legge, tassatività, divieto di analogia e irretroattività, è rispettato anche dai popoli indigeni, ma con certi adattamenti[693].

Nei popoli indigeni non esiste un Parlamento incaricato dell'elaborazione delle leggi. Le norme non vengono positivizzate in un codice e scritte in modo chiaro e tassativo. Le norme, di regola, sono orali e sono trasmesse di generazione in generazione in ragione dei costumi. Nel corso del tempo, queste norme subiscono variazioni o adattamenti alle nuove esigenze della realtà, nonostante si tratti di norme da tutti conosciute. Inoltre, i sistemi indigeni funzionano attraverso meccanismi di partecipazione diretta, come nel caso dell'assemblea generale[694]. Dal punto di vista indigeno, il principio di legalità può essere interpretato come la prevedibilità del giudizio su un determinato comportamento.

[693] Per un approfondimento, si veda: FERRÉ OLIVÉ, cit., p. 39 ss.
[694] BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, cit., p. 14.

In effetti, «la conoscenza della norma da parte dei membri della comunità è spiegata dal fatto che si tratta di una comunità relativamente piccola, in cui il grado di interazione sociale è molto più elevato di quello della nostra società, dove è indispensabile la scrittura e la determinatezza degli scritti in modo che, da un lato, sia possibile sostenere il principio secondo cui l'ignoranza della legge non scusa la sua violazione, senza la quale il funzionamento del sistema giuridico non sarebbe possibile e, dall'altro, in modo che i consociati abbiano un minimo di certezza riguardo alle azioni delle autorità»[695].

La consuetudine e la tradizione consentono di prevedere i comportamenti attesi dagli indigeni. Questa situazione assicura la certezza che il sistema normativo richiede. In più, attraverso meccanismi di partecipazione diretta, le norme giuridiche possono modificarsi, nel senso che, se la comunità considera che una determinata regola non è più attuale, può venire abbandonata o, al contrario, un nuovo comportamento può offendere la collettività e, di conseguenza, dar vita ad un nuovo reato. In tutti questi casi, è il popolo riunito in assemblea generale che determina i comportamenti puniti dalle norme penali, rispettandosi così la *ratio* democratica del principio di riserva di legge.

Per quanto riguarda la irretroattività, la condotta criminale viene giudicata sempre secondo la tradizione (che è sempre anteriore alla realizzazione della condotta). Non è permesso sanzionare un comportamento vietato se questo non era prima considerato un illecito dalla comunità, e neanche è permesso applicare l'analogia; possono castigarsi soltanto i comportamenti previsti dalla tradizione. Come si vede, il principio di legalità non viene meno, ma acquisisce una dimensione molto diversa nella sfera giuridico-penale dei popoli indigeni.

La Corte costituzionale colombiana ha indicato alcuni requisiti minimi di prevedibilità nell'applicazione del sistema indigeno: «Le autorità sono necessariamente obbligate ad agire come hanno fatto in passato, sulla base delle tradizioni che supportano la coesione sociale, il che non significa una rigorosa applicazione delle loro regole, poiché queste sono soggette ad una certa variabilità,

[695] AVILA ORDÓÑEZ, cit., p. 950; Corte Costituzionale di Colombia, sent. T-346/96.

in accordo con le dinamiche della loro cultura[696]». Nel sistema indigeno, attraverso le consuetudini, i membri delle comunità sanno che alcuni comportamenti sono vietati e che, nel caso in cui saranno realizzati, verranno sanzionati, secondo un procedimento anch'esso conosciuto da tutti[697].

La certezza giuridica viene raggiunta all'interno di gruppi umani con pochi membri perché ognuno conosce perfettamente la soglia del proibito e le conseguenze di un determinato comportamento. Inoltre, si può notare anche il segno democratico delle istituzioni delle comunità indigene, in quanto è la stessa comunità che sceglie le proprie autorità tradizionali e che stabilisce la responsabilità dell'imputato. In più, anche il principio di uguaglianza è garantito, perché a tutti i membri della comunità vengono applicate le stesse procedure e sanzioni[698].

Il principio di colpevolezza acquisisce anche un'altra sfumatura, perché l'individuo è ciò che è fintanto che è membro di una determinata comunità, e perciò, la responsabilità si determina in base alla gravità del danno causato, ma anche valutando la storia personale dell'individuo, cioè, come si è comportato nei confronti della comunità, i lavori o servizi che ha realizzato a beneficio di questa, la sua adesione ai principi e valori comunitari e, in generale, il comportamento che ha mostrato durante la sua vita. Solo attraverso la valutazione integrale di questi elementi, la comunità è in grado di determinare la responsabilità del soggetto e applicare al caso la corrispondente sanzione[699].

[696] Idem.
[697] AVILA ORDÓÑEZ, cit., p. 950.
[698] BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, cit., p. 14
[699] Ibid, p. 15.

4.7. Riflessioni sul caso messicano

La storia del Messico non è diversa dalla storia di quasi tutti i Paesi in relazione alle loro minoranze etniche, linguistiche e culturali. Attraverso il modello dello stato nazionale, si è cercato di creare una società omogenea che rispondesse alle esigenze di un particolare momento e contesto storico.

Oggigiorno, tuttavia, il Messico ha riconosciuto la diversità culturale non come un problema, ma come un'enorme ricchezza che deve essere protetta e, in linea con questo principio, ha riconosciuto diversi diritti che consentono alle minoranze etniche di garantire la propria sopravvivenza come soggetti collettivi e culturalmente diversi.

Nel settore penale, il riconoscimento della diversità culturale si attua in due modi: 1) considerando il fattore culturale all'interno di tutti i processi, in cui le minoranze etniche sono parte, attraverso le loro "specificità culturali" e 2) riconoscendo i sistemi normativi interni (pluralismo giuridico).

Nel primo caso, il diritto messicano consente di dare rilevanza al fattore culturale all'interno di ciascuna delle categorie del reato (tipicità, antigiuridicità e colpevolezza). L'incidenza di questo fattore dipenderà sempre da ogni caso particolare: può costituire una causa di giustificazione oppure dar luogo ad un errore, all'inesigibilità di una condotta diversa o ad un giustificato motivo. La Costituzione sancisce che il fattore culturale deve essere sempre valutato; l'unica limitazione è la regola generale stabilita dalla stessa Costituzione (il rispetto dei suoi principi e i diritti umani).

Dobbiamo sottolineare che questa situazione è estremamente nuova. Nel corso della storia del Messico, gli indigeni erano considerati inimputabili: «Nel determinare la responsabilità criminale davanti allo Stato, gli indigeni [erano] considerati incapaci, pazzi o cittadini di diverso tipo e, di conseguenza, la loro responsabilità veniva ricondotta nell'alveo da dell'imputabilità[700]».

[700] MAUREIRA PACHECO, *Política criminal e indigenismo. Fundamentos jurídico-teóricos de la política criminal*, in *Indiana*¸n. 22, 2005, p. 199.

Allo stesso modo, anche il fattore culturale è stato considerato nell'ambito della figura dell'errore, ma non secondo un modello egualitario, bensì completamente assimilazionista. Fino al 1994 la legislazione penale messicana prevedeva "l'errore per l'arretratezza culturale" riservato, ovviamente, alle popolazioni indigene. L'art. 59 bis c.p. prevedeva una ipotesi specifica di errore inevitabile dovuto all' "estrema arretratezza culturale" e all' "isolamento sociale del soggetto", che, inoltre, non era considerato quale causa di esclusione della responsabilità, ma soltanto quale attenuante[701]. Come si è accennato in precedenza, questa figura si basava su una posizione etnocentrica[702].

Oggigiorno, dopo la riforma indigena del 2001 e la riforma costituzionale sui diritti umani (2011) risulta ammissibile soltanto adottare una posizione basata sull'uguaglianza tra le culture. Non è possibile considerare che le persone appartenenti ad una minoranza etnica, linguistica o religiosa commettano reati soltanto perché appartengono ad una certa cultura; Zaffaroni sottolinea che questa posizione «è figlia di un etnocentrismo inammissibile, che disprezza le culture come inferiori»[703].

Le culture, come abbiamo indicato nel secondo capitolo, non sono migliori o peggiori, ma diverse. Non assumere questa posizione implicherebbe una gerarchia tra culture e, di conseguenza, anche tra le persone che appartengono loro, una posizione che sarebbe completamente contraria alla dignità che è il fondamento stesso del riconoscimento dei diritti umani[704].

Per questo motivo, il fattore culturale è riconosciuto nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali. Un indigeno non commette un reato perché è indigeno; il suo modo di comprendere il mondo condiziona le sue azioni e, in alcuni casi, il suo comportamento può differire da quelli tollerati dal sistema statale. Di fronte a questa situazione, spetta al giudice determinare in che modo la sua cultura ha influenzato

[701] «Art. 59 bis: Quando il fatto viene compiuto per errore invincibile o ignoranza sull'esistenza della legge penale o sul suo campo di applicazione, in virtù dell'estrema arretratezza culturale e dell'isolamento sociale del soggetto, si applicherà fino a un quarto della pena corrispondente al reato in questione». Abrogato il 10 gennaio 1994.
[702] LÓPEZ BETANCOURT e FONSECA LUJÁN, cit., p. 33.
[703] ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 202.
[704] Su questo argomento: SHWEDER, *Why Do Men Barbecue? and Other Postmodern Ironies of Growing up in the Decade of Ethnicity*, in *Daedalus,* n. 1, 1993, pp. 279-308.

la condotta e, su questa base, stabilire se il suo comportamento realizza tutti gli elementi del reato oppure può essere ricondotto ad una situazione scriminante o scusante[705].

Un altro fattore da prendere in considerazione è che il Messico è una società multiculturale di tipo multinazionale. I popoli indigeni sono esistiti nel territorio messicano prima che esistesse lo Stato e, nel corso della storia, sono stati permanentemente discriminati. Per questo motivo, vi è un sentimento di "colpa nazionale" di cui, sicuramente, si cerca di liberarsi attraverso un modello culturale che riconosce ampi diritti agli indigeni.

Sulla base di questo modello –sicuramente influenzato dal senso di colpa - il Messico, oltre a riconoscere il fattore culturale nei procedimenti penali, ha anche riconosciuto la possibilità dei soggetti culturalmente diversi (indigeni, afro-messicani, e gruppi simili che si intendono come popoli o comunità) di applicare i loro sistemi normativi interni nella risoluzione dei loro conflitti.

Il pluralismo giuridico consente pienamente l'esercizio della capacità di autodeterminazione, riconoscendo e rispettando le istituzioni e le autorità indigene. Tuttavia, come abbiamo sottolineato, il Messico non opta per un modello di multiculturalismo illimitato; possiamo considerare che il modello assunto dal Messico è quello di un multiculturalismo liberale, cioè un modello che riconosce la diversità culturale, ma condizionata al rispetto delle libertà fondamentali di ogni essere umano. La Costituzione è chiara, i sistemi normativi indigeni saranno rispettati a condizione che siano conformi ai principi costituzionali e, in particolare, al rispetto dei diritti umani.

[705] GARCÍA VITOR, cit., p. 177.

Conclusioni

«Un banchetto è molto più vario e ricco di pietanze se ogni commensale porta una vivanda ed è molto più povero se è organizzato soltanto da uno dei commensali[706]*»*

La metafora usata da Aristotele può essere perfettamente applicata alle società multiculturali: la diversità è la nostra più grande ricchezza e deve essere protetta perché costituisce patrimonio dell'umanità espressa in lingue, gastronomia, tradizioni e altre manifestazioni culturali. Nel presente lavoro, si è cercato di fornire diverse osservazioni sulla cultura e sulle sue difficili relazioni con il diritto, in particolare, con riferimento al settore penale.

Nel primo capitolo è stata analizzata la teoria dei principi che, tra l'altro, ci ha permesso di mostrare la complessità del diritto, il quale comprende non solo regole ma anche principi. Il diritto non equivale alla totalità delle leggi scritte. Di fronte alle leggi positive del potere statale può, secondo le circostanze, esistere un *quid pluris* nel diritto, che ha la sua origine nell'ordinamento giuridico costituzionale nel suo complesso e che può agire come correttivo della legge scritta. Quel *quid pluris* è rappresentato dai principi che modellano l'intero sistema giuridico e, in particolare, dai diritti umani che sono, come abbiamo cercato di dimostrare, principi.

Comprendere i diritti umani come principi ci consente di realizzare interpretazioni ampie, plurime e diverse; qualsiasi diritto umano può essere analizzato alla luce di tale aspetto. Ad esempio, quelli alla dignità, alla libertà di religione o di cultura sono tutti diritti umani il cui contenuto viene determinato in base a particolari contesti storici e sociali. Nonostante ciò, tutti i diritti presentano un nucleo minimo che è essenziale e inviolabile. Una posizione completamente relativistica in tema di diritti umani renderebbe gli stessi superflui e suscettibili di

[706] ARISTOTELE, *La politica,* libro terzo.

qualsiasi manipolazione. Ciò rappresenta la ragione per cui siffatto nucleo, identificato come minimo essenziale di ogni diritto, deve essere difeso.

La determinazione del nucleo minimo, come in precedenza evidenziato, deve essere analizzata alla luce degli altri principi costituzionali. Per tale ragione, l'operatore giuridico ha l'onere di verificare se una pratica culturale può essere considerata compatibile o meno con siffatti principi. In uno Stato sociale e democratico, tale analisi deve essere condotta non solo dal punto di vista esterno – quello dell'operatore legale - ma anche considerando il punto di vista interno di coloro che eseguono tali pratiche, cercando di armonizzare le stesse con l'intero sistema giuridico. Allorquando siffatta armonizzazione non risulti possibile, si impone come necessaria la valutazione dei motivi particolari che hanno spinto la persona a realizzare la condotta criminale.

Nel secondo capitolo, si è cercato di evidenziare il ruolo fondamentale che la cultura svolge sugli individui, dal momento che la stessa risulta intrinsecamente correlata all'idea di libertà, perché soltanto attraverso un contesto culturale gli individui possono prendere posizione in ordine alle diverse scelte che si presentano nelle loro vite. È stato altresì chiarito che, in taluni casi, la cultura possiede una forza tale da privare gli individui della possibilità di assumere un diverso comportamento.

È stato, inoltre, rilevato che le culture non sono statiche, ma cambiano, adattandosi alle nuove realtà, e quelli che le condividono possono anche abbandonare pratiche che non risultano più appropriate. Per realizzare siffatti cambiamenti si deve, innanzitutto, incidere sulle ragioni che supportano una determinata pratica, privilegiando il dialogo, la persuasione e gli scambi di argomenti tra culture diverse, per consentire loro di intravedere la propria relatività alla luce di altre culture. Solo in questo modo possono raggiungersi cambiamenti significativi. Allo stesso tempo, si è abbozzata in questo capitolo la figura del reato culturalmente orientato e le ragioni per le quali il fattore culturale dovrebbe essere preso in considerazione all'interno del processo penale.

Nel terzo capitolo, è stato analizzato il ruolo del fattore culturale all'interno del sistema giuridico italiano, evidenziandone l'ambiguità, in quanto vi sono disposizioni

legali e decisioni giudiziali che riconoscono l'importanza del fattore culturale in materia penale, ma, allo stesso tempo, sono presenti disposizioni che non solo negano la rilevanza di questo fattore, ma che, addirittura, lo considerano un fattore tale da rendere il fatto meritevole di maggior sanzione, come nel caso della mutilazione genitale femminile o dell'accattonaggio. Inoltre, è stato rilevato come negli ultimi tempi la normativa italiana si stia caratterizzando per una crescente tendenza alla criminalizzazione delle differenze culturali, specialmente nel caso degli immigrati ed in particolare dei soggetti appartenenti all'ISLAM e alle culture africane. Nell'analisi dogmatica del reato, tuttavia, si è dimostrato come il fattore culturale è stato valutato positivamente in diverse sentenze, collegandolo all'elemento della tipicità, dell'antigiuridicità o, in modo prevalente, della colpevolezza.

Nell'ultimo capitolo, infine, si è cercato di analizzare la tematica, in una prospettiva comparatistica, in rapporto alla rilevanza del fattore culturale nel contesto messicano. In Messico, difatti, il multiculturalismo si presenta in maniera differente rispetto a quello esistente in Italia, perché si tratta di una società multiculturale di tipo "multinazionale", mentre l'Italia è una società di tipo polietnico. Siffatte differenze ci consentono di spiegare perché in Messico si attribuisce grande importanza alla diversità culturale, specialmente nel caso dei popoli indigeni, poiché sono loro i legittimi proprietari del territorio in cui è stato costruito lo Stato messicano. Alla luce di tale ragione, il Messico garantisce alle popolazioni indigene – e ad altri gruppi etnici simili - diritti come l'autodeterminazione e perfino la possibilità di creare e applicare i loro stessi sistemi normativi. Allo stesso modo, è stato evidenziato come il fattore culturale può essere valutato positivamente all'interno di tutte le categorie dogmatiche del reato, privilegiando il settore della tipicità e dell'antigiuridicità. Finalmente, si è spiegato come funzionano i sistemi normativi indigeni e i diversi problemi a loro collegati.

Alla luce di quanto sopra esposto, alcune riflessione appaiono d'obbligo.

Il multiculturalismo, in particolare, implica il riconoscimento della pari dignità delle diverse culture. Nel momento in cui classifichiamo le culture come "barbariche",

“inferiori”, “migliori” o “peggiori”, classifichiamo anche le persone che condividono siffatte culture e tale situazione non appare tollerabile, a meno che non si difendano i diritti umani e, in particolare, il principio di uguaglianza.

Le culture hanno tutte uguale dignità e presentano, ognuna, pratiche meritevoli del nostro massimo rispetto e considerazione e, allo stesso tempo, pratiche che non possiamo tollerare alla luce dei diritti fondamentali. I “casi limite” ci riconducono al complesso rapporto tra cultura e rispetto dei diritti umani. Questi diritti, sono “punti minimi” che rappresentano allegoricamente le fondamenta o le strutture di un edificio, il cui contenuto è costituito da ciò che ogni cultura considera prezioso, così, a titolo esemplificativo, tutte le culture condividono l’idea della dignità o della libertà, ma siffatte concezioni sono diverse l'una dall'altra[707].

L'esistenza di diverse culture rispecchia il carattere diverso e complesso dell'umanità stessa. Nessuna cultura è migliore o peggiore di un'altra, sono solo diversi punti di vista da cui proviamo a comprendere e spiegare l'essere umano, la sua esistenza e tutte queste forme di interpretazione sono ugualmente valide e legittime, purché rispettino i minimi che sono i diritti umani.

Non è nemmeno necessario confrontarsi con altre culture per avvertire questa diversità. Oggigiorno, vi sono diversi punti di vista all'interno della nostra cultura, la maggior parte dei quali si confrontano direttamente, in relazione a temi come l'aborto, l'eutanasia o l'ingegneria genetica. Finora, alcuni considerano queste pratiche chiaramente contrarie al minimo rispetto dei diritti fondamentali, altri ritengono che costituiscano un chiaro modo di affermare la stessa libertà e la difesa di altri diritti fondamentali.

Il contenuto dei diritti umani è plurale e non può essere diversamente a causa dell'oggetto che proteggono: la condizione umana. È qui che risiede la possibilità di

[707] Un’idea simile è difesa da Francesco Viola: «Ed allora il modello-guida – secondo me - dovrebbe essere questo: alla base vi sono diritti umani flessibili, vaghi nella formulazione e sottodeterminati, così come sono stati accettati dalla comunità internazionale nel suo insieme; sulla base di essi le culture presenti in un dato ambito politico a geometria variabile dialogano nella logica della democrazia deliberativa; il risultato di questo discorso pubblico sempre aperto conduce alla definizione dei diritti fondamentali, frutto di codeterminazione, che però, provvidenzialmente, non è in grado di eliminare mai del tutto la sottodeterminazione normativa. L’importante è che i diritti fondamentali siano il frutto del dialogo interculturale e non già il suo presupposto. Il presupposto sono i diritti umani in generale come etica giuridico-politica. Il risultato i diritti fondamentali». VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, cit., pp. 42-43.

costruire una visione multiculturale dei diritti umani, perché riconoscendoci tutti noi come diversi, nella diversità delle nostre culture, riconosciamo ugualmente la relatività delle nostre credenze e la necessità di intensificare un dialogo con il diverso per raggiungere una conoscenza più equa e oggettiva.

Nel caso di pratiche intollerabili, ritenute tali alla luce dei principi più elementari, si è cercato di difendere, nel presente lavoro, l'importanza della conoscenza del punto di vista interno ed esterno. La riprovevolezza di una pratica culturale non dovrebbe essere un ostacolo nel cercare di comprendere le ragioni altrui, si tratta di impegnarsi in dialoghi interculturali per conoscere le radici profonde su cui si fonda una determinata pratica. Solo in tal modo sarà possibile valutare se la pratica può o meno essere tollerata alla luce dei principi costituzionali; ma, soprattutto, risulta essenziale svolgere quell'esercizio democratico cercando di comprendere le ragioni di chi è culturalmente diverso. La mancata esecuzione di siffatto esercizio può ripercuotersi nel processo penale e le sue conseguenze intanto saranno percepite solo come un'ostilità della maggioranza, un'imposizione di una cultura dominante sui gruppi minoritari; la pena non svolgerà alcun effetto di prevenzione generale o speciale.

In effetti, una sanzione che tiene conto del fattore culturale consente l'identificazione collettiva con il sistema di valori protetti dal sistema giuridico. Vale a dire, il gruppo culturale percepisce che, nonostante la differenza di valori, l’ordinamento giuridico li prende in considerazione e può persino omologarli con i valori protetti dal sistema attraverso un re-invio ai principi costituzionali, rendendo possibile – ed efficace - l'idea di una costituzione plurale, aperta alle differenze e costitutiva di un vero patto sociale.

Tale identificazione di valori influisce sulla coscienza collettiva del gruppo culturale permettendo sia il riconoscimento del sistema normativo che delle sue conseguenze giuridiche; quindi, le sanzioni verrebbero considerate più eque. Al contrario, quando il fattore culturale non viene preso in considerazione, la comunità avvertirà l'ordinamento e le sue sanzioni come ingiuste, coltivando soltanto sentimenti di rabbia, odio e risentimento. Lo stesso accade in termini di prevenzione

speciale; l'individuo si identifica con le norme del sistema giuridico che riconoscono le specificità culturali dei singoli e che, in certi casi, potranno scusare il comportamento criminale oppure attenuarlo. In tal caso la sanzione verrà considerata giusta e adatta alla propria particolarità culturale. Una sanzione di questo tipo consente la rieducazione e, viceversa, quella che non prende in considerazione il fattore culturale verrà solo subita dal condannato, generando insofferenza e ribellione anziché un effetto di risocializzazione. Risulta indubbio che quanto più «i valori consacrati dall'ordinamento" (attraverso la sanzione della pena) si mostrano in sintonia con le valutazioni culturali diffuse tra i destinatari delle norme penali, tanto più l'opera di "sensibilizzazione" a tali valori sarà agevole e capillare, e tanto più aumenterà la probabilità che la pena inflitta potrà essere compresa dal condannato, contribuendo a distoglierlo dalla commissione di ulteriori reati[708]».

Ritornando al legame tra cultura e diritti umani, in particolare nei "casi limite", va ricordato che le culture non sono immutabili, ma cambiano e si adattano alle nuove realtà. Le pratiche che ledono i diritti umani possono anche essere abbandonate; e un mezzo per raggiungere siffatto obiettivo non è la sanzione penale, ma il dialogo, il consenso, l'apertura democratica, l'apertura alla conoscenza delle ragioni dell'altro, ma non solo dal nostro punto di vista esterno, bensì sforzandosi di comprendere il suo particolare punto di vista.

Precedentemente è stato evidenziato che quando i moventi culturali sono riconosciuti nel dibattito pubblico, nonché nella sfera penale, è possibile sottoporli a critica. L'individuo, in uno Stato aperto al dialogo interculturale, può sottomettere alla capacità di giudizio i propri comportamenti. La cultura determina la capacità di scelta dell'individuo, ma non la sua capacità di sviluppo razionale. Quando gli argomenti culturali vengono analizzati, valutati e confrontati si rende possibile anche il perfezionamento della *propria idea di vita*[709], mentre quando essi, nella sfera pubblica, vengono condannati senza sottoporli ad un giudizio razionale, si cristallizzano nell'inconscio individuale e collettivo[710].

[708] BASILE, *Società multiculturale, immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 124.
[709] KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit. p. 146 ss.
[710] HÖFFE, cit., p. 119.

Abbandonare le pratiche culturali che ledono i diritti umani non è affatto agevole, in quanto si tratta di pratiche profondamente radicate nell'inconscio collettivo, consolidate da generazioni, e che svolgono un'importanza primaria nella vita collettiva. Lo strumento penale, in questi casi, è chiaramente inutile, perché non influisce su quelle forti considerazioni che portano gli individui alla realizzazione di una certa pratica culturalmente orientata. La sanzione penale garantisce soltanto la stigmatizzazione e l'esclusione dei gruppi che svolgono siffatte pratiche. La politica sociale è sempre la migliore politica criminale[711].

Il modo più efficace per abbandonare tali pratiche è incidere sulle profonde ragioni che le sorreggono, sulle loro basi, sui loro fondamenti storici, sociali e culturali. Si è consapevoli che tale risultato può essere raggiunto solo attraverso il dialogo e lo scambio di ragioni, ma non "imponendo le proprie ragioni sull'altro", bensì ascoltando e comprendendo il punto di vista interno per comprendere veramente qual è la forza che le credenze esercitano sull'individuo.

Un processo come questo permette agli individui di creare un legame che li avvicina tra di loro. Lèvinas sosteneva che il rapporto di solidarietà si crea nel caso di *prossimità con l'altro*[712]. Un legame di questo genere, senza dubbio, può essere più efficace per abbandonare le pratiche che vulnerano i diritti umani, piuttosto che la minaccia della sanzione penale.

Una posizione come questa, inoltre, è coerente con una difesa del principio democratico, il quale non dipende affatto dalla coincidenza delle ragioni; democratico, infatti, non è un sistema che combina l'interesse o la volontà di tutti i suoi membri, ma un sistema in cui è possibile generare il più ampio processo di scambio di ragioni. In un sistema democratico, le differenze e i problemi vengono superati attraverso soluzioni pacifiche e ragionate, nelle quali si prendono in considerazione preferenze, interessi e opinioni diversi. Si tratta di uno scambio deliberativo tra le ragioni proprie e altrui, ponendoci anche dal punto di vista interno dell'altra persona e accettando come possibilità altri modi di comprendere il mondo.

---

[711] MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 78 ss.
[712] LEVINAS, *Dall'altro all'io*, trad., it. A. PONZIO, Sesto San Giovanni 2002, p. 112.

Attraverso un processo come questo, inoltre, si ottiene la legittimità sia nella creazione di nuove fattispecie penali sia in riferimento alla sanzione e alla sua funzione di reinserimento sociale. La democrazia è differenza, è pluralità; la sua virtù non è nel consenso, ma nell'apertura e nella possibilità di dissenso.

«La moltiplicazione delle differenze arricchisce le prospettive, perché ciascuno dei partecipanti – ogni soggetto e ciascun gruppo - fornisce le proprie conoscenze, una conoscenza formulata dall'esperienza di una particolare condizione storica, culturale, razziale, sessuale, religiosa, ecc. Il progressivo ampliamento delle prospettive del dialogo arricchisce il senso critico della cittadinanza e promuove la qualità discorsiva della conversazione che si svolge nel forum pubblico. Più differenza, più democrazia[713]».

Nei processi democratici, vale la pena ribadirlo, ciò che conta non è la decisione raggiunta, ma il processo stesso della discussione, dello scambio di ragioni. Attraverso questo processo, i partecipanti possono comprendere i benefici o i danni derivanti da un determinato comportamento, le ragioni che supportano una determinata norma giuridica e i valori fondamentali che si cercano di proteggere. Allo stesso tempo, ciò permette allo Stato di conoscere le profonde ragioni che supportano una certa pratica culturale e di valutarla in modo più equo. Quando si confrontano diverse prospettive, interessi e valori, si riconosce anche la relatività dei propri argomenti e la possibilità di dubitarne per adottare altre posizioni più appropriate. Solo in questo modo è possibile incidere sulle ragioni alla base di una pratica culturale e, al contempo, fornire legittimità alle decisioni pubbliche.

Un altro aspetto sul quale è necessario riflettere è il principio di uguaglianza. Normalmente questo è inteso solo nel suo aspetto procedurale, cioè nella necessità che le stesse regole giuridiche siano applicate a tutte le persone allo stesso modo. Da questo punto di vista, il multiculturalismo è visto come una minaccia, perché si ritiene contrario all'uguaglianza stabilire “aree di eccezione” o “privilegi” per alcune persone, come potrebbe essere la considerazione del fattore culturale all'interno del processo penale.

[713] GREPPI, cit., pp. 132-133.

Una posizione come questa riteniamo che debba essere superata perché considera solo l'aspetto superficiale dell'uguaglianza e non quello sostanziale. Il presupposto di questo principio è il trattamento uguale riservato a tutti, indipendentemente da razza, sesso, cultura o religione. Tuttavia, siffatto presupposto parte dalla considerazione di un modello ideale di essere umano, in cui tutti questi fattori (l'età, il sesso, la religione o la cultura) non contano. Il punto di partenza è una ideale "posizione originale", come sottolineava John Rawls[714].

In realtà non è così; tutte queste differenze pesano e collocano ciascuno degli individui in posizioni disuguali di fronte al sistema giuridico. Come abbiamo sottolineato, seguendo il pensiero di Zaffaroni, vi sono soggetti che si trovano in una situazione di vulnerabilità particolare e, al fine di superare queste vulnerabilità, devono fare uno sforzo maggiore per trovarsi in una posizione realmente uguale rispetto a coloro che non soffrono di quella vulnerabilità. Un indigeno messicano, oggigiorno, non ha le stesse condizioni di uguaglianza che gli garantirebbero l'accesso a tutte le opportunità della società; la discriminazione, l'esclusione sociale, la precarietà nell'istruzione, la povertà estrema, il monolinguismo e molte altre caratteristiche lo rendono più incline a commettere atti illeciti o, a parità di condotta, più esposto all'azione penale, alla condanna ed all'esecuzione della pena rispetto ad una persona bianca, benestante e con una profonda istruzione.

Per questo motivo, al fine di garantire lo stesso punto di partenza a tutti gli individui è necessario prendere in considerazione le motivazioni culturali del soggetto che lo hanno spinto a commettere un certo reato. «Trattare una persona che è cresciuta in una cultura straniera in modo diverso non dovrebbe essere considerato come un esercizio di favoritismo, ma piuttosto come la manifestazione dei principi di correttezza e di uguaglianza, che sono alla base di un sistema di giustizia individualizzata. Un nuovo immigrato, infatti, a differenza di un cittadino nato ed educato nel Paese, non ha avuto le stesse opportunità di assorbire e di capire la

[714] Cfr., RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad., it. S. Maffettone, Milanoo 2008, cap. 3.

cultura del sistema dominante: il principio di giustizia individualizzata dovrebbe perciò "tener conto di questo fattore"[715]».

Il rispetto del principio di uguaglianza, considerato nel suo aspetto sostanziale, può essere notato quando si giudica una persona che orienta il suo comportamento secondo motivazioni culturali. Non può essere considerato uguale il grado di rimprovero ad es., di chi lede una persona per volontà sadica rispetto a quello di chi realizza un segno, una cicatrice o addirittura la mutilazione genitale femminile costretto dalle pratiche consuetudinarie seguite nel gruppo culturale. Per queste ragioni, un sistema di giustizia penale che aspiri ad essere equo non può rifiutare di dare rilevanza al fattore culturale.

Un altro argomento che vorrei riprendere, e che è già stato spiegato nel primo capitolo, è quello riguardante il ruolo del giudice. Nei reati culturalmente orientati, il lavoro del giudice gioca un'importanza fondamentale, perché è lui, attraverso le informazioni fornite dagli studi etnici, antropologici, sociologici e storici, che può valutare se la condotta realizzata può essere considerata riconducibile ad una situazione scusante oppure può incidere sulla misura della pena. Questa situazione può generare una relativizzazione del diritto, nel senso che alcuni casi vengono risolti in un modo e altri in uno diverso. Ma ciò non è del tutto vero, in quanto, oltre ai giudici ordinari, vi sono istanze superiori, come la Cassazione e la Corte costituzionale, che svolgono un ruolo "correttore" delle decisioni prese dai giudici ordinari ed è una situazione che si presenta in tutti i casi, non solo in rapporto ai reati culturalmente orientati.

Spetta a tutti i giudici, nel rispetto del principio *pro persona*, privilegiare quelle interpretazioni che massimizzano i diritti fondamentali e, nel caso della cultura, che consentono di rendere una determinata pratica conforme a principi costituzionali. Quando ciò non è possibile, vi sarà l'imposizione della sanzione, ma modulandola secondo le particolari caratteristiche di ciascun caso. Quest'idea generale ci permette anche di fornire una linea generale in rapporto ai procedimenti penali per reati culturalmente orientati.

[715] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati, cit.,* pp. 130-131.

I giudici, nonché lo stesso legislatore, sono esseri umani e, per tanto, fallibili. Nel diritto non esiste soltanto un'unica "risposta corretta", gli operatori non sono macchine. Il diritto è un costrutto sociale, umano e, dunque, anche fallibile, sempre volto ad un maggiore perfezionamento. Lo strumento del giudice non è la infallibilità, ma la forza dei suoi argomenti. In questo modo, il giudice potrà giustificare una determinata pratica culturale, sempre che, con la forza dei suoi argomenti, possa conciliarla con i principi costituzionali.

La considerazione del fattore culturale all'interno delle tradizionali categorie del reato ha permesso anche di considerare che quel fattore può essere valutato – sia nel sistema messicano che in quello italiano – all'interno delle categorie della tipicità, l'antigiuridicità e la colpevolezza, oltre ad essere un fattore determinante al fine di individuare la punibilità.

All'interno della tipicità, come ampiamente riportato, è possibile realizzare interpretazioni diverse circa gli elementi normativi-culturali della fattispecie. Siffatta possibilità è dovuta all'indeterminazione del linguaggio e si realizza soprattutto quando la fattispecie penale prevede elementi il cui contenuto può essere determinato soltanto tramite un rinvio alla cultura.

Utilizzando lo stesso ragionamento, il bene giuridico può essere analizzato alla luce del profilo multiculturale. Il diritto penale protegge quei beni considerati di particolare importanza e che, per tale ragione, devono essere protetti. Il contenuto dei beni giuridici dipende – è necessario ribadirlo - dal sistema di valori sul quale si fonda la vita sociale. I beni giuridici, come ampiamente dimostrato, evolvono con il tempo, con le situazioni economiche, tecniche, scientifiche e culturali. Allo stesso modo, il loro contenuto dipende dalle contingenze storiche. Un esempio lampante ed attuale rimanda al fenomeno migratorio nei Paesi europei e al potenziamento dell'autonomia indigena nel contesto latinoamericano. Il bene giuridico è condizionato socialmente e storicamente[716].

[716] MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general,* 5° ed. Valencia 2002, p. 60. Questa impostazione non postula un'idea sistematica di valore, assolutamente pre-data, in base alla quale ricostruire un ordine normativo in via assiomatico-deduttiva. S'intende configurare un sistema "aperto", che sia cioè capace di adattarsi alle concrete contingenze della tutela penale, tenendo effettivamente presente la realtà entro cui è chiamata ad adoperare. Le valutazioni ordinamentali non sono, dunque, cristallizzate in un modulo normativo immodificabile, ma attraverso la clausola aperta dell'art. 2 Cost., è

Per quanto riguarda la colpevolezza, questa si fonda sul rimprovero realizzato nei riguardi di una condotta considerata illecita. Si presuppone che l'individuo poteva comportarsi in un modo diverso (lecito) e tuttavia alla fine si è deciso per un comportamento vietato dall'ordinamento giuridico, il che rende riprovevole la sua condotta. Si tratta di una valutazione altamente soggettiva nella quale si devono prendere in considerazione tutti i fattori che hanno precedentemente condizionato l'autore a realizzare il comportamento illecito[717].

Il giudizio di colpevolezza, pertanto, presuppone l'accettazione di certe "linee guida" considerate *a priori* corrette (il "come" si dovrebbe comportare l'uomo medio) e, sulla base di esse, viene valutato il comportamento del soggetto. In una società multiculturale non può più difendersi il mito dell'uomo medio, perché l'umanità non è omogenea, è culturalmente diversa. A questo punto forse sarebbe più corretto parlare di responsabilità e fondare il rimprovero penale direttamente sulla condotta e sul danno concreto ad un bene giuridico protetto dall'ordinamento, invece di cercar trovare quel rimprovero in considerazioni astratte come il "libero arbitrio" o il "comportamento dell'uomo medio".

Attraverso un'idea della colpevolezza intesa come responsabilità è possibile ritenere che chi commette un reato culturalmente orientato non lo realizza per la sua cultura, etnia o religione, che lo collocherebbe in una situazione di ignoranza o errore. Idee di questo genere ci portano a false generalizzazioni e pregiudizi come quelle secondo cui i Rom rubano, i musulmani picchiano le donne o gli africani mutilano le bambine. Chiunque realizza un reato culturalmente motivato non lo fa per il fatto di essere Rom, musulmano o africano, ma lo fa perché il suo comportamento è stato determinato da modelli di condotta al cui interno è cresciuto e che assume come corretti. Va rilevato che lo stesso comportamento potrebbe essere realizzato da chiunque abbia avuto come riferimento quei modelli di condotta, ma non per il fatto di essere africano, musulmano o Rom. Quando la persona commette un reato, fondare il rimprovero sulla responsabilità specifica per i danni

possibile un loro adeguamento all'evoluzione dei rapporti sociali". MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali*, cit., p. 1742.

[717] DÍAZ ARANDA, *Lecciones de derecho penal para el nuevo sistema de justicia en México*, México 2014, p. 173.

causati consentirebbe di escludere tali considerazioni. Ancora nel settore della colpevolezza, la nostra ricerca ci ha permesso di intravedere che, in Messico come in Italia, il fattore culturale può essere ampiamente considerato all'interno della figura dell'errore, il quale può incidere sulla colpevolezza nel caso che sia invincibile e dovuto a circostanze come l'isolamento sociale, un'assoluta mancanza di integrazione o l'estrema precarietà nelle condizioni di vita. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, coloro che commettono un reato culturalmente motivato sanno perfettamente che il loro comportamento è proibito dalla legge penale e nonostante ciò decidono di realizzarlo per considerazioni culturali che ritengono superiori. In altri termini, l'individuo non si trova veramente in una situazione di errore e ignoranza. Si tratta di un chiaro conflitto normativo tra due sistemi, quello culturale e quello giuridico.

Per tale ragione, si ritiene che la categoria più appropriata per la valutazione del fattore culturale dovrebbe essere l'antigiuridicità, in quanto tale fattore potrebbe dar luogo all'applicazione di una causa di giustificazione come l'esercizio di un diritto, l'adempimento di un dovere, oppure uno stato di necessità giustificante. Uno scenario che, nel caso del Messico, è consentito fintanto che i sistemi culturali indigeni sono riconosciuti come legali, diversamente da quanto avviene in Italia.

Un riconoscimento dei sistemi culturali degli immigrati nel contesto italiano è chiaramente impossibile ma, forse, in una perspettiva di riforma, potrebbe trovare spazio all'interno delle quasi scriminanti, oppure, attraverso la normativa vigente, mediante una ponderazione tra il diritto fondamentale alla cultura e la condotta concreta realizzata (la quale, sul piano pratico, potrebbe essere difesa soltanto in situazioni in cui il bene giuridico protetto non si riferisca ad un diritto fondamentale).

Infine, per quanto attiene alla punibilità, sia in Messico che in Italia si consente l'attenuazione della pena in considerazione dei motivi di particolare valore morale o sociale. Tuttavia, siffatta prospettiva dovrebbe essere considerata come ultima risorsa, poiché comporta una rimodulazione della pena, ma non permette l'esclusione del reato. In altri termini, è una categoria che consente di attenuare la punizione, ma non permette di considerare il fattore culturale come una situazione

che escluda il reato. La punibilità è imposta come corollario a fronte di una valutazione democratica minima della diversità culturale e della dignità umana, ma non è la categoria preponderante che dovrebbe essere utilizzata.

È indubbio che la realtà italiana e messicana sono completamente diverse. Il fenomeno multiculturale è dovuto ad origini differenti e questo spiega il diverso modo di intendere siffatto fattore in Messico. Tuttavia, non spiega la situazione italiana e quella di molti altri Paesi europei.

In Europa le minoranze etniche, linguistiche e religiose difficilmente potrebbero aspirare a una sorta di diritto all'autodeterminazione al fine di ottenere l'applicazione di particolari sistemi normativi. Le minoranze cercano soltanto spazi per l'espressione delle loro differenze culturali e, concretamente nel settore penale, affinché queste possano essere prese in considerazione nel momento in cui si delinei un reato culturalmente orientato.

Come ampiamente affermato, il multiculturalismo in Europa presenta un'origine diversa, dovuta principalmente al fenomeno migratorio. Tale fenomeno permetterebbe di modulare il trattamento che può riservarsi alle minoranze culturali, ma non permette di spiegare – alla luce dei grandi progressi nei diritti umani - l'indifferenza, il disprezzo e il razzismo che, non di rado, si riflette anche all'interno dei sistemi normativi (come si è dimostrato nel caso del reato di mutilazione genitale femminile oppure in riferimento al reato di immigrazione clandestina).

Il multiculturalismo – è opportuno precisarlo - non dovrebbe essere considerato come un problema, bensì come una realtà innegabile che è sempre esistita e sempre esisterà. Piuttosto che guardare al diverso come un nemico, la democrazia, i diritti umani, il costituzionalismo garantista e il diritto penale liberale ci dovrebbero far scorgere in questo fenomeno non un problema, ma la più grande ricchezza dell'umanità. Si tratta di un percorso che certamente non è facile, ma almeno più giusto di quello fondato sull'odio contro il diverso. «Sebbene il mondo delle apparenze sia, in realtà un mondo di semplici ombre riflesse sui muri della nostra caverna, andiamo sempre più in là; e mentre la verità è nascosta nelle profondità, come diceva Democrito, è anche vero che possiamo sondare le

profondità [...] la chiarezza e la distinzione non sono criteri di verità, ma l'oscurità e la confusione possono indicare gli errori [...] i nostri stessi errori ci forniscono le piccole luci che ci aiutano nel buio della nostra oscurità[718]».

[718] POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 52.

Bibliografia

ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires 2003.

ALEXY, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, in CARBONELL e GARCÍA (a cura di), *El canon neoconstitucional*, Bogotá 2010.

ALEXY, *El concepto y la validez del derecho,* trad. J.M. Seña. 2ª ed., Barcelona 2004

ALEXY, *El no positivismo incluyente*, in *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 2013

ALEXY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales,* in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 66, 2002

ALEXY, *On necessary relations between Law and morality*, in *Ratio Iuris*, n. 2, 1989

ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal, 2ª ed., Madrid 2012

ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* Bogotá 2003

AMATO, *Ripenalizzato l'accattonaggio, reato non necessario*, in *Guida al Diritto/Il Sole 24 ore*, n. 4, 12 gennaio 2019.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los Derechos humanos. Infibulación, excisión y otrras prácticas cruentas de iniciación,* Madrid 1998.

ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, trad., L. Rodríguez, Madrid 2005.

ANDERSON, *Imagined communities. Reflections on the origin and spread of nationalism*, London 2006.

ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983.

APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3, 2018

ATIENZA e RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4° ed., Barcelona 2007

ATIENZA, *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Barcelona 2006

ATIENZA, *El sentido del derecho*, Barcelona 2010

ATIENZA, *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997

ATIENZA, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*, in PEÑA e AUSIN DIEZ (a cura di), *Conceptos y valores constitucionalies*, Madrid 2016,

ÁVILA LINZÁN, *Barreras ideológicas para la valoración judicial de los peritajes antropológicos*, in *Crítica jurídica*, n. 31, 2011.

AVILA ORDÓÑEZ, *El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos*, in *American University International Law Review*, n. 4, 2013.

ÁVILA, *Neoconstitucionalismo: entre la "ciencia del derecho" y el "derecho de la ciencia"* in *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo. Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Constitucionalismo y principio de proporcionalidad*, T. V, Lima 2013.

BACIGALUPO, *Manual de derecho penal.* Parte general, Bogotá 1996.

BALBONI, *Abolizione della protezione umanitaria e tipizzazione dei casi di protezione: limite e conseguenze*, in CURI, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano" Il nuovo art. 669-bis c.p.del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 gennaio 2019.

BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale,* Milano 1963.

BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Buenos Aires 2004.

BARATTA, *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *La questione criminale*, 1976.

BARTOLI, *Multiculturalismo: disincanto o disorientamento del diritto?* in DE FRANCESCO, PIEMONTESE, VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino 2007.

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.

BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. Pen. Proc.,* 2006.

BASILE. *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2007.

BASILICO, *Error de prohibición culturalmente motivado: diversidad cultural y administración de justicia,* Buenos Aires 2007.

BAUMAN, *La società dell'incertezza,* Bologna 1999.

BELLATI, *Quale multiculturalismo. I termini del dibattito e la prospettiva di Will Kymlicka*, Milano 2005.

BELLUCCIO, *L'abrogazione della protezione umanitaria, i permessi di soggiorno per protezione speciale ed i nuovi titoli di soggiorno*, in CURI, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano" Il nuovo art. 669-bis c.p.del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 gennaio 2019.

BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della* legislazione, Torino 1998

BERLIN, *La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana*, México 2004.

BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid 2005

BERNAL PULIDO, *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales en la Constitución española?* in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2007

BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale*, in *Pol. Dir.,* 2007.

BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino 2006.

BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, Milano 2013

BIN*, diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale,* Milano 1992

BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1977

BOBBIO, *Le ragioni della tolleranza*, in *L'età dei diritti,* Torino 1992.

BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in COPPI (a cura di), *I reati sessuali,* Torino 2000.

BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, in *Nuevo Foro Penal*, n. 73*,* 2009.

BORJA JÍMENEZ, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, in *Diversidad cultural: conflicto y derecho: nuevos horizontes del derecho de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Valencia 2006.

BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multietnica e multiculturale: maltrattamenti e infanzia abusata in "dimensione domestica"*, in *Dir. imm. Citt.,* 2000.

BRICCHETTI e PISTORELLI, *Stretta sullo sfruttamento dei "mendicanti bambini"*, in *Guida al Diritto,* n. 33, 2009.

BRICOLA, *Dolus in re ipsa,* Milano 1960.

BRICOLA, *Teoria Generale del Reato. Estratto dal «Novissimo digesto italiano»*, v. XIX, Torino 1974.

BRIZZI, *Gli interventi del d.l. sicurezza in tema di pericolosità sociale: "ci sarà pure un giudice a Berlino"*, in *Il penalista,* 14 febbraio 2019.

BROECK, *Cultural defense and culturally motived crimes (cultural offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001.

BRUNELLI e SARTARELLI, *Tutela della religione e tutela del corpo: rapporti penalistici*, in CANESTRARI, FERRANDO MAZZONI, RODOTA, ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo,* T. II, Milano 2001.

BURNETT TYLOR, *The origins of culture*, New York 1958.

CADOPPI (a cura di), *Offensività e colpevolezza*, Padova 2002.

CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in FIANDACA e FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto,* Torino 2008.

CADOPPI, *Omissioni, liberalismo e paternalismo. Il caso dell'omissione di soccorso,* in FORTI, EUSEBI, BERTOLINO (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano,* Napoli 2011.

CANESTRARI, *Reati di pericolo*, in *Enciclopedia Giuridica,* v. XXIV, Roma 1991.

CANZIAN, *Profili di diritto intertemporale del decreto-legge n. 113/2018*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1, 2019.

CAPUTO, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009.

CAPUTO, *L'aggravante della presenza illegale dello straniero e del cittadino comunitario*, in *Quest. Giust.,* 2009.

CAPUTO, *La giurisdizione e i conflitti culturali*, in *Quest. Giust.*, n. 4, 2005.

CARCANO, *L'accattonaggio dei minori: tra delitto e contravvenzione*, in *Cass. pen.,* 2007.

CÁRCOVA, *La opacidad del derecho,* Madrid 1998

CARDENAS, *La argumentación como derecho*, México 2010

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca 1867.

CASTELLANI, *L'art. 49 c.p. tra tentativo e reato impossibile,* in *Cass. Pen.,* 1991.

CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una teoria costituzionalmente orientata,* Napoli 2017.

CATERINI, *La criminalización de lo diferente*, in *Revisa de derecho penal y criminología*, n. 8, 2016.

CATERINI, *Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza*, in *L'indice penale*, n. 2, 2016.

CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli 2004.

CAVALIERE, *Derecho penal máximo y diversión discrecional. Una hipótesis sobre neoliberalismo y política criminal, desde una perspectiva italiana*, in *Revista General de Derecho Penal,* n. 28, 2017.

CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e liberta manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016.

CAVALIERE, *Neoliberismo e politica criminale repressiva,* in *Rivista Costituzionalismo*, 1, 2018.

CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano1998.

CEREZO MIR, *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*, in *Revista de derecho penal y criminología*, n. 10, 2002.

CHÁVEZ PADRÓN, *El derecho agrario en México*, México 2010.

CHENAU, *Violencia y delitos sexuales entre los totonacas de Veracruz, México*, in CHENAUT, ORTIZ, e SIERRA (a cura di), *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización,* Quito 2011.

CHIMBO VILLACORTE, *El error de prohibición en la justicia indígena*, in *Revista de derecho penal y criminología*, n. 103, 2016.

CIERVO, *Le modifiche in materia di cittadinanza*, in CURI, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano" Il nuovo art. 669-bis c.p.del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 gennaio 2019.

CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América Latina*, México 1994.

CLIFFORD, *I frutti puri impazziscono. Etnografia, letteratura e arte nel secolo XX*, trad., it. M. Marchetti, Torino 1993.

COLOMBO, *Le società multiculturali*, Roma 2002.

CORSI, *Profili di illegittimità costituzionale*, CURI (a cura di), *Il decreto Salvini. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, Pisa 2019.

CRIMI, *Decreto sicurezza: lettura a caldo su DASPO sportivo e DASPO urbano*, in *il Quotidiano giuridico,* 9 ottobre 2018.

CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte General: nociones introductorias, teoría del delito*, Madrid 2002.

CURI (a cura di), *Il decreto Salvini. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, Pisa 2019.

CURI, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano" Il nuovo art. 669-bis c.p.del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 gennaio 2019.

D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano 1999.

D'IPPOLITO, *Kulturnormen ed evitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Cass. pen.,* 2012.

DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena,* Milano 2006.

DE LA CUESTA AGUADO, *Tipificación del riesgo y delitos de peligro*, in *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, 2007.

DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa 2010

DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale il caso americano*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005.

DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in DOLCINI e PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006.

DE MONTAIGNE, *Saggi*, vol. II, Milano 1992

DE SOUSA SANTOS, *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos,* in *Análisis Político,* n. 31, 1997.

DE SOUSA SANTOS, *Reinventar la democracia, reinventar el Estado,* Buenos Aires 2006.

DE TOLEDO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penale*s, t. 43, 1990.

DEMURO, *Il "diritto penale del nemico" e i diritti fondamentali nell'era del terrorismo*, in PASTORE e PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, Milano 2008.

DERRIDA, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*, Torino 2003

DÍAZ ARANDA, *Lecciones de derecho penal para el nuevo sistema de justicia en México*, México 2014.

DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale,* Milano, 2004.

DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato,* Milano 1991.

DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen*., n. 10, 2008.

DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione,* Padova 1996.

DURAND ALCÁNTARA e SILVA MALDONADO, *Los indios ante el derecho mexicano, un intrincado proceso*, in *Política y* Cultura, n. 35, 2011.

DWORKIN, *Cosa sono i diritti umani*, in *Ragion pratica*, 2007, II,

DWORKIN, *Justice for hedgehogs,* Cambdridge 2011

DWORKIN, *Questione di principio*, Milano 1989

DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge 1978

ERONIA e MAZZI, *Abuso e sfruttamento sessuale dei minori,* Milano 2015.

FABIETTI, *Culture in bilico. Antropologia del Medio Oriente*, Milano 2002.

FABIETTI, *Elementi di antropologia culturale,* Milano 2004.

FABILA, *Cinco siglos de legislación agraria en México,* México 1981.

FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari 2001.

FACCHI, *Politiche del diritto, mutilazioni genitali femminili e teorie femministe: alcune osservazioni*, in *Dir. imm. citt.,* n. 4, 2004.

FANON, *I dannati della terra*, trad., it. C. Cignetti, Torino 2007.

FAVALI, *Fra legge e modelli ancestrali: prime osservazioni sulle mutilazioni genitali in Eritrea,* Torino 2002.

FEINBERG, *The moral limits of criminal law. Harm to self,* v. III, New York 1986.

FEINBERG, *The moral limits of the criminal Law: Harm to Others,* v. I, New York 1984.

FEINBERG, *The nature and value of rights*, in *Journal of Value Inquiry*, n. 4, 1970

FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena 2018

FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010

FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad., P.A. Ibáñez, 7ª ed., Madrid 2010

FERRAJOLI, *Garantías*, in *Jueces para la democracia*, n. 38, 2002

FERRAJOLI, *Garanzie e garantismo penale*, in *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli 2014

FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in PASTORE e PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, Milano 2008.

FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Quest. Giust.,* n. 5, 2009.

FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Lecce 2013

FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia,* V. I, trad., it. P. Ibáñez, Madrid 2011.

FERRÉ OLIVÉ, *Diversidad cultural y sistema penal*, in *Revista Penal*, n. 22, 2008.

FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, 7ª ed., Bologna 2014.

FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e postsecolarismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007

FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1982

FIANDACA, *La rilevanza penale del "bacio" tra anatomia e cultura*, in *Foro It.* 1998.

FIANDACA, *Nuovi orizzonti della tutela penale della persona*, in CANESTRARI e FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?* Milano 2005.

FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza* n. 364, 1988, in *Foro it.,* 1988.

FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen*., 1994.

FIORE, *Il reato impossibile,* Napoli 1959.

FIORE, *La concezione realistica dell'illecito*, in VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Milano 1982.

FITZPATRICK, *The mythology of Modern Law,* London 2002.

FLORA, *Al vaglio della corte costituzionale il reato di mendicità*, in *Dir. pen. proc.,* n. 5, 1996.

FLORIS MARGADANT, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 18ª ed., México 2006.

FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990.

FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in HASSEMER, KEMPF, MOCCIA (hrsg), *In dubbi pro libertate. Festschrift für Klaus Volk Zum 65, Geburtstag,* Beck, München 2009.

FORNASARI, *Mutilazione genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in BERNARDI, PASTORE e PUGIOTTO. *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare.* Milano 2008.

FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. L. López Guerra, Madrid 1975

FORTE, *Parcheggiatori abusivi. Le novità introdotte dal d.l. sicurezza*, in *Il penalista*, 9 gennaio 2019.

FORTI e BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano 2005.

FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York 1963.

GALLI (a cura di), *Multicultualismo. Ideologie e sfide,* Bologna 2006.

GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento* in *Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche,* Torino 1951-1952.

GARCÍA AMADO, *Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo*, in CARBONELL (a cura di), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Madrid 2007.

GARCÍA FIGUEROA, *Principios y derechos fundamentales*, in BETEGÓN, LAPORTA, DE PÁRAMO e PRIETO SANCHIS (a cura di), *Constitución y derechos fundamentales,* Madrid 2004.

GARCÍA VITOR, *Culturas diversas y sistema penal*, in *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México 2005.

GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale,* Milano 1997.

GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona 1999.

GARZÓN VALDÉS, *No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia*, in *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofía morale politica,* Bologna 2003.

GARZÓN VALDÉS, *Representación y democracia*, in *Derecho, ética y política*, Madrid 1993.

GASCÓN ABELLÁN, *Los límites de la justicia constitucional: El tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación*, in LAPORTA (a cura di), *Constitución: problemas filosóficos,* Madrid 2003.

GATTA, *Aggravante comune per i reati commessi dallo straniero "clandestino"*, in SPANGHER (a cura di), *Decreto sicurezza: tutte le novità,* Milano 2008.

GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.,* n. 11, 2009.

GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2015.

GEERTZ, *Interpretazione di culture*, trad., it. E. Bona, Bologna 1998.

GEHLEN, *Prospettive antropologiche*, Bologna 1987.

GRANDE, *Bruciare il povero a Torino. Una riflessione a margine della legge Minniti-Orlando sulla sicurezza urbana*, in *Quest. Giust.,* 31 ottobre 2017.

GRANDE, *Hegemonic human rights and african resistance: female circumcision in a broader comparative*, in *Global jurist frontiers,* n. 2, 2004.

GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive di iure condendo*, in *Ind. Pen.*, 2007.

GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana,* in BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pen*a. Milano 2006.

GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional,* México 2001.

GUASTINI, *Revisione costituzionale: problemi di forma e sostanza*, in *Ragione pratica,* n. 3, 1994.

GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei "conflitti culturali"*, in *Studium iuris*, 2002.

GUISASOLA LERMA, *Tendencia expansiva de los delitos de peligro y garantías penales: especial referencia a los delitos de peligro abstracto*, in *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, 2008.

GUTMANN, *La identidad en democracia*, trad., E. Otero, Buenos Aires 2008.

HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, trad., it. J. Brague, Madrid 2003.

HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale,* trad., it. P. Ridola, Roma 1996.

HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad., M. Jiménez, Madrid 2010.

HABERMAS, *Morale, diritto e política*, Torino 1992

HABERMAS, *Reconstrucción interna del Derecho*, in *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad., M. Jiménez, Madrid 2010.

HART, *Contributi all'analisi del diritto*, Milano 1964.

HART, *The concept of law*, 2a ed., Oxford 1994.

HENDERSON, *Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Orden Interno: La Importancia del Principio Pro Homine*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* n. 39, 2004.

HERRERA MORENO, *Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina*, in *Revista de Derecho Penal*, n. 5, 2002.

HOBBES, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, Buenos Aires 1992.

HÖFFE, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, trad. S. Dellavalle, Torino 2001.

HOLMES, *The path of Law*, New York 1920.

HUNTINGHTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano 1997.

HUNTINGTON, *La nuova America. Le sfide della società multiculturale*, trad., it. R. Merlini, Roma 2005.

IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano 2003.

ISAIAH, *Il riccio e la volpe e altri saggi*, trad., G. Forti, Milano 1998.

ISTVAN, *The Distress of East European Small States*, in NAGY (coord), *Democracy, Revolution, Self-Determination*, New York 1991.

JAKOBS e CANCIO MELIÀ, *Derecho penal del enemigo*, Navarra 2006.

KALINSKY, *Justicia, cultura y derecho penal*, Buenos Aires 2000.

KANT, *Critica della ragion pura,* trad. G. Gentile, Bari 2018.

KANT, La paz perpetua, in *Fundamentación de la metafísica de las costumbres-Crítica de la razón Práctica-La paz perpetua,* México 1996.

KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. M.G. Losano, Torino 1966.

KRAEMER BAYER, *El derecho indígena y el sistema jurídico dominante. El caso de Oaxaca*, in CIENFUEGOS SALGADO (a cura di), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano,* México 2006.

KYMLICKA e STRAEHLE, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, trad., N. Torbisco, México 2001.

KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, trad. G. Gasperoni, Bologna 1999

KYMLICKA, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía,* trad., T. Fernández, Barcelona 2003.

KYMLICKA, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, trad. F. Beltrán. Barcelona 2009.

KYMLICKA, *Le sfide del multiculturalismo*, in *Il Mulino*, n. 46, 1997.

KYMLICKA, *Teoria e pratica del multiculturalismo d'immigrazione*, in CANIGLIA e SPREAFICO, *Multiculturalismo o comunitarismo?* Roma 2003.

LA MONACA, AUSANIA, SCASSELLATI, *Le mutilazioni genitali femminili. Aspetti socio-antropologici, giuridici e medico-legali e contributo casistico,* in *Riv. It. Med. Leg.*, XXVI, 2004.

LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza [seconda parte]*, in *Materiali per una storia della cultura* giuridica, 2012.

LA TORRE, *Universalità e relatività dei diritti fondamentali*, in *Ragione Pratica*, n. 23, 2004.

LACHENAL, *Las periciales antropológicas, una herramienta hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexiones en el caso de México,* in HUBER (a cura di)*, Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena,* Bogotá 2008.

LAPORTA, *El imperio de la Ley. Una visión actual*, Madrid 2007.

LAPORTA, *Sobre el concepto de derechos humanos*, in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 4, 1987.

LEVINAS, *Dall'altro all'io*, trad., it. A. PONZIO, Sesto San Giovanni 2002.

LOCKE, *Due trattati sul governo*, Pisa 2007.

LONGOBARDO, *Le mutilazioni genitali femminili,* in CILARDO (a cura di), *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea*, Napoli 2001.

LÓPEZ BÁRCENAS, *Legislación y derechos indígenas en México*, México 2010.

LÓPEZ BÁRCENAS, *Territorios, tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas en México*, in GONZÁLEZ GALVÁN (a cura di), *Constitución y derechos indígenas,* México 2002.

LÓPEZ BETANCOURT e FONSECA LUJÁN, *El derecho penal frente a la interculturalidad en México*, in *DIKE*, n. 18, 2015.

LUCARELLI, *Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensione dell'effettività. Per un diritto pubblico dell'economia*, in *Scritti di diritto pubblico europeo dell'ecoonomia*, Napoli 2016.

LUKES e JOPPKEM, *Multicultural questions,* Oxford 1999.

LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3° ed., Valencia 2016.

MAFFETTONE, *Liberalismo, multiculturalismo e diritti umani*, in CANIGLIA e SPREAFICO (a cura di), *Multiculturalismo o comunitarismo?* Roma 2003.

MAGE, *El bien jurídico y los delitos de peligro (con relación al medio ambiente y los daños acumulativos)*, in *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, 2008.

MALDONADO SMITH, *Multiculturalismo y derechos humanos en Italia, encrucijadas y perspectivas*, in *Revista General de Derecho Penal*, n. 29, 2018.

MALDONADO SMITH, *Torres de Babel. Estado, multiculturalismo y derechos humanos,* México 2015.

MANCINI, *I Rom tra cultura e devianza,* in *Dir. pen. proc.,* 1998.

MANCINI, *Società multiculturale e diritto italiano. Alcune riflessioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* n. 1, 2000.

MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale,* Torino 2005.

MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.,* n. 2, 2011.

MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.,* 2007.

MANZINI, *Trattato di diritto penale* italiano, Torino 1986.

MARGALIT e RAZ, *National Self-determination,* in *Journal of Philosophy,* 1990.

MARÍN, *Historia verdadera del México profundo*, Oaxaca 1997, p. 166; TODOROV, *La conquista de América. El problema del otro*, trad. F. Botton, México 1998.

MARINUCCI e DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 4ª ed., Milano 2015.

MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1983.

MARINUCCI, *voce "Antigiuridicità",* in *Dig. Disc. Pen.,* Vol. I, Torino.

MARTÍNEZ GERMINIANO, *La reforma procesal penal en Oaxaca, el Andamiaje*, Oaxaca 2012.

MARTINEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid 1997,

MASARONE, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in *Dir. pen. proc.,* 2014.

MASERA, *Profili di costituzionalità della nuova circostanza aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*, in *Corriere del Merito*, 2008.

MAUREIRA PACHECO, *Política criminal e indigenismo. Fundamentos jurídico-teóricos de la política criminal*, in *Indiana*¸n. 22, 2005.

MAZZA GALANTI, *I bambini degli zingari e il reato di maltrattamento in famiglia*, in *Quest. giust.,* 2003.

MAZZA, *I diritti degli aborigeni nel mondo contemporaneo,* in *I diritti fondamentali in Europa.* Milano 2002.

MAZZARESE, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione "politicamente scorretta"*, in *Ragion pratica,* 2010.

MCDONALD, *Circumcision and the Criminal Law: the Challenge for a Multicultural state,* in *New Zealand Uni. L. Rev*., 2004.

MENDONCA, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid 2005.

MILL, *Sulla libertà,* Milano 2000.

MILLER, *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*, trad. Á. Rivero, Barcelona, 1997.

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona 2010.

MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995.

MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. processo*, n. 5, 2016.

MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 2006.

MOCCIA, *Immigrazione criminalizzata*, in *Il Manifesto*, 23 maggio 2008.

MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* Napoli 2000.

MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018.

MOCCIA, *Tolleranza zero. Errori ed orrori nel pacchetto sicurezza*, in *Il Manifesto*, 26 agosto 2009.

MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Pádova 1988.

MOCCIA, *Vite da scarto*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2014.

MODOLELL GONZÁLEZ, *Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano)*, in *Anuario de Derecho Penal,* 2006.

MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in AGRÓ e MODUGNO (a cura di), *Il principio di unità nel controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 2° ed., Torino 1991.

MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes,* Madrid 2002.

MONTICELLI, *Le cultural defences (esimenti culturali) e i reati culturalmente orientati. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale,* in *Ind. pen.* 2003.

MORALES SÁNCHES e MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *Nuevas reglas para juzgar al indígena en México (caso de Jorge Santiago Santiago*), México 2014.

MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2002.

MORESO, *El reino de los derechos y la objetividad de la moral* in *Revista Virtual de la Facultad de Derecho,* n. 5, 2003

MORRONE e VULPIANI (a cura di), *Corpi e simboli: immigrazione, sessualità e mutilazioni genitali femminili in Europa*, Roma 2004.

MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general,* 5° ed. Valencia 2002.

MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, in *Revista Penal*, n. 16, 2005.

MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore,* Milano 1974.

NAHMAD SITTON, *Autonomía indígena y la soberanía nacional. El caso de la ley indígena de Oaxaca*, in GONZÁLEZ GALVÁN (a cura di), *Constitución y derechos indígenas,* México 2002.

NEPPI MODONA, *Il reato impossibile,* Milano 1965.

NIKKEN, *El concepto de derechos humanos*, in *Estudios de derechos humanos*, T. I, San José 1994.

NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona 1989.

NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires 2003.

ORTIZ ELIZONDO, *De fronteras disciplinarias: diálogos entre la antropología y la criminología*, in *Desacatos*, n. 57, 2018.

PACE, *Parere pro-veritate sulla legittimità costituzionale del cd. Decreto legge sicurezza e immigrazione*, in *Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione*, 22 ottobre 2018.

PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?* in *Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione,* 21 novembre 2018.

PAGLIARO, *"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. Pen.* 2010.

PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale,* Torino 2003.

PALAZZO, *Ignoranza della legge penale*, voce in *Dig. Disc. Pen.,* vol. VI, 1992.

PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in AA. V.V., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996.

PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Dir. proc. pen.,* 1998.

PALAZZO, *Raggionevolezza delle previsioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplodenti,* in Cass. Pen., 1986.

PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere difficili equilibri*, Milano 2001.

PALIERO, *"Minima non curat praetor" Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari.* Padova 1985.

PALIERO, *Il principio di effetività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.,* 1990.

PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.

PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari 2002.

PAREKH, *Repensando el multiculturalismo: diversidad cultural y teoría política,* Madrid 2005.

PARISI, *Cultura dell'altro e diritto penale,* Torino 2010.

PECCIOLI, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. proc., Speciale immigrazione* 1-2009.

PÉREZ DEL VALLE, *Sobre los orígenes del Derecho penal del enemigo*, in *Cuadernos de Política Criminal*, n. 75, 2001.

PIASERE, *I rom d'Europa. Una storia moderna,* Roma 2007.

PICCIONI, *Le nuove disposizioni di diritto penale sostanziale introdotte dal decreto sicurezza*, in *Il Penalista*¸18 dicembre 2018.

PIGNA, *Los mitos de la historia argentina 1. De los pueblos originarios y la conquista de América a la independencia,* Buenos Aires 2009.

PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción,* Madrid 2007.

PISTORELLI, *Commento alle disposizioni per il controllo delle armi*, in CRESPI, FORTI e ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario Breve al Codice Penale,* Padova 2008.

PITCH, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Quest. Giust.* n. 3, 2001.

PITTARO, *Impiego di minore nell'accattonaggio part time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?* in *Famiglia e diritto,* 2009.

PLATONE, *Leggi*, in *Tutte le opere,* Firenze 1974

POPPER, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, trad. N. Míguez, Barcelona 1991.

POPPER, *La lógica de la investigación científica*, trad. V. Sánchez de Zavala, Madrid 1980.

POPPER, *Tolleranza e responsabilità intelletuale,* in MENDUS e EDWARDS, *Saggi sulla tolleranza,* Milano 1990.

PRIETO SANCHIS, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales,* Madrid 2003

PROVERA, *Il giustificato motivo: la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010.

PROVERA, *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli 2018.

PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013.

PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1988.

RAMÍREZ, *La guerra silenciosa: despojo y resistencia. Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina,* Buenos Aires 2006.

RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad., it. S. Maffettone, Milanoo 2008.

RAZ, *Diritti umani senza fondamenti*, in *Ragion pratica*, n. 29, 2007.

RAZ, *El problema de la naturaleza del derecho*, in *Isonomía*, n. 3, 1995.

RAZ, *Multiculturalismo, a liberal perspective*, in *Dissent,* 1994.

RAZ, *Multiculturalismo: una concepción liberal*, in *La ética en el ámbito público*, trad. M.L. Melon, Barcelona 2001.

RAZ, *Razón práctica y* normas, trad. J.R. Manero, Madrid 1991.

RENAN, *Che cos'è una nazione?* trad., it. G. de Paola, Roma 2004.

RENTELN, *The Cultural Defense*, Oxford 2004.

RENTELN, *The use and abuse of cultural defense*, in FOBLETS e RENTELN, *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the cultural defense*, Oxford 2009.

RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* Torino 2019.

ROCCELLA, *Macellazione rituale e diritto islamico*, in FARRARI (a cura de), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica della comunità islamica in Italia*. Bologna 2000.

RODRIGUEZ, *Breve reseña de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas colombianas*, in PARDO SCHLESINGER e PARRA DURÁN (a cura di), *Teoría Constitucional Liber Amicorum en Homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá 2006.

ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo penale e limiti del diritto penale,* in CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits the criminal law. In ricordo di Joel Feinberg.* Milano, 2010.

RORTY, *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad*, in SHUTE e HURLEY, *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de* 1993, Madrid 1998.

ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres,* Buenos Aires 2008.

RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di "Immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2017.

RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali,* Milano 2012.

SALETTI SALZA, *I minori "nomadi" e le relazione economiche e sociali con i gagè. Qualche riflessione sull'accattonaggio tra i rom*, in *Minorigiustizia,* n. 3, 2008.

SÁNCHEZ BRINGAS, *Derecho Constitucional,* México 2004.

SANDEL, *Il liberalismo e i limiti della giustizia*, Milano 1994.

SANZ MULAS, *Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 2014.

SARTARELLI, *Il fattore culturale-religioso e il diritto penale: alcune osservazioni*, in DI MASI, FALCONE, LOCCHI, *Proposte per un diritto del terzo millennio,* v. 1, Perugia 2015.

SBRACCIA, *Effetti criminogenetici? Il decreto Salvini tra continuità e innovazione*, in CURI (a cura di), *Il decreto Salvini. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, Pisa 2019.

SCAFI, *La modifica di singole norme incriminatrici e l'introduzione di nuove fattispecie di reato*, in RAMACCI e SPANGHER, *Il sistema della sicurezza pubblica,* Milano 2010.

SCALIA, *Le modifiche in materia di tutela dei minori*, in *Dir. pen. proc.,* 2009.

SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano 1965.

SCHIAFFO, *Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.

SCHIAVONE, *Jus. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005.

SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas*, 2014.

SCOLETTA, *Nuovo delitto di minori nell'accattonaggio; Sequestro di persona: nuove circostanza aggravanti e attenuanti*, in AA.VV, *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009.* Milano 2009.

SELLA, *Alcuni riflessi penalistici dell'enigma multiculturale: considerazioni in tema di cause di giustificazione, scusanti e funzione della pena,* Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Trento, 2009.

SELLA, *Le mutilazioni genitali femminili come cultural orientated crime. Note di diritto italiano e comparato*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2007.

SELLIN, *Culture conflict and crime,* New York 1938.

SHWEDER, *Why Do Men Barbecue? and Other Postmodern Ironies of Growing up in the Decade of Ethnicity*, in *Daedalus,* n. 1, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid 2001.

SILVESTRONI, *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires 2004.

SIMONI (a cura di), *Stato di diritto e identità ROM,* Torino 2005.

SMITH, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México 1994.

SÓFOCLES, *Antígona*, Santiago de Chile 2001.

SORIANO GONZÁLEZ, *El derecho a un sistema jurídico propio y autónomo en los pueblos indígenas de América Latina*, in *Universitas Revista de Filosofía, derecho y política,* n. 16, 2012.

SORRENTINO, *L'interesse minorile e il principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale,* in *Cass. Pen., 1989.*

SPANGHER, *Incostituzionalità della mendicità non invasiva*, in *Dir. pen. proc.,* n. 2, 1996.

STELLA, *La giustizia e le ingiustizie,* Bologna 2006.

STUART MILL, *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Mexico 2006.

TAYLOR e HABERMAS, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. it. L. Ceppa, Milano 2003.

VALBONESI, GUERRI, MARTIELLO, PALMA, *Gli interventi concernenti la parte speciale del codice penale: novità e rivisitazioni*, in GIUNTA e MARZADURI (a cura di), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica,* Milano 2010.

VALLADARES DE LA CRUZ, *El peritaje antropológico: los retos del entendimiento intercultural*, in BAEZA ESPEJEL (a cura di), *Pueblos indígenas debates y perspectivas*. México 2010.

VALLINI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare,* in DE FRANCESCO, PIEMONTESE, VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino 2007.

VÁZQUEZ, *Teoría del derecho,* México 2008

VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza,* Torino 2000.

VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in PASTORE e PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, Milano 2008.

VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*. *Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti,* Milano, 2000.

VIGO, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires 1993.

VIOLA e ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari 1999.

VIOLA, *¿Los derecho humanos, son derecho naturales?* in *Quaestio iuris*, n. 2, 2013.

VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino 1987.

VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano 2006.

WALZER, *On toleration*, in *The journal of politics,* n.5, 1998.

WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, trad. J. Medina, Madrid 2002.

WILLIAMS, *La Dolorosa prisión del Lenguaje de los Derechos*, in *La Crítica a los Derechos*, Bogotá 2003.

YRIGOYEN FAJARDO, *De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento*, in *El otro derecho*, n. 40, 2009.

YRIGOYEN FAJARDO, *Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*, in *Pena y Estado*, n. 4. 2010.

ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho penal. Parte General,* Buenos Aires 2005.

ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: Da Satana al diritto penale cool*, in DOLCINI e PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006.

ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, Napoli 1994.

ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2003.

ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Madrid 2006.

ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal,* Buenos Aires 2005.

ZAFFARONI, *Manual de derecho penal. Parte General*, 6ª ed. Buenos Aires 2001.

ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal. Parte General,* t. IV, Buenos Aires 1999.

ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992

ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*. *Tre capitoli di giustizia* costituzionale, Bologna 2017

ZARCO, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente [1856-1857],* México 1956.