

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



Dottorato di ricerca in Sistema Penale Integrato e Processo

XXVI ciclo

Tesi di Dottorato

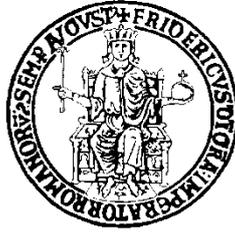
**I riflessi penalistici della “questione multiculturale”: le
implicazioni dogmatiche e i problemi di politica criminale**

Relatore
Ch. mo Prof. Antonio Cavaliere

Dottoranda
Claudia Santoro

Coordinatore del corso di dottorato Ch. mo Prof. Sergio Moccia

anno accademico 2013-2014



Candidata: Claudia Santoro

I riflessi penalistici della “questione multiculturale”: le implicazioni dogmatiche e i problemi di politica criminale

Relatore Ch. mo Prof. Antonio Cavaliere

Coordinatore del corso di dottorato Ch. mo Prof. Sergio Moccia

Indice

CAPITOLO PRIMO

MULTICULTURALISMO E DEMOCRAZIA

1.	La questione multiculturale: le origini.....	5
2.	Teorie multiculturali e definizione del concetto di “cultura”.....	11
2.1.	Il concetto di cultura nella sua accezione antropologica. Dalla definizione di Edward Taylor alle “rivoluzioni” di Clifford Greetz e James Clifford.....	13
2.2.	“Diritti collettivi”, “diritti culturali”, “diritti di gruppo”: precisazioni terminologiche.....	16
2.3.	La politica del riconoscimento e il caso del Québec. La cultura come “autenticità”.....	17
2.4.	La democrazia <i>procedurale</i> di Jürgen Habermas. La cultura come “creolizzazione”.....	25
2.5.	Diritti differenziati in funzione dell’appartenenza di gruppo: l’impostazione di Will Kymlicka. Il concetto di cultura nella sua accezione <i>etnica</i>	29
3.	Liberalismo vs comunitarismo: rilievi critici.....	37
4.	La nozione penalmente rilevante di <i>cultura</i> e la definizione di <i>reato culturalmente motivato</i>	40
5.	Multiculturalismo e pluralismo nella Costituzione italiana.....	43
5.1.	Il diritto all’identità culturale e gli altri diritti fondamentali.....	46
6.	Società multiculturali e modelli penali.....	52
6.1.	L’irrelevanza penale del fattore culturale secondo il modello assimilazionista di stampo francese.....	54
6.2.	Il modello multiculturale di matrice anglosassone. Cenni intorno alle <i>cultural defenses</i>	57
6.3.	L’Italia: in bilico tra discriminazione e accettazione delle differenze culturali.....	60
7.	I possibili risvolti negativi delle politiche multiculturaliste.....	65
7.1.	Il multiculturalismo danneggia le donne?.....	68
8.	Gli inconvenienti dell’assimilazionismo.....	73
8.1.	Il temperamento in sede giurisprudenziale delle politiche assimilazioniste.....	75

CAPITOLO SECONDO

IL SISTEMA PENALE ITALIANO DAVANTI ALLA SFIDA DEL MULTICULTURALISMO: TRA LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA

1.	Il “localismo” e la “non-neutralità culturale” del diritto penale.....	78
2.	L’omogeneità culturale del codice Rocco.	82
3.	Le mutilazioni genitali femminili: origini e motivi delle pratiche.	84
3.1.	Il contrasto del fenomeno delle mutilazioni. Dichiarazioni internazionali, provvedimenti europei e divieti nazionali.	87
3.2.	La normativa italiana. Incongruenze dommatiche e carenze politico-criminali.	89
3.2.1.	Prospettive <i>de iure condito</i> e <i>de iure condendo</i>	98
4.	Il fenomeno della mendicizia infantile. Le comunità <i>rom</i> tra storia, cultura e criminalità.	100
4.1.	L’impiego di minori nell’acattonaggio: da contravvenzione a delitto.....	105
4.1.1.	I profili problematici dell’intervento legislativo.	111
4.1.2.	Art. 600- <i>octies</i> c.p. e scriminante dell’esercizio di un diritto.....	117
5.	La proposta di un’aggravante per i reati culturalmente motivati.....	118
6.	Reati culturalmente motivati e orientamenti della giurisprudenza.	123
6.1.	Gli <i>honour killings</i>	124
6.1.1.	L’omicidio premeditato di Hina Saleem.	127
6.1.2.	Aggravante dei motivi abietti o futili, cause d’onore e principi costituzionali.	131
6.2.	I delitti contro la famiglia e la libertà sessuale. I maltrattamenti e la violenza sessuale intra-coniugale.....	136
6.3.	Maltrattamenti in famiglia, abuso dei mezzi di correzione e <i>ius corrigendi</i>	142
7.	Un bilancio provvisorio sugli attuali orientamenti legislativi e giurisprudenziali in materia di reati culturalmente motivati.....	150

CAPITOLO TERZO

MOTIVO CULTURALE E STRUTTURA DEL REATO. PROSPETTIVE *DE LEGE LATA* E *DE LEGE FERENDA*

1. Premessa.....	153
2. Motivo culturale e tipicità. Il problema delle deroghe al principio di territorialità della legge penale.	156
2.1. L'appartenenza religiosa come "giustificato motivo" che esclude la tipicità.	161
2.2. Dolo e coscienza dell'offesa. Reati naturali vs reati artificiali.	167
3. Motivi culturali ed antigiusuridicità. La rilevanza del consenso dell'avente diritto e le situazioni c.d. quasi-scriminanti.	173
3.2. L'operatività della scriminante dell'esercizio di un diritto.	181
4. L'incidenza del motivo culturale sulla colpevolezza/responsabilità. L'ignoranza inevitabile della legge penale.	182
4.1. Il ricorso alla categoria dell'inesigibilità.	183
4.2. L'inesigibilità come criterio di "graduazione" della colpevolezza/responsabilità. Le situazioni c.d. quasi-scusanti e il riconoscimento del fattore culturale nella determinazione della risposta sanzionatoria.	189
5. La rilevanza del 'motivo culturale' a livello di punibilità.	193
6. Considerazioni conclusive. Il dialogo politico come principale soluzione dei conflitti interculturali.	195
BIBLIOGRAFIA	196

CAPITOLO PRIMO

MULTICULTURALISMO E DEMOCRAZIA

1. La questione multiculturale: le origini.

«Multiculturale» e «multiculturalismo» sono termini che insieme a «globale» e «globalizzazione» occupano il centro della riflessione del pensiero politico attuale. Generalmente il primo termine viene impiegato per fotografare una situazione di fatto, ovvero il pluralismo culturale che caratterizza le democrazie contemporanee; il secondo per designare una delle possibili risposte politico-normative a tale dato della realtà¹, al problema, cioè, della presenza di culture diverse all'interno delle omogeneità nazionali di tradizione occidentale.

Qualcuno ha definito il multiculturalismo come un “modo per desiderare le cose²”: esso rappresenterebbe un ideale di convivenza delle società pluraliste alternativo al *melting pot*, ideale nel senso che “promuove il sogno di una convivenza segnata e arricchita dalle differenze di ciascun gruppo”³.

Se il termine «multiculturalismo» segnala indubbiamente un'accresciuta sensibilità al tema della differenza, sarebbe tuttavia troppo semplicistico e sbrigativo affermare che la questione multiculturale sia esplosa a seguito di un concreto ed effettivo aumento delle differenze culturali all'interno delle società occidentali. In realtà, più che davanti ad una ‘moltiplicazione’ della differenza, ci troviamo al cospetto di un mutamento del significato che questa diversità assume nella vita sociale e politica del mondo contemporaneo⁴.

I flussi migratori che hanno coinvolto Europa, Stati Uniti e Canada agli inizi del XX secolo erano, infatti, per certi versi, addirittura più massicci e problematici da gestire di quelli attuali. Le metropoli nordamericane prima della Seconda guerra mondiale erano

¹M. LANZILLO, *Noi o gli altri? Multiculturalismo, democrazia, riconoscimento*, in AA.VV., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, a cura di C. GALLI, Bologna, 2006, p. 81.

²F. RIGOTTI, *Le basi filosofiche del multiculturalismo*, in AA.VV., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, cit., p.29.

³A. E. GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli, 1999, p. 17.

⁴E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, Roma, 2002, p. 22.

spesso divise in veri e propri ghetti, ognuno dei quali inglobava individui provenienti dalla medesima nazione (italiani, polacchi, cinesi, giapponesi ecc...), che mantenevano indissolubili legami con la cultura e la tradizione del Paese d'origine e parlavano l'inglese con molta difficoltà. Negli Stati Uniti, nel 1923, si pubblicavano 67 settimanali, 18 mensili e 19 quotidiani in lingua polacca. Negli stessi anni, a New York esistevano 270 pubblicazioni stampate in 23 lingue diverse⁵.

Nei Paesi europei agli inizi degli anni Sessanta del secolo scorso in breve tempo gli stranieri iniziarono a rappresentare una cospicua, se non la maggiore, fonte di manodopera per le grandi industrie in crescita e, in entrambi i contesti – americano ed europeo – la differenza culturale costituiva, proprio come adesso, un elemento evidente della vita sociale, capace di scatenare notevoli tensioni e difficilmente percepito come valore da proteggere e preservare.

In quel frangente storico, il modello ideologico cui faceva riferimento il mondo occidentale per comporre le differenze culturali al suo interno era quello illuministico, secondo il quale il valore fondamentale da garantire era l'uguaglianza⁶. Le specificità andavano superate e gli uomini dovevano essere considerati tutti uguali in quanto condividevano la medesima appartenenza alla specie umana, a prescindere dalle origini, dalle fedi religiose e dalle tradizioni dei singoli.

L'ideale dell'uguaglianza in ambito politico si traduceva nel concetto di *melting pot*, cioè nell'idea che le differenze dovessero essere amalgamate, fuse, diluite, “nel grande crogiolo della vita moderna, per dare origine ad una nuova umanità, migliore delle precedenti⁷”.

L'immagine del *melting pot* rappresentava la base di un programma politico di integrazione e assimilazione delle differenze, fondato sulla convinzione che il modello occidentale moderno fosse il prototipo più razionale e più evoluto: l'unico vincente⁸.

Al di là delle diversità contingenti che contrassegnavano i vari gruppi umani, la strada politica che si stava percorrendo non poteva che condurre verso un'umanità unita nel condividere gli ideali e i modelli di vita del mondo occidentale; ogni differenza

⁵ E. PARK - E. BURGHESS - R. MCKENZIE, *La città*, 1999, trad. it. DE PALMA, Torino, 1999.

⁶ E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, cit., p. 23.

⁷ E. COLOMBO, *op. loc. ult. cit.*

⁸ *Ibidem.*

costituiva una deviazione dagli *standard*, un'imperfezione indesiderata che, come tale, per i politici e gli intellettuali occidentali andava assolutamente eliminata.

Ben presto, però, l'ideale dell'assimilazione delle differenze si rivelò illusorio e subì un irreversibile crollo; entrò in crisi prima negli Stati Uniti intorno alla metà degli anni Sessanta e successivamente nel continente europeo; la causa scatenante fu il rapido diffondersi di innumerevoli movimenti sociali che lottavano per il riconoscimento dei diritti civili e l'emancipazione delle minoranze.

Tra i tanti movimenti, quelli che rivestirono un ruolo di spicco furono sicuramente quello contro la discriminazione dei neri americani e quello femminista.

Fino a quel momento l'uguaglianza auspicata ed enfatizzata dal pensiero moderno non sempre aveva contemplato l'inclusione delle persone di colore, anzi, queste venivano sottoposte a umilianti discriminazioni e, soprattutto nella parte meridionale degli Stati Uniti, ad un vero e proprio regime di segregazione razziale⁹.

Ad evidenziare questo forte divario tra esaltazione formale del principio di uguaglianza e sua applicazione concreta aveva contribuito anche la Seconda guerra mondiale. Lo sforzo bellico aveva rappresentato un formidabile momento di unità: negli Stati Uniti, immigrati e neri - persone che difficilmente potevano essere considerate pienamente americane dal punto di vista dell'inserimento sociale e del riconoscimento dei diritti - avevano partecipato insieme ai bianchi al conflitto, spesso influenzandone le sorti; altrettanto avevano fatto in Europa le persone provenienti dalle colonie, generalmente considerate cittadini di rango inferiore. Questi sforzi partecipativi, favoriti ed incitati dalla retorica bellica che sottolineava l'uguaglianza, la solidarietà e la volontà di combattere per un obiettivo comune, si trasformarono al termine della guerra in una crescente richiesta di inclusione¹⁰.

In questo scenario, i movimenti per i diritti civili dei neri evidenziavano come l'ideale di uguaglianza, propugnato dall'Occidente come ideale fondante e legittimante, fosse solo una facciata, priva di attuazione concreta. Le femministe, invece, sottolineavano come la società moderna, che si dichiarava aperta e paritaria, si fondasse in realtà sull'esclusione delle donne dalle attività più gratificanti e dagli ambiti decisionali più rilevanti¹¹. Entrambi i movimenti, pur rimettendo in discussione gli ideali della

⁹ E. COLOMBO, *op. loc. cit.*, p. 25.

¹⁰ E. COLOMBO, *op. loc. ult. cit.*

¹¹ E. COLOMBO, *op. loc. cit.*, p.26.

modernità, tentavano comunque di pervenire ad una loro concretizzazione, di tramutarli da opzioni di principio a prassi sociale e politica¹². Almeno nella fase iniziale, le richieste dei neri d'America e delle donne erano principalmente volte a realizzare una maggiore inclusione nella vita sociale e al raggiungimento di una condizione effettiva di uguaglianza.

In una fase successiva, però, accanto a questi movimenti che richiedevano la piena attuazione del principio di uguaglianza, se ne diffusero anche altri più *radicali*, i quali mettevano in dubbio proprio la presunta universalità di detto principio. Alle richieste di inclusione si sostituivano così le richieste di riconoscimento delle differenze.

I movimenti contro la discriminazione dei neri iniziavano a rivendicare la dignità e il valore di una cultura nera contrapposta a quella bianca e che finalmente desiderava essere riconosciuta come diversa. Denunciavano che accettare la logica dell'assimilazione significava rinunciare alle proprie peculiarità per adeguarsi a un modello loro completamente estraneo ed in cui sarebbero stati sempre riconosciuti come neri, cioè come essere inferiori; si convincevano che l'unica possibilità per sottrarsi a questo destino degradante era valorizzare la propria differenza¹³.

Le donne, invece, pretendevano il riconoscimento della condizione femminile e chiedevano di partecipare alla vita sociale e politica senza dover rinunciare a questa loro diversità¹⁴.

Ai movimenti femministi e a quelli per il riconoscimento dei diritti civili dei neri si aggiunsero anche i movimenti giovanili, studenteschi e omosessuali. I primi rifiutavano i modelli di vita dei loro genitori e accusavano la società borghese di essere alienante, ipocrita e superficiale; proponevano stili di vita e di consumo alternativi, si opponevano all'omologazione e al conformismo della modernità e rivendicavano il valore dell'essere "diversi", tentando di sperimentare nuove forme di convivenza e di sviluppare una propria specificità: l'integrazione era vissuta come una sconfitta e come la distruzione

¹² E. COLOMBO, *op. loc. cit.*, p.27.

¹³ E. COLOMBO, *op. loc. cit.*, p.29.

¹⁴ Sul pensiero femminista, V. HELD, *Etica femminista. Trasformazioni della coscienza e famiglia post-patriarcale*, Milano, 1997 (ed. or. 1993); F. RESTAINO-F. CAVARERO, *Le filosofie femministe*, Torino, 1999; J. S. MILL, *Sulla servitù delle donne*, Milano, 2010 (ed. or. 1869); P. RICCI SINDONI - C. VIGNA (cura di), *Di un altro genere: etica al femminile*, Milano, 2008; K. GIUBILEI, *Il femminismo nel pensiero politico: saggio di una storia dimenticata*, Messina, 2007.

dell'identità individuale¹⁵. I movimenti studenteschi, invece, accusavano la cultura moderna di escludere le classi subordinate dalla vita sociale ed evidenziavano come la pretesa universalità della politica si fondasse in realtà sulla repressione del dissenso e sull'esclusione della diversità¹⁶. Infine, gli omosessuali rivendicavano uno specifico orgoglio omosessuale e non miravano più, come agli albori, a far considerare l'omosessualità come una condizione normale, ma chiedevano che questa loro differenza fosse pienamente riconosciuta¹⁷.

Le battaglie di tutti questi movimenti sociali gettano le basi del dibattito multiculturale, che si infiamma quando, alla fine degli anni Ottanta del XX secolo, la modernità entra definitivamente in crisi. È a partire da questa fase storica che il multiculturalismo non si esaurisce, come ai primordi, in una semplice affermazione della differenza, ma si traduce in una domanda politica: la richiesta di riconoscimento dell'appartenenza ad un gruppo ristretto, dotato di propria particolarità culturale, in nome della quale è legittimo rivendicare autonomia o protezione.

Anche le rivendicazioni dei migranti nei confronti delle società ospitanti si trasformano: i nuovi arrivati non pretendono più, come in origine, di godere degli stessi diritti universali di cui fruiscono normalmente i cittadini, ma chiedono di poter vivere secondo i dettami della propria cultura d'origine senza subire ingerenze da parte dello Stato d'accoglienza: chiedono, cioè, il rispetto della propria diversità.

Se l'ideale dell'assimilazione presupponeva un rigido principio di uguaglianza formale, il multiculturalismo si traduce in una *politica della differenza*¹⁸, che ritiene necessario adottare trattamenti differenziati calibrati sulle diversità dei gruppi, in ossequio ad un'idea sostanziale dell'uguaglianza.

Tra le misure multiculturali che i gruppi di minoranza hanno iniziato a pretendere quelle più comuni sono: la possibilità di fruire di un'istruzione che consenta loro di studiare la propria cultura, lingua o religione, per evitare che esse si estinguano o vengano dimenticate; l'opportunità di ottenere permessi di lavoro per adempiere ai loro precetti religiosi¹⁹ o, ancora, in caso di commissione di reati sotto l'influsso della cultura

¹⁵ Emblema dell'ideologia che animava i movimenti giovanili è il romanzo di J. KEROUAC, *Sulla strada*, Milano, 1967 (ed. or. 1957). Sul punto, v. anche F. PIVANO, *Beat, hippie, yuppie*, Milano, 1996.

¹⁶ E. COLOMBO, *op. loc. cit.*, p.29.

¹⁷ Sulle rivendicazioni omosessuali, J. BUTLER, *Corpi che contano*, Milano, 1996 (ed. or. 1993).

¹⁸ E. COLOMBO, *op. loc. cit.*, p. 38.

¹⁹ C. GALLI, *Introduzione*, in AA.VV., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, cit., p.18.

d'origine – si tratta dei c.d. reati culturalmente motivati, cioè comportamenti considerati illeciti dall'ordinamento di accoglienza, ma approvati, tollerati, o addirittura imposti dalle norme culturali del gruppo etnico cui l'autore appartiene – la possibilità di beneficiare di un trattamento giuridico differente da quello normalmente accordato ai membri della società ospitante per la realizzazione dei medesimi fatti delittuosi²⁰.

È soprattutto in relazione a quest'ultima rivendicazione che il dibattito intorno al multiculturalismo diventa complesso ed articolato, generando reazioni contrastanti, non solo nell'ambiente accademico, ma anche nelle aule di giustizia e nell'opinione pubblica. La predisposizione di politiche multiculturali in ambito penale, infatti, si traduce nel riconoscimento e nell'approvazione di pratiche spesso lesive dei diritti fondamentali della persona e che negli ordinamenti ospitanti sono generalmente punite. Pensiamo alla violenza sessuale in danno della propria moglie, ai matrimoni precoci e/o combinati, ai maltrattamenti in famiglia o alle mutilazioni genitali femminili: si tratta di consuetudini tutte che in molti dei paesi da cui i migranti provengono sono profondamente radicate o addirittura considerate lecite – in quanto fondate su precise norme culturali che si tramandano da generazioni e che sono ritenute più vincolanti della legge stessa –, ma che da noi configurano delle ipotesi di reato. Di fronte a tali tipologie di illecito, il problema è stabilire fino a che punto il sistema penale può ritrarsi per consentire alle nuove comunità la libera esplicazione della propria identità culturale, se è giusto che si ritragga o non debba piuttosto reagire con maggiore forza per debellare le pratiche più “terribili”, o, ancora, se esso sia lo strumento di tutela più efficace.

Com'è facile intuire, il multiculturalismo è una sfida complessa, che interpella a vario livello e con varia intensità le scienze umane, sociali, filosofiche, politiche e giuridiche, ponendo loro, in forme nuove, le questioni del pluralismo all'interno dell'unità dello Stato e del rapporto tra l'universalità e le particolarità.

²⁰ In argomento, cfr. innanzitutto le seguenti trattazioni monografiche: F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010; A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Torino, 2010; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, Pisa, 2010; C. GRANDI, *Fattore culturale e responsabilità penale*, Ferrara, 2008; A. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso*, Roma, 2012.

Per quanto concerne in particolare noi giuristi, il compito preciso di cui oggi siamo investiti è quello di stabilire se il diritto debba fungere da strumento di neutralizzazione, di vivificazione o di composizione delle differenze culturali²¹.

2. Teorie multiculturali e definizione del concetto di “cultura”.

Prima di analizzare le diverse soluzioni che il sistema penale ha cercato di fornire di fronte alla commissione sempre più frequente di reati culturalmente condizionati, è opportuno vagliare sinteticamente e criticamente le risposte formulate dal pensiero politico di fronte al fenomeno del pluralismo culturale, tradizionalmente polarizzate intorno alla dicotomia diritti individuali/diritti collettivi, nonché definire puntualmente il concetto di “cultura”, da cui dipende l’esatta individuazione della categoria dei “reati culturalmente motivati”, oggetto della presente indagine.

Come poc’anzi accennato, la questione multiculturale entra nel dibattito teorico-politico dalla porta degli Stati Uniti, quando tra la fine degli anni Ottanta e l’inizio degli anni Novanta del XX secolo, l’ideologia del *melting pot* viene definitivamente abbandonata perché non più adeguata ad interpretare la reale interazione e conflittualità fra gli individui e i gruppi che abitano il territorio statunitense²². L’immagine del crogiolo viene sostituita con quella del *salad bowl* o del mosaico, per indicare una nuova percezione della composizione sociale, che non tende più all’unità dalla pluralità, ma appare composita, variegata, differenziata²³.

Sono state diverse le risposte politiche e normative elaborate per fronteggiare il problema della convivenza tra culture differenti all’interno di uno stesso Stato, ma risultano essenzialmente due le correnti di pensiero che si sono contese il campo: da una parte i comunitari²⁴, che affermano che il soggetto viene riconosciuto come tale solo perché parte di una comunità che gli permette di realizzare il proprio progetto di vita; in

²¹ C. GALLI, *Introduzione*, in AA.VV., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, cit. p.18.

²² M. LANZILLO, *Noi o gli altri? Multiculturalismo, democrazia, riconoscimento*, in AA.VV., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, cit., p. 82.

²³ Per una puntuale analisi storica sul sorgere del problema negli Stati Uniti, R. BARITONO, *Guerre culturali negli Stati Uniti. Alle origini del dibattito sul multiculturalismo*, in *Contemporanea*, 1, 133 ss.

²⁴ Non potendo in questa sede riassumere dettagliatamente tutte le tesi comunitarie, rinviamo ad alcune opere dei principali esponenti di questa corrente: A. MACINTYRE, *Dopo la virtù*, Milano, 1988; M. SANDEL, *Il liberalismo e i limiti della giustizia*, Milano, 1994; M. WALZER, *Sulla tolleranza*, Roma-Bari, 1998.

essa il soggetto si riconosce ed è riconosciuto poiché i suoi valori sono i valori della comunità²⁵; in ragione di ciò, il tutto (la comunità o il gruppo etnico di appartenenza) risulta superiore alle parti (agli individui e ai singoli), e dunque è il reale titolare di diritti; l'arena politica diventa terreno di lotta per il riconoscimento delle diverse identità collettive²⁶. Dall'altra parte, i cosiddetti liberali perfezionisti²⁷ che, pur criticando come i comunitari il liberalismo neutralista, perché cieco nei confronti delle differenze fra gruppi, pongono a fondamento della propria proposta multiculturalista l'idea liberale che all'origine di ogni riflessione sui rapporti fra culture vi è sempre il soggetto, il singolo, inteso come individuo libero con propri personali diritti e libertà. Nonostante anche questi studiosi affianchino ai diritti individuali il riconoscimento dei cosiddetti diritti collettivi, questi in ogni caso – a differenza di quanto sostengono i comunitari – non devono essere considerati primari rispetto a quelli individuali e soprattutto, per ottenere approvazione giuridica, non devono veicolare valori ritenuti illiberali o discriminatori nei confronti di altri gruppi o dei membri del gruppo stesso. Questa seconda posizione, dunque, anche se supera il liberalismo “classico”, sostiene che occorre stabilire dei confini ai diritti collettivi, confini che sono determinati dalle libertà individuali e dai diritti inalienabili ad esse associati²⁸.

Non è possibile in questa sede riassumere le varie e numerose tesi sull'argomento; ci concentreremo, pertanto, solo sulle più emblematiche e significative.

Partiremo dall'analisi di Charles Taylor, assunta a modello delle teorie multiculturali di matrice comunitaria, sia per il successo ottenuto, sia perché in essa confluiscono i punti salienti del comunitarismo; analizzeremo, poi, la posizione di Jürgen Habermas che, pur riconoscendo la fondatezza delle richieste multiculturaliste, ritiene che esse possano fondarsi sui tradizionali diritti dell'individuo, senza ricorrere ai diritti collettivi; e infine vaglieremo la proposta di Will Kymlicka che, nel tentativo di conciliare diritti individuali e collettivi, distingue diverse tipologie di diritti, differenziati in funzione dell'appartenenza ad uno specifico gruppo

²⁵ In questo senso, V. PAZÉ, *Il concetto di comunità nella filosofia politica contemporanea*, Roma, 2002, p. 38 ss.

²⁶ M. LANZILLO, *Noi o gli altri? Multiculturalismo, democrazia, riconoscimento*, cit., p. 83; ID., *Il multiculturalismo*, Roma-Bari, 2005, p. 32.

²⁷ Per un maggiore approfondimento delle tesi dei liberali perfezionisti, rinviamo a: J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986; ID., *Multiculturalism: a liberal prospect*, in *Dissent*, 1994, n. 1, 67-79; J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994.

²⁸ M. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, cit., p.33.

Prima di riassumere le tesi dei tre studiosi, riteniamo opportuno effettuare qualche precisazione in ordine al concetto di “cultura”. In particolare, ci serviremo del contributo dell’antropologia, quella tra le scienze umane che maggiormente ha cercato di articolarne il significato. Anche in questo caso non riporteremo tutte le teorie antropologiche sul punto, ma ci concentreremo soltanto su quelle che possono risultare utili ai fini dell’indagine penalistica; partiremo, pertanto, dalla definizione di cultura fornita da Edward Taylor, il fondatore dell’antropologia, per poi passare alle rivoluzioni compiute da Clifford Greetz e James Clifford.

2.1. Il concetto di cultura nella sua accezione antropologica. Dalla definizione di Edward Taylor alle “rivoluzioni” di Clifford Greetz e James Clifford.

In antropologia la prima definizione ‘canonica’ di cultura è stata quella elaborata nel 1871 da Edward Taylor. “La cultura, o civiltà, intesa nel suo ampio senso etnografico”, scrive Taylor, “è quell’insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l’arte, la morale, il diritto, il costume, e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall’uomo in quanto membro di una società”²⁹.

Questa prima compiuta concettualizzazione che l’antropologia fa della cultura prende il nome di “evoluzionismo culturale”. La teoria evoluzionista affonda le sue radici nel positivismo scientifico e nel colonialismo. Il positivismo tendeva a leggere la storia umana come un insieme di tappe evolutive, in cui è evidente lo scarto tra una fase primitiva, di arretratezza, e quelle successive, segnate da un progresso sempre maggiore. Il colonialismo, invece, “era il progetto politico teso a diffondere tale progresso tra i popoli ‘meno civilizzati’”. I primi antropologi studiavano le comunità con cui venivano in contatto darwinianamente, come se fossero fossili viventi delle prime fasi evolutive dell’uomo e come se la società occidentale rappresentasse lo sviluppo più elevato nella storia dell’umanità. Secondo tale concezione, le culture si collocano in scale temporali diverse. Esistono culture più evolute e meno evolute, culture primitive e culture più sviluppate”³⁰.

²⁹ E. B. TAYLOR, *Primitive Culture. Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*, London, 1871, trad. it. *All’origine della cultura*, Roma, 1985.

³⁰ Così, I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012, p.164.

La definizione di cultura di Taylor ha da sempre rappresentato una base di partenza per ogni ulteriore tentativo di ridefinizione del termine, in quanto ha fornito delle indicazioni significative sulle quali si sono poi basati gli studi antropologici dei decenni successivi. Il primo elemento importante che si ricava dalla definizione di Taylor è che la cultura è qualcosa che l'individuo acquisisce in quanto membro di una società; il secondo è che esistono tante culture quante sono le società umane; il terzo è che tutte le culture hanno dignità "culturale"(...). "Tali culture si prestano, quindi, per effetto della concezione universalistica e cumulativa della cultura ad essere studiate per tipi, per categorie e disposte in una *gerarchia evolutiva* che prende come metro di misura la civiltà britannica vittoriana di fine Ottocento"³¹. "Le culture sono degli insiemi complessi, delle entità scomponibili in elementi, o tratti culturali (miti, riti, credenze, istituzioni, tecnologie ecc...), il cui studio è funzionale ad un progetto di tipo comparativo"³².

La costruzione di Taylor, che considera la cultura come una "cosa", come un'entità statica, costante e immutabile, viene recepita dalla gran parte degli antropologi della prima metà del Novecento, ma poi rimessa in discussione dagli esponenti della corrente postmodernista. In particolare, ad essere criticata è la staticità della definizione di Taylor: si osserva come i gruppi culturali siano, di fatto, molto più dinamici di quanto la teoria tayloriana li dipinga e come entrino costantemente in dialogo tra loro.

L'impostazione di Taylor si spiega con il dato per cui l'antropologia, ai suoi esordi, aveva di fronte – o almeno così credeva – culture che apparivano come sistemi chiusi, non comunicanti con l'esterno, statici per definizione. Questa visione viene progressivamente a cadere, man mano che si scopre che anche le comunità colonizzate hanno avuto una propria evoluzione e non sono sempre state uguali a se stesse.

Acquisita la consapevolezza di questa trasformazione, al concetto tradizionale e statico di cultura gli antropologi Clifford Geertz³³ e James Clifford³⁴, nella seconda metà del Novecento, ne sostituiscono un altro, *dinamico*.

Clifford Geertz elabora un'idea di cultura che segna una rivoluzione nel pensiero antropologico: la cultura non è più guardata come un insieme di pratiche,

³¹ Così, U. FABIETTI, *L'identità etnica. Storia e critica di un concetto equivoco*, Roma, 2005, p. 53.

³² U. FABIETTI, *op. loc. ult. cit.*

³³ C. GEERTZ, *The interpretation of cultures*, trad. it., *Interpretazione di culture*, Bologna, 1998.

³⁴ J. CLIFFORD, *I frutti puri impazziscono. Etnografia, letteratura e arte nel secolo XX*, trad. it., 1993.

comportamenti, *formae mentis*, ma come “una rete di significati”³⁵. L’oggetto di studio dell’antropologia muta: non più comunità isolate, ma gruppi che si muovono tra più “reti di significati” e che in modo spontaneo o traumatico, si mischiano, elaborano strategie di adattamento, sopravvivono o rinascono³⁶.

Leggendo le culture come reti di significati ci si discosta definitivamente dall’idea della cultura come “cosa” e come elemento confinato nella testa delle persone. La cultura adesso è racchiusa in simboli, simboli attraverso i quali i membri di una società esprimono la loro visione del mondo, i loro valori, il loro *ethos* e lo comunicano alle future generazioni³⁷. In questa accezione di cultura, i conflitti che sorgono nell’ambito del multiculturalismo altro non sono che conflitti sui significati. La tesi di Geertz si basa sul presupposto secondo cui mettendo a confronto i diversi significati che una pratica o un comportamento assume si può arrivare ad una mutua comprensione e arricchimento.

Se è vero che gli esseri umani sono socializzati in una determinata cultura e sono quindi istruiti a dare a certi oggetti o comportamenti determinate interpretazioni, è altrettanto vero che gli stessi possono interiorizzare altre interpretazioni, o, se non farle proprie, quanto meno capirle. Le persone, in questo modo, non sono più inesorabilmente imprigionate nel loro spazio culturale, ma appaiono in grado di allargare i loro orizzonti interpretativi³⁸.

Se Clifford Geertz concepisce le culture come “reti di significati”, James Clifford ci avverte che esse «non sono quei frutti puri, intatti e intangibili che i primi studi antropologici ci hanno fatto credere: sono, al contrario, dei sistemi aperti e suscettibili di “contaminazione” da parte delle altre culture»³⁹.

Se l’antropologia in principio studiava “la cultura” o “le culture”, percepite come unità distinte, non comunicanti tra loro, a partire dalle elaborazioni dei due studiosi si concentra sullo studio dei “processi culturali”. L’idea di processo culturale esprime una realtà in trasformazione e si discosta da un’idea statica di cultura. Le culture non sono

³⁵ C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, cit., p.9.

³⁶ I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, cit., p. 190.

³⁷ C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, cit., p. 26 ss.

³⁸ Di allargamento degli orizzonti interpretativi, come vedremo, parla anche Habermas.

³⁹ Così, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, Pisa, 2010, p. 20.

un qualcosa di fissato nel tempo e non sono neanche forze esterne che plasmano gli individui che vi appartengono. L'idea di processo culturale pone al centro non più le culture come entità dotate di vita propria, ma gli individui. Ad incontrarsi o scontrarsi non sono le culture, ma le persone⁴⁰.

È a questo concetto *dinamico* di cultura, emerso nei più recenti studi antropologici, arricchito da ulteriori elementi che scopriremo nel corso della trattazione, che faremo riferimento per elaborare la definizione di “reato culturalmente motivato”.

2.2. “Diritti collettivi”, “diritti culturali”, “diritti di gruppo”: precisazioni terminologiche.

Prima di procedere all'esame delle teorie multiculturali più significative, riteniamo opportuno effettuare qualche precisazione terminologica in ordine alle nozioni di “diritti collettivi”, “diritti culturali” e “diritti di gruppo”, concetti che risultano frequentemente poco chiari e che vengono spesso sovrapposti, ma che appaiono indispensabili per comprendere meglio le posizioni dei più noti studiosi delle società multiculturali.

Con la formula “diritti collettivi” ci si riferisce al soggetto titolare del diritto, si fa cioè riferimento a diritti esercitabili, attraverso i loro organi, da collettività, in questo senso distinti dai diritti individuali.

Con l'espressione “diritti culturali” si rimanda, invece, al contenuto del diritto, cioè alla tutela di situazioni connesse all'appartenenza culturale⁴¹, ad elementi che determinano l'identità di una persona in riferimento ad una collettività. Così intesi, i diritti culturali possono essere sia individuali, sia collettivi e possono essere fatti valere sul piano giudiziario sia da una collettività, sia da uno solo dei suoi membri. A queste due formule, nel linguaggio multiculturalista se ne aggiunge una terza, quella di “diritti di gruppo”, utilizzata per intendere ora l'una, ora l'altra circostanza, o genericamente tutti i diritti che trovano fondamento nell'appartenenza ad una collettività⁴².

Diritti culturali e diritti collettivi non vanno intesi come la stessa cosa - anche se possono essere impiegati come sinonimi - perché i diritti collettivi non hanno sempre una base culturale. Vi sono, ovviamente, casi di sovrapposizione tra le due tipologie di

⁴⁰ Sul punto, M. AIME, *Eccessi di culture*, Torino, 2004, *passim*.

⁴¹ A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2001, p. 23.

⁴² A. FACCHI, *op. loc. cit.*, p. 24.

diritti: sono quelle ipotesi in cui sono richiesti o predisposti diritti per la tutela dei caratteri identitari di un determinato gruppo, prima che degli individui ad esso afferenti. Le misure di attuazione di questi diritti si traducono facilmente in limitazioni di diritti individuali: l'esempio paradigmatico è quello delle misure poste a presidio della comunità francofona del Québec, come vedremo nel paragrafo seguente.

I diritti culturali individuali si sovrappongono, invece, sia ad alcuni tradizionali diritti liberali, come la libertà religiosa, sia ad alcuni diritti sociali, come il diritto ad un'istruzione compatibile con i dogmi della propria religione. Anzi, si può affermare che molti di quelli che vengono comunemente chiamati diritti culturali sono riformulazioni di diritti sociali che implicano un riconoscimento delle specificità culturali in ambito giuridico.

I gruppi etnici presenti nelle società multiculturali europee richiedono essenzialmente, oltre ai tradizionali diritti liberali e sociali, diritti culturali individuali⁴³. Le principali rivendicazioni riguardano, infatti, la possibilità per il singolo di agire conformemente ai dettami della propria tradizione culturale; la funzione del gruppo è solo quella di influire sulla definizione e sul riconoscimento pubblico di questi diritti. Questa funzione può essere svolta sia indirettamente, attraverso varie forme di pressione sociale, sia in via istituzionale, mediante la partecipazione alle procedure decisionali pubbliche come interlocutori riconosciuti; i diritti collettivi, in pratica, si traducono fondamentalmente in diritti di partecipazione e rappresentanza politica⁴⁴.

2.3. La politica del riconoscimento e il caso del Québec. La cultura come “autenticità”.

È stato lo studioso canadese Charles Taylor, a partire dalla peculiare esperienza federale del suo Paese, ad imporre alla riflessione filosofica la questione del multiculturalismo, giunta alla ribalta, a parer suo, a seguito di un mutamento di significato del concetto di riconoscimento⁴⁵.

⁴³ A. FACCHI, *op. loc. cit.*, p.26.

⁴⁴ A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., pp.23-28.

⁴⁵ C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J.HABERMAS-C.TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998, p. 9 ss.

Taylor intende sottolineare l'ambiguità della politica dell'eguale riconoscimento praticata dalle moderne democrazie liberali, la quale – paradossalmente – pretende di comprendere contemporaneamente l'universalismo e la differenza.

Secondo il filosofo canadese, diversi filoni della politica contemporanea hanno al proprio centro il bisogno e la domanda di riconoscimento. Nell'odierna vita politica tale richiesta emerge in difesa di gruppi minoritari o subalterni, in alcune forme di femminismo e nella politica del multiculturalismo⁴⁶.

In tutti questi casi la richiesta di riconoscimento è resa più pressante dal legame che esiste tra riconoscimento e identità, dove il secondo termine indica, più o meno, la visione che una persona ha di quello che è, delle proprie caratteristiche fondamentali che la connotano come essere umano. La tesi è che la nostra identità sia plasmata, in parte, dal riconoscimento o dal mancato riconoscimento, o spesso, da un misconoscimento da parte di altre persone, per cui un individuo o un gruppo può subire un danno reale se le persone o la società che lo circondano gli rimandano, come uno specchio, un'immagine di sé che lo limita o sminuisce⁴⁷. Alcune femministe, per esempio, spiega Taylor, hanno sostenuto che nelle società patriarcali le donne sono state indotte ad accettare un'immagine di sé stesse riduttiva e screditata; hanno, cioè, interiorizzato la rappresentazione della propria inferiorità. Ciò comporta che anche quando vengono a cadere gli ostacoli alla loro emancipazione, le donne sono ugualmente incapaci di sfruttare le nuove opportunità, perché per sempre condannate ad una scarsa autostima⁴⁸.

Un'osservazione analoga è valida anche a proposito dei neri: i bianchi ne hanno proiettato per generazioni un'immagine infamante e alcuni di loro non hanno potuto evitare di immedesimarsi e identificarsi in essa. L'autodisprezzo dei neri è diventato uno degli strumenti della loro oppressione e la loro prima preoccupazione è proprio quella di liberarsi di questa identità imposta dall'esterno⁴⁹.

⁴⁶ C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, cit., p. 9.

⁴⁷ “Il non riconoscimento o misconoscimento può danneggiare, può essere una forma di oppressione che imprigiona una persona in un modo di vivere falso, distorto e impoverito”, così C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p. 9.

⁴⁸ C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p. 10.

⁴⁹ Il misconoscimento non è soltanto una mancanza di qualcosa di dovuto, il rispetto, ma “può anche essere una ferita dolorosa che addossa alle sue vittime il peso di un odio in sé paralizzante. Un riconoscimento adeguato non è soltanto una cortesia che dobbiamo ai nostri simili: è un bisogno umano vitale”. Così C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p. 10.

Questo discorso sul riconoscimento e sull'identità nasce con la modernità e prende le mosse da due cambiamenti epocali.

Il primo è il crollo delle gerarchie sociali che costituivano un tempo la base dell'*onore*. Taylor usa il termine «onore» con il senso – intimamente legato alla disuguaglianza – che gli veniva attribuito nell'*ancien régime*: perché qualcuno abbia onore è essenziale che non l'abbiano tutti. È questa l'accezione con cui usa il sostantivo anche Montesquieu nella sua descrizione della monarchia: l'onore è, per sua natura intrinseca, una questione di *préférences*⁵⁰. A questa vecchia nozione di onore si contrappone quella moderna di dignità, che oggi adoperiamo in senso universalistico ed egualitario, elemento comune a tutti gli individui, uomini e donne, bianchi e neri. Questo concetto di dignità è, ovviamente, l'unico compatibile con una società democratica, ed era inevitabile che rimpiazzasse quello iniquo di onore⁵¹.

Il secondo cambiamento è rappresentato dalla nuova visione dell'identità individuale emersa alla fine del Settecento: è da questo momento che si inizia a parlare di identità *individualizzata*. È una nozione che nasce insieme ad un ideale, quello della fedeltà a se stessi e al proprio particolare modo di essere, quello che Taylor chiama, seguendo un saggio di Lionell Trilling, ideale dell' "autenticità"⁵².

L'ideale dell'autenticità è associato al nome di Herder, il più autorevole tra coloro che per primi ne hanno articolato il senso più che il suo diretto artefice. Fu Herder a diffondere l'idea secondo la quale ognuno di noi ha un modo originale di essere uomo, una sua "misura"⁵³. Si tratta di un'idea del tutto nuova, nessuno prima di lui aveva ritenuto che le differenze tra gli esseri umani avessero un simile significato. Questo modo di concepire l'autenticità dà un valore tutto inedito alla fedeltà a se stessi: essere fedeli a se stessi significa essere fedeli alla propria originalità, ad una cosa che solo il singolo può articolare e scoprire e, articolandola, definisce se stesso.

⁵⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, lib. 3, trad. it. a cura di B. BOFFITTO SERRA, *Lo spirito delle leggi*, Milano, 1989, p. 173.

⁵¹ C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p. 12.

⁵² L. TRILLING, *Sincerity and Authenticity*, New York, 1969.

⁵³ J. G. HERDER, *Ideen*, in *Herders Sämtliche Werke*, in AA. VV., *Herders Sämtliche Werke*, a cura di B. SUPHAN, Berlin, 1877-1913, 13, 291; trad. it. a cura di V. VERRA, *Idee per la filosofia della storia dell'umanità*, Roma-Bari, 1992.

Herder applica il suo concetto di originalità a due livelli: non solo alla persona fra persone, ma anche al popolo (portatore di cultura) fra i popoli; anche un *Volk*, come un individuo, è sempre fedele a se stesso⁵⁴.

Per comprendere la stretta connessione esistente tra identità e riconoscimento dobbiamo prendere in considerazione anche un altro aspetto cruciale della condizione umana: il suo carattere fondamentalmente *dialogico*. Noi diventiamo degli agenti umani pienamente sviluppati, capaci di comprendere noi stessi e quindi di definire la nostra identità, attraverso l'acquisizione di un linguaggio espressivo⁵⁵. Questi modi espressivi li apprendiamo attraverso uno scambio con altre persone, li acquisiamo tutti mediante l'interazione con altri individui che per noi sono importanti, i c.d. "altri significativi"⁵⁶; definiamo la nostra identità dialogando e, qualche volta, lottando con loro. La nostra identità, dunque, dipende in modo determinante dalle relazioni dialogiche con altri soggetti⁵⁷.

Le relazioni rappresentano i luoghi della scoperta e dell'affermazione del sé⁵⁸ e la presa di coscienza del fatto che le identità si modellano attraverso un *dialogo* ha reso la politica dell'uguale riconoscimento non solo più necessaria, ma anche più impegnativa: il mancato riconoscimento, infatti, può danneggiare coloro ai quali viene negato, comportando una distorsione e un'oppressione reale. Detta politica, quindi, opera a due livelli, nella sfera pubblica e nella sfera privata. Di fatto essa è venuta a significare due

⁵⁴ Anche l'ideale dell'autenticità, al pari dell'idea di dignità, è un prodotto del declino della società gerarchica. Nelle società precedenti ciò che oggi chiamiamo identità era determinato, in buona sostanza, dalla posizione sociale e dalle funzioni o attività che accompagnavano tale posizione. La nascita della società democratica non fa scomparire del tutto questo fenomeno, perché gli uomini possono ancora definire se stessi sulla base dei propri ruoli sociali; ma l'ideale dell'autenticità ci impone di scoprire il nostro modo di essere originali, un modo di essere che non può, per definizione, derivare socialmente, ma deve generarsi interiormente. V. C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p.16

⁵⁵ Il termine linguaggio viene preso in considerazione da Taylor in un senso ampio, comprendente non soltanto le parole, ma anche altre modalità di espressione, come l'arte, la gestualità ecc... Sul punto, C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p.17.

⁵⁶ Sul punto, G. H. MEAD, *Mind, Self, and Society*, Chicago, 1934; trad. it. *Mente, sé e società*, GIUNTI-BARBERA, Firenze, 1972.

⁵⁷ C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p.18.

⁵⁸ Naturalmente questa dipendenza dagli altri non nasce con l'era dell'autenticità, una qualche forma di dipendenza c'è sempre stata; l'identità derivata socialmente dipendeva, per la sua stessa natura, dalla società. All'epoca dell'*ancien régime* c'era un riconoscimento generale, connaturato all'identità derivata socialmente, in quanto quest'ultima si basava su categorie sociali che tutti conoscevano e davano per scontate. Invece, l'identità interiore, personale, originale – nata con la modernità – non fruisce di questo riconoscimento a priori, ma deve conquistarselo attraverso uno scambio e un'interazione con altri soggetti. Sul punto, C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p.21.

cose abbastanza diverse, collegate rispettivamente con le due grandi trasformazioni che abbiamo appena descritto.

Con il passaggio dall'*onore* alla *dignità* è nata una politica dell'universalismo che sottolinea l'uguale dignità di tutti i cittadini.

La seconda trasformazione, ovvero la nascita della nozione moderna di identità, ha dato invece origine ad una *politica della differenza*. Anche questa politica ha, come quella dell'uguaglianza, una base universalistica, e ciò ha contribuito a sovrapporle e confonderle l'una con l'altra.

Con la politica della pari dignità si afferma che tutti gli uomini sono universalmente uguali, con il medesimo bagaglio di diritti e dignità; la politica della differenza, invece, chiede che venga riconosciuta l'identità irripetibile, distinta da quella di chiunque altro, individuo o gruppo che sia. L'idea di fondo è che proprio questa differenza è stata ignorata, trascurata, assimilata ad un'identità dominante e maggioritaria, e tale assimilazione, scrive Taylor, "è il peccato capitale contro l'ideale dell'autenticità"⁵⁹.

Anche alla base delle richieste della *politica della differenza* c'è un principio di uguaglianza universale, ma le istanze avanzate dai suoi sostenitori sono difficili da soddisfare. Essi chiedono, infatti, di concedere un riconoscimento e uno *status* a qualcosa di non condiviso universalmente⁶⁰. Mentre la *politica della dignità* universale lottava per forme di non discriminazione cieche ai modi in cui i cittadini si distinguevano tra loro, la *politica della differenza* ridefinisce la non discriminazione come un qualcosa che ci impone di fare di queste distinzioni il fondamento di un trattamento differenziato, rispettoso delle diverse identità. In fondo, "che c'è di più legittimo dell'aspirazione che la propria identità non vada mai perduta"⁶¹?

Ambedue le politiche, quella della dignità e quella della differenza, si basano sulla nozione di uguale rispetto⁶², ma la prima impone di trattare gli esseri umani senza tener conto della differenze, la seconda di riconoscere e coltivare le particolarità. La critica che la prima muove alla seconda è che viola il principio di non discriminazione; la critica che la seconda avanza alla prima è che nega l'identità facendo rientrare per forza

⁵⁹ C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p.24.

⁶⁰ C. TAYLOR, *op. loc. ult. cit.*

⁶¹ C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p. 26.

⁶² C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p. 27.

gli esseri umani in uno stampo omogeneo che non corrisponde alla loro immagine fedele⁶³.

Nel catalogo degli uguali diritti propugnato dai promotori della politica della dignità, le diverse identità culturali sono riconosciute in misura molto limitata e l'idea che uno dei tradizionali elenchi di diritti liberali possa avere in un certo contesto culturale un'applicazione diversa da quella che ha in un altro o che possa prendere in considerazione fini culturali differenti, è considerata del tutto inaccettabile⁶⁴. Ma questa accezione ristretta dell'uguaglianza dei diritti, secondo Taylor, non è l'unica possibile, e per dimostrarlo, lo studioso inquadra il problema nel contesto canadese e ci presenta il suo modello politico ideale⁶⁵.

L'esempio paradigmatico necessario per esprimere la sua teoria multiculturale è il caso della comunità francofona del Québec e delle rivendicazioni da essa avanzate nei confronti della Carta canadese dei diritti.

Promulgata nel 1982, la *Canadian Charter of Rights and Freedom* garantisce ad ogni canadese i principali diritti civili e politici individuali, compresa l'uguaglianza tra i sessi e le pari opportunità. Ne è scaturito immediatamente il problema del rapporto fra questa lista di diritti e le richieste di trattamento differenziato che provenivano dai cittadini franco-canadesi dello stato del Québec, fondate sul *Multiculturalist Act* del 1971, documento con il quale il Canada ha adottato ufficialmente una politica multiculturale, volta a favorire una migliore e più rapida integrazione dei diversi gruppi che compongono la società canadese, caratterizzata tradizionalmente da una forte componente di immigrati⁶⁶.

Il *Multiculturalist Act* contempla la possibilità di concedere determinate forme di autonomia e di autogoverno agli Stati e la possibilità di adottare una speciale legislazione indispensabile per la sopravvivenza delle comunità di minoranza. Sulla sua base il Québec ha attuato una legislazione – che Taylor eleva a modello delle legislazioni multiculturalesi – che impedisce ai *québécois* francesi e agli immigrati la frequentazione di scuole di lingua inglese, impone l'uso della lingua francese in imprese con più di cinquanta dipendenti e l'utilizzo di insegne commerciali solo in lingua

⁶³ C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p. 29.

⁶⁴ C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p. 38.

⁶⁵ C. TAYLOR *op. loc. cit.*, p. 39.

⁶⁶ M. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, cit., p.36.

francese, rendendo impossibile nella pratica il bilinguismo, che invece è riconosciuto dalla Costituzione federale.

In altre parole, il governo del Québec ha imposto ai residenti nello stato, in nome della sopravvivenza collettiva, delle restrizioni che in altre comunità canadesi potrebbero essere dichiarate illegittime in nome della Carta.

Il contrasto tra l'applicazione dei principi della politica multiculturale e il riconoscimento di valori universali ha anche portato gli abitanti del Québec a proporre un emendamento alla Carta costituzionale canadese - che ha preso il nome dal luogo della conferenza in cui è stata formulata per la prima volta, il lago Meech - che sancisse il riconoscimento del Québec come "comunità distinta". L'emendamento è stato respinto, mentre delle leggi del Québec la Corte Costituzionale ha respinto solo il provvedimento che impediva l'uso del bilinguismo nelle insegne commerciali⁶⁷.

Come sottolinea Taylor, bisogna cercare di comprendere le ragioni delle richieste della comunità francofona, "i governi del Québec partono da un assioma: il fatto che la cultura francese sopravviva e fiorisca nel loro stato è un bene"⁶⁸, per loro il fine di conservare la tradizione culturale francese risulta prevalente rispetto a qualsiasi altro fine individuale.

"Ognuna delle due società" - il Québec e il resto del Canada - "ha percepito l'altra in modo distorto nel corso di tutto il dibattito sull'accordo del Lago Meech (...) il resto del Canada vedeva che la clausola della società distinta legittimava dei fini collettivi; il Québec vedeva che il tentativo di dare la precedenza alla Carta imponeva una forma di società liberale che gli era estranea, e alla quale non si poteva adattare senza rinunciare alla propria identità. Ho scovato a fondo in questo caso perché mi sembra che illustri molto bene i problemi fondamentali. C'è una forma di politica dell'uguale rispetto, custodita come una reliquia da un certo tipo di liberalismo dei diritti, che è inospitale verso la differenza perché a) tiene ferma l'applicazione uniforme delle regole che definiscono i diritti e b) vede con sospetto i fini collettivi. Ciò non significa, naturalmente, che tale modello cerchi di abolire le differenze culturali; sarebbe un'accusa assurda. Ma lo definirei inospitale verso la differenza perché non sa trovare un posto per ciò a cui veramente aspirano i membri delle società distinte, cioè la sopravvivenza, che b) è un fine collettivo, e a) richiederà quasi inevitabilmente qualche

⁶⁷ C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p. 40.

⁶⁸ C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p. 45.

variazione da un contesto culturale all'altro, nel tipo di leggi che consideriamo ammissibili. Il caso del Québec lo dimostra chiaramente⁶⁹.

Il fine collettivo dei *québécois*, dunque, è la sopravvivenza della cultura francese, e per Taylor si tratta di un fine legittimo, tutelabile giuridicamente, in quanto espressione di garanzia del multiculturalismo.

La lingua francese è ritenuta una risorsa collettiva, ma lo scopo non è assicurarsi che essa sia a disposizione di tutti coloro che potrebbero sceglierla, quanto piuttosto garantire che in Canada, in futuro, esisterà un gruppo di persone che parlerà la lingua francese e che le generazioni future continueranno a considerarsi francofone.

A ben vedere, però, le leggi specifiche emanate dal Québec a presidio della comunità franco-canadese, se in teoria sono state varate per garantire la sopravvivenza della lingua e della cultura francese, propria di una porzione minoritaria della popolazione canadese, di fatto impediscono ai membri del gruppo francofono di optare per decisioni diverse da quelle imposte dal gruppo di appartenenza; in tal modo i francofoni finiscono per essere discriminati perché fruiscono di meno opportunità (o di libertà) di scelta rispetto agli anglofoni.

Il paradigma comunitario del riconoscimento di Taylor, dunque, lungi dal caldeggiare una politica che sia in grado di comprendere e valorizzare la differenza culturale, propone una forte strategia di esclusione. Esso al processo assimilazionista e neutralizzante dell'universalismo liberale oppone un sistema ancor più radicale di esclusione di chi non fa parte della comunità: il suo anteporre il "bene" collettivo alla libertà di scelta individuale - i francofoni non possono scegliere liberamente quale lingua parlare, né quale istruzione dare ai propri figli -, impedisce oltre che l'entrata anche l'uscita da quel gruppo francofono, finendo per crocifiggere ogni singolo soggetto a quella che viene definita come la sua cultura, che diventa una sorta di seconda natura ancor più immodificabile della prima, di cui la modernità ha tentato di liberarsi attraverso il disconoscimento dello stato di natura⁷⁰.

⁶⁹ C. TAYLOR, *op. loc. cit.*, p. 48.

⁷⁰ M. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, cit., p.40.

2.4. La democrazia procedurale di Jürgen Habermas. La cultura come “creolizzazione”.

Una posizione originale rispetto alla questione multiculturale è quella di Jürgen Habermas, il quale, pur riconoscendo la centralità dell'esigenza di *riconoscimento*, sul come ottenerlo, arriva a conclusioni difformi da quelle di Taylor⁷¹.

“Le moderne costituzioni”, scrive Habermas, “derivano dall'idea giusrazionalistica che siano gli stessi cittadini a decidere autonomamente di riunirsi in una comunità di consociati liberi ed eguali. La Costituzione pone in vigore esattamente quei diritti che essi devono reciprocamente riconoscersi se vogliono legittimamente disciplinare la loro convivenza con strumenti di diritto positivo (...) Anche se il diritto moderno fonda rapporti statalmente sanciti di riconoscimento intersoggettivo, i diritti che ne derivano tutelano ogni volta la vulnerabile integrità di soggetti giuridici individualmente presi. Ciò che alla fine conta è tutelare questi soggetti individuali, anche se resta vero che l'integrità di ciascun singolo, in sede sia giuridica, sia morale, dipende dall'intatta struttura dei rapporti di riconoscimento intersoggettivo. Ma una teoria dei diritti siffatta, dalla dichiarata prospettiva individualistica, è poi in grado di spiegarci quelle lotte di riconoscimento che sembrano ruotare sull'articolazione e affermazione di identità collettive?”⁷² A questa domanda il filosofo di Francoforte, a differenza di Taylor, risponde positivamente.

La critica al comunitarismo di Taylor verte sull'idea che una teoria dei diritti individuali, se ben applicata, non è affatto cieca nei confronti delle differenze.

Se è vero che le persone acquistano identità tramite socializzazione, non occorre, secondo Habermas, nessun modello integrativo per correggere il taglio individualistico dei diritti, basta realizzare fino in fondo questo sistema.

Da un punto di vista normativo, è palese che l'integrità di una singola persona non può essere garantita se non sono anche tutelati quei contesti di vita intersoggettivamente condivisi in cui la persona – socializzandosi – ha formato e continua a formare la sua identità. Perciò, è senz'altro corretto affermare che è l'individuo il vero titolare di diritti all'appartenenza culturale, non la comunità. Anche se fosse possibile concedere “diritti

⁷¹J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J.HABERMAS-C.TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998, p.63 ss.

⁷²J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, cit., p. 63.

di gruppo”, nell’ambito di uno stato democratico di diritto essi sarebbero non solo superflui, ma anche normativamente discutibili. Infatti, la tutela di tradizioni e culture costitutive delle identità dei singoli deve servire unicamente al riconoscimento di questi ultimi in quanto individui, non per garantire la sopravvivenza del bagaglio culturale di un gruppo. “Essa non può avere il senso di una tutela biologica della specie compiuta in via amministrativa. Il punto di vista ecologico della conservazione della specie non può essere trasferito alle culture⁷³”.

Nelle società multiculturali assicurare la convivenza di culture differenti significa garantire ad ogni cittadino un ampio ventaglio di possibilità⁷⁴. Per un verso la possibilità di invecchiare, senza subire umiliazioni, nel mondo tradizionale della propria cultura e di allevare in essa i propri figli; per un altro verso l’opportunità di dimenticare tacitamente gli imperativi di questa cultura⁷⁵.

Ciò, secondo Habermas, può realizzarsi solo attraverso una democrazia *procedurale*⁷⁶: accordo sulle procedure, non sui valori, poiché in una realtà multiculturale, e quindi per sua natura anche ‘multivaloriale’, un consenso sui valori è praticamente impossibile. Certo un accordo minimo occorre, ma può essere solo sulla Costituzione, sulle procedure relative a una legittima produzione del diritto e ad un legittimo esercizio del potere.

“Un ordinamento giuridico è legittimo in quanto tutela in modo uguale l’autonomia dei cittadini. Questi sono autonomi solo quando, in quanto destinatari del diritto, possono anche pensarsi come gli autori di esso. E questi autori sono liberi solo quando prendono parte a processi legislativi che sono così regolati, e si compiono in forme comunicative tali da far ritenere a tutti che le regole stabilite siano meritevoli di approvazione generale e razionalmente motivate”⁷⁷. È questa l’unica strada per realizzare l’integrazione politica delle minoranze⁷⁸.

Habermas distingue due livelli d’integrazione o assimilazione⁷⁹: l’assimilazione di tipo a) da intendersi come approvazione dei principi costituzionali, “all’interno

⁷³ J. HABERMAS, *op. loc. cit.*, p. 89.

⁷⁴ J. HABERMAS, *op. loc. cit.*, p. 91.

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ J. HABERMAS., *op. loc. cit.*, p. 79.

⁷⁷ J. HABERMAS, *op. loc. cit.*, p. 79.

⁷⁸ Diversa dall’integrazione etica - puntualizza Habermas - che presuppone che i diversi gruppi di immigrati condividano la stessa idea di “bene” e di “vita buona”, J. HABERMAS, *op. loc. cit.* pp. 93-99

⁷⁹ I due termini sono da Habermas usati come sinonimi.

dell'orizzonte interpretativo definito volta per volta dall'autocomprensione etico-politica dei cittadini e dalla cultura politica del paese⁸⁰”; l'assimilazione di tipo b) da intendersi come grado ulteriore di una disponibilità all'acculturazione, ossia disponibilità non soltanto ad adattarsi esteriormente, ma anche ad adottare dall'interno mentalità, pratiche e abitudini della cultura indigena in tutto il loro ventaglio⁸¹. Quest'ultimo tipo di assimilazione, però, spiega Habermas, si spinge fino al livello dell'integrazione etico-culturale, che incide sull'identità originaria degli immigrati in maniera assai più profonda e invasiva di quanto non richieda la socializzazione politica del livello a).

L' "integrazione etica" può e deve avvenire solo a livello privato (o "subpolitico", come dice Habermas): è un tipo di integrazione che presuppone sì rispetto e riconoscimento reciproco, ma implica un cambio di mentalità, tempi lunghi, ed è sganciata dall' "integrazione politica", che non solo è astratta e ricomprende tutti i cittadini in misura eguale, ma avviene sul piano pubblico⁸². Questi due livelli di integrazione ("etica e politica", ma potremmo dire *pubblica e privata*) devono essere distinti, non devono sovrapporsi, poiché se ciò avviene, si compromette l'equilibrio tra le varie forme del vivere (o concezioni del bene) e diviene impossibile il riconoscimento reciproco stesso. Uno Stato di diritto può solo creare le condizioni affinché una cultura si riproduca e si conservi, ma l'individuo deve essere lasciato libero di scegliere: cioè deve poter dire sì o no ad una data cultura, anche alla propria.

Le culture in grado di sopravvivere sono quelle capaci di trasformarsi interagendo in un rapporto di contrapposizione/scambio con le altre.

È da questo processo interattivo che si produrrà quell'allargamento progressivo dell' "orizzonte interpretativo"⁸³, di cui parla Habermas: dialogare con un'altra cultura significa elaborare vocabolari e categorie comparative inedite, che comprendano elementi significativi della nostra cultura come pure dell'altra; entrare in comunicazione con altre culture significa attivare un processo al termine del quale i nostri criteri interpretativi iniziali sono inevitabilmente mutati. Dai migranti dobbiamo aspettarci

⁸⁰ J. HABERMAS, *op. loc. cit.*, p. 99.

⁸¹ J. HABERMAS, *op. loc. ult. cit.*

⁸² L'integrazione politica genera lealtà verso una comune cultura politica che parte da una particolare interpretazione dei principi costituzionali. Tale esegesi, essendo prodotta ed elaborata a partire da prospettive specifiche, quelle dei diversi Stati, non potrà mai essere completamente neutrale, avrà cioè sempre una sua pregnanza etica, una sorta di *patriottismo costituzionale*, J. HABERMAS, *op. loc. cit.*, p. 93.

⁸³ J. HABERMAS, *op. loc. cit.*, pp. 93-95.

solo la disponibilità al confronto, non la rinuncia alla forma di vita culturale da cui provengono.

Tuttavia, spiega Habermas, alcune culture si irrigidiscono e non sono disposte al dialogo, generando pratiche di intolleranza incompatibili con uno stato di diritto. Generalmente si tratta di culture fondamentalistiche che, in nome di differenti interpretazioni del mondo (religiose, filosofiche o storiche) attribuiscono esclusività ad una forma di vita privilegiata⁸⁴. Esse sono incapaci di riflettere sul rapporto che le collega alle altre tradizioni culturali, non concedono nessuno spazio al dissenso interno e sono intolleranti al diverso e questa intolleranza è intollerabile – ci sia consentito il gioco di parole – in uno stato di diritto, poiché la convivenza di diversi stili di vita presuppone che le diverse appartenenze culturali si rispettino e riconoscano reciprocamente.

Il modello politico presentato da Habermas è imperniato, dunque, sui *diritti individuali*, ma correttamente interpretati entro un quadro di riferimento comune rappresentato dalla Costituzione e dalle sue procedure. Senza il riconoscimento di una base comune, la convivenza fra differenze si riduce a indifferenza reciproca, a un insieme isolato di comunità incapaci di comunicare perché prive di uno spazio condiviso che consenta la traduzione della specificità elaborata in un singolo gruppo anche all'interno di comunità che hanno caratteristiche diverse.

Non occorrono diritti di gruppo per integrare la diversità: se la convivenza giuridica delle varie culture è equiparata, occorre semplicemente realizzare i presupposti (o le procedure) che permettano a tutti pari opportunità.

La possibilità di una coesistenza di modalità di vita differenti è subordinata da Habermas all'integrazione dei cittadini – e al riconoscimento reciproco delle loro appartenenze sottoculturali – nel quadro di una cultura politica condivisa. “I diritti e i poteri culturali sono di conseguenza limitati dai fondamenti normativi della Costituzione che è ciò che consente di giustificarli”⁸⁵.

La prospettiva di Habermas, rispetto a quella di Taylor, appare sicuramente più compatibile con il nostro sistema giuridico, saldamente ancorato ai principi sanciti dalla Costituzione del 1948 che, se applicati correttamente, offrono un'adeguata tutela anche

⁸⁴ J. HABERMAS, *op. loc. cit.*, p. 92.

⁸⁵ J. HABERMAS, *De la culture religieuse aux droits culturels*, in *Cité. Philosophie, Politique, Histoire*, 2003, n. 13, 170.

alle minoranze, come vedremo nel corso della trattazione. Finché il legislatore politico si orienterà verso i principi costituzionali e avrà l'obiettivo di realizzare i diritti fondamentali, uno stato di diritto non potrà mai essere accusato di cecità nei confronti delle differenze⁸⁶.

2.5. Diritti differenziati in funzione dell'appartenenza di gruppo: l'impostazione di Will Kymlicka. Il concetto di cultura nella sua accezione etnica.

La sfida lanciata alla filosofia politica da Taylor è stata raccolta da un altro studioso canadese, Will Kymlicka, che, con il precipuo scopo di evitare i rischi di chiusura e di irrigidimento identitario presenti nel comunitarismo del suo connazionale, elabora una nuova figura di cittadinanza, quella "multiculturale"⁸⁷, proponendo non il riconoscimento di diritti collettivi, bensì di diritti differenziati in base alla cittadinanza⁸⁸.

⁸⁶ Non dissimile dalla teoria della "democrazia procedurale" di Habermas è quella della "democrazia deliberativa" di Benhabib, una filosofa statunitense che ha cercato di immaginare un multiculturalismo privo di quell'essentialismo che accomuna le posizioni di Taylor e Kymlicka. Benhabib riconosce i rischi di balcanizzazione sottesi alla politica del riconoscimento inteso come riconoscimento del Sé, cioè di un'identità definita e circoscritta, un riconoscimento che impedisce al Sé di narrarsi e di incrociare tale narrazione con quella degli altri, e che confina i soggetti in visioni reificate di se stessi e del proprio gruppo di appartenenza. Contro queste forme di essentialismo, Benhabib propugna ciò che definisce "costruttivismo sociale", un processo che è fondato su un modello dialogico utile per definire le identità dei gruppi in maniere più dinamica. Tale quadro epistemologico diventa la base per la proposta di un modello di democrazia deliberativa, una democrazia che sostenga la massima dialettica culturale nella sfera pubblica attraverso sia le istituzioni, sia le associazioni della società civile. Benhabib ci propone un modo per valorizzare la nostra democrazia e rivitalizzarla, istituendo un reale dialogo democratico. Ciò è possibile innanzitutto a partire dal riconoscimento di determinate precondizioni istituzionali: la libertà di espressione, alcune norme etiche di base, la possibilità per tutti di partecipare allo spazio pubblico e di avere uguali diritti, una maggiore capacità di influire sulle decisioni pubbliche da parte dei cittadini e una struttura di potere responsabile. Tali precondizioni servono a garantire quelle che Benhabib riconosce come le basi che fondano la democrazia deliberativa, capace di rispondere alle rivendicazioni delle culture: la reciprocità egualitaria tra maggioranze e minoranze, l'adesione volontaria di ogni singolo al gruppo in cui si trova incluso, ma anche la sua libertà di uscire da quel gruppo. La valorizzazione della cultura è così sostituita dalla valorizzazione della democrazia come forma includente. S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005, *passim*.

⁸⁷ W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995 (trad. It. *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999)

⁸⁸ Istituire una cittadinanza multiculturale significa "garantire diritti non solo ai membri dello stato in quanto singoli cittadini, ma (in modo differenziato) a membri di gruppi culturalmente definiti all'interno dello stato-nazione. Lo Stato deve sostenere attivamente la cittadinanza non solo garantendo pieno accesso ai diritti civili, politici e sociali, ma sostenendo il mantenimento e la diffusione intergenerazionale della cultura dei gruppi minoritari. La cittadinanza diviene stratificata, garantendo diritti diversi, in modo diverso, per gruppi diversi all'interno della medesima comunità politica. Il riconoscimento di diritti di cittadinanza differenziati è ritenuto un requisito irrinunciabile alla piena realizzazione dell'autonomia individuale, che passa attraverso il riconoscimento della specificità del gruppo di (presunta) appartenenza.

Dato il fatto della diversità culturale, l'idea di Kymlicka è che sia possibile coniugare i principi di libertà individuale, democrazia e giustizia sociale, con le rivendicazioni multiculturali dell'appartenenza di gruppo.

I tradizionali diritti umani ed individuali, sostiene il filosofo canadese, si sono dimostrati insufficienti nella tutela delle minoranze; infatti, essi non danno risposte a molte delle loro richieste, quindi è necessario riconoscere, accanto a questi, anche altri diritti che conferiscano rilevanza all'appartenenza ad un gruppo. Ad esempio, il semplice riconoscimento del diritto alla libertà di parola non dà indicazioni su quale politica linguistica adottare nelle scuole o negli uffici pubblici, così come il riconoscimento del diritto di voto non fornisce chiarimenti in relazione all'opportunità di tracciare distretti elettorali o alla necessità di approntare forme di rappresentanza specifiche che garantiscano l'effettiva presenza delle minoranze negli organi di governo⁸⁹.

La trattazione di Kymlicka, che si articola tra filosofia politica e scienza politica, è molto particolareggiata, poiché si snoda in una continua costruzione di tipologie, quali la distinzione tra stati multinazionali, "in cui la diversità culturale trae origine dall'assorbimento in uno stato più grande di culture territorialmente concentrate che in precedenza si governavano da sole"⁹⁰; e stati polietnici⁹¹, "in cui la diversità culturale trae origine dall'immigrazione di individui e famiglie"⁹²; fra i diversi diritti

Nel lungo periodo, la cittadinanza includerà diritti e doveri sempre più differenziati all'interno del medesimo spazio politico, rispecchiando la pluralità (irriducibile) delle società contemporanee". Così, E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, cit., p. 175.

⁸⁹ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 14.

⁹⁰ Così, ad esempio, il Belgio e la Svizzera possono essere considerati Stati *multinazionali* se si ha riguardo alla pluralità di culture ivi presente per effetto della fusione, avvenuta secoli fa, in un unico Stato, di territori occupati da gruppi culturali preesistenti e già forniti di un certo grado di autonomia: nel Belgio vi è, infatti, la compresenza della comunità fiamminga e della comunità vallona; ed in Svizzera vi è la compresenza delle comunità di lingua, rispettivamente, tedesca, francese, italiana e romancia. Vedi W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., pp. 15-16.

⁹¹ La Francia e la Germania, invece, possono essere considerati Stati *polietnici* se si ha riguardo alla pluralità di culture ivi presente, che trae origine dall'immigrazione di individui e famiglie: si pensi solo alla massiccia presenza di immigrati algerini in Francia, e alla altrettanto massiccia presenza di immigrati turchi in Germania. W. KYMLICKA., *La cittadinanza multiculturale*, cit., pp. 15-16.

La distinzione tra società multiculturale di tipo multinazionale e società multiculturale di tipo polietnico è fondamentale per inquadrare correttamente due fenomeni di pluralismo culturale che hanno origini e caratteristiche molto diverse tra loro e che pongono problematiche altrettanto diverse, anche per quanto riguarda il diritto penale.

⁹² W. KYMLICKA, *op. loc. cit.*, p. 16. Secondo questa differenziazione i gruppi immigrati, diversamente dalla minoranze nazionali, non occupano territori storicamente appartenuti loro, hanno scelto volontariamente di cambiare nazione, non si oppongono all'integrazione nelle società in cui vivono, non rivendicano la possibilità di riunirsi in unità politiche autonome. Essi chiedono soltanto di conservare e

che le minoranze possono rivendicare (diritti di autogoverno⁹³, diritti polietnici⁹⁴, diritti di rappresentanza speciale⁹⁵); ecc...

Attraverso un'attenta analisi che prende in esame le diverse riforme proposte negli stati occidentali al fine di migliorare l'integrazione degli immigrati - dai programmi di *affirmative action* alla revisione dei *curricula* di storia e letteratura, dalla revisione delle festività a quella dei codici di abbigliamento, dal finanziamento di festival culturali e programmi di studio etnici all'offerta di programmi di studio bilingue per i figli degli immigrati o di servizi agli immigrati adulti nella loro lingua madre, ecc... - l'obiettivo di Kymlicka è quello di ideare una politica multiculturale che eviti i rischi di balcanizzazione o di separatismo che sono stati imputati alla teoria di Taylor, proponendo una forma di multiculturalismo che lui stesso chiama "pluralizzante o ibrida"⁹⁶.

Kymlicka consiglia la messa in cantiere di politiche in cui si salvaguardino contemporaneamente sia i diritti degli individui - attraverso il riconoscimento della libertà del singolo all'interno del gruppo minoritario di appartenenza e il diritto individuale di *exit* dal gruppo - sia i diritti dei gruppi, il cui riconoscimento li sottrarrebbe all'omogeneizzazione della maggioranza.

Il modello politico di Kymlicka si prefigge, in definitiva, la rinegoziazione delle condizioni per l'integrazione. A tal fine, egli propone la revisione dei meccanismi istituzionali che regolano il rapporto fra Stato e gruppi: in particolare, affianca alla

tutelare aspetti significativi della loro cultura e di partecipare come collettività alle scelte politiche, in particolare a quelle che li riguardano. Sul punto, A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 7.

⁹³ I diritti di autogoverno sono generalmente rivendicati dalle sole *minoranze nazionali*. Nella maggior parte degli stati multinazionali, esse tendono a pretendere qualche forma di autonomia politica o giurisdizione territoriale al fine di assicurare uno sviluppo pieno e libero delle loro culture e degli interessi dei loro membri. Nel caso più estremo le nazioni, se sono convinte che sia impossibile ottenere l'autodeterminazione nell'ambito dello stato cui appartengono, possono ricorrere al federalismo o alla secessione. Così, W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 50 ss.

⁹⁴ I diritti polietnici si traducono in richieste di sostegni finanziari per favorire determinate pratiche culturali di alcuni gruppi etnici e minoranze religiose. W. KYMLICKA, *op. loc. cit.*, pp. 56-58.

⁹⁵ I diritti di rappresentanza speciale, invece, si sostanziano in una richiesta di maggiore partecipazione ai processi politici da parte di *minoranze etniche o nazionali*. In tutte le democrazie occidentali cresce il timore che il processo politico sia poco «rappresentativo», cioè che non riesca a rispecchiare adeguatamente l'eterogeneità della popolazione. Le soluzioni astrattamente prospettabili per ovviare a tali situazione sono diverse: o si rendono più inclusivi i partiti politici mediante la rimozione degli ostacoli che impediscono ai membri di minoranze etniche di diventare candidati o dirigenti di partito; o si introducono forme di rappresentanza proporzionale; oppure - e questa sembra essere la soluzione preferibile - si riservano un determinato numero di seggi negli organi legislativi ai componenti dei gruppi minoritari. Così W. KYMLICKA, *op. loc. cit.*, pp. 58-60.

⁹⁶ W. KYMLICKA, *Teoria e pratica del multiculturalismo d'immigrazione*, in AA.VV., *Multiculturalismo o comunitarismo?* A cura di A. CANIGLIA-A. SPERAFICO, Roma, 2003, p. 145.

rappresentanza statale altre forme di rappresentanza, come quella speciale⁹⁷, quella di gruppo⁹⁸ o l'autogoverno⁹⁹; meccanismi che permetterebbero ai singoli di essere riconosciuti cittadini e di ottenere diritti legati alla cittadinanza, senza dover rinunciare, però, alla valenza politica delle proprie differenze specifiche, non più relegate alla sfera privata, ma visibili anche nella sfera pubblica.

Kymlicka difende l'identità dei gruppi nella misura in cui tale identità tutela, però, anche gli individui che dei gruppi sono membri. Cerca di conciliare i principi individualistici universali del liberalismo con l'evidenza della pluralità delle società, sostenendo che gli unici gruppi a cui possono essere riconosciuti diritti speciali sono quelli che garantiscono le libertà fondamentali al proprio interno. Il primo dei diritti individuali che va garantito da ciascuna comunità è proprio il diritto del singolo di uscire dal gruppo stesso, qualora i suoi valori non corrispondano più a quelli della comunità.

Prima di entrare nel vivo della sua teoria multiculturale, Kymlicka chiarisce quale sia il significato da attribuire al termine "cultura" quando ci si occupa di multiculturalismo, visto che esso talora viene impiegato in un'accezione eccessivamente "localizzata", riferendosi a gruppi "quali portatori di handicap, i gay, le lesbiche, le donne, la classe operaia, gli atei, i comunisti"¹⁰⁰; talaltra in un'accezione troppo ampia, che conduce ad affermare che «tutte le democrazie occidentali hanno una cultura comune: esse partecipano ad una moderna civiltà industrializzata, laica e urbanizzata, diversa dal mondo feudale, agricolo e teocratico dei nostri avi»¹⁰¹.

Per poter condurre utilmente una riflessione sulle società multiculturali contemporanee, spiega Kymlicka, non conviene occuparsi delle culture di ogni tipo di gruppo, «dalle bande di adolescenti alle civiltà mondiali», bensì alle sole "culture societali" (*societal cultures*)¹⁰². Sono tali quelle culture che «conferiscono ai propri membri modi di vivere

⁹⁷ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 58.

⁹⁸ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 307.

⁹⁹ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p.50.

¹⁰⁰ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 34. Questo uso, spiega Kymlicka è particolarmente diffuso negli Stati Uniti, dove i fautori del "multiculturalismo" spesso fanno riferimento ai tentativi di rimediare all'esclusione storica di questi gruppi sociali.

¹⁰¹ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p.34.

¹⁰² Simile al concetto di cultura elaborato da Kymlicka è quello di "cultura pervasiva" accolto da Margalit e Raz, in MARGALIT-RAZ, *National Self-Determination*, in *Journal of Philosophy*, 1990, 439 ss. Anche secondo i due Autori non tutti i gruppi sociali e politici teoricamente individuabili sono portatori di una cultura "pervasiva", vale a dire di una cultura di particolare densità e spessore, capace di influenzare i molteplici aspetti della vita delle persone che ad essa partecipano. Una cultura è "pervasiva" quando

dotati di senso in un ampio spettro di attività umane, ivi comprese la vita sociale, formativa, religiosa, ricreativa ed economica, tanto nella sfera pubblica quanto in quella privata»¹⁰³. Questo tipo di cultura tende ad essere territorialmente concentrata e a basarsi su una lingua comune¹⁰⁴. Per il filosofo canadese la cultura di cui bisogna discutere è quella che scaturisce dalle differenze nazionali ed etniche. « “Cultura” è sinonimo di “nazione” o “popolo”», cioè designa una comunità intergenerazionale, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e condivide una lingua e una storia distinte¹⁰⁵».

Sulla base di questo concetto *etnico* di cultura, Kymlicka distingue tra *minoranze nazionali autoctone* e *gruppi etnici*. Nei confronti della maggioranza, le due comunità avanzano rivendicazioni e nutrono aspettative profondamente diverse¹⁰⁶.

Le *minoranze nazionali autoctone* chiedono forme di autogoverno, propri tribunali, proprie scuole (in alcuni casi, anche proprie università), un proprio esercito (o, per lo meno, propri reparti nell'esercito), un proprio corpo di polizia e, in genere, la possibilità di rimanere separate dalla società di maggioranza e di usare la propria lingua non solo nella vita privata, ma anche in tutti gli ambiti della vita pubblica.

I *gruppi etnici*, invece, di solito non hanno rivendicazioni di tal tipo. Solitamente si tratta di gruppi di individui legati da rapporti di parentela o da alleanze provvisorie siglate in base alla provenienza geografica e limitate a fini culturali, economici, religiosi

abbraccia “plurimi aspetti della vita, definisce o contrassegna una varietà di forme o stili di vita, tipi di attività, occupazioni, obiettivi, relazioni”. All'interno di una cultura “pervasiva” possiamo trovare “cucine nazionali, stili architettonici tipici, una lingua comune, una letteratura e una tradizione artistica comune, una musica nazionale, nonché usanze, costumi, cerimonie e festività nazionali”, benché nessuno di questi aspetti singolarmente considerato, risulti indispensabile alla sua esistenza e sopravvivenza.

Una cultura “pervasiva” è una cultura capace di trasmettersi ai membri del gruppo: “I loro gusti e le loro opinioni saranno condizionati da questa cultura in modo significativo. I tipi di professione accessibili ad una persona, le attività ricreative che una persona ha imparato ad apprezzare e che pertanto tenderà a privilegiare, le usanze e le abitudini che definiscono e colorano le relazioni con gli estranei e con gli amici, i modelli di aspettative e di comportamento tra sposi e tra altri membri della famiglia, i tratti salienti degli stili di vita con i quali una persona riesce a trovarsi in sintonia e che pertanto è in grado di apprezzare – tutto questo sarà ‘marcato’ dalla cultura del gruppo”. Dispongono di una cultura “pervasiva” quelli che Margalit e Raz chiamano *encompassing groups*, i quali presentano, tra le loro caratteristiche salienti, i seguenti tratti: un rilevante numero di individui¹⁰², la condivisione di una lingua comune, un legame con un territorio geografico.

¹⁰³ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p.134.

¹⁰⁴ W. KYMLICKA, *op. loc. cit.*, p. 135.

¹⁰⁵ W. KYMLICKA, *op. loc. cit.*, p.35.

¹⁰⁶ Così, ad esempio, le rivendicazioni e le aspettative fatte valere dalle minoranze nazionali autoctone dei fiamminghi in Belgio o degli *inuit* in Canada nei confronti, rispettivamente, della maggioranza vallona e della maggioranza anglo-francese sono profondamente diverse dalle rivendicazioni e dalle aspettative degli immigrati algerini in Francia o degli immigrati turchi in Germania.

e non politici. La maggior parte di tali gruppi non mostra, almeno nella sfera pubblica, un interesse a richiedere un'autonomia di gruppo¹⁰⁷. I gruppi di immigrati aspirano, piuttosto, alla conservazione di alcune delle loro peculiarità culturali e ad un adattamento delle istituzioni e delle leggi dello Stato di accoglienza che renda loro più agevole la partecipazione alla vita pubblica (ad esempio, la possibilità di indossare il loro abbigliamento tradizionale anche negli spazi pubblici o di rispettare le loro festività religiose anche quando esse non coincidono con i giorni festivi dello Stato d'accoglienza).

Poiché, dunque, tra minoranze nazionali autoctone e gruppi di immigrati sussistono profonde differenze – per origine, caratteristiche, rivendicazioni – anche le politiche adottate nei loro confronti dagli Stati risultano notevolmente diverse.

Nei confronti delle *minoranze nazionali autoctone*, in effetti, gli ordinamenti sono tendenzialmente più inclini a concedere un trattamento anche notevolmente differenziato, forse anche per una sorta di latente 'senso di colpa', visto che in passato tali comunità sono state spesso oggetto di violenze e discriminazioni¹⁰⁸. Le minoranze nazionali autoctone, del resto, solitamente sono insediate su territori che esse occupano da secoli e che solo per effetto di un inglobamento, più o meno coatto, sono ora politicamente controllate dalla cultura di maggioranza (si pensi alle vicende degli indiani d'America o degli aborigeni australiani). In alcuni casi le minoranze nazionali autoctone rivendicano il loro diritto di mantenersi come società distinta da quella di maggioranza addirittura in virtù di autentici trattati: si pensi, ad esempio, al Trattato di Waitangi del 1840, firmato dai capi maori e dai coloni britannici in Nuova Zelanda, il quale tuttora costituisce un documento giuridico e politico di importanza centrale nella regolamentazione dei rapporti tra i maori e i gruppi di maggioranza neozelandesi.

Il caso dei gruppi etnici, invece, è sostanzialmente diverso. Infatti qui parliamo di individui che consapevolmente hanno scelto di lasciare il loro Paese originario per inserirsi altrove; Kymlicka li definisce "immigrati volontari"¹⁰⁹. Nei loro confronti lo Stato d'accoglienza nutre una legittima aspettativa circa un loro maggiore sforzo di adeguamento alla cultura del gruppo di maggioranza. Queste persone «hanno tagliato i

¹⁰⁷ Per questa analisi dei gruppi di immigrati in Europa, A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 9.

¹⁰⁸ E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, cit., p. 37.

¹⁰⁹ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., pp. 172-173.

legami e sanno che il successo loro e dei loro figli dipenderà dalla loro integrazione nelle istituzioni della società [d'accoglienza]. Ritengo che l'aspettativa dell'integrazione non sia iniqua, purché abbiano la possibilità di rimanere nella loro cultura originaria (...). Mediante la decisione di tagliare i legami, gli immigrati rinunciano volontariamente ad alcuni diritti che pertengono alla loro originaria appartenenza nazionale (...)»¹¹⁰

Tuttavia, se è vero che i migranti “volontari” rinunciano, nell'abbandonare il loro Paese, a lavorare e a comunicare nella loro lingua originaria e ci rinunciano con cognizione di causa, non per questo non devono essere considerati portatori di rivendicazioni legittime: ad esempio il diritto di ebrei e musulmani ad essere esentati dalla chiusura domenicale degli esercizi pubblici è una richiesta legittima che bisognerebbe riuscire ad accogliere.

I gruppi etnici chiedono “diritti polietnici”: tali richieste non mirano a disgregare la società più ampia, anzi favoriscono il rispetto e la convivenza della diversità su basi paritarie¹¹¹. I diritti particolari rivendicati dalle minoranze immigrate sono, nella maggioranza dei casi, richieste di integrazione¹¹², non di separazione¹¹³.

Lo sforzo di Kymlicka è volto a conciliare ed equilibrare i diritti individuali con le domande culturali (collettive) che tendono a limitarli, ma questo obiettivo non può essere realizzato attraverso una democrazia *solo* procedurale¹¹⁴: occorre costruire anche una *cittadinanza differenziata* sulla base di diritti specifici attribuiti per appartenenza di gruppo, che integrino i diritti individuali ormai insufficienti.

¹¹⁰ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 170.

¹¹¹ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 177.

¹¹² L'esempio è quello dei Sikh – il Sikhismo è una religione monoteista nata nel XV secolo nella regione del Punjab - che volevano entrare nella polizia canadese (quindi volevano integrarsi) ma a causa del precetto religioso che impone loro di portare il turbante, non potevano farlo. Questa è una richiesta di integrazione, a cui si può rispondere con diritti differenziati, secondo Kymlicka.

¹¹³ L'esempio riportato da Kymlicka è il caso degli Amish, una comunità religiosa nata in Svizzera nel Cinquecento e stabilitasi negli Stati Uniti d'America a partire dal Settecento. In base alle leggi che regolano la vita degli Amish, ai membri della chiesa è vietato, tra le molte limitazioni, avere corrente elettrica in casa, possedere un televisore, una radio o un computer, guidare un'automobile o una bicicletta, vestire con abiti moderni, sposarsi al di fuori della comunità, studiare oltre l'ottavo grado del sistema scolastico americano, parlare inglese con altri Amish, suonare uno strumento musicale, praticare sport agonistico e usare il trattore per il lavoro nei campi. Le donne Amish sono sottoposte a restrizioni ancora più severe, se è vero che non possono indossare gioielli, truccarsi, radersi e tagliarsi i capelli per tutta la vita. Pacifisti per cultura, gli Amish vivono nel loro mondo ideale e non hanno alcuna intenzione di integrarsi, anzi, vogliono vivere separatamente dai gruppi non-Amish, evitando qualsiasi contaminazione. W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 307.

¹¹⁴ In questo la sua posizione è più vicina a Taylor che ad Habermas.

Ovviamente, diritti collettivi alle minoranze vanno riconosciuti, ma anche sottoposti a dei limiti: non devono permettere ad un gruppo di dominarne altri, né devono consentire forme di oppressione interna.

È possibile distinguere, secondo Kymlicka, tra diritti collettivi orientati a creare *restrizioni interne* e diritti collettivi orientati a garantire *tutele esterne*. Nel primo caso ci si riferisce al diritto dei membri di un gruppo a limitare i diritti civili e politici fondamentali dei suoi membri in nome di interessi collettivi, della solidarietà interna o della purezza culturale. Questo genere di richieste è incompatibile con la tradizione democratica, che non può accettare l'idea che sia legittimo per un gruppo opprimere i propri membri e limitarne la libertà di scelta e di azione in nome del fine della sopravvivenza collettiva.

Nel secondo caso si fa riferimento al diritto dei componenti del gruppo di poter conservare il loro modo di vivere, purché lo vogliano, proteggendolo da ingerenze o ostacoli causati da persone estranee alla loro comunità. Si tratta di garantire la possibilità per i gruppi minoritari di tutelarsi e di limitare il potere economico e politico della maggioranza, in modo da assicurare che le risorse e le istituzioni che fondano l'autonomia del gruppo non siano alla mercé delle decisioni della maggioranza. Questo genere di richieste è del tutto compatibile con la tradizione democratica e fornisce un fondamento reale per la piena libertà dei soggetti e la loro effettiva partecipazione alla vita pubblica¹¹⁵.

Pur se sapientemente particolareggiata e dettagliata, anche questa impostazione teorica si presenta densa di aspetti problematici: accettare la richiesta di diritti culturali collettivi, infatti, rischia di accreditare una visione reificata della cultura¹¹⁶.

Tuttavia, le riflessioni di Kymlicka sul significato da attribuire al termine “cultura” quando ci si occupa di multiculturalismo, come risulterà più chiaro nel corso della trattazione, risultano determinanti per circoscrivere la nozione di “reato culturalmente motivato”.

¹¹⁵ Sul punto, diffusamente, W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturalale*, cit., p. 64 ss.

¹¹⁶ Sul punto, M. LANZILLO, *Noi o gli altri*, in AA.VV., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, cit., p.88-89; E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, cit., p. 111.

3. Liberalismo vs comunitarismo: rilievi critici.

Pur partendo da differenti premesse, comunitari e liberali perseguono lo stesso obiettivo: ideare dei modelli che, nell'ambito di uno stato democratico, permettano il riconoscimento delle identità collettive, la valorizzazione dell'autonomia dei gruppi minoritari e la loro partecipazione alla vita politica nazionale¹¹⁷. Ambedue le correnti criticano l'idea di neutralità dello Stato e il quadro politico comunemente accettato è quello del liberalismo, variamente inteso e parzialmente riformulato, ma riconosciuto come la sola concezione politica in grado, nelle società occidentali, di ospitare politiche multiculturali che riconoscano le differenze di gruppo. Il divario tra le due diverse posizioni teoriche si gioca unicamente sui fondamenti, sulle giustificazioni e sulle forme di questo riconoscimento. Infatti, entrambe le impostazioni hanno ricevuto le medesime critiche: lungi dal caldeggiare una politica realmente in grado di comprendere e valorizzare le differenze culturali, si sono rivelate veicoli di potenti strategie di esclusione.

In primo luogo, esse sono state accusate – soprattutto il comunitarismo – di diffondere un'immagine della cultura come entità chiusa, statica ed immutabile – rifiutata anche dall'antropologia postmoderna – come tale non corrispondente alla sua reale conformazione. La società multiculturale immaginata da liberali e comunitari è, infatti, un mosaico di molteplici culture differenti, rigidamente separate le une dalle altre in modo che la loro specificità non venga alterata da influenze reciproche. Una tale visione "reificata" delle differenze culturali è fortemente limitativa, decontestualizzata, riduce gli individui a meri riproduttori meccanici di tradizioni e rituali, condanna la realtà sociale ad un monotono ed eterno ripetersi, del tutto lontano dalla oggettività concreta, che ci mostra, invece, un mondo in costante mutamento¹¹⁸.

Il multiculturalismo non va interpretato come semplice coabitazione tra comunità ingabbiate, distinte e incapaci di comunicare, ma come un campo di confronto e di scambio che supera le singole culture per crearne delle nuove, miste e ibride¹¹⁹. La democrazia si nutre di diversità, quindi ha come compito principale quello di creare le

¹¹⁷ A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p.6.

¹¹⁸ E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, cit., pp.89-91.

¹¹⁹ E. COLOMBO, *op. loc. cit.*, p. 121. Sulla cultura come creolizzazione, I RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, pp. 181-185.

condizioni affinché le differenti culture si confrontino e, quando inevitabile, si scontrino¹²⁰, ma non si escludano.

In secondo luogo, nelle elaborazioni teoriche tanto dei comunitari quanto dei liberali è agevole riscontrare sostanziali ed evidenti lacune rispetto a svariati profili problematici; le loro indagini mostrano una certa superficialità nell'affrontare le complesse implicazioni che si nascondono dietro l'alternativa accoglimento/rigetto delle rivendicazioni minoritarie¹²¹. L'attenzione di questi primi teorici del multiculturalismo, infatti, è stata riservata principalmente alla questione della legittimazione teorica delle nuove istanze, senza dedicare sufficiente spazio alle loro ricadute su piani non immediatamente visibili; il dibattito si è concentrato più sul tentativo di ridefinire i termini dei rapporti *inter-comunitari* – cioè tra maggioranza e minoranze – piuttosto che sull'analisi dei risvolti che questo “rimodellamento” può comportare nell'ambito dei rapporti *intra-comunitari*¹²². I problemi cui s'intende far riferimento non riguardano la disputa diritti individuali/diritti collettivi, quanto le ripercussioni delle politiche multiculturaliste su alcuni soggetti: i c.d. membri *vulnerabili* dei gruppi che chiedono l'accettazione della propria diversità culturale¹²³, cioè donne e bambini. Un'approvazione incondizionata delle richieste avanzate dalle minoranze, infatti, si risolve sovente nel riconoscimento implicito di pratiche e tradizioni lesive dei diritti fondamentali di questi ultimi¹²⁴, che restano confinate nella sfera privata, tant'è che a tal proposito alcuni Autori parlano di “paradosso della vulnerabilità multiculturalista”¹²⁵.

In questi casi, il *diritto di uscita* dal gruppo di appartenenza, che il pensiero *liberal* indica come fondamentale e basilare diritto che tutte le comunità devono garantire ai propri membri al fine di vedersi riconosciuta pubblicamente la propria diversità

¹²⁰ E. COLOMBO, *op. loc. cit.*, p. 105.

¹²¹ E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, I^aed., Roma, 2006, pp. 131-132.

¹²² Il riferimento è ancora una volta a E. OLIVITO, *op. loc. cit.*, p. 133.

¹²³ Per tutti, S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?* in AA.VV., *Diritti delle donne e multiculturalismo*, ed. italiana a cura di A. BESUSSI e A. FACCHI, 2007, p. 3 ss.

¹²⁴ Si pensi alle mutilazioni genitali femminili, all'impiego di minori nell'accattonaggio, ai matrimoni precoci e/o combinati o ancora alle regole interne di costituzione o scioglimento del vincolo matrimoniale.

¹²⁵ A. SHACHAR, *Group Identity and Women's Rights in Family Law: The Perils of Multicultural Accommodation*, in *J. of Political Philosophy*, 1998, p. 289; ID., *On Citizenship and Multicultural Vulnerability*, in *Political Theory*, 2000, p. 65; ID., *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p.3, in E. OLIVITO, *op. loc. cit.*, p. 132.

culturale, per i soggetti in questione può risultare di impossibile esercizio, anche se esplicitamente e formalmente garantito.

In effetti, la concreta possibilità di lasciare la comunità d'origine è direttamente proporzionale alla forza che al suo interno ciascun componente può spendere e inversamente proporzionale alle limitazioni che è costretto a subire: più stringenti sono queste, minori saranno le forze su cui il singolo può fare affidamento e, di conseguenza, marginali e remote saranno le probabilità di un allontanamento volontario¹²⁶. L'opzione *uscita* è praticabile solo laddove ricorrano determinate condizioni socio-economiche e intellettive: in assenza di queste il distacco dal gruppo può comportare insostenibili costi di sopravvivenza; la scelta di rinnegare l'appartenenza alla comunità non può considerarsi attuabile e disponibile se il singolo membro trova davanti a sé una serie di ostacoli difficilmente superabili, come difficoltà economiche, forti legami affettivi, carenze educative e immaturità intellettive. Questi impedimenti limitano enormemente per i soggetti vulnerabili l'accesso a modi e contesti di vita alternativi a quello originario, per cui il *diritto di uscita* si rivela solo in astratto uno strumento idoneo a sfuggire ai pericolosi vincoli comunitari, in quanto nei fatti si dimostra impraticabile¹²⁷. Contrariamente alle teorie multiculturali di Taylor e Kymlicka, quella di Habermas non solo sembra prendere in considerazione l'aspetto dinamico della cultura, promuovendo un'interazione e un confronto tra culture differenti, ma è anche l'unica a ritenere possibile che nello spazio della discussione pubblica democratica le richieste di riconoscimento avanzate dalle minoranze possano essere argomentate e non accolte acriticamente. La Costituzione rappresenta l'unico limite all'accettazione delle differenze: solo le culture che non sono disposte a riconoscere i principi costituzionali o a dialogare o che addirittura si pongono come assolute e totalizzanti, non possono essere tollerate. Il riconoscimento di una base comune di "regole" è funzionale ad includere democraticamente tutti i cittadini nella società con i loro diversi bagagli culturali e non già a proteggere ecologicamente culture minoritarie dalle libere scelte dei loro appartenenti e dall'interazione e modificazione per contatto con le altre.

¹²⁶ E. OLIVITO, *op. loc. cit.*, p. 139.

¹²⁷ Sul punto, nuovamente, E. OLIVITO, *op. cit.*, pp.139-142.

Seppur criticata da diversi studiosi del multiculturalismo¹²⁸ – in quanto presupporrebbe ancora, pienamente in linea con il pensiero moderno occidentale, che esistano valori incontestabili e oggettivi che hanno validità universale – quella di Habermas, come abbiamo già scritto sopra, appare la prospettiva preferibile.

Se è senz'altro vero, come è stato sostenuto, che non basta predisporre le condizioni per un incontro tra individui e gruppi diversi, ma è anche necessario sottoporre a critica la propria cultura, in modo da superare una posizione etnocentrica che non consente di vedere anche la propria differenza, va comunque chiarito che non è possibile mettere in discussione il valore cardine – come tale non negoziabile – su cui si fondano le nostre moderne società occidentali: la democrazia¹²⁹. Così come non è possibile impostare una tutela e una valorizzazione delle minoranze culturali senza prendere avvio da un punto di partenza certo, stabile e affidabile, qual è la Costituzione, con il suo articolato corredo di diritti e libertà fondamentali.

4. La nozione penalmente rilevante di *cultura* e la definizione di *reato culturalmente motivato*.

Se l'impostazione di Habermas ci fornisce una preziosa indicazione di metodo su come affrontare la questione del multiculturalismo – dal momento che ci indica un punto di partenza: la Costituzione – la distinzione operata da Kymlicka tra Stati *multinazionali* e *polietnici* e tra *minoranze nazionali* e *gruppi etnici*¹³⁰ appare assai utile per delimitare il nostro campo d'indagine. Nelle pagine seguenti prenderemo in considerazione *solo* le società multiculturali di tipo *polietnico*, e quindi si presterà attenzione *solo* ai fatti penalmente rilevanti commessi, per motivi culturali, dagli *immigrati*.

¹²⁸ M. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, cit., p. 75 ss; E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, cit., p. 113. In particolare, M. Lanzillo ritiene che tanto la prospettiva di Habermas, quanto quella di Benhabib, si fondano su una gerarchia valoriale (meglio la democrazia che la peculiarità culturale), che nasconde una logica di separazione. Non discutono i valori sui quali costruire i loro modelli di democrazia, li danno per scontati e come validi a priori. Si ha la sensazione che propagandino la superiorità del modello democratico occidentale rispetto agli altri, un modello mai messo in discussione, ma imposto come l'unico giusto.

¹²⁹ E lo strumento che al momento abbiamo a disposizione per confrontarci con le differenze e non relegarle in uno spazio angusto e confinato è proprio un prodotto della democrazia: la tutela dei diritti fondamentali.

¹³⁰ V. *infra* § 2.3

Tale delimitazione di campo si fonda su due motivi, che risultano assolutamente decisivi nella prospettiva del diritto penale italiano: in primo luogo, perché all'interno dei nostri confini nazionali, non si riscontra la presenza di minoranze nazionali autoctone che abbiano preservato tradizioni e costumi culturali impicanti considerevoli ricadute sul piano penalistico; in secondo luogo, perché l'immigrazione costituisce sicuramente uno dei fenomeni di maggiore emergenza ed attualità per lo Stato italiano¹³¹, se solo si considera il recente incremento dei flussi migratori che ha portato in Italia persone provenienti anche da universi culturali molto diversi dai nostri.

Prendendo in considerazione soltanto i reati culturalmente motivati commessi dalle minoranze immigrate, intenderemo il termine "cultura" nella sua accezione *etnica*, così come fa lo stesso Kymlicka. Ripetendo: «cultura» è sinonimo di «nazione», o «popolo», "cioè designa una comunità intergenerazionale, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e condivide una lingua e una storia distinte¹³²". Ovviamente, si tratta di una definizione meramente stipulativa di cultura, legittima al pari di altre possibili definizioni di tale concetto, ma alla quale accordiamo la nostra preferenza perché consente di concentrare la nostra indagine sui fenomeni più significativi per le società contemporanee e di maggiore interesse in prospettiva penalistica¹³³.

Se la teoria multiculturalale di Kymlicka ci ha fornito elementi utili per circoscrivere la nostra indagine, la teoria di Taylor – seppur criticabile per le motivazioni sopra elencate – ha il pregio di aver posto al centro del dibattito sul multiculturalismo il problema del riconoscimento, inteso non soltanto come riconoscimento del singolo ad opera del gruppo di appartenenza, ma anche del gruppo ad opera della società più ampia.

Un individuo fa parte di un gruppo etnico di minoranza se viene riconosciuto come tale da parte degli altri componenti. Il riconoscimento e l'approvazione da parte degli altri membri non soltanto confermano l'appartenenza del singolo ad una determinata comunità culturale, ma contribuiscono anche alla costruzione della sua identità. Il

¹³¹ Così A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006, p. 71

¹³² W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturalale*, cit., p.35.

¹³³ Tale accezione etnica del concetto di "cultura" è stata prescelta anche dalla dottrina penalistica che recentemente si è occupata del tema sui rapporti tra diritto penale e società multiculturali: v. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, p. 26; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturalale*, Torino, 2006, p. 60; L. MONTICELLI, *Le "cultural defences" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. Pen.* 2003, 535 ss.; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010, p. 15 ss.

legame tra l'individuo e il gruppo rappresenta l'unico strumento che il singolo ha a disposizione per riconoscere se stesso e per superare la barriera dell'emarginazione sociale¹³⁴. Il gruppo deve presentare, ovviamente, determinate caratteristiche: deve cioè avere una cultura comune – intesa nell'accezione *etnica* sopra accolta – in grado di influenzare in modo decisivo lo stile di vita dei componenti del gruppo, i loro comportamenti, il tipo di lavoro, gli obiettivi nella sfera privata e nella vita pubblica, le relazioni interpersonali¹³⁵.

Una volta acquisite dall'antropologia e dalla filosofia politica le informazioni necessarie per accostarci alla complessa problematica del multiculturalismo, siamo in grado, adesso, di dare una puntuale definizione di *reato culturalmente motivato*. Si tratta di un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo etnico di minoranza, che è considerato reato dalle norme del sistema della cultura dominante. Lo stesso comportamento, nella cultura del gruppo di appartenenza dell'agente, è invece perdonato, accettato come normale, oppure è approvato, o, in determinate situazioni, addirittura imposto. Gli elementi centrali di questa definizione sono: la nozione di *cultura*, nella sua accezione *dinamica* e *etnica* e il concetto di *cultura del gruppo di appartenenza*, le cui caratteristiche salienti devono necessariamente emergere dal fatto criminoso realizzato. Questa interpretazione ristretta della categoria dei reati culturalmente motivati è l'unica compatibile con i principi fondamentali su cui si basa il nostro sistema. Poiché la struttura della categoria si costruisce essenzialmente sugli elementi extragiuridici “cultura” e “cultura del gruppo di appartenenza”, solo circoscrivendo il significato del concetto di “cultura” è possibile superare l'obiezione di una possibile violazione del principio di determinatezza/tassatività.

Perché si possa parlare di “fatto culturalmente motivato” devono ricorrere, dunque, determinati requisiti.

- 1) Il *motivo culturale*. Bisognerà stabilire se la causa psichica che ha determinato il soggetto a commettere il reato trovi una spiegazione nel suo bagaglio culturale.
- 2) La *coincidenza di reazione*. Sarà necessario dimostrare che il “motivo culturale” non fa parte solo dell'etica individuale dell'agente, ma sia anche espressione di una tradizione culturale ben radicata nel gruppo etnico di appartenenza. Sarà

¹³⁴ E. OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in *Pol. Dir.*, 2007, 83.

¹³⁵ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 30.

indispensabile, cioè, accertare che anche gli altri componenti della comunità valutino la situazione concreta nello stesso modo in cui l'ha valutata l'imputato.

- 3) Il *divario tra culture*. La cultura del gruppo etnico di minoranza a cui appartiene il reo dovrà essere confrontata con quella del Paese ospitante, in modo da individuare le differenze tra i due sistemi di valore: se il divario è consistente, allora si potrà concludere che ci si trova al cospetto di un fatto culturalmente motivato.

Una volta verificata la sussistenza dei tre requisiti, occorrerà decidere che valenza attribuire in sede penale al “motivo culturale”¹³⁶.

Prima di affrontare tale questione, però, è doveroso volgere brevemente la nostra attenzione ai principi fondamentali sanciti dalla Costituzione, non soltanto a quelli precipuamente dettati in materia penale, ma anche e soprattutto a quelli dai quali è possibile, in via implicita, dedurre la tutela costituzionale delle differenze culturali e quindi del diritto all'identità culturale.

5. Multiculturalismo e pluralismo nella Costituzione italiana.

Il fenomeno del multiculturalismo non è comparso dal nulla a mettere in crisi la convivenza pacifica delle nostre vecchie nazioni, omogenee e trincerate entro solidi e indiscutibili vincoli di appartenenza, e improvvisamente ci ha rivelato l'esistenza di conflitti interculturali o “conflitti di civiltà”¹³⁷. Al contrario, l'esperienza storica dello Stato costituzionale del Novecento dimostra proprio come alla base della convivenza collettiva si sia affermata l'idea che le società sono sempre “segnate dalla presenza di una varietà di gruppi sociali, portatori di interessi, ideologie, e progetti differenziati, ma in nessun caso così forti da porsi come esclusivi o dominanti e quindi da fornire la base materiale della sovranità statale ..., [i quali] assegnano alla Costituzione il compito di realizzare la condizione di possibilità della vita comune”¹³⁸.

Lo Stato costituzionale del Novecento si caratterizza proprio per la compresenza di tanti soggetti sociali collettivi, con interessi, valori e visioni del mondo differenti, “i quali

¹³⁶ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 31.

¹³⁷ S. HUNTINGTON, *Lo scontro della civiltà*, Milano, 1997. Contro una visione conflittuale dell'incontro tra civiltà, v. A. DAL LAGO, *Esistono davvero i conflitti tra culture? Una riflessione storico-metodologica*, in AA. VV., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, cit. p. 45.

¹³⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 9.

hanno negoziato, attraverso la Costituzione, un iniziale patto di convivenza, e hanno continuato a rinegoziarlo, con metodi pacifici e condivisi, modificandolo progressivamente e adattandolo alle nuove realtà e ai nuovi bisogni sociali¹³⁹.

La Costituzione italiana non è espressamente diretta alla garanzia del multiculturalismo. Le ragioni storiche sono note: la base sociale su cui è stato fondato il patto costituente era caratterizzata da una matrice culturale omogenea, non nel senso delle culture politiche che lo hanno stipulato, che anzi erano molteplici, ma nel senso dell'omogeneità etnica, religiosa, ecc...¹⁴⁰. Non è stato avvertito il bisogno di esplicitare un apparato normativo precipuamente volto alla difesa delle minoranze culturali, fatta eccezione per le scarse disposizioni concernenti le minoranze linguistiche¹⁴¹.

Il dibattito sul multiculturalismo nel nostro Paese è essenzialmente collegato alla questione dell'immigrazione, un fenomeno ben più 'giovane' della Costituzione. Questa particolare caratteristica del dibattito italiano non deve far dimenticare che, per altri tipi di questioni, l'ordinamento costituzionale ha già da tempo elaborato delle soluzioni. La nostra Costituzione, infatti, si impegna con vigore a garantire e tutelare il pluralismo e il multiculturalismo può essere considerato proprio come una forma peculiare di pluralismo¹⁴². Essa difende non solo il pluralismo sociale e politico, ma dedica numerose disposizioni anche alla tutela di altri pluralismi, nei campi più disparati: dal pluralismo religioso (artt. 8 e 19), a quello culturale (artt. 21 e 33), a quello istituzionale (art. 114).

La nostra Carta fondamentale, com'è stato sottolineato, non è l'espressione «dell'unità politica di un popolo», o il documento che «costituisce la forma o la specie dell'unità

¹³⁹ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h.c. a Mireille Delmas-Marty*, a cura di A. BERNARDI, Ferrara, 2006, p. 115.

¹⁴⁰ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p. 116.

¹⁴¹ Sul punto, in particolare, E. PALICI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, Torino, 1999, p. 29 ss.

¹⁴² Vede il multiculturalismo in contrapposizione al pluralismo, G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Milano, 2000, p. 111. Secondo l'Autore, la società pluralistica sarebbe non solo incompatibile con quella multiculturalista, ma ne risulterebbe concretamente minacciata. Alla luce di questa impostazione, il pluralismo presuppone una società "aperta", mentre il multiculturalismo tende a valorizzare il particolare, le entità chiuse, i gruppi, che mettono a repentaglio la convivenza pluralistica. Il pluralismo propugna tolleranza e disponibilità all'integrazione sociale, il multiculturalismo spinge al radicalismo culturale e all'egemonia.

politica, la cui esistenza è presupposta»¹⁴³. Essa, all'opposto, si fonda essenzialmente sul presupposto della mancanza di un'unità del popolo. Nello Stato costituzionale novecentesco, infatti, il popolo inteso come concetto unitario non esiste. Esiste, invece, una società differenziata, costituita da tante minoranze destinate a convivere, e lo Stato costituzionale non è altro che il risultato di un patto di convivenza siglato da quelle minoranze.

Secondo una parte della dottrina¹⁴⁴ non si tratta di un patto sulla sostanza, bensì di un patto sul metodo, che non ha l'obiettivo di eliminare i conflitti, ma di indicare una procedura¹⁴⁵, se non per sopirli, quanto meno per attenuarli. Il metodo consiste nella limitazione del ricorso al principio di maggioranza (non più criterio esclusivo per l'adozione delle scelte politiche), e nella «neutralizzazione di una sfera di temi non decidibili, espressi sotto forma di diritti fondamentali, costituzionalmente riconosciuti e protetti¹⁴⁶».

Naturalmente, la Costituzione presuppone sì spazi di neutralità, ma non contempla la neutralità assoluta nel governo della società¹⁴⁷. Essa è *democratica* «nel senso che prevede strutture decisionali idonee a consentire a una parte della società di stabilire regole collettive anche in nome di altre parti. Tuttavia, proprio al fine di garantire i gruppi (politicamente, socialmente, culturalmente...) minoritari dai pericoli di "sopraffazione in base al numero", la Costituzione ha posto una serie di limiti, che la volontà della maggioranza politica non ha il potere di valicare, posti a protezione, oltre che del singolo individuo, anche delle formazioni sociali, delle minoranze politiche, di quelle religiose, territoriali, culturali»¹⁴⁸. Tali limiti sono rappresentati dai diritti fondamentali, che diventano così lo strumento principale di tutela anche del multiculturalismo.

Questa tesi trova conforto anche nell'elaborazione teorica di Luigi Ferrajoli. Quest'ultimo, distinguendo all'interno della generale categoria dei diritti fondamentali, tra diritti umani, definiti come quei «diritti che spettano a tutte le persone naturali

¹⁴³ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p. 118, il quale richiama un'espressione utilizzata da C. SHMITT, *Verfassungslehre*, Berlino, 1928, trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano 1984, p. 16 ss. e p. 270 ss.

¹⁴⁴ Per tutti, E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p. 118.

¹⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit. p. 45.

¹⁴⁶ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p. 119.

¹⁴⁷ E. GROSSO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁸ *Ibidem*.

semplicemente in quanto tali»¹⁴⁹, cioè diritti primari, della persona, caratterizzati dall'universalità, ossia dal fatto di appartenere a tutti gli individui, in condizione di uguaglianza; e diritti di libertà – anch'essi universali – i quali garantiscono «l'eguale valore di tutte le differenze personali, a cominciare da quelle culturali»¹⁵⁰, riesce ad affermare che la garanzia dei diritti fondamentali è il principale strumento di tutela anche del multiculturalismo.

I diritti di libertà, infatti, sono tipicamente culturali, a partire dalla libertà di coscienza, che è il primo e fondamentale diritto a tutela della propria identità e differenza culturale, per includere anche la libertà religiosa, la libertà di manifestazione del pensiero e le altre libertà fondamentali, «che valgono tutte a tutelare l'identità diversa, dissenziente, non omologabile di ciascuna persona»¹⁵¹.

Proprio perché i diritti di libertà tutelano le differenze personali, e soprattutto le differenze culturali, ne deriva che il diritto all'identità culturale è un diritto fondamentale e che la tutela dei diritti fondamentali «è il principale strumento di tutela anche del multiculturalismo»¹⁵².

5.1. Il diritto all'identità culturale e gli altri diritti fondamentali.

In un primo tempo, che in Italia è durato più a lungo che in altri paesi (perché l'immigrazione, specie quella di massa, è un fenomeno più recente rispetto ad altri stati europei), le richieste avanzate dagli immigrati sono state quasi esclusivamente di carattere universalistico. I migranti chiedevano di godere concretamente di una serie di diritti strettamente legati alle cause migratorie (come il diritto di restare sul territorio dello Stato che li aveva accolti), o comunque connessi alla sopravvivenza materiale e alla garanzia di un'esistenza dignitosa (diritto al lavoro, alla casa, all'assistenza sanitaria), come tali non difformi dai diritti spettanti ai cittadini¹⁵³.

In una seconda fase, corrispondente a quella attuale, i migranti non hanno più reclamato solo il miglioramento delle proprie condizioni di sopravvivenza, ma hanno iniziato a pretendere la possibilità di inserirsi nella società di accoglienza nel rispetto della propria identità. Sono così emersi i bisogni di affermazione della propria identità culturale e,

¹⁴⁹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma, 2007, p. 737 ss.

¹⁵⁰ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. II, cit., p. 59.

¹⁵¹ L. FERRAJOLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵² L. FERRAJOLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵³ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p.121.

conseguentemente, richieste di “accomodamento normativo”, in nome di differenze culturali non ancora riconosciute.

In relazione a questo duplice ordine di rivendicazioni da parte degli stranieri (parità nel godimento dei diritti che noi chiamiamo fondamentali e differenza nel trattamento giuridico in nome di alcune specificità culturali), si pongono due importanti questioni: a) *in primis* se, attraverso il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali, sia possibile garantire agli immigrati l’espressione e il mantenimento della propria identità culturale; b) in secondo luogo, se sia possibile, e in caso affermativo, con quali strumenti, affrontare e risolvere (o quanto meno attenuare), i conflitti potenziali e reali tra espressioni culturali dei migranti e principi costituzionali che assicurano il godimento dei diritti fondamentali. Quali siano, insomma, i limiti giuridici oltre i quali non può essere istituzionalizzato il multiculturalismo.

Prima di cercare di fornire una risposta, innanzitutto, premettiamo che una Costituzione pluralista come la nostra è per sua natura “aperta”, disposta cioè a riconoscere e valorizzare le differenze. Una società aperta che crede nel pluralismo come valore e che si sottopone alla sovranità di una Costituzione che di quel valore fa il suo asse portante, è certamente disposta ad aprirsi anche al multiculturalismo¹⁵⁴. Ciò presuppone, ovviamente, la disponibilità a riconoscere agli “altri” i diritti fondamentali da essa proclamati, non solo quello alla cultura o all’identità culturale.

In verità, in merito alla possibilità di attribuire i diritti costituzionali “a tutti” e non ai soli cittadini, la dottrina non è unanime, anzi, le ricostruzioni sono molteplici, fondandosi principalmente sull’art.2 e sull’art. 10, comma 2 Cost., e valorizzando di volta in volta elementi “formali”, tratti dalla lettera delle singole norme (che imputano i singoli diritti ai “cittadini” o a “chiunque” o a “tutti”, o che fanno ricorso a formulazioni impersonali, o si riferiscono a soggetti non qualificabili sulla scorta della dicotomia cittadini/stranieri, come ad esempio i “lavoratori”, le “madri”, i “figli” ecc...), oppure facendo leva su argomenti sostanziali¹⁵⁵.

Un primo orientamento è rappresentato da coloro che, pur con sfumature differenti, ritengono estendibile allo straniero la titolarità delle situazioni giuridiche soggettive

¹⁵⁴ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p.122.

¹⁵⁵ Per una ricostruzione complessiva del dibattito, si rinvia a GROSSO, *Straniero*, in *Dig. disc. pubb.*, XV, Torino, 1999, 157 ss.

attribuite dalla Costituzione in modo impersonale o espressamente riferite “a tutti”¹⁵⁶. Quando una situazione giuridica soggettiva non è espressamente riferita dalla Costituzione “ai cittadini”, essa dovrebbe essere estesa a tutti coloro che non siano cittadini italiani. Laddove, invece, il riferimento testuale sia ai cittadini, non esisterebbe un’esplicita copertura costituzionale. In tali casi, per alcuni di questi autori, verrebbe in soccorso la riserva di legge rinforzata dell’art. 10 Cost.: il legislatore ordinario potrebbe, entro i limiti di cui alle norme e ai trattati internazionali, estendere la portata di tali diritti allo straniero.

A questa tesi si contrappone quella di quanti ritengono che anche norme esplicitamente riferite ai soli cittadini (come ad esempio gli artt. 17 e 18 Cost.) debbano essere estese agli stranieri, poiché non si rinvengono nelle stesse norme ragioni che giustifichino una disparità di trattamento tra cittadini e stranieri, anche perché, se si negasse l’esercizio delle libertà garantite da tali disposizioni allo straniero, si finirebbe per negarlo anche allo stesso cittadino, qualora quest’ultimo intendesse goderne proprio con uno straniero¹⁵⁷.

Una posizione eterogenea è quella di coloro che fondano la distinzione non su ragioni di ordine formale, bensì di ordine sostanziale (la natura della posizione giuridica tutelata), per cui alcuni diritti sarebbero riservati ai soli cittadini in quanto inerenti alla qualità di membro della collettività statale (in particolare l’elettorato e i diritti politici); altri sarebbero da estendere necessariamente anche al non cittadino in quanto riguardanti la tutela di esigenze essenziali della condizione umana o comunque inerenti alla dignità della persona¹⁵⁸.

La Corte Costituzionale, in materia di titolarità dei diritti fondamentali, ha sempre adottato un atteggiamento molto cauto. Da un lato, essa ha riconosciuto, sulla base degli artt. 2 e 10 Cost., che gli stranieri sono titolari dei diritti fondamentali o inviolabili, “che appartengono all’uomo inteso come essere libero”¹⁵⁹, con la conseguenza che, nei casi concernenti l’applicazione di tali diritti, è garantita l’assoluta parità di trattamento tra

¹⁵⁶ Fra i molti, v. G. D’ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992, p. 224 ss; A. BARBERA, *art. 2* in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 117, n. 39

¹⁵⁷ P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p.32; G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1990, p. 632.

¹⁵⁸ Per tutti, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1994, p. 707 ss.

¹⁵⁹ Così C. cost. n. 102/1975; C. cost. n. 25/1966; C. cost., n. 33/1974 in www.cortecostituzionale.it

cittadini e non cittadini. Dall'altro, ha precisato che le condizioni di esercizio o di godimento concreto di tali diritti possono essere legittimamente differenziate dal legislatore, in virtù del principio di ragionevolezza¹⁶⁰.

Il problema della tutela delle specificità culturali parte dalla constatazione che, rispetto alle moltissime differenze contemplate e salvaguardate dalla Costituzione, esiste, per lo straniero immigrato, un *surplus* di diversità (linguistiche, di costumi, religiosa, etnica, e, spesso, di valori). Rispetto ad alcune di queste diversità, il nodo da sciogliere riguarda la possibilità di riconoscerle giuridicamente.

Alcuni costituzionalisti ritengono che il rispetto della diversità possa essere favorito oltre che da una corretta applicazione delle norme costituzionali in materia di libertà fondamentali, anche da una progressiva estensione agli immigrati dei diritti di partecipazione politica¹⁶¹. Il riconoscimento di diritti di partecipazione, infatti, potrebbe produrre effetti benefici nella prospettiva della risoluzione dei potenziali conflitti interculturali. Per poter usufruire al meglio di quei “meccanismi procedurali” tipici dello Stato costituzionale pluralista di cui abbiamo parlato in precedenza, occorre porre anche gli immigrati nella condizione di sentirsi parte di quel contesto pluralistico, garantendogli la possibilità di esprimere il proprio punto di vista e permettere così alla Costituzione di svolgere il ruolo compositivo che le compete, realizzando “la condizione di possibilità della vita comune”¹⁶². La partecipazione politica è lo strumento attraverso cui porre sul tavolo le istanze della propria “parte” e contribuire così alla loro affermazione in composizione e in bilanciamento con altre.

Il vero problema posto dal multiculturalismo è che i valori sottesi ai diritti costituzionali che l'ordinamento riconosce – o dovrebbe riconoscere – ai gruppi di immigrati, spesso non sono condivisi da questi stessi gruppi che chiedono il riconoscimento della propria specificità culturale. Ciò ha fatto ritenere a molti che non sia possibile integrare tutti;

¹⁶⁰ così C. Cost. n. 62/1994 in www.cortecostituzionale.it

¹⁶¹ Secondo E. GROSSO, per esempio, la Costituzione consentirebbe al legislatore, senza la necessità di alcuna revisione, di attribuire discrezionalmente agli stranieri la possibilità di accedere alla sfera politica. In particolare, l'art. 48 Cost., a norma del quale “sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne che abbiano raggiunto la maggiore età” non andrebbe letta come norma che preclude l'estensione al non cittadino delle libertà politiche, ma come autorizzazione al legislatore a operare una differenziazione ove lo ritenga politicamente opportuno. Per maggiori approfondimenti si rinvia a E. GROSSO, *Cittadini per amore, cittadini per forza: la titolarità del diritto di voto nelle Costituzioni europee*, in *Dir. Pubb. Comp. e Eur.*, 2000, 505 ss.

¹⁶² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 9.

anzi, alcuni individui o gruppi (quelli islamici in particolare) sono e saranno sempre irriducibilmente “estranei”¹⁶³.

Tuttavia, nell’arco di questi sessant’anni di esperienza di buon funzionamento dei sistemi costituzionali pluralistici, sarebbe lecito attendersi un atteggiamento meno distruttivo nei confronti del pluralismo dei valori; in fondo, le strutture dello Stato costituzionale si sono dimostrate ampiamente capaci di sopire i conflitti più accesi.

Tali strutture consistono, essenzialmente, nella trasformazione – da parte della Costituzione – dei valori metagiuridici in principi giuridici, su cui legislatore e giudici costituzionali possono operare bilanciamenti e composizioni¹⁶⁴. «Tra principi si può venire a patti», scrive Zagrebelsky, a condizione di operare con ragionevolezza¹⁶⁵, «in modo da evitare conflitti attraverso soluzioni che soddisfino tutti nella misura consentita dalle circostanze. Ragionevole è colui che si rende conto della necessità, in vista della coesistenza, di addivenire a composizioni in cui vi sia posto non per una sola, ma per tante ragioni»¹⁶⁶.

Ci si chiede perché mai questi stessi strumenti di composizione dei conflitti non possono valere anche per la risoluzione dei conflitti determinati dalla convivenza multiculturale.

Qualcuno ha risposto che i conflitti che nascono all’interno delle società multiculturali sono assai diversi e ben più complessi di quelli tipici delle società pluraliste perché metterebbero in gioco interessi non negoziabili, quindi sarebbe impossibile l’adozione di qualsiasi tecnica di bilanciamento. Esemplificando, non sarebbe possibile operare alcun bilanciamento di fronte alla richiesta del padre di una bambina africana e/o musulmana di infibulare la figlia, o di maltrattarla, al fine di educarla secondo i precetti della legge islamica. A questa obiezione che fa leva sulla pretesa irriducibilità dei conflitti culturali, si può rispondere evidenziando che i diritti fondamentali servono a proteggere il più debole (colui che si trova in minoranza, colui che non è tutelato dal numero e cioè dalla regola di funzionamento della rappresentanza politica) anche contro la sua volontà, o contro la volontà del gruppo sociale cui appartiene¹⁶⁷.

¹⁶³ G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, cit., p. 99.

¹⁶⁴ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p. 131.

¹⁶⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 203.

¹⁶⁶ G. ZAGREBELSKY, *op. loc. ult. cit.*

¹⁶⁷ Si pensi alle norme costituzionali che assicurano protezione all’individuo nel contesto familiare, alla donna nei confronti del marito o il padre, al minore rispetto ai genitori, che valgono proprio contro la

Ebbene, nell'ottica del multiculturalismo, la migliore garanzia del rispetto delle differenze, anche culturali, consiste proprio nella difesa dell'oppresso (anche chi non vuole essere difeso) contro il suo oppressore, o anche contro la sua "cultura oppressiva". «I diritti costituzionali sono riconosciuti indipendentemente dall'adesione individuale o collettiva, o dal consenso che producono in termini quantitativi, bensì in quanto strumento di garanzia per tutti¹⁶⁸».

Probabilmente si tratta di una visione eurocentrica, «ma è sicuramente più eurocentrico ancora pretendere che le donne islamiche, per ora, continuino a subire la propria infibulazione, in attesa che i loro padri e mariti giungano a compiere, riproducendo i percorsi culturali dell'Occidente, la loro Rivoluzione francese»¹⁶⁹. Non si tratta di imporre a tutti i "dogmi" della società occidentale o di costringere gli stranieri ad uniformarsi ad essi, ma semplicemente di imporre un metodo che ha dato, nell'esperienza della convivenza pluralistica, ottima prova di sé¹⁷⁰.

Certo, la Costituzione italiana offre alle c.d. istanze del multiculturalismo una risposta ancora parziale, probabilmente inadeguata a soddisfare le esigenze di chi pretende una risoluzione permanente dei conflitti culturali. Del resto, la società contemporanea è per sua natura una società di conflitti.

Comunque, un fondamento costituzionale della tutela delle diversità in fondo già esiste, ed è scritto a chiare lettere nel secondo comma dell'art. 3 della Costituzione. Abbiamo anche uno strumentario di composizione dei conflitti che siamo in grado da tempo di padroneggiare. Non è, chiaramente, una soluzione completa e definitiva, ma si tratta comunque di una proposta di coesistenza possibile, di un compromesso delle possibilità¹⁷¹. Un aiuto, un punto di partenza. «Ma è forse, più che il migliore, l'unico punto di partenza che, nelle condizioni storiche attuali, ci è consentito di sperare¹⁷²».

volontà manifestata all'interno del gruppo familiare. Così, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 338.

¹⁶⁸ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p. 133.

¹⁶⁹ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in R. ORRÚ-L. SCANNELLA, *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2006, p. 224 ss.

¹⁷⁰ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p. 133.

¹⁷¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 171.

¹⁷² E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p.136.

6. Società multiculturali e modelli penali.

Anche il diritto penale sembra riflettere questa situazione di “tensione interculturale¹⁷³” appena descritta. Anzi, si può dire che quello penale è il settore in cui i conflitti culturali emergono più prepotentemente.

Infatti, non rari sono i casi in cui i migranti pongono in essere comportamenti che sono giustificati o imposti da norme e consuetudini proprie del gruppo di appartenenza, ma non tollerati, anzi, puniti nel Paese d'accoglienza¹⁷⁴.

Oggi, più che mai, si discute se la tutela della diversità culturale possa spingersi fino al punto di riconoscere un trattamento speciale a chi ha commesso un reato sotto l'influsso delle norme della propria cultura d'origine.

Ecco che ci avviciniamo progressivamente al tema oggetto della nostra indagine: la rilevanza penale del fattore culturale, *alias* il difficile rapporto tra multiculturalismo e diritto penale.

La risposta penale ai reati culturalmente orientati varia a seconda della politica che ciascun Paese coinvolto dal fenomeno dell'immigrazione sceglie di adottare per far fronte alla diffusione progressiva nel proprio Stato di tradizioni culturali diverse da quella della maggioranza. L'esperienza comparatistica indica sostanzialmente due modelli di diritto penale¹⁷⁵.

A. Il primo, *assimilazionista*, totalmente insensibile di fronte alla diversità culturale¹⁷⁶ e saldamente ancorato ad un'interpretazione formale del principio di uguaglianza. Un esempio di tale modello è rappresentato dalla Francia, che opta da sempre per l'integrazione degli immigrati senza curarsi di una loro eventuale resistenza verso processi di assimilazione coatta.

B. Il secondo, *multiculturale*, teso, al contrario, ad accordare rilevanza penale al fattore culturale. Si pensi agli Stati Uniti o all'Inghilterra, che da tempo hanno introdotto nel proprio ordinamento l'istituto della *cultural defense*, che può arrivare anche ad escludere la responsabilità del *cultural offender*.

¹⁷³ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 59.

¹⁷⁴ Se da un lato il diritto penale si pone come spada perché colpisce con estremo rigore taluni comportamenti espressivi dello specifico universo culturale dell'autore, dall'altro si pone come scudo dei valori della cultura maggioritaria. Sull'ambivalente funzione del diritto penale, *scudo e spada* di comportamenti culturalmente motivati, si rinvia a A. BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, 2010, p. 5 ss.

¹⁷⁵ Nella dottrina italiana, per tutti, A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 58 ss.

¹⁷⁶ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 32.

I presupposti dei due modelli si ritrovano già nel passato coloniale di Francia e Gran Bretagna. Le azioni politiche adottate per regolare i rapporti tra popolazioni locali e amministrazioni coloniali hanno avuto inevitabilmente delle ripercussioni anche nella regolamentazione delle relazioni fra le istituzioni pubbliche della madre patria e gli immigrati provenienti dalle stesse aree geografiche colonizzate¹⁷⁷.

La colonizzazione francese in Africa, per esempio, mirava a modificare il diritto autoctono con l'obiettivo dichiarato di civilizzare gli usi locali e di sopprimere le differenze regionali, uniformandole nella forma e nello spirito – quando non era possibile nel contenuto – ai codici napoleonici. Così la Francia ha adottato nei confronti dei migranti una politica di totale inclusione nella cultura francese, facendo in modo che l'omogenea cultura autoctona si sostituisse alle loro culture originarie. La comunità di riferimento è quella nazionale, i cui principi e i cui valori devono essere rispettati da tutti gli individui, senza eccezioni o distinzioni. L'interlocutore dello Stato è l'individuo singolo, non il gruppo. Le comunità e le organizzazioni collettive non soltanto hanno scarsa legittimazione politica, ma sono considerate un ostacolo all'integrazione dell'individuo nella comunità nazionale, una fonte di isolamento e di auto-ghettizzazione. Ovviamente, ciò non significa che nel privato il singolo non sia libero di adeguarsi alle proprie tradizioni culturali, ma esse non devono emergere nella sfera pubblica, né essere considerate rilevanti giuridicamente¹⁷⁸.

La colonizzazione inglese, invece, non si occupava dei rapporti interni alle popolazioni indigene; ha sempre preferito una politica di non ingerenza nelle consuetudini locali e di non imposizione di proprie regole, incoraggiando anche il costituirsi di comunità etniche in modo da avere interlocutori politici affidabili che controllassero essi stessi gli abitanti delle colonie.

Le politiche britanniche nei confronti delle comunità minoritarie a partire dagli anni Sessanta, di fronte alla prima generazione di figli di immigrati, hanno ricalcato questa impostazione, aggiungendovi un impegno pubblico a favore del mantenimento delle specificità culturali¹⁷⁹. La società nazionale si presenta come un'unità plurale composta da gruppi differenti istituzionalizzati a cui vengono attribuite anche risorse economiche

¹⁷⁷ A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 13.

¹⁷⁸ A. FACCHI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷⁹ A. FACCHI, *op. loc. cit.*, p. 15.

e politiche¹⁸⁰, funzionali ad una loro maggiore partecipazione alla vita politica del paese.

In estrema sintesi, il modello ‘alla francese’ intende l’integrazione come inclusione, ma si tratta di un percorso *unidirezionale*, in cui è la minoranza che deve adattarsi alla maggioranza; il modello all’ ‘inglese’, invece, sembra concepire l’integrazione non solo come inclusione, ma anche come percorso *bidirezionale*, in cui la minoranza deve sì adattarsi alla maggioranza, ma quest’ultima deve a sua volta essere disposta ad offrire condizioni più eque di adattamento¹⁸¹.

Quelli di Francia e Inghilterra sono, ovviamente, casi paradigmatici, tipi ideali che ispirano le direttive d’azione politica dei due Paesi, ma occorre rilevare che tra i due modelli – assimilazionista e multiculturale – nella maggioranza dei casi, più che un’irriducibile e netta contrapposizione, esiste una continua e fluttuante *ibridazione*¹⁸². La situazione sociale e politica degli Stati europei conosce, infatti, varie forme di contaminazione, sovrapposizione e intersecazione di questi due modelli (anche negli stessi Paesi di riferimento: Francia e Inghilterra)¹⁸³.

Nonostante il perseguimento di un comune obiettivo, tuttavia, nessuno dei due modelli è finora riuscito ad evitare l’emarginazione degli immigrati, i quali non hanno raggiunto né in Francia, né in Inghilterra, un livello di istruzione, di risorse economiche e di affermazione sociale comparabile a quello dei membri del gruppo culturale di maggioranza¹⁸⁴.

6.1. L’irrelevanza penale del fattore culturale secondo il modello assimilazionista di stampo francese.

Nonostante sia uno dei Paesi europei con il tasso di immigrazione più elevato, la Francia continua a perseguire nei confronti dei migranti una politica tutt’altro che multiculturalista, scegliendo di non attribuire alcun rilievo, in sede penale, all’eventuale appartenenza dell’autore di reato a comunità con radici culturali diverse da quelle della maggioranza.

¹⁸⁰ Per una ricostruzione della posizione giuridica degli immigrati nel sistema britannico, v. L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori Costituzionali e identità culturale*, Torino, 1996, *passim*.

¹⁸¹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 56.

¹⁸² F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 55.

¹⁸³ F. BASILE, *op. loc.cit.*, p. 56.

¹⁸⁴ A. FACCHI, *I diritti nell’Europa multiculturale*, cit., p. 17.

Una simile scelta, sicuramente consapevole e ben ponderata, appare coerente con il più generale obiettivo dello Stato francese di realizzare un'efficace politica di inclusione degli stranieri, atta ad eliminare ogni barriera culturale, in nome di un pieno raggiungimento della libertà individuale e di una comunanza di idee che prescindano dalle origini etniche dei singoli.

Sul piano soggettivo, si mira ad una completa assimilazione degli immigrati, incentivandone l'emancipazione dall'originario nucleo sociale - con il non troppo celato scopo di realizzare una loro immedesimazione nella comunità nazionale - e sancendo l'irrelevanza di ogni loro diversità sul piano giuridico; *sul piano oggettivo*, invece, si punta a preservare, nonostante gli incessanti flussi migratori, l'omogeneità culturale dello Stato nel suo insieme¹⁸⁵.

Nel definire la sua attività in materia di politica immigratoria nazionale è stato lo stesso *Haut Conseil à l'Intégration* a precisare che «la concezione francese dell'integrazione deve obbedire a una logica d'eguaglianza e non di minoranze»; uguaglianza intesa in senso strettamente formale, tale da non consentire in nessun caso trattamenti differenziati in base al gruppo culturale di appartenenza¹⁸⁶.

L'idea francese di uguaglianza assimilatrice è confermata sia dalle riserve opposte dalla Francia in sede di ratifica delle convenzioni internazionali alla sottoscrizione delle disposizioni poste al tutela delle minoranze¹⁸⁷, sia dalla tanto discussa legge sul divieto del velo nelle scuole.

L'*affaire du foulard*¹⁸⁸, così com'è stato ribattezzato dai giornali, è una storia che occupa la Repubblica francese già da diversi anni, fin da quando nel 1989 a Creil tre ragazze islamiche arrivarono a scuola indossando il velo.

Venne loro intimato di toglierlo, ma le fanciulle rifiutarono l'imposizione e vennero espulse dall'istituto scolastico. L'episodio diventò un caso nazionale e suscitò un dibattito politico così ampio e vivace da condurre il Consiglio di Stato, su richiesta del ministro dell'Istruzione, a formulare un parere sulla vicenda. Il Consiglio riconobbe il diritto di espressione religiosa per gli allievi all'interno della scuola pubblica, ma a patto

¹⁸⁵ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 82.

¹⁸⁶ HAUT CONSEIL A L'INTEGRATION, *Rapports au Premier Ministre*, Paris, 1991, p. 19.

¹⁸⁷ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 58, menziona ad esempio, la riserva di non applicabilità dell'art. 27 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1996 formulata dalla Francia in sede di ratifica del Patto stesso, o la riserva di non applicabilità formulata in relazione all'art. 20 della Convenzione ONU sui Diritti dell'Infanzia del 1989.

¹⁸⁸ Per approfondimenti, D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, 2010.

che non sfociasse nel proselitismo e non intralciasse il regolare svolgimento delle lezioni. L'applicabilità di tale parere, tuttavia, fu demandata totalmente al buon senso e alla sensibilità dei capi degli istituti scolastici, restando così un problema sempre aperto, fino alla sua esplosione nel 2003, che portò alla promulgazione della L. n. 228/2004, la quale ha vietato la possibilità di indossare il velo nelle scuole pubbliche¹⁸⁹.

La chiusura di stampo assimilazionista-repressivo più marcata, però, si è verificata con la recente l. n. 1192/2010, entrata in vigore nell'aprile 2011. La nuova normativa punisce con ammenda fino a 150 euro l'occultamento del viso in tutti gli spazi pubblici e introduce nel codice penale il reato di occultamento forzato del viso (art. 225-4 c.p.): è punibile con un anno di detenzione e 30.000 euro di ammenda chiunque costringa un'altra persona ad occultare il proprio viso in ragione del sesso; la sanzione è duplicata se il soggetto costretto è un minore. La l. n.1192/2010 non contempla tra le eccezioni al divieto l'osservanza del credo religioso, ma la circolare attuativa del 3 marzo 2011 specifica che l'occultamento è punibile anche se integrale. È prevista, infine, la possibilità di applicare, in caso di infrazione del divieto e in sostituzione o in alternativa alla sanzione pecuniaria, l'obbligo di frequentare il corso di cittadinanza di cui al comma 8 dell'art. 131-16 del codice penale. Tale ultima previsione non lascia dubbi: i principali destinatari del divieto sono gli immigrati di fede islamica.

La tendenza assimilazionista della Francia emerge in maniera ancor più evidente nella disciplina dell'immigrazione¹⁹⁰, con particolare riferimento alla "carta del residente". Tale istituto è stato introdotto nell'ordinamento francese nel 1984 quale titolo di soggiorno rilasciato di diritto agli stranieri con parenti in Francia, allo scopo di agevolare i ricongiungimenti familiari. A seguito di due importanti riforme, datate 2003 e 2006, il rilascio della carta è subordinato alla *condizione di integrazione* che richiede la conoscenza della lingua e dei principi su cui si fonda la Repubblica francese¹⁹¹.

La condizione di integrazione prescrive nello specifico la frequenza di un percorso formativo su lingua ed educazione civica francese. In aggiunta, la Prefettura è investita del compito di valutare se la condizione sia stata effettivamente soddisfatta. Nello

¹⁸⁹ F. CONSORTE, *Fattore culturale e diritto penale. Spunti di riflessione a partire dall'ordinamento di Francia, Inghilterra e Israele*, in AA. VV. *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di L. STORTONI-S.TORDINI-CAGLI, Bologna, 2012, p. 29; M. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, cit., p. 59.

¹⁹⁰ Si veda D. LOCHAK, *L'intégration, alibi de la precarisation*, in www.gisti.org; M. LA ROSA, *Diritto penale e immigrazione clandestina in Francia: cui prodest?*, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁹¹ D. LOCHAK, *Devoir d'intégration et immigration*, in *Reveu de droit saniteire et social*, 2009, 18 ss.

svolgimento di tale attività la Prefettura ha un notevole margine di discrezionalità, dovendo accertare l'assimilazione dei principi di uguaglianza e laicità. È ipotizzabile che il solo fatto di portare il velo possa comportare un esito negativo di tale verifica e fungere da ostacolo nell'ottenimento della carta del residente.

A dispetto delle posizioni di principio, però, nella sua espressione concreta l'ordinamento francese non è poi così rigido e cieco nei confronti delle differenze: in esso convivono anche istituti di impronta pluralistica¹⁹².

Partendo da esempi non strettamente afferenti al diritto penale, si pensi alla legge che prevede che gli impiegati statali possano essere autorizzati ad assentarsi dal lavoro per le feste ebraiche o musulmane, nella misura in cui ciò non pregiudichi il regolare funzionamento del servizio; oppure alla decisione del Consiglio di Stato del 1995 di ammettere la possibilità, previa autorizzazione, per i liceali ebrei praticanti, di derogare agli obblighi scolastici per rispettare lo *shabbat*, nei limiti in cui tale concessione non sia incompatibile con gli studi e con il rispetto delle istituzioni scolastiche¹⁹³.

Per quanto concerne l'ambito penale, invece, la tutela delle minoranze è stata attuata, ad esempio, punendo severamente le discriminazioni legate all'appartenenza ad etnie, nazioni, razze o religioni determinate, quando si traducono nel rifiutare la fornitura di beni e servizi, o nel rifiutare l'assunzione o nel licenziare lo straniero e così via (art. 225-1 ss. c.p.).

La legge sulla stampa, inoltre, prevede severe sanzioni penali sia per la provocazione alla discriminazione, sia l'ingiuria e la diffamazione rivolte a persone e gruppi di etnia, razza o religione determinata¹⁹⁴.

6.2. Il modello multiculturale di matrice anglosassone. Cenni intorno alle *cultural defenses*.

A differenza di quello assimilazionista, il modello multiculturalista si ispira ad una concezione sostanziale dell'uguaglianza, ed è, quindi, tendenzialmente volto ad un maggiore riconoscimento giuridico delle diversità culturali. Tale modello si è andato

¹⁹² F. CONSORTE, *Fattore culturale e diritto penale. Spunti di riflessione a partire dall'ordinamento di Francia, Inghilterra e Israele*, p. 30.

¹⁹³ Conseil d'État, 14/04/1995, *M. Koen ed Consistoire central des israélites de France*

¹⁹⁴ Si veda la Legge 20/07/1881 sulla libertà di stampa e successive modifiche

delineando prima in Inghilterra¹⁹⁵ a partire dalla metà degli anni Sessanta del secolo scorso, e successivamente ha trovato terreno fertile anche negli Stati Uniti¹⁹⁶.

La valorizzazione dell'elemento culturale in questi due Paesi è avvenuta principalmente in sede giurisprudenziale. Ci riferiamo in particolare alla figura delle c.d. *cultural defenses*, le quali trovano applicazione tanto nei confronti di appartenenti a minoranze nazionali che immigrate¹⁹⁷. In base a tali esimenti o attenuanti culturali (che non operano mai autonomamente, ma solo all'interno di una vasta gamma trasversale di istituti quale l'errore di diritto, l'errore di fatto, la legittima difesa, la coscienza e volontà della condotta, il vizio di mente, gli stati emotivi e passionali, la *provocazione*) la commissione di taluni illeciti penali, se "culturalmente motivata", può portare, a seconda dei casi, all'esclusione o alla diminuzione della responsabilità penale.

Attraverso la *cultural defense* l'illecito viene giudicato alla luce della particolare condizione culturale del soggetto attivo, che in taluni casi può escludere la presenza degli elementi soggettivi necessari ai fini della configurazione del reato, o può suggerire l'attenuazione delle sanzioni che a quest'ultimo dovrebbero di regola conseguire.

Le *cultural defenses* sono state aspramente criticate da alcuni commentatori per via della loro indeterminatezza ma, soprattutto, delle discriminazioni sessiste¹⁹⁸ e assai poco "pluraliste"¹⁹⁹ che la loro applicazione comporta. Invero, vi è stato un loro progressivo impiego nella prassi giurisprudenziale anglosassone degli ultimi decenni. Così, ad esempio, l'operatività della *cultural defense* ha reso possibile l'assoluzione dal delitto di lesioni personali di una madre nigeriana che aveva sfregiato con un rasoio le guance dei

¹⁹⁵ L'Inghilterra ha assunto nei confronti degli immigrati "un impegno pubblico verso il mantenimento delle tradizioni comunitarie, delle specificità culturali ed etniche. Il modello inglese si dichiara ufficialmente diretto ad una armonia razziale e ad un trattamento paritetico delle minoranze. Si tratta di una politica (...) che riconosce e protegge le varie identità culturali presenti sul territorio britannico e la realizzazione concreta delle modalità di vita prescritte da norme religiose e tradizionali (...), e che attribuisce un ruolo sociale e politico importante alle comunità etniche e alle associazioni di immigrati (...)" Perfettamente in linea con tale impostazione, "l'appartenenza a un gruppo etnico può costituire il presupposto di un trattamento giuridico differenziato attuato non solo sul piano giudiziario, ma anche su quello legislativo", così A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 14 ss.

¹⁹⁶ Sul punto, C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. It. Dir. e proc. pen.*, 2005, 173 ss.; L. MONTICELLI, *Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati culturalmente orientati. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, cit., p. 535 ss; ID., *"Le esimenti culturali" e il principio di laicità*, in G. BALBI-A. ESPOSITO (a cura di) *Laicità, valori e diritto penale*, Torino, 2011, p. 9 ss

¹⁹⁷ Interessante è l'analisi relativa all'operatività dell'esimente culturale svolta da C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 103 ss.

¹⁹⁸ Per tutti, S. M. OKIN, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, cit., p. 10 ss.

¹⁹⁹ Sulla questione, diffusamente L. MONTICELLI, *Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati culturalmente orientati. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, cit., 535 ss.

suoi due figli maschi, secondo l'uso del proprio gruppo etnico²⁰⁰, nonché l'assoluzione dall'accusa del reato di maltrattamenti di un padre di famiglia condizionato nella propria condotta dal suo particolare "patrimonio culturale"²⁰¹.

Più frequentemente, però, la *defense* opera in funzione di mera mitigazione della pena (*mitigating defense*) più che alla stregua di una vera e propria esimente, come dimostra la derubricazione di molti omicidi di primo grado in omicidi di secondo grado nei casi in cui la commissione del fatto è stata favorita dalle particolari regole della minoranza etnica cui l'autore apparteneva²⁰². Notevoli attenuazioni del carico sanzionatorio sono state concesse anche in caso di sacrifici di animali considerati meritevoli di particolare tutela, o ancora di rapporti sessuali tra maggiorenni e minorenni²⁰³.

In Inghilterra, l'adesione al modello multiculturalista ha condotto all'emanazione di alcune norme che prevedono deroghe, esenzioni o comunque regimi giuridici speciali in virtù dell'appartenenza ad un gruppo culturale di minoranza. In ordine cronologico – e limitandoci alle sole leggi che possono avere una rilevanza anche in ambito penale²⁰⁴ – si possono ricordare:

- lo *Slaughter of Poultry Act* del 1967, seguito dallo *Slaughterhouses Act* del 1974 e, infine, sostituito con *The Welfare of Animals (Slaughter and Killing) Regulations 1995, Statutory Instruments 1999/400*, i cui artt. 21 e 22 consentono ai musulmani e agli ebrei di macellare gli animali secondo le loro tradizioni, in deroga alle disposizioni (anche penali) vigenti in materia;
- il *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act* del 1972, che, a determinate condizioni, prevede il riconoscimento di effetti giuridici e la dichiarazione di validità di

²⁰⁰ M. FISHER, *The Human Rights Implications of a "Cultural Defense"*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 1998, 648.

²⁰¹ A. BERNARDI, *Società multiculturale e « reati culturali »*. Spunti per una riflessione, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 79

²⁰² Ad. es., il caso Kimura, tratto dalla giurisprudenza californiana e riportato in C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p.79.

²⁰³ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., pp. 79-80.

²⁰⁴ Tra i provvedimenti di carattere generale, invece, spicca per importanza il *Race Relations Act* del 1976, che dichiara illegale qualsiasi discriminazione, diretta o indiretta, basata sulla razza, sul colore della pelle, sull'origine etnica o nazionale; in argomento, anche per i necessari rinvii, v. S. POULTER, *Ethnicity, Law and Human Rights*, Oxford, 1998, p. 301, e L. BELLUCCI, *Immigrazione e pluralità di culture*, in *Sociologia del diritto* 2001, fasc. 3, 147ss.

un matrimonio anche se contratto all'estero "sotto la vigenza di una legge che ammette la poligamia"²⁰⁵;

- la sezione 16(2) del *Road Traffic Act* del 1988, che consente agli indiani sikh di portare il turbante, anziché il casco, quando viaggiano in moto²⁰⁶;

- la sezione 139(5) del *Criminal Justice Act* del 1988, che autorizza a portare in pubblico armi da taglio o da punta, oltre che per motivi di lavoro, anche "for religious reasons or as part of any national costume", e che è stata principalmente introdotta per permettere agli indiani sikh di indossare, anche nei luoghi pubblici, i loro piccoli pugnali tradizionali (*kirpans*)²⁰⁷;

- la sezione 11 dell'*Employment Act* del 1989, che consente agli indiani sikh di portare il turbante, anziché l'elmetto protettivo, nell'ambito delle attività lavorative nei cantieri edili;

- l'istituzione, a partire dal 2007, sulla base di una norma contenuta nell'*Arbitration Act* del 1996, di tribunali arbitrali che applicano il diritto islamico (le c.d. *sharia courts*), e che possono affrontare anche questioni di rilevanza penalistica (ad esempio, in materia di matrimoni forzati e violenze domestiche)²⁰⁸.

6.3. L'Italia: in bilico tra discriminazione e accettazione delle differenze culturali.

Il diritto penale italiano è da sempre restio a valutare con indulgenza la commissione di fatti penalmente rilevanti culturalmente condizionati²⁰⁹.

Nessun istituto, almeno fino a questo momento, sembra pensato per attenuare le conseguenze penali applicabili all'autore dei reati c.d. culturali.

La cronaca giudiziaria offre un catalogo assai vasto di illeciti penali culturali: reati contro la libertà sessuale, di cui sono vittime minori non considerati tali dal gruppo di

²⁰⁵ In argomento, SAUNDERS-WALTER, *The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 21, n. 4, 1972, 781 ss.; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 59; per un quadro aggiornato sulla poligamia in Gran Bretagna, v. SONA, *Polygamy in Britain*, in www.olir.it.

²⁰⁶ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 75.

²⁰⁷ S. POULTER, *Ethnicity, Law and Human Rights*, cit., p. 315 ss.

²⁰⁸ Per alcune prime indicazioni in argomento, si veda il sito ufficiale del *Muslim Arbitration Tribunal*: www.matribunal.com/index.html.

²⁰⁹ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 60.

appartenenza; reati contro la famiglia realizzati in contesti culturali caratterizzati da un'idea dello *ius corrigendi*, dell'autorità maritale o della potestà genitoriale completamente diversa dalla nostra; reati contro la persona commessi effettuando mutilazioni o deformazioni rituali di vario tipo, suggerite o ammesse da alcune tradizioni culturali²¹⁰.

Il nostro sistema penale adotta un evidente e marcato atteggiamento di chiusura nei confronti di queste tipologie di illecito, motivato essenzialmente da due ordini di ragioni: *ragioni di ordine storico*, legate alla circostanza che in Italia, sino a poco tempo fa, non risiedevano minoranze etniche caratterizzate da tradizioni culturali profondamente diverse, e quindi il nostro sistema penale probabilmente non ha avuto il tempo necessario per elaborare risposte adeguate ai reati commessi sotto l'influenza del fattore culturale; *ragioni di ordine politico-criminale*, connesse al tradizionale scetticismo verso i modelli multiculturalisti, e in particolare nei confronti delle loro ricadute. Una diffidenza, in buona sostanza, in merito all'opportunità di differenziare i soggetti destinatari delle norme penali sulla base della loro appartenenza o meno a culture minoritarie²¹¹.

Più precisamente, per quanto concerne le ragioni storiche dell'apparente inflessibilità del nostro sistema penale rispetto ai reati culturalmente orientati, è indubbio che essa ha per lungo tempo trovato una solida giustificazione nella realtà sociale italiana come fotografata dal codice Rocco. E, in effetti, per quanto oggi si definisca pluralista, la società italiana fino a pochi anni fa era culturalmente omogenea, costruita intorno a valori che si riteneva fossero condivisi da tutti i cittadini e ispirata a principi e tradizioni che ancora non rischiavano di essere rimessi in discussione dall'immigrazione sempre più massiccia di uomini e donne desiderosi di integrarsi e, al contempo, di preservare la loro originaria identità.

²¹⁰ Per una breve rassegna di alcuni significativi esempi di reati culturali, v. F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 149 ss.; ID., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 1256 ss.

²¹¹ Favorevole a questa possibilità, per contro, si è mostrato chi ritiene si debbano elaborare concetti dottrinali che permettano di giungere ad un giudizio di non colpevolezza per quei soggetti che, a causa delle norme del proprio gruppo culturale, non possono orientare la propria condotta al rispetto delle norme giuridiche o culturali dominanti; v. R. ZAFFARONI, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final). Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1986, p. 58.

Per quanto riguarda, invece, le ragioni di politica criminale sottese all'irrelevanza penale del fattore culturale rispetto alle minoranze immigrate, esse fanno perno essenzialmente sulla funzione generalpreventiva e specialpreventiva della sanzione penale²¹².

L'ammissibilità di un trattamento differenziato per gli autori di reati culturalmente orientati si tradurrebbe, in pratica, nella consapevolezza della possibilità di sfuggire ai rigori della legge penale nazionale in virtù della propria appartenenza ad una minoranza culturale. Ciò finirebbe per vanificare tanto la funzione deterrente di talune norme incriminatrici – prevenzione generale negativa – quanto la funzione di orientamento culturale di queste ultime – prevenzione generale positiva – nei confronti dei membri della cultura maggioritaria.

Il riconoscimento di un trattamento differenziato pregiudicherebbe anche la funzione rieducativa della pena: gli autori di determinati reati – soprattutto se andranno esenti da pena – continueranno a porre in essere comportamenti offensivi dei valori e dei principi dello Stato di accoglienza²¹³.

Ad ogni modo, descrivere l'orientamento dell'Italia nella gestione del pluralismo culturale non è agevole, perché il nostro Paese non solo non ha aderito, ufficialmente e programmaticamente, a nessuno dei due modelli – multiculturalismo e assimilazionismo – sopra illustrati, ma le sue politiche in materia di immigrazione sembrano subire un'inversione di rotta al cambio di ogni governo, se non addirittura più spesso, in base alle scadenze elettorali²¹⁴.

In effetti, come abbiamo già osservato, tra i due modelli politici non esiste sempre una netta contrapposizione, anzi, a volte si assiste ad una loro contaminazione.

Recenti interventi legislativi, attuati o per ora solo programmati, sembrano, però, ispirarsi prevalentemente ad una logica di stampo assimilazionista-discriminatorio, essendo esclusivamente rivolti ad un'exasperata repressione dei reati culturalmente motivati. Si pensi, ad esempio, tra gli interventi già attuati, al nuovo reato di mutilazione degli organi genitali femminili, contrassegnato da un'inasprimento della sanzione rispetto a fatti già riconducibili al delitto di lesioni, nonché al delitto di

²¹² Sulle funzioni della pena nel nostro sistema penale, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 39 ss.; L. MONACO, *Prospettive dell'idea di «scopo» nella teoria della pena*, Napoli, 1984.

²¹³ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p.90; L. MONTICELLI, *Le «Cultural Defences» (esimenti culturali) e i «reati culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, cit., p. 560.

²¹⁴ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 63.

impiego di minori nell'accattonaggio introdotto dalla l. n. 94 del 2009²¹⁵, i cui principali destinatari sono gli adulti delle comunità *rom*; o alla recente proposta di modificare l'art. 5 della Legge Reale in modo da vietare l'uso, in luogo pubblico o aperto al pubblico, degli "indumenti indossati in ragione della propria affiliazione religiosa", con esplicito riferimento ai copricapi della tradizione islamica²¹⁶; o ancora alla proposta di legge che ha mira ad inserire nel catalogo delle circostanze aggravanti comuni previste dall'art. 61 c.p. la seguente ipotesi: "se il fatto è commesso per ragioni o consuetudini etniche, religiose o culturali"²¹⁷.

Qualcuno, tuttavia, ha dedotto una debole adesione dello stato italiano al modello multiculturalista dagli artt. 42 e 43 T.U. immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), i quali attribuiscono allo Stato, alle Regioni e alle autonomie locali il compito di favorire "la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali, ricreative, sociali, economiche e religiose degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia", e vietano ogni discriminazione diretta o indiretta a danno degli immigrati. Nello stesso senso –

²¹⁵ Le due fattispecie verranno commentate più diffusamente nel prossimo capitolo.

²¹⁶ Proposta di legge n. 2769, presentata alla Camera il 2 ottobre 2009 per la modifica dell'art. 5 della L. 22 maggio 1975, n. 152, in materia di tutela dell'ordine pubblico e di identificabilità delle persone. "La legge 22 maggio 1975, n. 152, recante disposizioni a tutela dell'ordine pubblico, all'articolo 5 ha introdotto nel nostro ordinamento il divieto di indossare caschi protettivi, o qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, senza giustificato motivo. È stato vietato esplicitamente anche l'uso di tali accessori o indumenti in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico, ad eccezione di quelle a carattere sportivo che richiedono l'impiego dei caschi: un evidente riferimento alle gare automobilistiche e motociclistiche. In seguito agli attentati jihadisti che hanno insanguinato la Gran Bretagna il 7 e il 21 luglio 2005, in occasione della conversione in legge del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, un emendamento approvato dal Parlamento ha disposto l'inasprimento delle sanzioni inizialmente previste. Nel corso del dibattito è stato evidenziato come si intendesse, in questo modo, rendere più efficace il divieto introdotto durante i cosiddetti «anni di piombo». Nelle intenzioni dei parlamentari che quell'emendamento presentarono e illustrarono, tenuto conto delle mutate circostanze storiche e di fronte alla sfida rappresentata dal terrorismo jihadista, ai caschi e ai passamontagna avrebbero dovuto essere accomunati anche il *burqa* afghano, lo *chador* persiano e i vari indumenti che la tradizione musulmana impone alle donne di utilizzare allo scopo di nascondere più o meno estesamente le proprie fattezze. Le disposizioni del citato articolo 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152, da ultimo modificate dal menzionato decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, sono state tuttavia oggetto di un'applicazione non omogenea sul territorio nazionale, in ragione delle diverse interpretazioni più o meno restrittive che ne sono state date. La presente proposta di legge mira a fare chiarezza sul senso originario delle disposizioni vigenti, tenendo conto dell'accresciuta necessità di garantire, per ragioni di ordine pubblico, la riconoscibilità delle persone, inserendo esplicitamente tra le categorie dei mezzi vietati anche gli abiti indossati a scopo religioso qualora rendano non identificabile la persona che li utilizza. Vengono ovviamente menzionate le eccezioni, facendo riferimento alle disposizioni concernenti la sicurezza stradale e quelle relative agli sport motoristici. Attesa la straordinaria urgenza delle misure proposte, si è prevista altresì la procedura accelerata di entrata in vigore".

²¹⁷ Proposta di legge n. 3250 del 2010, intitolata *Modifica all'art. 61 del codice penale in materia di circostanza aggravante per i reati commessi per ragioni o consuetudini etniche, religiose o culturali*, in www.camera.it Tale proposta di legge sarà oggetto di analisi nel prossimo capitolo.

ma con limitato riferimento alla sola “comunità scolastica” – depono pure l’art. 38 comma 3 dello stesso T.U., ai sensi del quale “la comunità scolastica accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra le culture e della tolleranza; a tale fine promuove e favorisce iniziative volte alla accoglienza, alla tutela della cultura e della lingua d’origine e alla realizzazione di attività interculturali comuni”. Anche dalla recente “Carta dei valori della cittadinanza e dell’integrazione”, adottata con decreto del Ministero dell’Interno del 23 aprile 2007 n.158, potrebbe dedursi un’altrettanto debole adesione al modello “multiculturalista”²¹⁸. Nel Prologo, infatti, si legge, tra l’altro, 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 della Carta si afferma poi 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 si precisa, infine, 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”.

In realtà, a ben vedere, si tratta di disposizioni legislative rimaste sostanzialmente lettera morta, mai tradottesi in prassi giuridica e sociale. Che in Italia prevalga una politica di stampo assimilazionista-discriminatorio è confermato, del resto, anche dalla politica attuata nei confronti degli immigrati *illegali*²¹⁹ – che peraltro rappresentano un’ampia fetta degli stranieri presenti nel nostro territorio – rispetto ai quali lo Stato non punta in alcun modo alla loro integrazione, bensì ad una loro massiccia ed evidente esclusione dalla società.

²¹⁸ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 64.

²¹⁹ Per una compiuta analisi critica della discutibile disciplina legislativa in materia di immigrazione clandestina, V. MAISTO, *Il diritto penale dell’immigrazione. Profili socio-criminologici, esegetici, dommatici e di politica criminale*, Saarbrücken, 2013; P. PISA, *Immigrazione e norme penali*, in *Dir. Pen. Proc.* 2007, 845 ss.

7. I possibili risvolti negativi delle politiche multiculturaliste.

L'esodo verso l'Occidente di soggetti provenienti dalle zone povere del mondo sta assumendo proporzioni bibliche: la maggior parte dei Paesi occidentali, e segnatamente quelli membri dell'Unione europea, presenta al proprio interno minoranze etniche sempre più forti e numerose. Pertanto, a fronte di questo incremento esponenziale anche dei Paesi coinvolti dai flussi migratori, sembra opportuno prendere sommariamente in esame i possibili risvolti sia dell'opzione multiculturalista, sia dell'opzione assimilazionista. In particolare, può risultare utile vagliare non tanto le conseguenze positive connesse a tali contrapposte alternative, quanto piuttosto i loro inconvenienti. Partiamo dall'analisi dei possibili risvolti negativi derivanti dall'adozione di una politica di stampo multiculturalista.

In merito, molti studiosi hanno innanzitutto sottolineato che la valorizzazione delle differenze propugnata da tale modello politico può comportare una sorta di etnocentrismo fondato sull'erronea convinzione della oggettiva superiorità del proprio gruppo²²⁰ e inibire ogni forma di dialogo tra culture diverse²²¹. Il multiculturalismo accentuerebbe ed estremizzerebbe la conflittualità sociale, che potrebbe addirittura sfociare nel "separatismo etnico"²²² e nello sfaldamento sociale. I detrattori più fermi dell'approccio multiculturale paventano il sorgere di enclavi, ghetti e tribù in lotta tra loro, in un contesto caratterizzato da una generale intolleranza verso il diverso, e dunque dall'esclusione dalla vita sociale di alcuni gruppi minoritari²²³.

L'adesione incondizionata ad un modello multiculturalista potrebbe rivelarsi dannosa anche per gli stessi membri dei gruppi minoritari, i quali potrebbero voler sfuggire alle loro origini culturali e integrarsi nella società maggioritaria, senza essere costretti, all'opposto, a rimanere inchiodati alla loro cultura tradizionale²²⁴.

Non mancano poi autori per i quali un atteggiamento di tolleranza multiculturale rispetto a soggetti con valori di riferimento significativamente difforni da quelli

²²⁰ Tra gli altri, PRINI, *Torre di Babele e universalità del diritto*, in *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Torino, 1996, p. 7 ss.

²²¹ Sul punto, E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, cit., p. 68 ss.

²²² W. KYMLICKA, *Teoria e pratica del multiculturalismo d'immigrazione*, cit., p. 124.

²²³ E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, cit., p. 68 ss.

²²⁴ È questa, ad esempio, la critica mossa al modello multiculturale di Taylor, v. *infra*, 2.2.

condivisi dalla maggioranza dei cittadini favorirebbe, per reazione, l'affermarsi di stereotipi negativi nei confronti delle relative minoranze²²⁵.

Per negare legittimità ad ogni positiva valutazione del fattore culturale anche sul piano penale vengono mosse ulteriori obiezioni, fondate essenzialmente su tre ragioni. La prima riguarda il piano della prevenzione. L'opportunità offerta ai migranti di sottrarsi in tutto o in parte alle prescrizioni della legge penale nazionale in ragione della propria appartenenza ad una minoranza culturale finirebbe per pregiudicare tanto la funzione precettiva di talune norme incriminatrici, quanto la loro funzione di orientamento culturale (prevenzione generale positiva): tali funzioni risulterebbero intimamente condizionate ad una regolare ed uniforme applicazione delle norme in questione nei confronti di tutti i soggetti che si muovono nel territorio nazionale.

Dal punto di vista della prevenzione generale positiva, la consapevolezza stessa di poter contare su esimenti culturali potrebbe disincentivare talune minoranze etniche dalla conoscenza della legislazione nazionale, con conseguente impossibilità per quest'ultima di svolgere la sua funzione precettiva. Un eventuale riconoscimento in sede processuale dell'appartenenza ad una diversa comunità culturale implicherebbe anche un pregiudizio per la funzione rieducativa: essa, infatti, non potrebbe prescindere dall'applicazione della pena qualitativamente e quantitativamente ritenuta necessaria a risocializzare gli autori di determinati reati, e dunque a far loro acquisire modelli comportamentali conformi ai principi e i valori dello Stato d'accoglienza²²⁶.

La seconda ragione, indissolubilmente legata alla prima, fa leva sul fatto che il riconoscimento in sede penale del fattore culturale tende a sacrificare, in nome di indefiniti "diritti collettivi culturali" ben precisi beni giuridici individuali meritevoli di tutela penale, quali la vita, la salute, l'autodeterminazione sessuale, la libertà, la dignità, ecc²²⁷. Al riguardo, infatti, da alcuni studiosi è stato evidenziato proprio come l'accettazione di taluni "diritti culturali negativi"²²⁸ (così denominanti in quanto non implicano un intervento attivo dello Stato diretto a salvaguardare la libertà culturale, bensì la sua astensione dal punire certe condotte culturalmente motivate) sottintende una

²²⁵ E. CANIGLIA, *Il multiculturalismo come forma sociale del post-moderno*, Roma, 2003, p.46.

²²⁶ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p.93.

²²⁷ A. GENTILE, *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente approccio della Cassazione ai c.d. "reati culturali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, 424.

²²⁸ A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit. p. 31.

diminuzione della tutela del soggetto passivo del reato e dei suoi diritti fondamentali²²⁹. Ancora, il punire meno severamente o addirittura il ritenere esenti da pena taluni reati se commessi sotto l'influsso del "fattore culturale" comporterebbe irragionevoli disparità di trattamento fra i consociati in palese violazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, in base al quale «tutti i cittadini (...) sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di (...) razza, lingua, di religione...».

L'ultima ragione, infine, prende le mosse dal principio di legalità, *sub specie* principio di determinatezza-tassatività²³⁰: introdurre delle disposizioni che attribuiscono esplicitamente rilevanza al fattore culturale implicherebbe un sacrificio inaccettabile della chiarezza e precisione delle prescrizioni legali e delle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla loro violazione: entrerebbero nel sistema penale dei meccanismi indulgenziali necessariamente ambigui e imprecisi in ordine al loro campo applicativo. È estremamente problematico fornire una definizione tassativa di "fattore culturale", data la difficoltà, tra l'altro, di precisare quali motivi possano presentare un fondamento culturale; di appurare quali gruppi di immigrati possano beneficiare di giustificazioni culturali in ragione della loro originaria diversità di costumi; di stabilire per quanto tempo, a partire dal momento d'ingresso nel Paese d'accoglienza, gli appartenenti ai suddetti gruppi possano invocare, quale esimente o attenuante, il fattore culturale²³¹.

Insomma, la predisposizione di politiche multiculturali presenta innumerevoli inconvenienti. Tuttavia, la presa d'atto di queste controindicazioni non deve condurre alla semplicistica soluzione dell'*aut-aut*, in base alla quale di fronte all'affermazione di diverse identità culturali, o si opta per misure di riconoscimento politico-normativo o si privilegia la garanzia dei diritti fondamentali; la consapevolezza delle "torsioni involutive"²³² che possono scaturire dall'accoglimento di istanze multiculturali deve piuttosto spingere a trovare congegni istituzionali in grado di conciliare le opposte esigenze.

²²⁹ Per tutti, E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, cit. p. 90; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., pp. 19 e 31; W. KYMLICKA, *Teoria e pratica del multiculturalismo d'immigrazione*, cit., p. 151 ss.

²³⁰ Sul principio di determinatezza v. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta', ruolo del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p.11 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 51 ss.; G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla pena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 307 ss.

²³¹ A. GENTILE, *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente approccio della Cassazione ai c.d. "reati culturali"*, cit., p. 432.

²³² E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 135.

7.1. Il multiculturalismo danneggia le donne?

A criticare in maniera serrata il multiculturalismo alla fine degli anni Novanta del secolo scorso è intervenuto anche il femminismo occidentale. La prima femminista a cogliere la tensione tra i due movimenti è stata la filosofa politica statunitense Susan Moller Okin²³³, la quale ha accusato il multiculturalismo di non considerare adeguatamente le differenze di genere presenti all'interno dei gruppi che chiedono il riconoscimento giuridico della propria diversità culturale.

«La maggior parte delle culture è attraversata da pratiche e ideologie che hanno a che fare con il genere»²³⁴; (...) «supponiamo che una cultura appoggi e favorisca in vari modi il controllo degli uomini sulle donne (magari in maniera informale, nella sfera privata della vita domestica). Supponiamo inoltre che ci siano disparità di potere piuttosto evidenti tra i sessi, e che, di conseguenza, siano i membri più potenti – cioè gli uomini – a occupare generalmente una posizione in grado di determinare le convinzioni, le pratiche e gli interessi del gruppo. In queste condizioni i diritti di gruppo sono potenzialmente – e, in molti casi, di fatto – antifemministi»²³⁵.

I fautori dei diritti di gruppo per le minoranze trascurano, secondo Okin, il fatto che la maggior parte delle culture che richiedono protezione discriminano le donne, oppure sono fondate su religioni monoteiste che collocano la donna in una posizione di subordinazione rispetto all'uomo²³⁶.

Tali culture e religioni hanno elaborato rituali, usanze matrimoniali e pratiche culturali che mirano a porre le donne sotto il controllo degli uomini. Le comunità che praticano alcune delle più discusse usanze di questo tipo – clitoridectomia, poligamia, matrimoni in età infantile o altre forme di matrimoni imposti – le difendono esplicitamente proprio perché necessarie a controllare le donne, e ammettono senza troppe riserve che simili

²³³ S. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, in AA. VV., *Diritti delle donne e multiculturalismo*, ed. italiana a cura di A. BESUSSI e A. FACCHI, Milano, 2007, p. 3 ss.

²³⁴ S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, cit., p.6.

²³⁵ S. M. OKIN, *op. loc. cit.*, p.7.

²³⁶ Prendiamo, per esempio, i miti fondativi dell'antichità greca e romana, dell'ebraismo, del cristianesimo e dell'Islam: abbondano i tentativi di giustificare il controllo e la subordinazione delle donne. Queste ultime, infatti, ci vengono rappresentate come persone eccessivamente emotive, maligne o sessualmente pericolose. «Pensiamo ad Atena, nata dalla testa di Zeus, a Romolo e Remo, allevati senza una madre umana. O ad Adamo, creato da Dio di sesso maschile, che successivamente (almeno secondo una delle versioni bibliche della storia) ha generato Eva da una parte di Adamo (...). Prendiamo poi la storia di Abramo, un punto di svolta cruciale nell'evoluzione del monoteismo. Dio ordina ad Abramo di sacrificare suo figlio. Abramo si prepara a fare esattamente ciò che Dio gli chiede, senza nemmeno informare, né tanto meno interpellare la madre di Isacco, Sara». Così, S.OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, cit., p. 9.

consuetudini continuano ad esistere su insistente richiesta degli uomini. In un'intervista rilasciata al *New York Times* nel 1996, ad esempio, alcuni cittadini di Costa d'Avorio e Togo hanno spiegato che la clitoridectomia "contribuisce a garantire la verginità delle ragazze prima del matrimonio e la fedeltà in seguito, riducendo il sesso ad un obbligo coniugale"²³⁷. In Egitto, dove un tribunale ha stravolto il senso della legge che vietava l'asportazione del clitoride, i difensori di tale pratica hanno affermato che "tiene a freno l'appetito sessuale delle ragazze e aumenta le loro possibilità di trovare marito"²³⁸.

Tutte le culture del pianeta hanno un passato patriarcale, ma alcune, specialmente quelle liberali dell'Occidente, grazie soprattutto ai movimenti femministi che si sono battuti per l'eliminazione delle discriminazioni di genere, se ne sono allontanate più di altre. Memori delle lunghe lotte per l'affermazione dei loro diritti, le femministe occidentali, attraverso la voce di Okin, si chiedono per quale ragione una donna appartenente ad una cultura fortemente sessista quando arriva in Europa o negli Stati Uniti dovrebbe essere meno protetta dalla violenza maschile di quanto lo siano le altre donne; tale considerazione, a parer loro, basterebbe per negare qualsiasi legittimazione ai diritti di gruppo e quindi alle politiche multiculturali.

La circostanza che le rivendicazioni delle comunità di minoranza riguardano principalmente il genere, prosegue Okin, emerge anche nei processi penali. Pensiamo alle "difese culturali"²³⁹ frequentemente invocate dagli imputati nei processi penali per alleggerire la propria posizione: risulta molto frequente il ricorso all'argomento secondo cui, nel gruppo culturale di appartenenza, le donne non sono essere umani dello stesso valore degli uomini, quanto piuttosto soggetti subordinati, il cui principale compito è quello di servire gli uomini nella sfera sessuale e domestica. Gli esempi più emblematici si rinvengono nelle cause penali americane, dove le difese culturali hanno avuto successo in tre tipi di casi: 1) sequestro e stupro commessi da uomini delle tribù hmong (Laos), i quali hanno sostenuto che i loro comportamenti sono giustificati dalla pratica culturale del "matrimonio per rapimento"²⁴⁰; 2) uxoricidio commesso da immigrati

²³⁷ *New York Times*, 5 ottobre 1996.

²³⁸ *New York Times*, 26 giugno 1997.

²³⁹ Okin si riferisce all'istituto anglosassone della *cultural defense* che abbiamo menzionato nel paragrafo 6.2.

²⁴⁰ Il riferimento è al caso *People v. Moua, No. 315972-0 (Fresno Country 1985)*. Nel 1985, un rifugiato laotiano di 21 anni viene imputato di sequestro di persona e violenza sessuale a danno della fidanzata, anch'ella di origine laotiana, per aver realizzato una forma di "matrimonio per rapimento", tipico della loro tradizione. Il giovane rapisce la ragazza con l'aiuto di due amici e la porta nell'abitazione di un suo

asiatici o mediorientali le cui mogli hanno commesso adulterio²⁴¹; 3) madri giapponesi che hanno ucciso i propri figli e hanno poi tentato il suicidio, le quali affermano che, a causa del loro retroterra culturale, la vergogna per l'infedeltà del marito le ha spinte a tale gesto, culturalmente approvato²⁴². In questi casi, la testimonianza dei periti sul retroterra culturale degli imputati ha portato alla caduta dei capi d'accusa o a significative riduzione della pena. Negli esempi riportati gli imputati non sono sempre uomini, né le vittime sempre donne. Ad esempio, nel caso 3) le difese culturali hanno operato a favore di un'immigrata giapponese – derubricazione da omicidio di primo grado a omicidio di secondo grado – che aveva annegato i figli e tentato lei stessa di annegarsi per rimediare al disonore che il tradimento del marito aveva arrecato alla sua famiglia. A bene vedere, anche questa vicenda veicola lo stesso messaggio culturale delle altre: le donne sono subordinate agli uomini, dovendo sobbarcarsi anche la

cugino, dove la costringe ad avere un rapporto sessuale. Secondo un'antica tradizione hmong questo è il rito che consente agli uomini di attuare questo tipo di matrimonio, che viene considerato una fuga d'amore. Il rituale è molto preciso: il rapimento deve essere preceduto da un corteggiamento autorizzato dalla famiglia della ragazza; il giorno del matrimonio l'uomo deve condurre la promessa sposa nella sua casa e lì consumare le nozze. La tradizione hmong richiede che la donna opponga una falsa resistenza, che si rifiuti con la parola e con i fatti, dimostrando così la propria verginità. Nonostante le retrosie della sua donna, però, l'uomo non deve desistere, perché deve apparire forte e virile. Terminato il cerimoniale, la donna non potrà più unirsi in matrimonio ad un altro membro della comunità di appartenenza. Nel caso di specie le cose vanno diversamente: la ragazza di Moua oppone una resistenza autentica e lo denuncia. Al processo il giovane si difende invocando la sua buona fede: era convinto che tutto si fosse svolto secondo i dettami della propria tradizione culturale. La versione di Moua viene accettata dalla Corte, che riduce l'imputazione da *rape* a *false imprisonment* ricorrendo alla disciplina dell'errore di fatto. L'imputato viene condannato alla pena detentiva di 120 giorni e alla pena pecuniaria di 1000 dollari, di cui 900 versati alla vittima a titolo di risarcimento. La vicenda è approfonditamente commentata da C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p.84.

²⁴¹ Okin si riferisce al caso *People v. Chen, No 87-7774 (Sup. Ct. N. Y. Country, Dec. 2, 1998)*. Nel settembre 1987 Dong Lu Chen, un cinese immigrato a New York da poco più di un anno, uccide a martellate la moglie, dopo che questa gli confessa di avere una relazione extraconiugale. Viene ritenuto colpevole di omicidio di secondo grado e non di omicidio volontario: i giudici accolgono i rilievi difensivi fondati sulla cultura d'origine dell'imputato. Il caso *Chen* è diffusamente analizzato da C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 81.

²⁴² La vicenda è riportata sempre in C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 79. Si tratta del noto caso *People v. Kimura, Case No A-091133 (Cal. Sup. Ct. 1985)*. L'Autrice mette in evidenza come in quest'occasione è stata fondamentale la petizione siglata da 25.000 giapponesi residenti negli Stati Uniti, i quali hanno chiesto un trattamento sanzionatorio più mite per l'imputata. La petizione esordisce sottolineando come "la cultura giapponese abbia tradizionalmente mantenuto un grande rispetto per l'autorità e per la legge americana (...) com'è dimostrato dalla basse percentuale di reati commessi dai suoi membri" (...) Il comportamento di Fumiko Kimura è "il risultato di profondi problemi mentali ed emozionali, aggravati dallo stress familiare e dall'isolamento sociale" (...) "le radici della sua cultura giapponese hanno diretto il suo problematico comportamento". Anche in questo caso l'imputazione è ridotta da *murder a involuntary manslaughter*.

responsabilità e la vergogna per ogni deviazione dalla monogamia: indipendentemente da chi porti la colpa dell'infedeltà, è comunque la moglie a subirne le conseguenze²⁴³.

Nonostante attraverso questi casi Okin fornisca la prova tangibile dell'esistenza di alcune pratiche culturali volte a controllare le donne, nessuno dei più autorevoli difensori dei diritti multiculturali di gruppo ha affrontato le problematiche relazioni tra genere e cultura, o i punti di frizione tra femminismo e multiculturalismo. Da questo punto di vista, l'analisi del filosofo canadese Will Kymlicka – uno dei maggiori teorici del multiculturalismo – è rappresentativa²⁴⁴. Benché egli riservi diritti speciali e privilegi soltanto a quei gruppi liberali al proprio interno, cioè a quelle minoranze che garantiscono ai propri membri i diritti fondamentali, senza discriminarli in base al sesso, alla razza o alle preferenze sessuali, trascura che gli squilibri e le disuguaglianze interne, pur se formalmente vietate, restano confinate nella sfera privata e domestica. L'esempio paradigmatico a supporto di questa tesi lo fornisce la stessa Okin: si tratta di un episodio accaduto negli Stati Uniti. Due immigrati iracheni fanno sposare le proprie figlie minorenni a uomini molto più grandi, ma una delle due scappa insieme al suo ragazzo ventenne e il padre è costretto a chiedere aiuto alla polizia per ritrovarla²⁴⁵. In questo caso è palese che se il genitore non si fosse rivolto alla polizia per ritrovare la figlia, la situazione delle bambine probabilmente non sarebbe mai balzata all'attenzione delle istituzioni pubbliche. Perciò, istituire dei 'diritti di gruppo' per consentire ad alcune minoranze culturali di conservarsi potrebbe non rispondere all'interesse delle ragazze e delle donne di quei gruppi, poiché recherebbe vantaggio soltanto agli uomini. Se l'istituzione di 'diritti di gruppo' deve avere come fine ultimo la promozione del benessere dei componenti di queste comunità, non è giustificato presumere che "i sedicenti leader dei gruppi (immancabilmente costituiti perlopiù dai maschi e più anziani) rappresentino gli interessi dei loro membri"²⁴⁶. Quindi, intanto potranno essere concessi diritti speciali alle minoranze, secondo Okin, se le donne saranno pienamente ed equamente rappresentate nelle negoziazioni sui diritti di gruppo.

Seppur per certi aspetti condivisibile – soprattutto la proposta di coinvolgere le donne nel dibattito pubblico in ordine alla concessione di diritti speciali alle minoranze – la

²⁴³ S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, cit., p. 16.

²⁴⁴ Per un maggiore approfondimento delle tesi di Will Kymlicka, si rinvia a W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 3 ss.

²⁴⁵ *New York Times*, 2 dicembre 1996.

²⁴⁶ S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, cit., p. 22.

posizione di Okin a tratti sembra troppo estremista, poiché guarda le compagini minoritarie soltanto attraverso la lente della cultura occidentale e questo modo di ragionare può portare a giudicare oppressiva e discriminatoria anche una norma o una pratica sociale che i soggetti interessati non vivono come tale. Non sempre, infatti, le donne che ne sono destinatarie la considerano una forma di oppressione o di discriminazione sessuale²⁴⁷. In numerose occasioni, ad esempio, le donne musulmane hanno mostrato irritazione verso l'atteggiamento paternalista che caratterizza spesso la cultura occidentale, facendo notare come la diffusione dell'immagine stereotipata della donna islamica oppressa da una religione che le impone, ad esempio, di portare il velo o di rimanere illibata fino al giorno delle nozze, dimostri superficialità e pregiudizi. In altri termini, "esse chiedono che non gli venga imposto di scegliere tra essere una donna che conosce e che lotta per i propri diritti ed essere una musulmana praticante²⁴⁸". Nei paesi islamici i movimenti femministi non sono sempre in contrapposizione con la religione: esistono delle associazioni femministe che mirano a modificare le condizioni delle donne muovendosi all'interno delle istituzioni islamiche e proponendo una reinterpretazione dei testi sacri²⁴⁹.

A criticare il femminismo "ottuso" dell'Occidente è intervenuto anche il movimento femminista sorto nei Paesi cosiddetti in via di sviluppo, il *Third World Feminism*²⁵⁰, per il quale le priorità sono altre. Più che combattere la disuguaglianza di genere, esso lotta contro l'oppressione economica e sociale, mira a difendere le tradizioni culturali della varie comunità contro l'imperialismo culturale occidentale, compreso quello femminista²⁵¹ ed evidenzia la necessità di prendere atto della pluralità di fattori che, oltre al genere, influenzano la vita delle donne e ne sollecitano l'impegno su campi distinti, anche se interdipendenti: sessismo, razzismo, post-colonialismo, povertà, globalizzazione e nazionalismo²⁵². L'intento, dunque, è di liberarsi da facili generalizzazioni sul genere e sull'esperienza femminile e considerare attentamente le

²⁴⁷ A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 136.

²⁴⁸ A. FACCHI, *op. loc. cit.*, p. 137.

²⁴⁹ F. MERNISSI, *The Veil and the Male Elite: a Feminist interpretation of women's Human Rights in Islam*, Addison-Wesley Pub., 1991.

²⁵⁰ Per un approfondimento sul tema, AA.VV., *Third World Woman and Politics of Feminism*, a cura di C. T. MOHANTY-A.RUSSO-L.TORRES, Indiana University Press, Bloomington, 1991.

²⁵¹ A. FACCHI, *op. loc. cit.*, p. 136.

²⁵² E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 170.

differenti posizioni socio-culturali da cui le donne partono e che possono diversificarne sensibilmente le battaglie²⁵³.

Se il femminismo occidentale rimprovera al multiculturalismo di offuscare o vanificare la sua lotta contro la disuguaglianza di genere, il multiculturalismo e il *Third World Feminism* parimenti rimproverano il femminismo dell'Occidente di essere indifferente ai problemi relativi alla differenza culturale. Una visione dei diritti femminili filtrata soltanto attraverso il metro di giudizio della cultura occidentale, infatti, può spesso contrastare con le richieste delle donne immigrate e perfino tradursi in un peggioramento concreto della loro vita. È quanto si è verificato, ad esempio, negli stati occidentali che hanno incriminato le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili. Come avremo modo di spiegare nel corso della trattazione, la criminalizzazione anziché sortire l'effetto di ridurre il fenomeno, al contrario, ne ha favorito la clandestinità, con ulteriori incidenze negative sulle vittime, come dimostra la circostanza che nei Paesi che si sono dotati di norme *ad hoc* per contrastare le pratiche il numero dei casi finiti nelle aule giudiziarie è pari a zero.

8. Gli inconvenienti dell'assimilazionismo.

Passiamo adesso all'analisi dei risvolti negativi connessi all'adozione di politiche di stampo assimilazionista.

In primo luogo, va rilevato che ogni politica di matrice integrazionista, nel predicare un'astratta uguaglianza, si rivela sostanzialmente insensibile alle pregresse esperienze individuali del migrante, il quale potrebbe voler ancora mantenere un certo legame con il gruppo di appartenenza, visto che il più delle volte è proprio quel gruppo a fungere da 'ammortizzatore' rispetto alle sue nuove e difficili condizioni di vita e a limitare il suo senso di isolamento²⁵⁴. Qualsiasi pretesa di assimilazione forzata trascura inevitabilmente il valore della libertà di scelta, poiché costringe l'immigrato a rinunciare al proprio modello culturale, in favore di quello della maggioranza²⁵⁵.

²⁵³ Il confronto tra l'universalizzazione dei diritti delle donne sostenuta dal femminismo omologante dell'Occidente e la pretesa avanzata da molte esponenti femministe asiatiche e africane di adattarli alle situazioni concrete, salvaguardando le proprie tradizioni, è stato, peraltro, anche al centro del dibattito nella Conferenza mondiale sulle donne tenutasi a Pechino nel 1995. Sul punto, L. A. OBIORA, *Feminism, Globalization, and Culture: After Beijing*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1997, 4, 354-406.

²⁵⁴ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 97.

²⁵⁵ A. BERNARDI, *op. loc. ult. cit.*

Per quanto riguarda, poi, le ricadute di una politica siffatta sul sistema penale, giova rammentare che qualsiasi strategia criminale ispirata all'ideologia assimilazionista, incentrata su un rigido principio di eguaglianza formale, rischia - al pari di quella multiculturalista - di frustrare qualsivoglia funzione della pena. Così, in riferimento alla prevenzione generale negativa delle norme incriminatrici, la portata intimidatrice della sanzione verrebbe vanificata dall'eventuale ignoranza della legge penale, o dall'adesione culturalmente motivata a valori differenti o addirittura opposti a quelli tutelati dall'ordinamento, o ancora dalla circostanza che il timore di subire una sanzione dal gruppo di appartenenza in caso di mancata osservanza di una norma culturale è più forte di quello di subire una sanzione dallo Stato. Inoltre, anche la funzione di prevenzione generale positiva corre il rischio, in taluni casi, di venire delegittimata, qualora il suo effetto di convalida dei valori tutelati implichi la negazione di tradizioni e comportamenti diversi da quelli condivisi dalla maggioranza²⁵⁶.

Infine, sotto il profilo special-preventivo, una politica criminale refrattaria alle istanze pluraliste verrebbe a stravolgere la funzione rieducativo-risocializzante della pena nei confronti dei soggetti immigrati culturalmente diversi. In effetti, laddove, in deroga al principio di *extrema ratio* venissero sottoposti a sanzione penale fatti non già lesivi di beni giuridici primari, ma semplicemente espressivi di costumi non pienamente condivisi neanche dall'intera società d'accoglienza, la pena finirebbe col pretendere di modificare la cultura dell'autore, imponendogli di convertirsi a regole, al contempo, non indispensabili e sicuramente non avvertite come proprie. In ogni sistema penale di matrice liberale (ispirato cioè all'idea di tolleranza e di pacifica *convivenza*) la funzione special-preventiva della pena dovrebbe invece consentire innanzitutto al condannato di riappropriarsi dei valori di base della propria cultura, maggioritaria o minoritaria che sia, distogliendolo dal tenere solo quei comportamenti culturalmente motivati lesivi di beni giuridici costituzionalmente tutelati²⁵⁷.

Tanto le politiche criminali a carattere multiculturale quanto quelle a carattere assimilazionista, dunque, presentano numerose controindicazioni: ciò che varia da uno Stato all'altro e ciò che spiega le differenti opzioni di volta in volta prescelte, è il peso specifico attribuito nei singoli Paesi a ciascuna delle conseguenze negative appena

²⁵⁶ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit. p. 100.

²⁵⁷ A. BERNARDI, *op. loc. cit.*, p. 100.

passate in rassegna. Peso che può mutare anche all'interno di uno stesso Paese col succedersi di governi di diverso orientamento politico-ideologico²⁵⁸.

Come abbiamo cercato di spiegare, affrontare i problemi sollevati dal multiculturalismo richiede un'adeguata ponderazione: l'accoglimento acritico dell'una o dell'altra opzione politica finirebbe per fornire delle risposte inevitabilmente superficiali e parziali, prendendo in considerazione un unico punto di vista: o quello delle culture minoritarie o quello della cultura maggioritaria. Invece, nella risoluzione dei conflitti tra diritto all'identità culturale e altri diritti fondamentali devono essere preferite soluzioni ragionate e a carattere perlopiù compromissorio, perché ci troviamo a bilanciare diritti riconosciuti tutti come fondamentali.

8.1. Il temperamento in sede giurisprudenziale delle politiche assimilazioniste.

Negli Stati europei nei quali il sistema penale è prevalentemente ispirato a concezioni di matrice assimilazionista un attento esame della giurisprudenza sui reati culturalmente motivati mostra come la scelta di non attribuire alcuna valenza in sede penale al dato culturale non viene completamente recepita, anzi, spesso le soluzioni astratte offerte dalla legislazione risultano rovesciate in sede processuale. Ad esempio, in Francia, patria indiscussa dell'ideologia assimilazionista, le mutilazioni genitali femminili sono state giudicate per lungo tempo con estrema indulgenza, ricorrendo all'assenza della fattispecie soggettiva, o alla presenza di scriminanti o di circostanze attenuanti²⁵⁹; addirittura in un caso di accoltellamento, la Corte d'Assise francese – verosimilmente influenzata dalla differenza culturale dell'autore – ha riconosciuto la sussistenza della legittima difesa per assolvere un uomo che aveva reagito con estrema violenza al sollevamento del velo dal capo della propria compagna per mano di uno sconosciuto²⁶⁰.

Da uno studio della prassi giudiziaria francese in tema di reati culturali emerge come, quantomeno sino agli anni '90, i magistrati d'oltralpe abbiano spesso avvertito

²⁵⁸ A. BERNARDI, *op. loc. cit.*, p.102.

²⁵⁹ Per tutti, A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 96 ss.

²⁶⁰ Caso riportato da A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 110.

“l’esigenza di scindere il giudizio negativo sulla pratica [culturalmente motivata] da quello sui responsabili, ricorrendo alla sospensione dell’esecuzione della pena”²⁶¹.

Anche in Italia non sono mancate sentenze in cui si è usata comprensione nei confronti di reati determinati o favoriti dal fattore culturale. Così, il Tribunale di Torino ha ritenuto di chiudere con un decreto di archiviazione il procedimento relativo ad un fatto di escissione organizzato in Italia – seppur materialmente realizzato all’estero – da parte di una coppia di genitori nigeriani in danno della figlia, in base alla considerazione che questi ultimi avevano inteso sottoporre la figlia ad una pratica tradizionalmente in uso nel loro Paese d’origine²⁶². Può altresì ricordarsi una decisione della Corte di Cassazione nella quale, in adesione all’orientamento espresso già nelle sentenze di merito, si sono giustificate condotte di maltrattamenti in famiglia motivate dal fattore culturale²⁶³ ritenendo insussistenti, nel caso di specie, sia l’elemento oggettivo del delitto contestato, che il dolo richiesto per la configurabilità della fattispecie criminosa.

In ultimo, con riferimento ad un fatto contestato in Italia ad un cittadino italiano - ma pur sempre influenzato dal fattore culturale - basterà ricordare la recentissima sentenza della Cassazione n. 28720/2008 con la quale i giudici di legittimità hanno giustificato la detenzione di ben 90 grammi di marijuana da parte di un rastafariano per finalità religiose, affermando che «secondo le notizie relative alle caratteristiche comportamentali degli adepti di tale religione la marijuana non è utilizzata solo come erba medicinale, ma anche come “erba meditativa”, come tale possibile apportatrice dello stato psicofisico inteso alla contemplazione nella preghiera, nel ricordo e nella credenza che “l’erba sacra” sia cresciuta sulla tomba di re Salomone, chiamato il Re saggio e da esso ne tragga la forza, come si evince da notizie di testi che indicano le caratteristiche di detta religione»²⁶⁴.

Pronunce del tenore di quelle fin qui menzionate sono, in realtà, sporadiche ed isolate, preferendo tanto la giurisprudenza di merito, quanto quella di legittimità, applicare i principi di obbligatorietà e territorialità delle legge penale ex art. 3 c.p.

²⁶¹ A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei conflitti culturali*, in *Studium iuris*, 2002, p. 876.

²⁶² Per un commento alla sentenza, M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multicultural: maltrattamenti ed infanzia abusata in «dimensione domestica»*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2000, 22 ss.

²⁶³ Cass. pen. sez. V, 2 agosto 2007 n. 31510, Didone, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, fasc. 4, 498 ss., con nota di C. Grandi.

²⁶⁴ Cass. pen. sez. IV, 3 giugno 2008 n. 28720 in www.iusexplorer.it.

Tali orientamenti giurisprudenziali ondivaghi mettono ovviamente in crisi i principi di uguaglianza e di certezza giuridica. Occorre quindi elaborare delle soluzioni sistematiche che limitino il più possibile la discrezionalità giudiziale e che riescano a trovare il giusto equilibrio tra multiculturalismo e diritti fondamentali. A tal proposito va tenuto nella debita considerazione che le direttrici di un ipotetico, ma indispensabile intervento chiarificatore in una materia così problematica come quella dei reati culturalmente motivati, sono contenute nella nostra Costituzione - senza necessità di cercarle altrove – sotto forma di principi fondamentali: principio di legalità (art. 25, comma 2 Cost. e art. 13 Cost.), principio di proporzione e ragionevolezza (art. 3 Cost.), principio di offensività (artt. 13, 25 comma 2 e 3, 27 comma 3 Cost.), principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1 Cost.), principio di materialità (artt. 19 e 25 comma 2 Cost.), il principio in base al quale le pende devono tendere alla rieducazione del condannato (art. 27, comma 3 Cost.) e il principio di sussidiarietà (artt. 2, 3, 13, 25 commi 2 e 3 Cost.)²⁶⁵.

Poiché il “diritto penale non è altro che tutela di beni giuridici attraverso la lesione di un altro bene giuridico, quello della libertà personale, ne consegue che una restrizione di quest’ultima, qual è quella che si opera in via effettiva o potenziale tramite la sanzione penale, non può essere posta in essere se non come *extrema ratio*²⁶⁶”. Da evitare, dunque, sono quegli interventi che, in nome di esigenze simboliche o di bandiera, finiscano per punire fatti di dubbia rilevanza penale, con l’unico risultato di estremizzare i conflitti sociali o addirittura generare pericolosi effetti di “stigmatizzazione culturale”.

²⁶⁵ Sul ruolo del principio di sussidiarietà nello stato sociale di diritto, S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in AA. VV., *Diritti dell’uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2002, p. 133 ss.

²⁶⁶ A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA-G.INSOLERA, Milano, 1998, p. 141.

CAPITOLO SECONDO

IL SISTEMA PENALE ITALIANO DAVANTI ALLA SFIDA DEL MULTICULTURALISMO: TRA LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA

1. Il “localismo” e la “non-neutralità culturale” del diritto penale.

La presenza sempre più visibile e massiccia di migranti all’interno del territorio italiano e degli altri Stati europei pone una serie di questioni di difficile risoluzione, soprattutto in ambito penale. Coerentemente con la delimitazione del campo d’indagine tracciata nel capitolo precedente, in questa seconda parte del lavoro cercheremo di dare una risposta a quella che sembra essere la domanda più ostica che oggi viene rivolta al penalista: come deve reagire il diritto penale ai reati culturalmente motivati commessi dagli immigrati?

Prima di addentrarci nel labirinto delle possibili risposte a tale quesito, riteniamo opportuno soffermarci brevemente e preliminarmente su due tradizionali tratti caratteristici del diritto penale: il suo ‘*localismo*’, intendendo riferirci con tale espressione al fatto che il diritto penale – non solo quello italiano, ma anche quello di altri Stati europei e del mondo – presenta, più di altri settori dell’ordinamento giuridico, la caratteristica di essere una sorta di ‘prodotto tipico locale’, destinato, cioè, ad avere applicazione solo nel territorio in cui è stato “creato”, vincolando alla sua osservanza tutti coloro che in quel luogo si trovino²⁶⁷; e la sua ‘*non-neutralità culturale*’, riferendoci con tale formula alla circostanza che il diritto penale presenta anche la peculiarità di essere un “diritto ‘*impregnato*’ di cultura²⁶⁸, un diritto, cioè, che risente

²⁶⁷ Sul carattere “provincialistico/nazionalistico” del diritto penale, A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 53; M. DELMAS MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, 543.

²⁶⁸ A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di FIANDACA- FRANCOLINI, Torino, 2008, p. 83.

particolarmente della cultura dello Stato, del popolo, degli uomini che tale diritto hanno elaborato»²⁶⁹.

Com'è agevole intuire, questi due segni distintivi del diritto penale – ‘localismo’ e ‘non-neutralità culturale’ – hanno importanti implicazioni rispetto al fenomeno dei reati commessi per motivi culturali dai migranti: si tratta, infatti, di fatti delittuosi commessi da individui che si muovono da uno Stato all'altro e che di conseguenza incontrano, nel luogo d'arrivo, un diritto penale in varia misura diverso da quello vigente nel Paese d'origine. Tale diversità delle norme penali è, almeno parzialmente, dovuta alla diversità di culture.

‘Localismo’ e ‘non-neutralità culturale’ del diritto penale stanno tra loro in un rapporto di reciproca interferenza: l'uno è, ad un tempo, causa ed effetto dell'altra. Il diritto penale è, infatti, un prodotto ‘locale’, perché risente fortemente della cultura diffusa nel luogo (lo Stato) in cui viene elaborato; lo stesso è, poi, un diritto ‘non culturalmente neutro’, perché, essendo elaborato e destinato ad un determinato luogo (uno Stato), risente inevitabilmente della cultura diffusa tra le persone presenti in quel luogo²⁷⁰.

In ogni Stato ritroviamo un determinato catalogo di reati, sanzionati con determinate pene e sottoposti a determinate regole di parte generale, che possono avere sì elementi comuni, ma non coincidono quasi mai con quelle predisposte in altri Stati, con la conseguenza che “ciò che è reato qui, potrebbe non esserlo in un altro luogo, o viceversa”²⁷¹.

«Il diritto penale», com'è stato opportunamente sottolineato in tempi recenti, «è da tempo divenuto, quale diritto nazionale codificato, un diritto locale. La grande unità nel diritto che via via prese il posto del diritto romano si è dispersa. Se mai ci fu, al tempo del diritto comune, un univoco vocabolario e un insieme di principi condivisi da tutti gli europei, oggi quella omogeneità di riferimenti si è in gran parte smarrita. È assai difficile trovare ordinamenti penali, anche limitrofi, che abbiano lo stesso sistema di reati contro la vita o contro il patrimonio. E lo stesso succede d'altronde negli Stati

²⁶⁹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 76.

²⁷⁰ F. BASILE, *op. loc. cit.*, p. 77.

²⁷¹ E. MEZGER, *Kriminologie. Ein Studienbuch*, München-Berlin, 1951, p. 4. Mezger, oltre a sottolineare la variabilità del diritto penale nello spazio, ne evidenziava anche la variabilità nel tempo. La citazione completa è, infatti, la seguente: “ciò che è reato qui e oggi, potrebbe non esserlo domani o in un altro luogo, o viceversa”. Cfr. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 78.

Uniti dove, pur in presenza di un *Model penal code*, modello da ciascuno adattato alle esigenze locali, è assai arduo trovare due Stati che abbiano la «stessa legge», anche solo a proposito di un reato basilare quale l'omicidio. Ancora: le repubbliche dell'ex Unione Sovietica hanno avuto per decenni codici penali che, essendo espressioni di un'unica, centralizzata ispirazione politico-criminale, erano sostanzialmente omogenei; oggi che ogni singolo Stato elabora il proprio codice in condizioni di reale autonomia, la frammentazione e la disarmonia complessiva appaiono eclatanti. Insomma, il diritto penale moltiplica la propria disomogeneità man mano che proliferano le bandiere di nuovi Stati sovrani»²⁷².

Che il diritto in generale e quello penale in particolare, oltre ad essere prodotti locali, siano anche fortemente condizionati dalla cultura presente in un determinato territorio è stato recentemente sottolineato anche da numerosi giuristi. Il codice penale «è un po' il codice morale di una nazione e vale a caratterizzare la fisionomia spirituale di essa»²⁷³; «il diritto penale è legato, fin nei suoi dettagli, in modo particolarmente stretto alla tradizione e ai valori vissuti consapevolmente in una determinata società»²⁷⁴.

In termini particolarmente netti si esprimono i criminologi: «la norma penale è (...) una delle espressioni più esplicite dei valori prevalenti in una certa area culturale»²⁷⁵; «la "penalità" potrebbe essere definita come un "prodotto" culturale che incarna ed esprime le forme culturali della società»²⁷⁶.

Tali opinioni sono ampiamente condivise dalla dottrina penalistica, italiana ed europea, che così si esprime in merito:

- «il diritto penale è caratteristica espressione della "fisionomia" di una società in un determinato momento della sua evoluzione storica e culturale» (...) «poche discipline giuridiche sono, come il diritto penale, permeate del contenuto proprio alle concezioni

²⁷² G. P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York-Oxford, 1998, trad. it. a cura di M. PAPA, *Grammatica del diritto penale*, 2004, p. 14.

²⁷³ U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, III ed., Firenze, 1974, p. 271.

²⁷⁴ O. HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, trad. it. *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, p.11.

²⁷⁵ G. L. PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano, 1999, p. 37.

²⁷⁶ D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Oxford, 1990, trad. it. a cura di CERETTI-GIBELLINI, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano, 1999, p.235.

dominanti, di quel complesso cioè di elementi che determinano l'«atmosfera culturale» del momento storico nel quale la norma viene alla luce»²⁷⁷;

- il diritto penale è «il ramo del diritto (...) nel quale si esprimono le fondamentali scelte di valore costituenti il nocciolo duro dell'identità nazionale»²⁷⁸;

- il diritto penale costituisce «lo specchio in negativo dei valori e dei principi di una data società»²⁷⁹.

‘Localismo’ e ‘non-neutralità culturale’ del diritto penale vivono oggi, nelle moderne società multiculturali di tipo polietnico²⁸⁰, “una stagione di forti tensioni”²⁸¹, essendo costantemente rimesse in discussione a causa del rapido diffondersi, all'interno dei singoli Stati, di culture profondamente diverse da quella dominante, da quella cultura, cioè, che ne ha plasmato le norme giuridiche, specialmente quelle penali.

Nell'ordinamento italiano questa disarmonia tra cultura dominante e culture minoritarie è resa ancor più evidente e marcata dal fatto che la principale Legge penale *locale*, il Codice, non solo è espressione di un'omogeneità culturale che non esiste più, ma è anche l'emblema di una tradizione politica tramontata con l'avvento della Costituzione repubblicana e con quest'ultima in irriducibile conflitto. Per cui possiamo agevolmente concludere che, se il diritto penale della gran parte delle moderne società occidentali vacilla di fronte al fenomeno del pluralismo culturale, quello italiano vive un momento di crisi ancor più profonda, in quanto non riesce a star dietro agli avvenuti mutamenti nella realtà sociale e non è in sintonia con i principi di uno Stato democratico.

²⁷⁷ BETTIOL-PETTOELLO-MANTOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Padova, 1986, p. 13.

²⁷⁸ A. BERNARDI, *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, in AA. VV., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di L. PICOTTI, Milano, 1999, p. 42. In senso analogo, v. pure G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in AA.VV., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. BERNARDI, Milano, 2006, p. 137.

²⁷⁹ K. TIEDEMANN, *L'uropeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998, 3.

²⁸⁰ Sulla distinzione tra Stati multinazionali e Stati polietnici, v. sub. § 2.5. del capitolo primo.

²⁸¹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p.76.

2. L'omogeneità culturale del codice Rocco.

Se nella Costituzione italiana si rinvenivano diverse norme poste a tutela del pluralismo culturale, nel codice penale, all'inverso, nessuna disposizione sembra essere stata congegnata per garantire protezione a culture diverse da quella nazionale.

In effetti, quando il codice Rocco venne elaborato, la cultura diffusa all'interno dello Stato italiano era decisamente più omogenea di quanto non lo sia adesso, o per lo meno il legislatore dell'epoca così ambiva a renderla.

Emblematica, a tal proposito, può risultare la lettura di alcune pagine della Relazione del Ministro Guardasigilli al Re per l'approvazione del testo definitivo del codice penale. Nelle prime pagine di tale Relazione, Alfredo Rocco illustra la concezione di Stato che aveva ispirato i compilatori del codice e, dopo aver parlato dello Stato quale organismo *economico-sociale* e quale organismo *politico e giuridico*, passa a considerare lo Stato quale organismo *etico-religioso*: «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*, e vivente, quindi, non di puri bisogni materiali o economici, ma anche, e soprattutto, di bisogni psicologici o spirituali, siano essi intellettuali o morali o religiosi»²⁸². Questa visione dell' "unità culturale" dell'Italia riaffiora, in modo ancor più evidente, nel punto della Relazione in cui Alfredo Rocco deve giustificare l'introduzione nel codice di alcuni delitti tipicamente "culturali", cioè espressivi dei valori etici su cui doveva fondarsi lo stato fascista:

- così, a proposito dei delitti in tema di religione (artt. 402-406 c.p.), il Guardasigilli afferma che la «Religione Cattolica Apostolica Romana» sarebbe «*propria della quasi totalità della popolazione italiana*», sì da giustificare «una preminenza sugli altri culti» anche in sede di disciplina penale²⁸³;

- per quanto concerne i «delitti contro la integrità e la sanità della stirpe» (artt. 545-555 c.p.), Rocco osserva che «la principale ragion d'essere» di tali incriminazioni «trovasi nella offesa all'interesse che *la nazione, come unità etnica*, ha di difendere la

²⁸² Relazione del Ministro Guardasigilli al Re per l'approvazione del testo definitivo del codice penale, in *Codice penale*, a cura del Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto, Roma, 1930, pp. 9-10.

²⁸³ Relazione del Ministro Guardasigilli al Re, cit., p. 72.

continuità e la integrità della stirpe»²⁸⁴.

La società italiana presa in considerazione dal legislatore del '30 era caratterizzata, dal punto di vista culturale, da una matrice ampiamente omogenea; e sostanzialmente tale è rimasta anche nei decenni successivi. Per molto tempo nel nostro Paese le uniche minoranze 'visibili' erano rappresentate dagli ebrei e dagli appartenenti a qualche altra confessione religiosa, pur sempre cristiana, nonché dalle minoranze linguistiche, dislocate soprattutto nelle zone di confine: differenze culturali sicuramente più gestibili rispetto a quelle che negli ultimi anni sono emerse per effetto dei flussi migratori, che hanno portato all'interno dei nostri confini nazionali soggetti appartenenti anche a culture significativamente distanti dalla nostra (si pensi, soprattutto, alla nuova immigrazione africana ed asiatica, perlopiù islamica)²⁸⁵.

Una volta trovatosi, per effetto dell'immigrazione, davanti a culture differenti da quella maggioritaria, il sistema penale italiano attuale ha risposto in maniera non dissimile da come ha fatto quello ideato da Alfredo Rocco quasi un secolo fa e cioè mostrando una palese intolleranza verso la diversità. Emblematiche di simili strategie politiche, palesemente contrastanti con i principi fondamentali di una Costituzione che fa della tolleranza il suo asse portante, sono le due nuove fattispecie delle mutilazioni genitali femminili e dell'impiego di minori nell'accattonaggio – introdotte rispettivamente dalle leggi n.7/2006 e n.94/2009 – nonché la recente proposta di legge di inserire la seguente circostanza aggravante all'art. 61 c.p.: “se il fatto è commesso per ragioni o consuetudini etniche, religiose o culturali”. Si tratta di interventi legislativi che elevano il fattore culturale ad elemento in grado di determinare un inasprimento della sanzione e che hanno contribuito a far qualificare da alcuni Autori²⁸⁶ il sistema penale italiano come “assimilazionista-discriminatorio”.

²⁸⁴ Relazione, cit., p. 79.

²⁸⁵ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 92.

²⁸⁶ Per tutti, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 32.

3. Le mutilazioni genitali femminili: origini e motivi delle pratiche.

Con l'espressione "mutilazioni genitali femminili" ci si riferisce ad un insieme di antiche pratiche diffuse in molti Paesi africani ed asiatici che, secondo l'Organizzazione mondiale della sanità, consistono nella rimozione totale o parziale dei genitali femminili esterni²⁸⁷.

Gli interventi vengono solitamente distinti in quattro tipi: 1) l'escissione del prepuzio, con o senza escissione parziale o totale del clitoride (circoncisione); 2) l'escissione del prepuzio e del clitoride con escissione totale o parziale delle piccole labbra (che è la pratica più comune); 3) l'escissione totale o parziale dei genitali esterni con cucitura e restringimento dell'introito vaginale, ridotto a pochi millimetri (infibulazione o circoncisione faraonica), che è la forma più cruenta e grave; 4) le mutilazioni genitali femminili non rientranti nei precedenti tipi e consistenti nella puntura, trafittura o incisione del clitoride e/o delle piccole labbra; nella cauterizzazione per ustione del clitoride o dei tessuti circostanti, nella raschiatura dell'orifizio vaginale (tagli ad anguria) o del taglio della vagina; nell'introduzione di sostanze corrosive nella vagina per causare sanguinamento²⁸⁸.

Generalmente gli interventi vengono effettuati senza anestesia, in condizioni igieniche precarie, con strumenti chirurgici rudimentali²⁸⁹ e da donne specializzate in queste operazioni, che godono di un particolare *status* all'interno della comunità. Dalle testimonianze e dalle documentazioni raccolte, si evince che gli interventi provocano profonde sofferenze fisiche e psichiche, sia a breve che a lungo termine: emorragie,

²⁸⁷ Numerosi giuristi che si sono occupati del fenomeno hanno sottolineato come il termine "mutilazioni" non sia propriamente corretto, perché da un lato riassume interventi ablatori tra loro diversi per entità e intensità; dall'altro, reca in sé già un'implicita ed arrogante condanna, inibendo qualsiasi confronto con le comunità che le eseguono. Preferiscono, perciò, adottare l'espressione più neutra di "escissione femminile". Per tutti, E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, cit., p.160; A. FACCHI, *L'escissione: un caso giudiziario*, in *Soc. dir.*, 1992, 112; ID., *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 78.

²⁸⁸ La classificazione è stata effettuata dall'Organizzazione mondiale della sanità ed è reperibile sul sito internet www.who.it

²⁸⁹ C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 38.

infezioni alle vie urinarie, incontinenza, infezioni pelviche, incapacità di completare il rapporto sessuale, formazioni di cisti e calcoli, ansia, depressione, frigidità, psicosi²⁹⁰.

A seconda delle popolazioni l'escissione viene effettuata in differenti momenti della vita della donna – che vanno da pochi giorni dalla nascita, fino all'adolescenza, ma più frequentemente tra i tre e gli otto anni – e a ciascuno di essi corrisponde un diverso significato della pratica. L'infibulazione è molto meno diffusa dell'escissione: viene praticata in Somalia, in parte dell'Etiopia e del Sudan e in poche zone del Ciad, dell'Egitto e del Gibuti. L'escissione, nelle sue varie forme, invece, è praticata nei territori restanti di questi Paesi e in altri dell'Africa centrale, compresi il Sahara e la foresta equatoriale, in quelli della parte meridionale della penisola arabica e in Indonesia, Malesia e Sri Lanka, per un totale di almeno 28 Paesi. Il numero di donne e di bambine escisse è stimato in 135 milioni e ogni anno nel mondo le bambine e le ragazze che rischiano di subire l'escissione sono circa 2 milioni (6.000 al giorno)²⁹¹.

Le mutilazioni genitali femminili, contrariamente a quanto si ritiene, non hanno fondamento nella religione islamica, anzi, sono antecedenti all'Islam e la maggior parte dei musulmani non le pratica. Tuttavia, nel corso dei secoli questa consuetudine ha acquisito una dimensione religiosa e le popolazioni di fede islamica che le effettuano adducano come motivo la religione. Il Corano non parla delle escissioni rituali, esistono solo alcuni *hadith* (detti attribuiti al Profeta) che vi fanno cenno. In uno di essi si racconta che Maometto, vedendo effettuare uno degli interventi ablatori abbia detto alla donna che la praticava: “Quando incidi non esagerare, così facendo il suo viso sarà splendente e il marito sarà estasiato”. L'escissione viene praticata anche da cattolici, protestanti, animisti, copti e falasha (ebrei etiopi) nei vari Paesi interessati²⁹².

Le motivazioni che stanno alla base delle pratiche sono le più svariate²⁹³. Nel caso dell'infibulazione, vi è l'intento di controllare la sessualità femminile, cioè preservare la verginità e la fedeltà matrimoniale: nelle comunità in cui viene effettuata è

²⁹⁰ Sul punto, per tutti, LA MONACA – AUSANIA – SCASSELATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili. Aspetti socio-antropologici, giuridici e medico-legali e contributo casistico*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2004, 649 ss.

²⁹¹ I dati sono stati forniti da Amnesty International e sono reperibili sul sito www.amnesty.it

²⁹² V. ancora www.amnesty.it

²⁹³ Sui vari significati della pratica, A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., pp.80-84; ID., *Immigrati, diritti e conflitti. Saggi sul pluralismo normativo*, Bologna, 1999, p. 43 ss.; L. BELLUCCI, *Immigrazione, escissione e diritto in Francia*, in *Soc. dir.*, 2006, 185 ss.

profondamente radicata la convinzione che essa riduca il desiderio sessuale. Nel caso degli altri tipi di escissione la questione è più complessa: non sempre si tratta di strumenti volti alla riduzione del desiderio o del piacere femminile, anzi, ad essi si ricollegano significati simbolici totalmente opposti. Frequentemente l'escissione segna il passaggio dall'infanzia alla pubertà, rimarcando la specificità femminile della giovane a cui viene praticata. Il momento dell'intervento è un momento centrale nella crescita della bambina e generalmente è accompagnato da cerimonie e festeggiamenti rituali. In molte popolazioni è assai diffusa la credenza che l'individuo non circonciso – spesso le comunità che praticano l'escissione effettuano anche la circoncisione maschile – non sia né maschio né femmina²⁹⁴; il clitoride è considerato un organo maschile, che impedisce la piena realizzazione dell'identità femminile, per cui “l'indifferenziazione originaria della natura va superata attraverso l'intervento della cultura²⁹⁵”. In altri contesti sociali, invece, l'escissione è praticata per motivi igienici o estetici: si ritiene che i genitali femminili siano “sporchi” oppure che possano continuare a crescere fino a pendere tra le gambe se il clitoride non viene reciso. Alcuni gruppi credono addirittura che il contatto del clitoride con il pene di un uomo possa causerne la morte; altri che se il clitoride toccasse la testa del neonato durante il parto, esso morirebbe. Non rari, infine, sono i casi in cui l'escissione è praticata per identificare i membri della comunità, svolgendo la funzione di stabilire chi ne fa parte e di preservare l'identità culturale del gruppo.

Tutte le ragioni sottese alle varie forme di mutilazione dimostrano come la pressione sociale affinché esse vengano rispettate sia notevole, tanto da “amplificarne la deferenza soggettiva ben al di là della tradizionale vita comunitaria²⁹⁶”; la volontà di perpetrare le pratiche è difatti comprovata dalla diffusione dell'escissione anche tra le donne immigrate che, sebbene lontane dalla comunità di provenienza, continuano ad avvertire il peso della sanzione sociale che conseguirebbe alla mancata sottoposizione delle loro figlie all'intervento. Alla stretta sociale, però, non sempre si accompagna un atteggiamento di passiva accettazione da parte delle donne, anzi, spesso esse mostrano una chiara e consapevole volontà di conformarsi alla tradizione. Negli ultimi anni, infatti, molte femministe africane si sono mostrate quanto mai ostili verso le strategie

²⁹⁴ Sul punto, M. GRIAULE, *Dio d'acqua*, Milano, 1968, p. 185 ss.

²⁹⁵ A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 83.

²⁹⁶ E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple*, cit., p. 164.

poste in essere dai Paesi occidentali per combattere le mutilazioni, rimproverandoli di ricorrere esclusivamente all'ausilio dello strumento penale e definendo gli interventi eccessivamente eurocentrici e paternalistici²⁹⁷. In un'inchiesta condotta in Francia nel 1989-90, delle quaranta immigrate dell'etnia Soninkè intervistate, ben tredici hanno risposto che la pratica dell'escissione va effettuata perché questa è la tradizione e che non se la sentono di assumersi la responsabilità che le figlie non si sposino²⁹⁸.

3.1. Il contrasto del fenomeno delle mutilazioni. Dichiarazioni internazionali, provvedimenti europei e divieti nazionali.

L'impegno internazionale volto a sradicare le mutilazioni genitali femminili ha una lunga storia, ma è solo in questo secolo, grazie anche alla crescente pressione delle organizzazioni femminili africane, che l'attenzione verso il fenomeno è nettamente cresciuta. La Commissione sui Diritti Umani delle Nazioni Unite sollevò il problema delle mutilazioni genitali femminili nel 1952 e la questione fu a lungo oggetto di studi e di dibattito.

Finalmente, nel 1984 l'ONU creò a Dakar, un "*Comitato interafricano sulle pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute delle donne e dei bambini*" (IAC). L'obiettivo principale del Comitato era dar vita a campagne di sensibilizzazione e formazione per attivisti locali, levatrici e membri autorevoli delle comunità autoctone. La Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, all'art. 24, impose agli Stati membri di adottare "misure effettive ed appropriate ad abolire i costumi che sono pericolosi per la salute del bambino". A partire dagli anni '90, le mutilazioni genitali femminili sono state riconosciute dalla comunità internazionale come una grave violazione dei diritti delle donne e delle bambine. Nella *Dichiarazione sulla violenza contro le donne* del 1993, esse vennero dichiarate una forma di violenza nei confronti della donna e nel 1994 la collaborazione tra le agenzie dell'ONU e le ONG (Organizzazioni non governative) portò al varo di un Piano di azione per eliminare le pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute delle donne e delle bambine. Questa intenzione venne poi riaffermata con la Conferenza di Pechino nel 1995. Nel settembre 1997 lo IAC tenne un

²⁹⁷ A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 84.

²⁹⁸ A. FACCHI, *op. loc. cit.*, p.85.

convegno per giuristi nella sede dell'Organizzazione per l'Unità Africana (OUA) ad Addis Abeba e lì venne firmata la Carta di Addis Abeba, un documento che chiede a tutti i governi africani di adoperarsi per sradicare (o drasticamente ridurre) le mutilazioni genitali femminili entro il 2005.

È stato tuttavia il *Protocollo della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* (c.d. *Protocollo di Maputo*) del 2003 a prevedere la più esplicita richiesta agli Stati di proibire pratiche dannose nei confronti delle donne²⁹⁹. All'art. 5, infatti, le mutilazioni genitali femminili vengono espressamente condannate come violazione dei diritti umani, impegnando gli Stati che hanno ratificato il Protocollo alla previsione di sanzioni penali³⁰⁰.

A livello europeo, oltre alle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n.1371/1998 concernente i "Maltrattamenti inflitti ai fanciulli" e n. 1450/2000, relativa alla "Violenza contro le donne in Europa", decisiva è stata la Risoluzione del Parlamento europeo n. 2035/2001, con la quale si è chiesto agli Stati membri 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 (...)".

Nel solco di questi provvedimenti, in diversi Paesi occidentali sono state emanate norme penali *ad hoc* per contrastare le pratiche. Negli Stati Uniti nel 1995 è stata adottata la "*Federal Prohibition of Female Genital Mutilation*"; in Canada dal 1997 il codice penale, all'art. 268, comma 3, specifica che l' "*aggravated assault*", punibile con la reclusione fino a quattordici anni, include anche escissione, infibulazione o mutilazione degli organi genitali femminili, eccetto quando si tratti di interventi compiuti da medici per la salute fisica della persona; in Svezia una legge del 1°luglio 1982 prevede per le pratiche di mutilazione genitale femminile la pena di due anni di reclusione, commutabile in ammenda in presenza di attenuanti e elevabile fino a dieci anni nel caso in cui l'intervento abbia causato pericolo per la vita, lesioni gravi, malattie; in Gran

²⁹⁹ Sul punto, G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia e (limiti) di una legge*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di BERNARDI-PASTORE-PUGIOTTO, Milano, 2008, p. 215.

³⁰⁰ Per una rassegna più approfondita delle più importanti iniziative internazionali, F. BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 683 ss.

Bretagna il “*Prohibition of Female Circumcision Act*” del 16 luglio 1985 (sostituito nel 2003 con il “*Prohibition of Female Genital Mutilation Act*”) prevede fino a un massimo di cinque anni di reclusione per gli autori di un’escissione e specifica che il carattere rituale o consuetudinario non costituisce una giustificazione. Questa legge, però, sembra rimasta praticamente inapplicata: nessuno è mai stato perseguito per il reato di escissione³⁰¹.

In Francia, invece, si è scelto di non emanare una norma *ad hoc*, ma di ricondurre l’escissione ad una fattispecie già esistente nel codice penale (art. 222, commi 9 e 10), corrispondente alle lesioni gravi o gravissime del sistema penale italiano. Alla base di tale scelta legislativa vi è la volontà di rispettare e garantire il principio di eguaglianza formale: la legge è applicabile a tutti, indipendentemente dall’origine etnica³⁰². La Francia è, peraltro, l’unico Paese in cui gli interventi rituali sui genitali femminili sono stati sistematicamente perseguiti, anche se la pena è stata sempre condizionalmente sospesa³⁰³.

3.2. La normativa italiana. Incongruenze dommatiche e carenze politico-criminali.

Anche l’Italia, al pari di Stati Uniti, Canada, Gran Bretagna e Svezia, ha scelto la strada dell’introduzione di norme penali *ad hoc* per contrastare le mutilazioni genitali femminili, inserendo con la l. n. 9 gennaio 2006 n. 7, due nuovi articoli nel codice penale, gli artt. 583-*bis* e 583-*ter*.

La novella si articola su tre direttrici: informazione e sensibilizzazione rivolta agli immigrati, in particolare alle donne in gravidanza; formazione rivolta agli insegnanti e alle strutture sanitarie; repressione giudiziaria mediante l’introduzione di norme penali specifiche.

³⁰¹ A. GUINÉ – F. MORENO FUENTES, *Engendering Redistribution, Recognition, and Representation: The Case of Female Genital Mutilation (FGM) in the United Kingdom and France*, in *Politics & Society*, 35, 477-519.

³⁰² L. WEIL-CURIEL, *Female Genital Mutilation in France: A Crime Punishable by Law*, in S. PERRY - C. SCHENCK (eds.) *Eye to Eye. Women Practicing Development across Cultures*, London, 2001, 190-197.

³⁰³ Sui processi penali per escissione celebrati in Francia, A. FACCHI, *L’escissione: un caso giudiziario*, cit., pp. 111-119.

Appare davvero curiosa la circostanza che le prime due linee di intervento, apparentemente volte alla prevenzione del fenomeno mediante strumenti diversi da quello penale, siano contemporanee al momento della repressione, cioè previste nel medesimo testo legislativo in cui si criminalizzano le condotte di mutilazione e non in un atto anteriore. Sarebbe stato sicuramente preferibile, in ossequio al principio di sussidiarietà del diritto penale, adottare una strategia multidisciplinare a lungo termine, in cui l'applicazione del diritto penale avrebbe potuto anche subire uno slittamento temporale. Solitamente si dovrebbe tentare prima la strada della prevenzione e poi quella della repressione. Quando fallisce la prima, si attua la seconda, non il contrario.

Dal dibattito parlamentare che ha preceduto l'approvazione della legge emergono anche altri dati preoccupanti: 1) la mancata attivazione di strumenti formalizzati di raccolta di informazioni utili a progettare un intervento legislativo coerente ed efficace; 2) il mancato coinvolgimento nel processo di produzione di un atto normativo di carattere eminentemente repressivo nei confronti di alcune comunità etniche di minoranza, dei rappresentanti di tali comunità, oltre che di associazioni di donne immigrate impegnate nella lotta alle mutilazioni genitali; 3) la mancata previsione di misure specifiche volte alla protezione delle vittime, effettive o potenziali, delle pratiche mutilanti³⁰⁴. Si tratta di elementi che – unitamente all'assenza di qualsiasi discussione in ordine alla sussistenza di un diritto all'identità culturale in capo ai migranti – inducono ad annoverare la legge n. 7/2006 tra quelle a carattere meramente simbolico. Tra l'altro, nessun dato certo era stato fornito al Parlamento in merito alla diffusione del fenomeno delle mutilazioni genitali in Italia: nulla giustificava un intervento legislativo marcatamente aggressivo nei confronti di alcune minoranze immigrate.

Ma veniamo alla descrizione delle condotte punibili.

L'art. 583-*bis* c.p. prevede due distinte ipotesi di reato. Al primo comma si prevede punibile con la reclusione da quattro a dodici anni “chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili. Come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili si intendono la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo”. Al secondo comma si prevede la reclusione da tre a sette anni per “chiunque, in assenza di

³⁰⁴ G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 215.

esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente”.

I beni giuridici tutelati sono l’incolumità individuale e la dignità della donna e, nel caso di minori, anche il diritto ad uno sviluppo armonioso della propria personalità. Per la configurabilità di entrambe le ipotesi delittuose si richiede l’“assenza di esigenze terapeutiche”. Queste ultime ricorrono allorché la mutilazione o la lesione degli organi genitali sia praticata per salvaguardare l’integrità fisica della donna, quindi per prevenire una malattia o il suo peggioramento, o per consentirne la guarigione. Tale previsione, com’è stato autorevolmente sostenuto, potrebbe involontariamente paralizzare l’applicabilità della fattispecie, anche se in casi, per la verità, abbastanza rari: infatti, talvolta, il ricorso all’escissione viene motivato proprio da supposte ragioni terapeutiche, reputate inesistenti dalla scienza ufficiale, ma sussistenti in base alle credenze diffuse nel contesto culturale di riferimento³⁰⁵. In questi casi, se risulta pacificamente configurabile la fattispecie oggettiva, non altrettanto può dirsi di quella soggettiva: visto che l’autore del fatto, pur se erroneamente, postula l’esistenza delle esigenze terapeutiche, l’accertamento della presenza del dolo darà spesso luogo ad un esito negativo.

Al comma 2 della norma compare il riferimento al “fine di menomare le funzioni sessuali”. In tale espressione, autorevole dottrina³⁰⁶ ha ravvisato un’ipotesi di dolo specifico, anch’essa in grado di inibire l’applicazione della norma. Infatti, il fine della menomazione delle funzioni sessuali è assolutamente eventuale e nella maggior parte dei casi è assente, o su di esso prevalgono altre finalità, prime fra tutte, quelle legate alla motivazione culturale³⁰⁷. L’assenza del dolo specifico è stata, peraltro, la motivazione sulla base della quale la Corte d’Appello di Venezia ha assolto gli imputati dell’unico caso giudiziario in cui si è discusso dell’applicazione dell’art. 583-bis c.p.³⁰⁸.

³⁰⁵ G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per uno studio giuspenalistico*, in AA. VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di BERNARDI-PASTORE-PUGIOTTO, Milano, 2008, p. 187.

³⁰⁶ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 156; G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per uno studio giuspenalistico*, cit., p. 187.

³⁰⁷ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 41.

³⁰⁸ Si tratta di due episodi, trattati in unico processo, avvenuti a Verona a fine marzo 2006 e che vedono come protagonisti alcuni cittadini nigeriani appartenenti all’etnia degli Edo-bini: un’ostetrica, priva di

Se per le pratiche di mutilazione appare chiaro l'intento del legislatore di sanzionare una condotta dai chiari connotati culturali, nel caso delle lesioni previste al secondo comma l'oggetto di tutela non è immediatamente afferrabile. Com'è stato giustamente sostenuto, nel fatto tipico della norma potrebbero essere ricomprese anche determinate operazioni di chirurgia estetica volte a modificare i genitali femminili. I *media* non esitano ad aggiornarci continuamente sugli interventi a cui oggi giorno la donna occidentale può sottoporsi per ridisegnare o ricostruire la vagina affinché aumenti il suo piacere sessuale o migliori l'estetica del suo apparato genitale. Anche queste sono operazioni che comportano la rimozione parziale o totale dei genitali femminili esterni o altre lesioni agli organi genitali femminili, eppure sono comunemente accettate, pubblicizzate ed eseguite in strutture sanitarie, che forniscono alle pazienti le opportune garanzie di riuscita senza danni alla salute³⁰⁹.

Se la descrizione delle condotte punibili solleva numerose perplessità, parimenti discutibile è il rigore del regime sanzionatorio. La pena detentiva prevista per le ipotesi criminose del primo comma va da quattro a dodici anni, ma il terzo comma prevedendo un'aggravante pressoché automatica – che comporta un aumento di pena di un terzo secco – allorché il fatto venga commesso a danno di un minore, fa schizzare la sanzione a sedici anni di reclusione. Si tratta di pene paragonabili a quelle dell'omicidio preterintenzionale o della rapina a mano armata e che addirittura oltrepassano i limiti edittali della violenza sessuale o dell'associazione a delinquere, tanto per fare qualche

qualsiasi titolo per esercitare la professione in Italia; una giovane nigeriana, madre di una minore di appena due mesi; un giovane nigeriano, padre di un'altra bambina, nata da due settimane all'epoca dei fatti. Ebbene, nel primo episodio l'ostetrica, dietro compenso di 300 euro praticava su una delle minori un'incisione sulla faccia antero-superiore del clitoride. Nel secondo episodio, dietro promessa di un compenso di 300 euro, si recava, su richiesta del padre dell'altra neonata, presso l'abitazione di questi, con una borsa contenente gli attrezzi per praticare la medesima incisione. All'esito delle indagini e del processo di primo grado, in relazione al primo episodio l'ostetrica veniva ritenuta responsabile del delitto di lesione degli organi genitali femminili di cui al comma 2 dell'art. 583-bis c.p. In concorso con la donna, veniva altresì condannata per il medesimo reato la madre della piccola. In riferimento al secondo episodio, l'ostetrica veniva ritenuta responsabile del tentativo del delitto di lesione degli organi genitali femminili, così come pure il padre della bambina. Per un commento alla sentenza, C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 853 ss.

La decisione di primo grado viene ribaltata nel giudizio di appello, in cui gli imputati vengono assolti dal delitto di cui all'art. 583-bis c.p. perché il "fatto non costituisce reato", ritenendo l'organo giudicante assente il dolo specifico. Per un'approfondita analisi della sentenza, F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583-bis c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it

³⁰⁹ C. LONGOBARDO, *Le mutilazioni genitali femminili*, in AA.VV., *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, a cura di A. CILARDO, Milano, 2011, p. 132; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 49.

esempio³¹⁰. Analoghe osservazioni possono essere svolte anche in ordine alle sanzioni previste per le ipotesi del secondo comma: si tratta di pene notevolmente superiori a quelle previste dalle disposizioni ordinarie in materia di lesioni.

Se non fosse stata emanata la novella, la maggior parte dei casi previsti nel primo comma avrebbe trovato la sua disciplina nell'ambito applicativo delle lesioni gravi *ex art. 583 c.p.*, punite con la reclusione da tre a sette anni e solo in qualche rara ipotesi avrebbero potuto configurarsi le lesioni gravissime, la cui pena va effettivamente da sei a dodici anni di reclusione. Va rilevato, tuttavia, che la nostra giurisprudenza tratta sistematicamente le lesioni gravi e gravissime non come fattispecie autonome di reato, ma come mere circostanze aggravanti delle lesioni previste all'art. 582, con la conseguenza, tutt'altro che trascurabile sul piano pratico, che, in virtù dell'art. 69 c.p., esse sono 'bilanciabili' con eventuali attenuanti ravvisate dal giudice. Anche se tale prassi giurisprudenziale è alquanto discutibile – sia per ragioni dogmatiche, sia per le evidenti e pericolose conseguenze che produce – non possono non considerarsi i suoi effetti concreti: è ben possibile che la presenza delle attenuanti generiche, perché l'autore è incensurato, e/o l'applicazione di una delle circostanze attenuanti previste all'art. 62, n.1 c.p., bilanci l'aggravante della malattia insanabile o della perdita di un organo e conduca all'irrogazione della pena prevista per le lesioni lievi (fino a tre anni), mentre questo non potrà succedere nel caso delle mutilazioni genitali femminili, poiché è innegabile che tale fattispecie ha carattere autonomo rispetto a quella di lesioni³¹¹.

Vale la pena evidenziare l'inutilità della disposizione sul piano strettamente sistematico. L'art. 583-*bis* c.p., infatti, non colma una lacuna legislativa: l'art. 583 c.p., contemplando il reato di lesioni gravi e gravissime, in assenza della riforma legislativa, già includeva nel suo spettro applicativo la maggior parte delle condotte di mutilazione genitale femminile.

Inoltre, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 583-*bis* c.p., le sue disposizioni «si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia».

³¹⁰ G.FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per uno studio giuspenalistico*, cit., p. 189.

³¹¹ G.FORNASARI, *op. loc. ult. cit.*

L'art. 583-ter c.p. completa il quadro sanzionatorio prevedendo oltre all'interdizione professionale da tre a dieci anni per il medico che esegua l'operazione – il cui minimo edittale risulta notevolmente superiore rispetto all'interdizione professionale prevista con effetti generali dall'art. 30 c.p. –, la comunicazione immediata dell'eventuale sentenza di condanna all'Ordine professionale e la responsabilità amministrativa da reato dell'ente nel quale viene realizzato l'intervento.

La l. 1 ottobre 2012, n.172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote prevede, inoltre, che la condanna per il reato di cui all'art. 583-bis c.p. comporta, qualora il fatto sia commesso dal genitore, anche la decadenza dall'esercizio della potestà genitoriale³¹². Per le bambine sottoposte alla pratica dell'escissione, però, vedere la propria famiglia disgregarsi può spesso tradursi in un danno anche più grave da quello derivante da una lesione dei propri organi genitali. Tra i compiti di uno Stato sociale di diritto rientra certamente quello di tutelare la salute del minore anche contro la volontà dei genitori, qualora questa possa subire pregiudizi, ma il distacco dalla propria madre o dal proprio padre non è forse un danno psicologico anche maggiore di quello che potrebbe derivare dall'escissione³¹³? Non dimentichiamo che i minori vantano un diritto soggettivo, costituzionalmente sancito, ad essere educati nella loro famiglia, di regola il luogo privilegiato di formazione della loro personalità ancora *in fieri*. La volontà di ottemperare ad un obbligo della tradizione non basta per ritenere i genitori inidonei ad occuparsi dei propri figli. È quanto emerso, del resto, anche in un procedimento antecedente all'emanazione della l. n. 7/2006 presso il Tribunale per i Minorenni del Piemonte, avente ad oggetto un caso di escissione praticata su una bambina nigeriana nata in Italia, portata in Nigeria dai genitori e lì operata: la vicenda si è conclusa con un provvedimento che ha lasciato la bambina ai genitori, che sono apparsi al giudice del tutto adatti ad alleviarla³¹⁴.

³¹²La legge n. 172/2012 ha inserito un nuovo comma all'art. 583-bis c.p., che così recita: “La condanna ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per il reato di cui al presente articolo comporta, qualora il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore, rispettivamente:

- 1) la decadenza dall'esercizio della potestà del genitore;
- 2) l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno”.

³¹³A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 98.

³¹⁴Per un commento al provvedimento del Tribunale, M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in «dimensione domestica»*, in *Dir., immigrazione, cittadinanza*, 2006, 1, 19 ss.

L'apparato sanzionatorio della l. n. 7 del 2006 così come appena delineato ne svela il carattere eminentemente repressivo. La circostanza, poi, che ad oggi, a distanza di più di 8 anni dalla sua emanazione, vi sia stata una sola vicenda giudiziaria in cui si è discusso dell'applicazione dell'art. 583-*bis* c.p. – peraltro conclusasi con una pronuncia assolutoria – ne mostra anche la sostanziale ineffettività. L'Italia, proprio come già accaduto in Gran Bretagna, ha finito per criminalizzare senza perseguire, impiegando lo strumento penale esclusivamente allo scopo di lanciare un simbolico messaggio di condanna alle comunità immigrate, riaffermando con l'ausilio della minaccia penale la superiorità dell'ideologia e dei valori dell'ordinamento di accoglienza³¹⁵.

Le mutilazioni genitali femminili rappresentano una pratica culturale fortemente radicata, simbolo di un'identità culturale che molte comunità vogliono gelosamente conservare, per cui è difficile credere che la minaccia della sanzione penale possa svolgere nei loro confronti una funzione precettiva, anzi, al contrario, la previsione di conseguenze sanzionatorie così severe può solo favorire un loro allontanamento dalle istituzioni pubbliche e incrementare la clandestinità delle pratiche, con ulteriori incidenze negative sulle bambine coinvolte.

La pratica dell'escissione costituisce un classico esempio di reato culturalmente motivato in rapporto al quale la sanzione che può derivare dalla comunità in caso di mancata ottemperanza ad un obbligo della tradizione è più forte del timore di subire una condanna penale ad opera dello Stato ospitante, quindi la strada della criminalizzazione non sembra certamente la più adeguata per arginare il fenomeno.

Se i potenti vincoli della tradizione impediscono alla norma di esplicitare il suo carattere vincolante, allo stesso modo la previsione *ex art.* 583-*bis* c.p. di sanzioni così elevate e decisamente superiori rispetto a quelle ordinariamente previste per il delitto di lesioni gravi vanifica anche la funzione di prevenzione generale positiva. Pene esemplari per gli autori delle mutilazioni non generano l'effetto di aggregare consensi intorno alle norme dell'ordinamento; al contrario, accrescono il senso di ribellione nei confronti di una società che non accetta la diversità come valore da tutelare, ma la percepisce, anzi, come un male da debellare.

³¹⁵ A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei conflitti culturali*, in *St. iuris*, 2002, 876.

Delle perplessità possono sollevarsi anche in ordine alla funzione specialpreventiva della pena: la mancata considerazione da parte dell'ordinamento italiano del condizionamento culturale che spinge alcune comunità a praticare gli interventi frustra anche lo scopo rieducativo-risocializzante della sanzione penale, in quanto i colpevoli possono percepirla come un obbligo di conversione a regole non loro e non avvertite come proprie³¹⁶.

Il circolo vizioso che la norma penale è in grado di innescare in simili casi è evidente e ben conosciuto: l'incriminazione non è in grado di contenere quantitativamente il fenomeno, ma ne impone necessariamente la clandestinità; l'iperselettività³¹⁷ della norma privilegia (negativamente) gli autori socialmente più deboli (i membri di alcune comunità immigrate); questi ultimi, 'doppiamente tenuti' alla clandestinità - perché il comportamento è in astratto criminalizzato e perché sono più elevate le *chances* per questi soggetti di essere criminalizzati dal sistema penale -, sono obbligati per il loro *status* a servirsi del tipo di clandestinità che uccide (il tavolo della mamma anziché un ospedale o una clinica attrezzate). È l'incriminazione stessa, dunque, che, volta a tutelare l'integrità fisica dei soggetti vulnerabili, minaccia, per la sua ineffettività, la loro salute³¹⁸. In questa prospettiva, il bilanciamento degli interessi in gioco, tradotto in termini di costi/benefici dell'intervento penale, data la cifra oscura che accompagna il fenomeno delle mutilazioni, delegittima la norma sotto il profilo dell'opportunità.

Inoltre, in un ordinamento ispirato ai principi dello Stato sociale di diritto, in cui il potere punitivo statale non può, nell'infliggere una sanzione, oltrepassare i limiti stabiliti dal principio di proporzione *ex art. 3 Cost.*³¹⁹, risulta evidente come, sia la decisione di introdurre un'apposita fattispecie per incriminare le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, sia la predisposizione di un apparato sanzionatorio così severo, siano del tutto prive di ragionevolezza.

³¹⁶ Sulle funzioni della pena e sulla pena come integrazione sociale, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, pp. 39-64 e pp.83-116.

³¹⁷ Sulla selettività del potere punitivo, A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 445; R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 339 ss.

³¹⁸ C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 474.

³¹⁹ Sul ruolo della proporzione all'interno di una deeticizzata categoria della responsabilità, orientata a finalità di prevenzione, S. MOCCIA, *op. loc. cit.*, p. 88 ss.

Sembra che il legislatore muova dal presupposto che la cultura occidentale sia superiore rispetto alle altre, aggettivate *a priori* come barbare e rozze, fondate su superstizioni e rituali incivili. «Dietro questa scelta iper-punitiva si intravede una grossolana contrapposizione: quella tra “scienza” e “cultura”. La prima sarebbe l’(ovvia) prerogativa delle società occidentali, la seconda sarebbe il connotato identificante quelle africane, o meglio, musulmane³²⁰».

In conclusione, se appare certamente condivisibile la preoccupazione di tutelare i soggetti vulnerabili delle comunità di minoranza da pratiche che causano sofferenze fisiche e psichiche, la soluzione adottata dal nostro ordinamento non può certamente essere approvata. La scelta di adottare leggi penali *ad hoc* per far fronte al fenomeno dei reati culturalmente motivati reca con sé il rischio che le comunità minoritarie coinvolte le percepiscano come una sorta di condanna *tout court* della propria cultura, con l’unico risultato di rassicurare la sola collettività di accoglienza e, al contempo, marcare una distanza tra un “noi”, che condanna, e un “loro”, da condannare³²¹.

Nel caso delle mutilazioni genitali femminili sarebbe stato preferibile, in ossequio al principio di sussidiarietà del diritto penale – e ferma restando la loro punibilità ai sensi dell’art. 583 c.p. – predisporre degli interventi multidirezionali e coordinati e ricorrere alla criminalizzazione esplicita delle pratiche solo nel caso in cui questi si fossero rivelati inefficaci. Potevano allestirsi campagne informative e di sensibilizzazione, consultazioni mediche e consulenze psicologiche, iniziative tutte previste dal testo della legge n. 7/2006, ma mai realizzatesi nel concreto. Da considerare era anche la proposta avanzata agli inizi del 2004 dal ginecologo somalo Omar Abdulcadir dell’ospedale fiorentino di Careggi di legittimare, in un’ottica di “riduzione del danno”, una forma lieve e simbolica di mutilazione, consistente in una puntura di spillo sul clitoride delle bambine, con la fuoriuscita di poche goccioline di sangue, senza ripercussioni fisiche. L’iniziativa, però, non ha raccolto consensi da parte di chi vedeva nell’ospedalizzazione della pratica un modo per perpetuare il controllo della sessualità femminile e veicolare un’immagine delle donne come essere inferiori³²².

³²⁰ C. DE MAGLIE, *op. loc. cit.*, p. 48.

³²¹ T. PITCH, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Quest. giust.*, 2001, 509.

³²² A. FACCHI, *Politiche del diritto, mutilazioni genitali femminili e teorie femministe: alcune osservazioni*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, vol. VI, n. 4, 2004, 21.

3.2.1. Prospettive *de iure condito* e *de iure condendo*.

Intorno alle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili si condensano una serie di questioni spinose che mettono seriamente in crisi gli ordinamenti giuridici liberali. Rispetto ad altri “dilemmi multiculturali”, l’escissione presenta delle caratteristiche del tutto peculiari: altri temi sensibili come, ad esempio, quella del velo o della presenza di simboli religiosi in luoghi pubblici, pur essendo estremamente problematici, non ledono direttamente l’integrità fisica e psichica delle donne.

La circostanza che il diritto penale è capace, per la sua intrinseca natura, di incidere con le sue sanzioni sulla vita e sulla libertà di coloro che sono costretti a subirle, ci aiuta a comprendere maggiormente il perché le mutilazioni genitali femminili si trovino al centro del dibattito sul multiculturalismo. È proprio intorno alla pratica dell’escissione che il diritto penale mostra tutta la sua forza e, al contempo, le sue deficienze e le sue debolezze. Infatti, da solo, non è in grado di risolvere il problema della tutela dei diritti dei gruppi di minoranza, i quali, se da un lato rivendicano nei confronti delle società di accoglienza tutela e protezione, dall’altro chiedono di poter continuare a vivere secondo i dettami della tradizione, senza essere costretti a scegliere tra le due alternative. Ciò che le difficoltà insite nella predisposizione di politiche multiculturaliste non devono spingere a fare è adottare la semplicistica soluzione dell’*aut-aut*, in base alla quale di fronte alla volontà delle comunità di minoranza di preservare la propria identità culturale o si opta per misure di riconoscimento politico-normativo o si privilegia la garanzia dei diritti individuali dei soggetti vulnerabili; la consapevolezza degli effetti involutivi che possono derivare dall’accoglimento di istanze comunitarie deve piuttosto spingere a trovare congegni istituzionali in grado di conciliare le opposte esigenze. Nell’ottica di una convivenza “multiculturale” sarebbe opportuno evitare improvvide contrapposizioni di principi e imposizioni di regole che potrebbero essere percepite come ingiuste sopraffazioni eurocentriche e non costringere i migranti a scelte drastiche tra l’appartenenza al gruppo e la tutela dello Stato³²³. Più che lo strumento penale per bilanciare il diritto all’identità culturale con gli altri diritti fondamentali, dovrebbero predisporre strumenti giuridici diversi e capaci di tutelare sia coloro che optano per il dissenso e la separazione dalla propria comunità di origine³²⁴ – anche le donne migranti

³²³ A. FACCHI, *I diritti nell’Europa multiculturale*, cit., p. 142.

³²⁴ A. FACCHI, *op. loc. ult. cit.*

devono essere poste nella condizione di poter scegliere o anche solo immaginare una vita diversa ed alternativa rispetto a quella prospettata dalla tradizione – sia coloro che mostrino una consapevole volontà di adeguamento alle norme comunitarie. Nel primo caso, come qualcuno ha suggerito, potrebbe riconoscersi alle donne che intendono sottrarre se stesse o le loro figlie minori al rischio di mutilazione, lo *status* di rifugiate³²⁵; nella seconda ipotesi, invece, si dovrebbe offrire alle donne migranti maggiorenti la possibilità di poter ottemperare alla norma culturale senza temere condanne penali. Calandoci nella realtà dell'ordinamento italiano, nel caso del delitto di cui all'art.583-*bis* c.p., quando alle mutilazioni – almeno a quelle lievi previste dal secondo comma della norma – si sottopongono soggetti adulti, capaci di prestare un valido e libero consenso all'intervento, potrebbe ritenersi applicabile la scriminante del consenso dell'avente diritto *ex art. 50 c.p.* In tale ipotesi, il consenso della donna sulla quale viene effettuata l'operazione ha la stessa efficacia scriminante comunemente ammessa in relazione al delitto di lesioni, con l'unica esclusione quindi dei soli casi in cui all'intervento segua una diminuzione permanente dell'integrità fisica. Insomma, laddove non sia affetto da vizi il consenso svolge qui il ruolo che svolge sempre, con l'attribuzione della giusta rilevanza al principio di autodeterminazione³²⁶.

Nei casi in cui, invece, ad essere sottoposti all'intervento siano soggetti minori, probabilmente sarebbe eccessivo pretendere che il diritto penale non intervenga. Tuttavia, poiché il principio di sussidiarietà non impone soltanto che lo strumento penale venga attivato come *extrema ratio*, ma anche che tra le varie forme di intervento vengano scelte quelle meno invasive della libertà individuale³²⁷, sarebbe auspicabile che gli organi giudicanti facessero ricorso ad istituti quali la sospensione condizionale della pena, la liberazione condizionale, l'affidamento in prova o le sanzioni sostitutive, che potrebbero avere l'effetto di evitare agli autori culturalmente diversi – nella maggior parte dei casi i genitori delle bambine – le conseguenze stigmatizzanti del carcere e il distacco dalle proprie figlie e dalla comunità.

³²⁵ In merito a questa possibilità, diffusamente, G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia e (limiti) di una legge*, cit., p. 220.

³²⁶ G.FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per uno studio giuspenalistico*, cit., p.196.

³²⁷ S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2002, p. 134.

Certo, si tratta di soluzioni che, unitamente a quelle già indicate in precedenza – dialogo con le comunità di minoranza, ospedalizzazione delle forme lievi di mutilazione, interventi multiagenziali – non sono di grande impatto mediatico, ma nel medio e lungo periodo si tratta degli unici accorgimenti idonei a produrre qualche risultato “senza passare attraverso lacerazioni umane e sociali assolutamente non necessarie³²⁸”.

4. Il fenomeno della mendicizia infantile. Le comunità *rom* tra storia, cultura e criminalità.

Un'altra fattispecie di reato emblematica dell'atteggiamento di chiusura che la nostra legislazione adotta verso alcune pratiche culturali è quella prevista all'art. 600-*octies* c.p., introdotta con la legge n. 94/2009, ovvero l'impiego di minori nell'accattonaggio. La pratica della 'questua', com'è noto, è diffusa principalmente tra i gruppi di etnia *rom*.

Molti occidentali nutrono nei confronti dei *rom* un disprezzo quasi atavico, da sempre li guardano con diffidenza e sospetto e da sempre, giudicando negativamente il loro modo di vivere “flessibile”, li rendiamo vittime di discriminazioni di ogni genere.

Ma chi sono in realtà i *rom*?

Il termine “*rom*” viene scelto in occasione del Primo Congresso Mondiale dei *rom* svoltosi nel 1971 e si riferisce ad una grande varietà di popolazioni, ma le più grandi ramificazioni etniche sono rappresentate da Rom, Sinti e Kalé, i cui antenati sono giunti dal nord dell'India³²⁹.

Dopo avere lasciato l'India, tra l'XI e il XIV secolo, i *rom* iniziano a subire una lunga serie di persecuzioni. Insediatisi in Europa tra il XV e il XVII secolo, le prime discriminazioni le subiscono nell'impero ottomano e nell'Europa centrale, dove sono ridotti in servitù e in schiavitù. Nel XVIII secolo vengono arrestati e internati in Spagna, costretti all'assimilazione forzata nell'impero austro-ungarico, mentre in Russia vengono considerati sudditi dello Zar e come tali hanno la possibilità di godere degli stessi diritti civili del resto della popolazione.

³²⁸ G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo*, cit., p. 202.

³²⁹ Le notizie sono reperibili sul sito del Consiglio d'Europa al link http://www.coe.int/AboutCoe/media/interface/publications/roms_it.pdf

Un secondo movimento migratorio si verifica nel XIX secolo e li spinge anche al di là del continente europeo. Ma alla fine del XIX secolo e agli inizi del XX secolo la loro discriminazione in Europa si aggrava, culminando nel genocidio di massa ad opera dei nazisti durante la seconda guerra mondiale.

“Solo poche migliaia di *rom* sopravvissero in Germania all'Olocausto e ai campi di concentramento nazisti. Quando tentarono di ricostruire la propria vita si trovarono di fronte a enormi difficoltà, avendo perso molti dei propri familiari e parenti e subito la distruzione o la confisca dei propri averi. Molti soffrirono gravi problemi di salute. E negli anni successivi, le domande di chi tentava di ottenere un indennizzo vennero rifiutate. Nel periodo post-hitleriano i sopravvissuti non riuscirono a ottenere giustizia. È significativo come lo sterminio della popolazione non venne dibattuto al processo di Norimberga. Il genocidio dei *rom* non ha praticamente trovato spazio nel dibattito pubblico. Lo stesso avvenne per i crimini commessi contro i *rom* in quel periodo dai regimi totalitari in altre parti d'Europa³³⁰” (...)

In Italia, il fascismo si dimostrò 'attento' al problema dei *rom* già nei primissimi anni di potere, adottando un atteggiamento repressivo basato su arresti indiscriminati e provvedimenti di espulsione immediata. Nel febbraio 1926, una nota del prefetto della Venezia Tridentina ricordava agli uffici di PS di confine, ai comandi di stazione dei carabinieri e alla guardia di finanza che “gli zingari, in carovane o isolati, dovranno essere respinti anche se abbiano documenti e mezzi”. Nell'agosto dello stesso anno un'altra circolare, rivelando in maniera più chiara i propositi del regime, ordinava l'espulsione di tutti i *rom* stranieri per «epurare il territorio nazionale della presenza di carovane di zingari, di cui è superfluo ricordare il rischio nei riguardi della sicurezza e dell'igiene pubblica per le caratteristiche abituali di vita zingara». L'ordinanza chiariva che l'obiettivo era quello di «colpire nel suo fulcro l'organismo zingaresco»³³¹.

³³⁰ Estratto del rapporto della Commissione per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Diritti umani di Rom, sinti e popolazioni viaggianti in Europa*, pubblicato nel 2010 e consultabile su <http://www.coe.int/t/commissioner/source/prems/Prem07012ITA1712ROMaTravellersExtraitsWebA4.pdf>

³³¹ R. CORBELLETTI, *Rom e Sinti perseguitati nell'Italia fascista. La persecuzione di rom e sinti: storia e memoria dello sterminio*, Relazione tenuta al convegno a Biella il 25 gennaio 2008.

Il linguaggio utilizzato in entrambi i documenti è forte e carico di disprezzo: era evidente che i gruppi *rom* venissero visti come un “corpo estraneo” alla nazione, stigmatizzati a causa della loro diversità e non certo perché colpevoli di qualche reato.

All’origine delle persecuzioni contro i *rom* vi era una marcata ostilità derivante dalla convinzione che essi potessero facilmente essere assoldati da stati nemici come sabotatori o spie: l’assenza di una nazione di appartenenza era considerato dal regime come un fattore in grado di determinare automaticamente la disaffezione per lo stato ‘ospite’.

Ai provvedimenti di internamento e di espulsione, il codice Rocco aggiunse agli artt. 670 e 671 c.p. le norme che incriminavano la mendicizia, pratica assai diffusa tra alcuni gruppi *rom*, inserendole tra le contravvenzioni concernenti l’ordine pubblico e la tranquillità pubblica³³².

L’art. 670 c.p., rubricato “Mendicizia”, così recitava: “Chiunque mendica in luogo pubblico o aperto al pubblico è punito con l’arresto fino a tre mesi. La pena è dell’arresto da uno a sei mesi se il fatto è commesso in modo ripugnante o vessatorio, ovvero simulando deformità o malattie, o adoperando altri mezzi fraudolenti per destare l’altrui pietà”. L’art. 671 c.p., rubricato “Impiego di minori nell’accontanaggio”, invece, disponeva: “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”.

Il bene giuridico tutelato dalle due disposizioni, data la collocazione sistematica, era l’ordine pubblico o il pubblico decoro. In particolare, il divieto di cui all’art. 670 c.p. era espressione di un sistema penale che non tollerava la pratica della mendicizia in quanto prodromo di una vita oziosa, atta a turbare il regolare svolgimento della vita sociale. Scopo del legislatore fascista era “la salvaguardia di una vita pubblica in cui ciascun soggetto mettesse a frutto le proprie capacità lavorative, contribuendo alla crescita del

³³² Sulla mendicizia in generale, S. PANAGIA, *Mendicizia*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, 103 ss.; sulla mendicizia *rom*, L. PIASERE, *Antropologia sociale e storica della mendicizia zingara*, in *Polis*, 2000, 3, 409-428.

benessere sociale, ed in cui nessuno tentasse di vivere a ‘spese altrui’, sfruttando l’altrui senso di pietà o di carità”³³³.

La mendicizia era punita non soltanto perché contraria ai principi propri di uno stato autoritario e autarchico, ma anche, e soprattutto, in quanto capace di favorire la diffusione di fenomeni criminali: era sanzionata in un’ottica, quindi, squisitamente “preventiva”³³⁴. Gli artt. 670 e 671 c.p. si collocavano entrambi, infatti, nel Titolo I del codice, intitolato “Delle contravvenzioni di polizia”, e in particolare nel Capo I relativo alle “Contravvenzioni concernenti la polizia di sicurezza”. Tra i compiti della polizia di sicurezza, in epoca fascista, rientrava proprio quello di prevenire, prima di reprimere, tutte quelle attività capaci di ledere o mettere in pericolo il normale sviluppo della vita civile³³⁵.

Siffatta interpretazione del reato di mendicizia, punibile se e ed in quanto generatrice di pericolose attitudini criminali, offriva alla dottrina del passato argomenti utili per negare l’illegittimità costituzionale dell’art. 670 c.p.³³⁶. La punizione della mendicizia giustificata in ottica preventiva, infatti, scongiurava il rischio che tale divieto fosse interpretato come discriminatorio nei confronti dei soggetti meno abbienti. Anche l’inasprimento della sanzione prevista nella successiva fattispecie di impiego di minori nell’acconteraggio si giustificava in chiave preventiva: chiunque approfittasse, nella pratica della mendicizia, dell’opera di minori, o ad essa li avesse avviati, avrebbe incrementato il rischio dell’insorgere e dello svilupparsi nei medesimi di pericolose abitudini all’inattività e al parassitismo, potenziali cause di future attività criminali³³⁷.

L’argomento della “prevenzione” veniva impiegato per evitare interpretazioni dell’art. 670 c.p. incompatibili con i principi sanciti dalla Costituzione repubblicana. La norma, infatti, non operava alcuna distinzione tra la condotta di chi fosse ricorso alla mendicizia

³³³ M. ORLANDI, *Impiego di minori nell’acconteraggio*, in *Dig. disc. pen.*, VII agg., Torino, 2013, 318.

³³⁴ «L’intervento della legge penale, inoltre, si spiega col fatto che l’acconteraggio è spesso un ausiliario della delinquenza e del vizio, così che il lasciarlo prosperare costituirebbe un notevole pericolo per la sicurezza pubblica genericamente considerata. Tanto più che tra i mendicanti, specialmente nelle grandi città, vi è una tendenza all’organizzazione collettiva, che rappresenta una scandalosa manifestazione dell’attività parassitaria e un’insidia agli interessi di polizia». Così, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, X, Torino, 1964, 321.

³³⁵ Sulla funzione di “prevenzione” svolta in materia di ordine pubblico dalle fattispecie contravvenzionali, C. FIORE, *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1084; MARINI, *Ordine pubblico (Contravvenzioni relative al)*, in *Noviss. Dig. it.*, App. V, Torino, 1984, 580.

³³⁶ Sulle questioni di legittimità costituzionale e sugli orientamenti di dottrina e giurisprudenza in proposito, A. COSSEDDU, *Mendicizia*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 604.

³³⁷ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 394.

perché spinto da effettive e cogenti necessità di sopravvivenza e quella di chi, al contrario, ben avrebbe potuto risolvere in altro modo le proprie difficoltà economiche. Dottrina e giurisprudenza cercarono, tuttavia, nel tempo, di dare letture della disposizione più aderenti ai dettami costituzionali, escludendo la sua applicazione nei casi in cui il reato di mendicizia fosse posto in essere in stato di necessità *ex art. 54 c.p.* Ma finalmente nel 1999, grazie alla legge n. 205/1999, la contravvenzione di cui all'art. 670 c.p. venne abrogata³³⁸.

³³⁸ Va segnalato che con la sentenza n. 519/1995, la Corte Costituzionale aveva già dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 670 c.p. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 670 c.p. era stata sollevata con due ordinanze di identico tenore: una emessa dal Pretore di Firenze, in ordine al primo comma, l'altra dal Pretore di Modena sezione distaccata di Carpi, in ordine al primo e secondo comma. Ad avviso del Pretore di Firenze, la norma ledeva i principi di solidarietà, di uguaglianza e della finalità rieducativa della pena contenuti, rispettivamente, negli artt. 2, 3 e 27, terzo comma della Costituzione, assoggettandosi a sanzione penale anche coloro che versavano in condizioni di indigenza non ascrivibili alla propria condotta, dolosa o colposa che fosse. Oggetto di doglianza del Pretore di Modena sezione di Carpi, invece, era il secondo comma del medesimo art. 670 c.p., nella parte in cui prevedeva come minimo edittale la pena di un mese di arresto: sanzione penale in contrasto con i principi di ragionevolezza e della finalità rieducativa della pena (art. 3, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione) e, fra l'altro, più severa di quella comminata dal codice Zanardelli agli artt. 453 e 454. Il Pretore di Modena prospettava, altresì, la questione di costituzionalità dell'intero articolo 670 per contrasto, oltre che con i valori costituzionali indicati, anche con il principio della libertà personale e con il canone del buon andamento dell'amministrazione (artt. 13 e 97, primo comma, della Costituzione), ritenendo violato il principio di sussidiarietà della tutela penale perché si utilizzava una sanzione non congrua, correlata a un interesse che si palesava anacronistico.

La Corte costituzionale, nella pronuncia, opera una distinzione sul piano metodologico tra le due ipotesi criminose previste dall'art. 670 c.p. e ciò al fine di consentire una valutazione disgiunta dei due valori penalistici coinvolti. Secondo la Corte, l'ipotesi della mendicizia non invasiva già integrava una figura di reato ormai scarsamente perseguita in concreto: nella vita quotidiana, specie nelle città più ricche, non raro era il caso di coloro che senza arrecare alcun disturbo domandassero compostamente, se non con evidente imbarazzo, un aiuto ai passanti. Di qui, il disagio degli organi statali preposti alla repressione di questo e altri reati consimili a dover intervenire. «Gli squilibri e le forti tensioni che caratterizzano le società più avanzate», scriveva la Suprema Corte, «producono condizioni di estrema emarginazione, sì che senza indulgere in atteggiamenti di severo moralismo non si può non cogliere con preoccupata inquietudine l'affiorare di tendenze, o anche soltanto tentazioni, volte a “nascondere” la miseria e a considerare le persone in condizioni di povertà come pericolose e colpevoli. Quasi in una sorta di recupero della mendicizia quale devianza, secondo linee che il movimento codificatorio dei secoli XVIII e XIX stilizzò nelle tavole della legge penale, preoccupandosi nel contempo di adottare forme di prevenzione attraverso la istituzione di stabilimenti di ricovero (o ghetti?) per i mendicanti». La coscienza sociale, ad avviso della Corte, aveva compiuto un ripensamento a fronte di comportamenti un tempo ritenuti pericolo incombente per una ordinata convivenza e aveva recepito il valore costituzionale della solidarietà. In questo quadro, la figura criminosa della mendicizia non invasiva appariva costituzionalmente illegittima alla luce del canone della ragionevolezza, non potendosi ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale. Né la tutela dei beni giuridici della tranquillità pubblica poteva dirsi invero seriamente posta in pericolo dalla mera mendicizia che si risolve in una semplice richiesta di aiuto. Altro discorso, secondo la Corte, doveva essere svolto per il secondo comma dell'art. 670, che riguardava una serie di figure di mendicizia invasiva. Tale disposizione, ad avviso del Collegio, rimaneva fattispecie idonea a tutelare rilevanti beni giuridici, fra i quali anche lo spontaneo adempimento del dovere di solidarietà, che appariva inquinata in tutte quelle ipotesi nelle quali il mendicante faceva impiego di mezzi fraudolenti al fine di "destare l'altrui pietà". Sulla scorta di tali argomentazioni, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 670, primo comma, del codice penale; non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 670, secondo comma, del codice penale,

L'art. 671 c.p., invece, è rimasto in vigore fino a quando il cosiddetto pacchetto sicurezza, l. n. 94/2009 non lo ha abrogato, inserendo contestualmente una disposizione pressoché identica all'art. 600-*octies* c.p., collocata tra i delitti contro la libertà individuale, riconoscendo a fondamento dell'incriminazione l'interesse dei minori ad un sano ed armonioso sviluppo della propria personalità.

4.1. L'impiego di minori nell'accontaggio: da contravvenzione a delitto.

La nuova fattispecie di reato prevede la punibilità con la reclusione fino a 3 anni di “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”.

Questa figura criminosa, come abbiamo osservato, non rappresenta una novità nella nostra legislazione; il codice Rocco, infatti, già conteneva un'apposita e pressoché identica disposizione, ma solo indirettamente volta alla tutela dei diritti fondamentali del minore³³⁹.

La possibilità di una lettura in chiave personalistica della norma, tuttavia, ha permesso a quest'ultima di sopravvivere all'abrogazione della fattispecie 'base' disciplinata dall'art. 670 c.p. La Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 671 c.p. in relazione agli artt. 3 e 27 Cost. per la contrarietà della pena minima prevista ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità³⁴⁰, nell'ordinanza n. 408/1997,

sollevata, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 13, 27, terzo comma, 97, primo comma, della Costituzione, dal Pretore di Modena; e non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 670, secondo comma, del codice penale nella parte in cui prevede come pena minima un mese di arresto, sollevata, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione.

³³⁹ La giurisprudenza riteneva che la ratio dell'incriminazione andasse ravvisata nell'esigenza di «impedire l'impiego dei minori in un'attività che li sottraesse all'istruzione e all'educazione, avviandoli all'ozio ed esponendoli al pericolo di cadere nel vizio e nella delinquenza». In tal senso, Cass. Pen., sez. I, n. 6379/1997 e Cass. Pen., sez. I, n. 11376/1992.

³⁴⁰ Secondo il giudice *a quo* l'irragionevolezza della disposizione emergeva dal raffronto con l'ipotesi di reato di cui all'art. 726 c.p.

l'ha dichiarata manifestamente infondata, riconoscendo a suo fondamento proprio l'interesse costituzionale alla tutela dei minori³⁴¹.

La lettura costituzionalmente orientata si è nel tempo progressivamente accentuata. La giurisprudenza, infatti, è più volte intervenuta a rimediare all'inopportuna collocazione sistematica della fattispecie attraverso la sostanziale disapplicazione della stessa, ritenendo i delitti di maltrattamenti in famiglia e di riduzione in schiavitù più adatti a regolare il fenomeno dell'impiego di minori nell'accattonaggio, anche a costo di notevoli forzature interpretative.

Si può ragionevolmente affermare che in materia di sfruttamento minorile ai fini dell'accattonaggio, la giurisprudenza abbia seguito un percorso evolutivo ben preciso: partendo dalla contravvenzione di cui all'art. 671 c.p., applicando poi la fattispecie dei maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p., è giunta a ravvisare la realizzazione della figura criminosa contemplata dall'art. 600 c.p. (riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù)³⁴².

L'art. 600 c.p. rende punibile con la reclusione da otto a venti anni “chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti al diritto di proprietà o chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali o all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento. La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona” (...)

La norma è stata così modificata dalla l. 11 agosto 2003, n. 228, che ha riformato in maniera assai incisiva l'originaria disciplina del codice in tema di delitti contro la personalità individuale³⁴³. Sono stati riscritti i reati di riduzione in schiavitù (art. 600

³⁴¹ Sul punto, M. SCALIA, *Le modifiche in materia di tutela penale dei minori*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1208.

³⁴² F. CARCANO, *L'accattonaggio dei minori: tra delitto e contravvenzione*, in *Cass. Pen.* 2005, 4596.

³⁴³ Le ragioni della riforma sono state molteplici: innanzitutto, la presa di coscienza, anche a livello di opinione pubblica, della dimensione assunta dal fenomeno della tratta di persone, soprattutto a causa della presenza della criminalità organizzata transnazionale nella gestione del traffico degli esseri umani più deboli, quali donne e bambini. In secondo luogo, l'inefficacia degli strumenti normativi vigenti a contrastare il fenomeno; in particolare, la vecchia formulazione dell'art. 600 aveva suscitato numerose incertezze interpretative in ordine alla nozione di “condizione analoga alla schiavitù” e alla difficoltà di

c.p.), di tratta e commercio di schiavi (art. 601 c.p.), di alienazione e acquisto di schiavi (art. 602 c.p.)³⁴⁴.

Nel testo del nuovo art. 600 c.p. il legislatore descrive la schiavitù come la condizione in cui viene a trovarsi una persona quando diventa oggetto di poteri corrispondenti al diritto di proprietà.

L'impiego della formula "poteri corrispondenti al diritto di proprietà" ha risolto la controversia dottrinale, apertasi sotto la vigenza del vecchio testo, che vedeva contrapposte due tesi: l'una che considerava la schiavitù come condizione di diritto, l'altra che vi ricomprendeva anche situazioni di mero fatto. La locuzione attuale sembra non lasciare più spazio a dubbi interpretativi, apparendo idonea a inglobare sia le situazioni di fatto, sia quelle di diritto.

Accanto alla fattispecie di riduzione in schiavitù è stata prevista anche la figura delittuosa della riduzione in servitù – una novità rispetto al passato – definita come la condotta che, posta in essere con violenza, minaccia o abuso di autorità, riduce la vittima del reato in una condizione di continuativa soggezione fisica o psicologica allo scopo di indurla all'accattonaggio o a rendere prestazioni sessuali o lavorative.

Tra i mezzi con i quali si realizza la condotta di riduzione in servitù, è stato previsto anche l'abuso di autorità, allo scopo di ricomprendere anche le ipotesi in cui vittime del reato siano minori o incapaci, nei confronti dei quali, proprio in considerazione della minorata condizione psicologica, può non rendersi necessario l'uso della violenza o della minaccia. Inoltre, l'art. 600 c.p. non contempla soltanto la condotta di "riduzione", ma anche quella di "mantenimento" in schiavitù o servitù: esse si distinguono in funzione del momento in cui avviene l'esercizio dei poteri corrispondenti: iniziale nel

provare uno stato di assoggettamento assimilabile alla schiavitù quando alla persona residuasse un certo margine di autodeterminazione.

Neanche la Legge Merlin – unico atto normativo in cui era prevista la punizione di chi esercitava un'attività in associazioni o in organizzazioni nazionali o estere dedite al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o al suo sfruttamento – appariva più adeguata alla gravità del reato.

In terzo luogo, il legislatore nazionale doveva recepire le indicazioni contenute nel Protocollo delle Nazioni Unite sulla prevenzione, lotta e repressione della tratta di persone, di cui alla Conferenza di Palermo del 12 dicembre del 2000, che gli imponevano di prevedere la condotta diretta all'organizzazione e all'attuazione del traffico degli essere umani come figura autonoma di reato.

³⁴⁴ In argomento, per tutti, M. L. PAESANO, *Il reato di «riduzione in schiavitù» tra vecchia e nuova disciplina*, in *Cass. Pen.* 2005, 791; A. PECCIOLI, *Commento alla legge 11 agosto 2003 n. 228*, in *Dir. pen. proc.* 2004, 35.

primo caso, con passaggio diretto alla situazione di schiavitù; indiretto e successivo nel secondo caso, in cui un individuo è già stato sottoposto in schiavitù³⁴⁵.

Possono sollevarsi delle perplessità in ordine alla possibilità che la condizione di assoggettamento venga realizzata attraverso la creazione di uno stato di soggezione psichica (l'art. 600 c.p. prevede fra le condotte rilevanti quella di approfittamento di una situazione di inferiorità psichica), dato che l'introduzione di una formula così indeterminata potrebbe essere interpretata come il tentativo di reinserire nel codice penale la norma incriminatrice del plagio³⁴⁶, dichiarata illegittima³⁴⁷ per violazione del principio di determinatezza *ex art. 25*, comma 2.

La nuova fattispecie ha ampliato notevolmente il campo di applicazione del reato. Il dettato normativo è vastissimo, finendo per ricomprendere condotte assai diverse tra loro. Ad esempio chi costringe il proprio figlio a mendicare è punito – almeno quanto al *nomen juris* – allo stesso modo di chi ha acquisito, mediante cessione o rapimenti, la proprietà di bambini, tenendoli in stato di soggezione e costringendoli a rubare per portare a casa quotidianamente e obbligatoriamente la refurtiva³⁴⁸.

Probabilmente le menzionate incertezze in ordine all'accertamento dello stato di soggezione cui fa riferimento la norma, oppure l'elevato trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 600 c.p., o la *ratio* della disposizione – sicuramente non precipuamente volta al contrasto del fenomeno dell'accattonaggio minorile – hanno per diverso tempo trattenuto i giudici dall'applicare la norma alle ipotesi di sistematico impiego dei minori nella pratica della 'questua' ad opera di genitori e parenti, inducendoli a preferire la contigua fattispecie dei maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p.

L'art. 572 c.p. rende punibile con la reclusione da uno a cinque anni “chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte. Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la

³⁴⁵ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 120.

³⁴⁶ Sul punto v. ALFANO, *La nuova riformulazione dell'art. 600 c.p.: reintroduzione del reato di plagio?*, in *Giust. Pen.*, 2004, 673.

³⁴⁷ Corte Cost. sent. n. 96/1981 in www.cortecostituzionale.it

³⁴⁸ Cass. Pen., sez. V, n. 4852/1990; In senso conforme: Cass. pen. n. 35479/2010, Cass. pen. n. 24269/2010, Cass. pen. n. 18072/2010; Cass. pen. n. 13734/2009.

reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni”.

‘Maltrattare’ è sinonimo di ‘mortificare’, di ‘far soffrire’, ossia provocare nel soggetto passivo una continua situazione di sofferenza fisica o morale³⁴⁹, con effetti di prostrazione e avvilitamento. Si tratta di un reato abituale, richiedendosi ai fini della sua configurazione, la reiterazione nel tempo di una serie di comportamenti³⁵⁰.

Il delitto di maltrattamenti in famiglia – che astrattamente pure appare idoneo a regolare il fenomeno dell’impiego di un minore nell’acconcionaggio – è collocato, però, nel Titolo IX dedicato ai delitti contro la famiglia – nello specifico all’interno della sezione intitolata ai delitti contro l’assistenza familiare – offrendo, così, una tutela soltanto indiretta alla personalità individuale del minore e alla sua dignità. Il bene giuridico tutelato dalla disposizione, infatti, viene comunemente individuato nell’interesse dello Stato a salvaguardare la famiglia da comportamenti violenti o vessatori - anche se giustamente qualcuno ritiene che oggetto di tutela sia anche l’incolumità fisica o psichica dei soggetti indicati nella norma³⁵¹ - o ancora nell’interesse di un soggetto al rispetto della sua personalità nello svolgimento di un rapporto fondato su vincoli familiari o sull’autorità o su specifiche ragioni di affidamento che lo legano ad una persona in posizione di preminenza³⁵².

La Cassazione ha ravvisato il reato di maltrattamenti in famiglia nel comportamento del genitore che consenta o favorisca attività del minore lesive della sua integrità fisica e psichica³⁵³, oppure nella condotta di chi, avuto in consegna il minore allo scopo di accudirlo, educarlo e avviarlo all’istruzione, permette che viva in stato di abbandono in strada per vendere piccoli oggetti e chiedere l’elemosina³⁵⁴, specificando che in ipotesi di tale genere non è possibile ravvisare il diverso e più grave reato di riduzione in

³⁴⁹ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit. p. 347. Per la giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, n. 8396/1996, in *Cass. Pen.* 1997, 1733; Cass. Pen., sez. VI, n. 3570/1999; Cass. Pen., sez. VI, n. 3965/1994 in www.iusexplorer.it

³⁵⁰ Per tutti, G. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, p. 524.

³⁵¹ A. COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, Napoli, 1963.

³⁵² F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Enc. dir.*, 1975, 223.

³⁵³ Cass. Pen., sez. V, n. 44516/2008. Nella specie si trattava di una madre che impiegava il proprio bambino di quattro anni per chiedere l’elemosina ai passanti ogni giorno, nelle ore del mattino, costringendolo così a stare in piedi per oltre quattro ore consecutive in periodo invernale.

³⁵⁴ Cass. Pen., sez. VI, n. 3419/2007, in www.iusexplorer.it

schiavitù perché manca un totale asservimento del bambino alla autorità del genitore ed una sua esclusiva utilizzazione a fini di sfruttamento economico³⁵⁵.

La Corte ha anche aggiunto che la contravvenzione di cui all'art. 671 c.p. è, o meglio, era, ravvisabile solo nel caso di un isolato episodio di mendicizia con utilizzo di minori, mentre quando la condotta è continuativa e arreca sofferenze al minore non potrà che ritenersi configurabile il delitto di cui all'art. 572 c.p. Allorquando l'accattonaggio risulti l'espressione di una più complessa condizione riservata al minore e caratterizzata da mancanza di affettività familiare, da sofferenze fisiche o psicologiche, da mortificazioni di ogni genere, ad applicarsi è l'art. 572 c.p.³⁵⁶

Tali orientamenti, tuttavia, presentano il pericolo, sottolineato dalla dottrina³⁵⁷ di dilatare a dismisura la nozione di maltrattamenti.

Ad ogni modo, con la l. n. 94/2009, la contravvenzione di cui all'art. 671 c.p. è stata abrogata, ma la sua formulazione è confluita nel nuovo art. 600-*octies* c.p., inserito tra i delitti contro la libertà individuale.

La ricollocazione sistematica della fattispecie con conseguente modifica della cornice edittale, almeno nelle intenzioni dei riformatori, dovrebbe garantire una tutela più incisiva dell'inviolabilità dell'infanzia. La pratica dell'accattonaggio, infatti, rischia di sottrarre il minore ad una serie di attività formative tutte funzionali ad un armonioso sviluppo della sua personalità e tutte incluse nel più ampio diritto all'educazione di cui è titolare³⁵⁸. Appare davvero singolare, però, il fatto che nella nuova disposizione non vi sia traccia della pena accessoria della sospensione della potestà dei genitori – prevista al comma 2 della vecchia contravvenzione di cui all'art. 671 c.p. – nel caso in cui il reato venga commesso dal genitore o dal tutore. Viene quindi quasi automatico domandarsi se il vero obiettivo perseguito con l'introduzione dell'art.600-*octies* c.p. sia davvero la tutela del minore e non la volontà di lanciare un messaggio simbolico alle comunità *rom* che praticano l'accattonaggio, così come avvenuto sotto il regime fascista. Inoltre, non ci riusciamo a spiegare come, scorrendo la giurisprudenza in materia di tutela penale dei diritti dei minori, la condotta di chi sfrutta dei bambini immigrati, impiegandoli in maniera continuativa in attività di vendita serale di fiori nei ristoranti, talvolta non sia

³⁵⁵ Cass. Pen., sez. V, n. 44516/2008, in www.iusexplorer.it

³⁵⁶ Cass. Pen., sez. VI, n. 3419/2006, in www.iusexplorer.it

³⁵⁷ Per tutti: M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Torino, 2010, p. 62.

³⁵⁸ M. ORLANDI, *Impiego di minori nell'accattonaggio*, cit., 316.

stata neanche penalmente sanzionata, in quanto ritenuta concretamente *inoffensiva*³⁵⁹; laddove madri *rom* sorprese a mendicare per strada in compagnia dei propri figli in tenera età sono state punite ora come responsabili di fatti di riduzione in schiavitù, ora come autrici di maltrattamenti in famiglia.

La nuova fattispecie non sembra neanche adatta a porre fine proprio a quell'ambigua prassi giurisprudenziale di ricondurre il "sistematico" impiego di minori nell'accattonaggio ai reati di cui agli artt. 572 e 600 c.p., in quanto il nuovo delitto - così come accadeva per la vecchia contravvenzione - troverà applicazione solo nel caso di condotte isolate. L'art. 600-*octies* c.p., infatti, si apre con una clausola di riserva che spiega i suoi effetti in relazione alle due fattispecie criminologicamente contigue dei maltrattamenti in famiglia e della riduzione in schiavitù. Come già riferito, entrambe richiedono l'accertamento di uno stato psicologico della vittima del reato. L'art. 600 c.p., che fa esplicito riferimento alla condotta di costrizione all'accattonaggio, prevede fra le forme di costrizione quella di "approfittamento di una situazione di inferiorità psichica"; l'art. 572 c.p., punendo chiunque "maltratta una persona della famiglia", implica l'accertamento in concreto della sofferenza morale e fisica arrecata alla vittima.

L'accertamento dello stato di sofferenza o soggezione, indispensabile per l'applicazione delle due fattispecie appena menzionate, diventa a maggior ragione indispensabile con riguardo a quei contesti socio-culturali, come quello *rom*, in cui la mendicizia rappresenta una normale fonte di sostentamento e potrebbe essere percepita dai minori tutt'altro che come una sofferenza o una sopraffazione. In più, facendo riferimento le due norme a stati psicologici, come tali difficilmente dimostrabili empiricamente, risulta difficile stabilire anche dei confini chiari e definiti tra l'una e l'altra fattispecie, con la conseguente violazione dei principi di uguaglianza e determinatezza.

4.1.1. I profili problematici dell'intervento legislativo.

Non può non osservarsi come il legislatore, attraverso l'introduzione dell'art. 600-*octies* c.p., abbia scelto ancora una volta la strada più semplice, rispetto alla alternativa, forse

³⁵⁹ V. Trib. Palermo 8 maggio 2007, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2008, 203.

più efficace, di rafforzare gli apparati sociali di protezione e di integrazione dei minori stranieri³⁶⁰.

In questa sede non si vuole dubitare della rilevanza penale di quei comportamenti che, anche se in nome di una millenaria tradizione culturale, violano la dignità del minore, ma ci riesce difficile credere che sia sufficiente la modifica da contravvenzione a delitto e la comminatoria di pene più severe per sradicare la pratica del *manghel* dalle comunità *rom*³⁶¹.

Nutriamo delle serie perplessità anche in ordine agli obiettivi di prevenzione speciale: l'inasprimento della sanzione vanifica inevitabilmente la funzione di risocializzazione della pena nei confronti dei soggetti culturalmente diversi, i quali potrebbero percepirla come un obbligo di conversione a regole non avvertite come proprie, generando unicamente pericolosi effetti di ulteriore emarginazione. La sanzione penale finirebbe, cioè, per essere chiamata a svolgere una funzione di integrazione culturale, più che di integrazione sociale, il che, ovviamente, è inaccettabile in uno stato di diritto.

Sicuramente esistono minori *rom* che soffrono per il loro stato di abbandono e che devono essere tutelati, l'essere, però, un bambino *rom* non può essere ritenuto un elemento sufficiente per considerarlo un minore maltrattato o schiavizzato, anche se aiuta il padre a procurarsi denaro per sopravvivere mediante la pratica della questua³⁶².

La pena prevista dall'art. 600-*octies* c.p. risulta sproporzionata per eccesso rispetto alle sanzioni ordinariamente previste per la violazione delle norme in materia di lavoro minorile: l'art. 26 della l. n. 977/1967 – e successive modifiche – posta a tutela del lavoro dei fanciulli e degli adolescenti, infatti, prevede l'arresto non superiore a sei mesi o l'ammenda fino a lire 10 milioni per le ipotesi di impiego di un minore di anni 15 in attività lavorative, stabilendo che tali sanzioni si applicano in misura non inferiore alla metà del massimo a chi, rivestito di autorità o incaricato della vigilanza sopra il minore,

³⁶⁰ In questo senso M. SCOLETTA, *Nuovo delitto di impiego di minori nell'accattonaggio*, in AA. VV., *Sistema Penale e «sicurezza pubblica». Le riforme del 2009*, a cura di CORBETTA-DELLA BELLA-GATTA, Milano, 2009, 123.

³⁶¹ Così C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 54.

³⁶² Ci è apparsa quanto mai coraggiosa una recente sentenza del Tribunale di Terni, la n.402 del 2012, che ha ritenuto che, pur non essendo richiesta ai fini della configurabilità del nuovo delitto di cui all'art. 600-*octies* c.p. la consapevolezza da parte del minore dell'attività in cui viene coinvolto, occorre comunque che egli sia in grado di recepire gli stimoli negativi da essa dipendenti sia pure in modo sommario e confuso, circostanza non sempre ricorrente, soprattutto quando si tratta di minori ancora in tenera età.

ne consente l'avvio al lavoro in violazione delle norme previste dalla legge. Siamo, quindi, su livelli sanzionatori notevolmente inferiori rispetto a quelli previsti dal nuovo art. 600-*octies* c.p., essendo l'impiego di un minore in attività lavorative punito a titolo di contravvenzione e non di delitto.

Nuovamente si è scelta la strada della criminalizzazione, ma, come nel caso delle mutilazioni genitali femminili, prima dell'intervento penale non sono state ascoltate le opinioni dei gruppi minoritari interessati: un confronto aperto con le comunità *rom* avrebbe sicuramente potuto incidere sulle scelte di politica criminale effettuate dal legislatore ed evitare l'introduzione di un'altra norma simbolica.

Con la fine dei regime totalitari in Europa le condizioni di vita dei *rom* non hanno subito grossi cambiamenti: seppur non più internati o perseguitati, essi continuano a subire discriminazioni di ogni sorta.

Parecchie sono le famiglie *rom* in Italia obbligate a vivere in baraccopoli, in prossimità di autostrade o zone industriali, in alloggi di fortuna fatti di materiali riciclati, senza acqua potabile, né elettricità, né sistema di raccolta dei rifiuti.

Ad oggi, la popolazione *rom* è composta complessivamente da circa 10-12 milioni di persone, l'80% per cento delle quali vive nei Paesi membri dell'Unione europea, rappresentando la minoranza più discriminata d'Europa.

Poiché non radicati stabilmente in un territorio, la vita di questi gruppi etnici ruota intorno alla famiglia: un nucleo estremamente coeso, la struttura di base intorno alla quale si organizza la società, l'attività economica e l'educazione. Una famiglia allargata, che comprende diverse coppie con i loro figli e diverse generazioni. Il vincolo che tiene unita la famiglia è la solidarietà. I bambini sono allevati ed educati dal gruppo, che li incoraggia all'indipendenza e all'iniziativa personale. Lavorano al fianco dei loro genitori: ognuno, con il suo compito, contribuisce in modo rilevante all'attività del padre o della madre. La famiglia assume un ruolo fondamentale per i bambini perché le relazioni con il mondo esterno, con la società ospitante, sono estremamente difficili e spesso anche violente. Da qui nasce la ritrosia dei *rom* a inserire i loro bambini

nell'istituzione scolastica, ritenuta come un fattore che disturba e interrompe il processo educativo che, secondo la loro tradizione, deve avvenire all'interno della famiglia³⁶³.

La metà dei *rom* in Europa è in età scolare, ma almeno la metà di loro non è mai stata scolarizzata. Il tasso di analfabetismo degli adulti supera spesso il 50%. Nella maggior parte delle regioni europee, i bambini *rom* non hanno accesso a un'istruzione della stessa qualità di quella offerta agli altri alunni. La mancata frequenza e l'abbandono scolastico raggiungono livelli inaccettabili e sono in continuo aumento³⁶⁴.

Le violazioni del diritto all'istruzione dei bambini, quindi, hanno anche cause diverse dall'ostilità della loro tradizione alla scolarizzazione: tra queste vi rientrano l'isolamento in insediamenti abitativi precari, la lontananza dai centri abitati e le spese troppo alte di trasporto. Anche i pregiudizi di genitori non *rom* contribuiscono: ad esempio, per evitare la "fuga bianca" (fenomeno diffuso in Slovacchia, dove i genitori non *rom* trasferiscono i loro figli se frequentano classi in cui ci sono bambini *rom*) si decide di inserire i bambini *rom* in classi speciali, in scuole e aule separate su base etnica o in quelle destinate ad alunni con "lievi disabilità mentali": qui i fanciulli ricevono un'istruzione di livello inferiore ed è estremamente difficile per loro integrarsi nel sistema educativo principale³⁶⁵. Di fatto, sono condannati a una vita di disuguaglianza e a un livello inferiore di istruzione.

La discriminazione non si limita a singoli atti di intolleranza da parte di insegnanti o genitori, ma è il risultato di politiche e pratiche che hanno l'effetto di escludere molti *rom* dall'accesso a un'istruzione di qualità.

Le severe leggi adottate nei vari Paesi, l'inasprimento delle misure repressive e di sgombero dei campi e il crescente degrado delle loro condizioni abitative incidono negativamente sullo sviluppo culturale dei *rom*.

³⁶³ J.P.LIEGEOIS, *I Rom in Europa*, Edizioni del Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2007, p. 171. Le informazioni sono reperibili anche sul sito del Consiglio d'Europa al seguente link: http://www.coe.int/AboutCoe/media/interface/publications/ROMs_it.pdf Sulla cultura e sull'identità *rom*, tra gli altri, L. PIASERE, *I rom d'Europa. Una storia moderna*, 2007; L. MANCINI, *I Rom tra cultura e devianza*, in *Dir. pen. proc.* 1998, 6, 770 ss.

³⁶⁴ I dati sono stati diffusi da Amnesty International e sono continuamente aggiornati e consultabili sul sito www.amnestyinternational.it

³⁶⁵ Amnesty International, nel rapporto pubblicato il 4 settembre 2013 "*Promesse non mantenute: la segregazione degli alunni rom continua*", porta alla luce una delle situazioni più aberranti nel cuore del Vecchio continente: la discriminazione dei *rom*, soprattutto dei bambini.

I governi europei, anche quello italiano, stanno fallendo nell'attuare e finanziare adeguatamente misure che promuovono efficacemente l'integrazione dei *rom* emarginati nel sistema scolastico pubblico e non riescono a eliminare le pratiche di segregazione presenti nei loro modelli di istruzione.

Eppure, il diritto all'istruzione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 28 della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, va riconosciuto a tutti i minori, senza discriminazioni, indipendentemente dalla nazionalità, dallo status di immigrato o di apolide. In Italia il diritto all'istruzione non solo è costituzionalmente sancito all'art. 34 Cost., ma è garantito a tutti. Infatti, l'art. 34 Cost. si apre con la locuzione "La scuola è aperta tutti". Inoltre, l'art. 38 del Testo Unico n. 286/98 e l'art. 45 d. P. R. n. 349/99 stabiliscono che i minori stranieri presenti sul territorio, indipendentemente dalla titolarità di un permesso di soggiorno e dalla documentazione anagrafica, hanno diritto all'istruzione a parità con i cittadini italiani nelle scuole di ogni ordine e grado.

La tutela dei bambini *rom* e del loro sano sviluppo psico-fisico andrebbe attuata, quindi, affrontando il problema della precarietà abitativa e lavorativa dei genitori e non adottando politiche "razziste" e leggi repressive che si risolvono nella carcerizzazione di questi ultimi. Non dimentichiamo, infatti, che i minori vantano un diritto soggettivo, costituzionalmente sancito, ad essere educati nella loro famiglia, di regola il luogo privilegiato di formazione della loro personalità ancora *in fieri*. Su questo assunto si basa anche l'opera interpretativa della Corte Costituzionale³⁶⁶ che, partendo dalla relazione intrinseca tra educazione e unità familiare, è pervenuta al riconoscimento del diritto alla seconda anche agli stranieri che si trovano a qualunque titolo sul territorio dello Stato³⁶⁷. Quindi, un'adeguata tutela va garantita *in primis* alla famiglia e poi al minore, che nella famiglia si forma. Ciò vale a maggior ragione per i minori *rom* che, per consolidata tradizione, fanno della famiglia il centro della loro vita³⁶⁸.

Più che l'impiego dello strumento penale, ciò che occorre per tutelare adeguatamente i bambini è la predisposizione di una serie di politiche multidirezionali che consenta ai *rom* di mantenere almeno in parte e nel rispetto della nostra cultura il loro stile di vita.

³⁶⁶ Corte cost. n. 376/2000, in *Famiglia*, 2001, II, 1155, con nota di E. TORIELLO, *Espulsione del padre durante la gravidanza: la Consulta allinea la legge sugli stranieri ai "principi fondamentali"*.

³⁶⁷ C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, p. 27.

³⁶⁸ Sull'enorme valore attribuito alla famiglia dalle comunità *rom*, L. MANCINI, *I rom tra cultura e devianza*, cit., 771.

Lasciare alla giustizia penale il compito di risolvere la questione della loro “devianza” significa continuare ad affrontarla senza tener conto che essa rappresenta soltanto l’aspetto più immediatamente percepibile di una situazione sociale complessa, che andrebbe affrontata in maniera ben più organica³⁶⁹. La storia, infatti, insegna che punire i *rom* non ha come effetto la loro rieducazione, né la loro conversione ai nostri modelli culturali e normativi.

La pratica del *manghel*, al pari di quella delle mutilazioni genitali femminili, è un’usanza culturale fortemente radicata in alcune comunità etniche, quindi è verosimile che l’intervento penale non sortirà l’effetto di arginare il fenomeno della mendicizia infantile, ma, al contrario, ne incrementerà l’esercizio in forme clandestine.

La ragione, anche in politica criminale, è bene prevalga sui sentimenti di fastidio che alcune condotte possono generare, almeno fin tanto che si attribuisca al diritto penale lo scopo di reprimere offese a beni giuridici primari e non anche quello di placare timori in larga parte infondati, o comunque fronteggiabili con strumenti meno invasivi, «deve esserci davvero qualcosa di ancestrale nella fiducia dei politici e dei cittadini nelle virtù taumaturgiche della pena»³⁷⁰.

Anche l’introduzione dell’art. 600-*octies* c.p., dunque, come quella degli artt. 583-*bis* e 583-*ter* c.p., seppur giustificata dall’obiettivo di proteggere i minori da pratiche lesive dei loro diritti fondamentali, in realtà nasconde il diverso e discutibile scopo di colpire lo straniero, l’invasore, il nemico³⁷¹, la cui differenza culturale rappresenta un pericolo per la “sicurezza pubblica”.

Le vittime di una legislazione ineffettiva, del resto, non sono affatto casualmente scelte dal ‘mucchio’ dei trasgressori, ma emergono, secondo note costanti, dal processo della selezione effettuata dal potere punitivo, con connotati sociali ben precisi: il braccio armato dello Stato colpisce soltanto gli *outsiders*, isolati individui privi di rango sociale³⁷².

³⁶⁹ In questi termini, L. MANCINI, *op. cit.*, 776.

³⁷⁰ C. RIGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di “diritto penale municipale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 148.

³⁷¹ CERETTI-CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in AA.VV., *Il pacchetto sicurezza, (commento al D.L. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009 n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di MAZZA-VIGANÒ, Torino, 2009, p. 19.

³⁷² C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 445.

4.1.2. Art. 600-*octies* c.p. e scriminante dell'esercizio di un diritto.

Le riflessioni precedenti in ordine al carattere “culturale” della pratica del *manghel* impongono una breve discussione sulla possibilità di applicare agli adulti delle comunità *rom* che impieghino i loro bambini nell'accattonaggio un trattamento differenziato che comporti l'esclusione o l'attenuazione della responsabilità penale. Come abbiamo osservato, l'art. 600-*octies* c.p., aprendosi con una clausola di riserva, è destinato a trovare applicazione soltanto quando non ricorrano le più gravi fattispecie di riduzione in schiavitù e maltrattamenti in famiglia. È essenzialmente in relazione a queste due ipotesi criminose che in sede penale i *rom* hanno invocato la scriminante dell'esercizio di un diritto *ex art. 51 c.p.*, richiamando le loro ataviche consuetudini in materia di rapporti tra adulti e minori. La Cassazione ha sempre respinto la possibilità di applicare la causa di giustificazione a simili condotte delittuose, ritenendo non opportuno il richiamo alle consuetudini delle popolazioni zingare di impiegare i bambini nell'accattonaggio, poiché la consuetudine può avere efficacia scriminante solo in quanto sia stata richiamata da una legge, secondo il principio di gerarchia delle fonti di cui all'art. 8 delle preleggi.

Le argomentazioni dei giudici della Cassazione anche se *prima facie* appaiono normativamente fondate, a nostro sommo avviso non sono del tutto condivisibili, in quanto la questione dell'applicabilità dell'art. 51 c.p. ci sembra mal posta. Non si tratta, infatti, come ha ritenuto il Supremo Collegio³⁷³, di riconoscere efficacia scriminante ad un diritto derivante da consuetudine – è chiaro che se la questione viene posta in questi termini la consuetudine non potrà scriminare se non espressamente richiamata dalla legge – bensì di un diritto costituzionalmente riconosciuto qual è quello all'identità culturale.

Se il diritto a vivere secondo i dettami della propria cultura è un diritto fondamentale – come abbiamo cercato di evidenziare nel capitolo precedente – tale diritto va bilanciato con gli altri diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione; tale bilanciamento va effettuato non soltanto in astratto, ma anche in concreto, valutando l'offensività del fatto e tenendo sempre presente qual è la funzione della pena nel nostro ordinamento.

³⁷³Cass. pen., sez. V, n. 37638/2012; Cass. pen., sez. III, n. 2841/2006 in www.iusexplorer.it

Se nel bilanciamento tra il diritto alla dignità del minore ridotto in schiavitù o maltrattato dalla propria famiglia – e magari costretto all’accattonaggio – e quello all’identità culturale non vi è dubbio che prevalga il primo, altrettanto non può sostenersi nel caso in cui si discuta dell’applicazione della nuova fattispecie di cui all’art. 600-*octies* c.p. Quest’ultima, avendo carattere residuale, si configura anche nel caso di un singolo episodio di mendicizia. Ebbene, in caso di un unico o di sporadici episodi di mendicizia, sicuramente non lesivi dei diritti fondamentali del minore, ci sembra difficile sostenere che non possa trovare applicazione la scriminante dell’esercizio di un diritto.

Il riconoscimento del diritto alla conservazione della propria identità culturale, del resto, è avvenuto anche in capo ai fanciulli: all’art. 30 della Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia (adottata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dall’Italia con la l. 27 maggio 1991, n.176), infatti, è stabilito che “negli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche (...), un fanciullo (...) che appartiene a una di tali minoranze non può essere privato del diritto di avere una propria vita culturale, di professare e di praticare la propria religione o di fare uso della propria lingua insieme agli altri membri del suo gruppo”.

Se il diritto “alla propria cultura” è irrimediabilmente destinato a soccombere nel bilanciamento con i diritti fondamentali della persona, ad un diverso esito potrebbe pervenirsi quando sul secondo piatto della bilancia vengano poste situazioni in cui la condotta dell’imputato non offende un diritto fondamentale dell’individuo oppure quando la soglia dell’offesa arrecata al bene giuridico si arresta sulla fascia più bassa, come avviene in taluni reati di pericolo³⁷⁴. Essendo l’art. 600-*octies* c.p. costruito come reato di pericolo astratto a noi sembra non possa escludersi che l’esercizio del diritto “alla propria cultura” possa scriminare il fatto tipico commesso.

5. La proposta di un’aggravante per i reati culturalmente motivati.

Il 24 febbraio 2010 l’onorevole Souad Sbai, parlamentare italo-marocchina del Popolo della Libertà, ha presentato alla Camera dei deputati una proposta di legge volta all’inserimento nel catalogo delle circostanze aggravanti comuni previste dall’art. 61

³⁷⁴ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 378.

c.p. la seguente ipotesi: “se il fatto è commesso per ragioni o consuetudini etniche, religiose o culturali”³⁷⁵.

Ad aver occasionato la presentazione della proposta legislativa è stata una sentenza della Corte di Assise d’Appello di Trieste³⁷⁶, che ha riconosciuto un’inedita “attenuante culturale” a favore di un certo Abdelmalek Bayout, uomo algerino di 38 anni colpevole di aver ucciso a coltellate nel marzo del 2007, durante una rissa ad Udine, un giovane ragazzo colombiano che lo aveva deriso in pubblico.

Nel giudizio di primo grado Bayout è stato condannato con rito abbreviato per il reato di omicidio volontario alla pena di nove anni e due mesi di reclusione, ma in appello i giudici hanno ridotto la pena di un anno. Il motivo della riduzione del carico sanzionatorio è stato ricondotto alla “vulnerabilità genetica” dell’imputato, una patologia psichiatrica che rende l’individuo più incline a manifestazioni di aggressività se provocato o emarginato socialmente. Tale «vulnerabilità genetica», secondo la Corte d’Appello di Trieste, in Bayout si sarebbe incrociata, nel momento immediatamente precedente all’omicidio, con «lo straniamento dovuto all’essersi trovato nella necessità di coniugare il rispetto della propria fede islamica integralista con il modello comportamentale occidentale»³⁷⁷, così da determinare in lui «un importante deficit nella sua capacità di intendere e di volere».

Secondo l’onorevole Sbai, la decisione dei giudici di Trieste sarebbe in “netto contrasto con i principi fondamentali su cui si regge il nostro Stato di diritto”³⁷⁸, e più precisamente con il principio di uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, sancito dall’art. 3 Cost.; con l’art. 3 c.p. che stabilisce il principio di obbligatorietà della legge penale, in virtù del quale tutti coloro che si trovano sul territorio dello Stato sono tenuti a rispettarne le leggi, a prescindere dalle loro tradizioni culturali; con l’art. 27, comma 3 Cost., in quanto il riconoscimento di un trattamento più favorevole conduce “al paradosso di tendere alla rieducazione di un soggetto verso uno stile di vita diverso da quello per il quale, tuttavia, ha ottenuto una riduzione di pena”. Non solo. La

³⁷⁵ Proposta di legge n. 3250, intitolata *Modifica all’articolo 61 del codice penale in materia di circostanza aggravante per i reati commessi per ragioni o consuetudini etniche, religiose o culturali*, in www.camera.it

³⁷⁶ Corte d’Assise d’Appello di Trieste, 18 settembre 2009, Bayout, in *Riv. pen.*, 2010, 75 ss, con nota di A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*.

³⁷⁷ Corte d’Assise d’Appello di Trieste, cit., 73.

³⁷⁸ Proposta di legge n. 3250, p. 2.

concessione dell'attenuante culturale, oltre ad essere rimessa alla discrezionalità del singolo giudice - mancando parametri certi per poter valutare la sua sussistenza - rischierebbe di introdurre «un meccanismo di legittimazione di atti contrari alle norme del nostro ordinamento» (...) fino all'aberrante conseguenza che «anche i terroristi di matrice integralista, o gli estremisti islamici, con siffatte premesse, potrebbero usufruire dello stesso trattamento, magari dopo aver compiuto attentati o aver usato violenza, aver ucciso una donna o aver commesso altre efferatezze»³⁷⁹ (...)

Secondo Suoad Sbai, occorre sì codificare una circostanza che tenga conto delle origini culturali del reo, ma nel senso contrario, cioè come aggravante comune da aggiungere all'elenco contenuto nell'art. 61 c.p., al fine di evitare arbitri interpretativi e creare un efficace deterrente alla delinquenza. Sarebbe opportuno, anzi, necessario, impedire che si generi un meccanismo indulgenziale e l'unica strada da percorrere per reprimere fenomeni criminosi come quello che ha visto protagonista Bayout, è rappresentata dalla codificazione di una circostanza aggravante comune che consideri il *background* culturale del soggetto³⁸⁰.

“È giunto il momento, anche per la politica”, prosegue la parlamentare, “di prendere coscienza di questo problema, spesso trascurato quando si parla di immigrazione. Eppure è un altro aspetto fondamentale di essa. È evidente, infatti, che inquadrare la questione solo in termini di diritto alla cittadinanza, come strumento propedeutico all'integrazione e non come punto conclusivo di un percorso di radicamento, oppure inasprire le sanzioni per combattere la clandestinità rischia di essere assai riduttivo. Ciò soprattutto in relazione alle comunità islamiche, indiane, arabe e rom presenti nel nostro territorio, le cui usanze barbare e tribali perpetrate da frange integraliste ed estremiste spesso confliggono con il più elementare rispetto dei diritti e della dignità umani, sfociando in delitti aberranti e in violenze. Solo affrontando il nodo culturale che è alla base di questa situazione potremo evitare che nel nostro Paese si formino «enclavi» di illegalità, soprattutto per le donne che vivono all'insegna dell'invisibilità e della sottomissione, e si veicolino reati e delitti sotto l'influsso ancestrale delle radici di origine etnica, religiosa o culturale dell'agente. Con la presente proposta di legge si

³⁷⁹ Proposta di legge n. 3250, p. 4., in www.camera.it

³⁸⁰ Per un maggiore approfondimento delle tesi assimilazioniste di Souad Sbai, S. SBAI, *L'inganno. Vittime del multiculturalismo*, Siena, 2010; ID., *Il sogno infranto. Il relativismo culturale e il fondamentalismo*, Roma, 2012.

vuole scongiurare il ripetersi di vicende processuali in cui, riconoscendo scriminanti non codificate, legate al rispetto della fede islamica (o alle radici religiose) del reo o al suo vissuto etnico religioso e culturale, quasi si ammettono e giustificano condotte criminose, in nome di principi di eugenetica o di leggi estranei al nostro Stato sociale e al nostro sistema ordinamentale, e si concedono riduzioni di pena, in violazione dell'articolo 3 della Costituzione - quindi del principio per cui tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, razza, lingua, religione e opinioni politiche - nonché dell'articolo 3 del codice penale, che stabilisce l'obbligatorietà della legge penale³⁸¹ (...) “Questo non deve accadere: tali condotte criminose devono essere soggette a pene più pesanti e non devono essere edulcorate, come segno di civiltà e di dignità, di rispetto della persona umana e, ancora di più, della Costituzione e delle leggi del nostro Paese, nonché in attuazione del principio del giusto processo”³⁸².

Com'è agevole constatare, il linguaggio utilizzato dall'onorevole Sbai è fortemente dispregiativo nei confronti di alcune comunità di minoranza – vengono citate quelle islamiche, indiane, arabe e rom – le cui usanze vengono definite “barbare e tribali”, rievocando in qualche misura lo stesso linguaggio pungente impiegato dai funzionari del regime fascista nelle circolari che ordinavano l'espulsione dal territorio nazionale dei gruppi *rom*. Anche le ragioni che lo giustificano sembrano essere le medesime: garantire la sicurezza pubblica e l'unità etnico-culturale dello Stato.

Contrariamente agli anni '30, però, la nostra nazione ora non solo si fonda sulla democrazia, che per definizione ha tra i suoi obiettivi quello di implementare il dialogo tra diverse culture ed ideologie, ma si è dotata anche di una Costituzione che ha elevato il pluralismo a valore da tutelare. Ricorrere allo strumento penale per “addomesticare” le minoranze e convertirle ai nostri modelli culturali è forse più “barbaro” e incivile delle “efferatezze” che l'onorevole Sbai intende combattere con l'introduzione della sua circostanza aggravante.

Come ha ampiamente dimostrato la casistica in materia di mutilazioni genitali femminili, inasprire il trattamento sanzionatorio in ragione della motivazione culturale che sorregge una determinata condotta, non solo viola il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. – limite invalicabile al potere punitivo statale –, ma si rivela anche

³⁸¹ Proposta di legge n. 3250, p. 4 in www.camera.it

³⁸² Proposta di legge n. 3250, p. 5 in www.camera.it

sterile sul piano general-preventivo. Va ribadito, infatti, che sui “delinquenti culturali” la minaccia di una pena, sia essa mite o severa, il più delle volte non esercita alcun effetto deterrente, in quanto il timore di ricevere una sanzione dalla comunità di appartenenza per non aver adempiuto un determinato precetto culturale è in grado di operare una pressione psicologica superiore a quella derivante dalla paura di subire una sanzione dallo Stato di accoglienza.

Nella relazione che accompagna la proposta di legge, vengono criticate duramente non solo la decisione della Corte d’Assise d’Appello di Triste, ma anche le *cultural defenses* americane. “L’attenuante culturale è l’ultima novità che l’Europa importa dagli Stati Uniti d’America, dove essa è già da anni al centro del dibattito penale e politico su come far convivere i vari diritti dei soggetti di diversa origine con l’ordinamento giuridico di ciascun Paese nelle società multiculturali.” (...) Ma “a beneficiare della «difesa culturale» sono prevalentemente i rapporti patriarcali o di supremazia maschile”, per cui esse sono incompatibili con i principi costituzionali.

A ben vedere, la proposta di legge, però, va al di là di una semplice critica alle *cultural defenses*. Se, come abbiamo brevemente osservato in precedenza, le *cultural defenses* operano più in funzione di mitigazione della pena, che come vere e proprie esimenti, tra l’idea dell’onorevole italo-marocchina di aggravare il trattamento sanzionatorio dei reati culturalmente motivati e la non condivisione dell’istituto statunitense vi è un evidente salto logico: per neutralizzare l’efficacia *in bonam partem* del fattore culturale sarebbe bastato introdurre un esplicito divieto in tal senso³⁸³; l’aggravante culturale, per giunta, collide con quel principio di uguaglianza formale – invocato dall’onorevole a supporto della sua tesi – almeno tanto quanto le deprecate *cultural defenses*³⁸⁴.

La proposta in esame sembra andare ancora oltre la strategia assimilazionista-discriminatoria o dell’intolleranza³⁸⁵ inaugurata dal sistema penale italiano con la normativa in materia di mutilazioni genitali femminili e fondata sull’idea che “la motivazione culturale della commissione di un fatto di reato debba essere considerata

³⁸³ G. GENTILE, *Un’aggravante per i reati culturalmente motivati? Riflessioni critiche sulla proposta di legge Sbai*, in AA. VV., *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di L. STORTONI-S.T.CAGLI, Bologna, 2012, p. 61.

³⁸⁴ P. PAROLARI, *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2008, 543.

³⁸⁵ A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Torino, 2010, p. 31.

alla stregua di una causa di maggiore responsabilità, con conseguente inasprimento della sanzione³⁸⁶.

Ma l'idea che il fattore culturale presenti un "disvalore aggiunto"³⁸⁷ tale da legittimare un aggravamento della responsabilità, come abbiamo già spiegato, ci sembra, francamente, da scartare, in quanto è da escludere che la motivazione culturale dell'agente incrementi l'offensività del fatto.

6. Reati culturalmente motivati e orientamenti della giurisprudenza.

Analizzate le reazioni del legislatore di fronte al fenomeno dei reati culturalmente motivati, procediamo a verificare quali sono gli orientamenti della giurisprudenza in materia: non dimentichiamo, infatti, che con tali tipologie di illecito sono stati i giudici i primi a confrontarsi, avendo i riflessi penalistici del dibattito intorno al multiculturalismo solo in un secondo momento interessato la dottrina.

Il metodo che adotteremo per questo tipo di indagine sarà necessariamente di tipo casistico, essendo rivolto a conoscere quale atteggiamento generalmente adottino i nostri organi giudicanti e come usino i tradizionali strumenti normativi e giurisdizionali in un contesto sociale così radicalmente cambiato³⁸⁸.

I reati culturalmente motivati più frequentemente commessi dai migranti sono sostanzialmente riconducibili, in base al bene giuridico offeso, e/o ai rapporti tra autore e vittima, e/o al movente dell'azione, alle seguenti categorie delittuose:

- *violenze in famiglia*, in particolare maltrattamenti, realizzati in contesti culturali caratterizzati da una concezione patriarcale dei rapporti familiari in totale distonia con quella diffusa in Italia, che è, al contrario, fondata sulla parità giuridica e morale dei coniugi e dei figli³⁸⁹;

³⁸⁶G.FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per uno studio giuspenalistico*, cit., p. 184.

³⁸⁷ Espressione adoperata da F. PALAZZO, *Considerazioni conclusive*, in AA. VV., *Multiculturalismo, diritto umani, pena*, cit., p. 161.

³⁸⁸ Per una rassegna della giurisprudenza italiana in materia di reati culturali, F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 160.

³⁸⁹ Sulla diffusione, per effetto dell'immigrazione, di modelli familiari diversi da quelli tradizionali italiani, P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Dir. famiglia*, 4, 2012, 1866 ss.

- *reati a difesa dell'onore*, commessi in quelle comunità in cui il concetto dell'onore, personale, familiare o di gruppo è così vividamente sentito da spingere a vendicare 'col sangue' un'offesa subita. Non pochi sono stati i casi in cui uomini musulmani hanno ucciso le proprie mogli o le proprie figlie dopo averne scoperto, rispettivamente, il tradimento o una relazione ritenuta indegna di approvazione ai sensi della legge islamica;

- *reati di riduzione in schiavitù a danno di minori*, commessi da soggetti che invocano a propria scusa e/o giustificazione le loro ataviche consuetudini concernenti i rapporti adulti-minori³⁹⁰;

- *reati contro la libertà sessuale*, le cui vittime sono le donne di quelle comunità islamiche alle quali la cultura d'origine - per il solo fatto di essere donne - non riconosce una piena libertà di autodeterminazione in ambito sessuale e spesso impone loro di subire rapporti sessuali senza consenso;

- *mutilazioni genitali e tatuaggi ornamentali 'a cicatrici' (c.d. scarificazioni)*, suggeriti, ammessi o addirittura imposti dalle proprie convenzioni sociali o tradizioni culturali³⁹¹.

Di seguito ci occuperemo soltanto dei casi che maggiormente hanno alimentato il dibattito intorno al multiculturalismo, avendo generato reazioni contrastanti non soltanto nell'ambiente accademico, ma anche nell'opinione pubblica.

6.1. Gli honour killings.

In provincia di Padova nel 2004 un uomo marocchino, Mohamed Lashni, percuote selvaggiamente, fino ad ucciderla, la figlia diciannovenne Kaoutar, dopo aver scoperto che quest'ultima continuava ad intrattenere una relazione sentimentale con un giovane conosciuto in Italia, tale Braim, nonostante il padre glielo avesse vietato e la figlia fosse stata già promessa in sposa ad un suo cugino residente in Marocco.

In primo grado Lashni viene condannato per omicidio con le aggravanti dell'aver commesso il fatto per motivi abietti e futili (art. 61, n. 1 c.p.) e contro il discendente

³⁹⁰ Di queste tipologie d'illecito già si è detto, per cui rinviamo alle riflessioni svolte nei § 5 e 6.

³⁹¹ Delle mutilazioni genitali femminili ci siamo occupati nei paragrafi precedenti, per cui rinviamo alle considerazioni già espresse.

(art. 576, n. 2 c.p.). Il Tribunale di Padova individua l'abiezione nel desiderio dell'uomo di sapere se la relazione di Kaoutar con il giovane Braim perdurasse, la futilità, seguendo un orientamento ormai consolidato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, nella sproporzione tra il motivo e l'azione delittuosa. La circostanza aggravante dei motivi futili, infatti, generalmente si ritiene sussistente quando la determinazione criminosa sia stata causata da uno stimolo esterno così lieve, banale e sproporzionato rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale³⁹².

Se il motivo futile si caratterizza per il suo aspetto fondamentale di *sproporzione* rispetto al fatto commesso secondo la valutazione collettiva, il motivo abietto, sempre sulla scorta di un indirizzo ermeneutico consolidato, viene invece definito come basso, ripugnante, spregevole, quello che suscita orrore, ribrezzo, o altra repulsione profonda in ogni persona³⁹³.

Riconosciuta l'abiezione e la futilità nei motivi che hanno spinto il Lashni ad agire, il Tribunale non manca di fare qualche osservazione in ordine al contesto socio-culturale in cui si è verificato l'episodio: «É importante», scrivono i giudici, «valutare il substrato culturale e l'ambiente in cui vive ed ha agito l'autore del fatto. Nel caso di specie trattasi di persona di cultura musulmana che, col pretesto di una apparente legittimazione derivante dalla religione islamica, aderisce a modelli di vita in cui vi è una disparità di trattamento tra uomo e donna, essendo quest'ultima per consuetudine, secondo regole arcaiche, assoggettata all'arbitrio della famiglia patriarcale tribale che dispone di lei come una proprietà e non la considera come persona. Tale situazione però è oggi sempre più rara in ambienti islamici moderati, come il Marocco, essendoci un lento processo di occidentalizzazione, favorito anche dai mass media che tendono alla

³⁹² In dottrina, per tutti, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, p.264; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, VI ed., Bologna, 2009, p. 434; C. FIORE-S.FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, II ed., Torino, 2005, p.27; per la giurisprudenza, Cass. Pen., sez. I, n. 51059/2013; Cass. Pen., sez. I, 24683/2008; Cass. Pen., sez. I, n. 4453/2000; Cass. Pen., sez. I, n. 5864/2000 in www.iusexplorer.it.

³⁹³ In dottrina, nuovamente, per tutti, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., p. 264; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 434; C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, cit., p. 27; in giurisprudenza, Cass. Pen., sez. I, n. 32851/2008; Cass. Pen., sez. I, n. 5448/2006 in www.iusexplorer.it; Cass. Pen., 15 marzo 1979, Milano, in *Giust. Pen.*, 1980, II, 163; Cass. Pen., 8 febbraio 1985, Di Ponio, in *Giust. Pen.*, 1985, II, 617.

globalizzazione. Un cittadino marocchino, dopo alcuni anni trascorsi nel nostro Paese, pur avendo mantenuto dei legami con il Paese d'origine, è dunque perfettamente in grado, pur conservando la propria cultura e le proprie origini, di rendersi conto dell'insopprimibilità in un Paese civile di alcuni diritti fondamentali della persona umana, quali l'autodeterminazione. Se ciò nonostante egli reagisce con inaudita violenza a fronte di una ribellione allo stato di soggezione della figlia, la sua condotta diventa non già espressione di una cultura arcaica, ma di uno spirito punitivo nei confronti della vittima, della quale non tollera l'insubordinazione».

Nel giudizio di secondo grado, la Corte d'Appello di Venezia riforma la sentenza del Tribunale in ordine alla sussistenza del motivo abietto, ritenendo che «il modo dell'imputato di intendere e gestire la famiglia, l'onore e il rispetto delle promesse non sono elementi tali da suscitare ripugnanza, turpitudine e spregevolezza»³⁹⁴, ma conferma la decisione in riferimento alla futilità del motivo, argomentando che «pur apprezzato il rigore educativo, il senso dell'onore e l'estremizzato senso della famiglia dell'imputato, si versa in una situazione socio-culturale - comunque la si apprezzi anche dall'ottica di un cittadino marocchino - non idonea a ridurre la forbice di valori tra "morte di una figlia disobbediente" e "autorità e cultura paterna violate"»³⁹⁵.

Tale giudizio viene confermato dalla Cassazione, secondo cui «viene esclusa l'aggravante dei motivi abietti, poiché l'imputato, immigrato marocchino, aveva inteso esercitare, sia pure esorbitando da ogni legittimo e ragionevole limite, la tutela matrimoniale - istituto riconosciuto dal diritto nazionale - nei confronti della figlia, che sarebbe stata maritata in Marocco e avrebbe intrapreso in Italia una relazione con un connazionale; situazione non riconducibile a quella profonda abiezione e perversità che sta alla base della circostanza»³⁹⁶.

Tanto le pronunce delle Corti di merito, quanto quella del Supremo Collegio, dunque, sembrano prendere in considerazione l'aspetto dell'appartenenza ad una diversa cultura del Lashni, ma tutte negano che questo possa influire sulla configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 1 c.p. La Corte d'appello e la Cassazione ritengono sussistente il motivo futile, ma non quello abietto: è vero che Lashni picchiava la figlia

³⁹⁴ Corte di Assise di Appello di Venezia, 9 gennaio 2006, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, 2006, 4, 199 ss., con nota di L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, *ivi*, p. 63 ss.

³⁹⁵ Corte di Assise appello Venezia, *cit.*

³⁹⁶ Cass. Pen., 14 giugno 2006, n. 20393 in www.iusexplorer.it

per sapere se aveva una relazione con un coetaneo, ma lo faceva per tutelare l'onore della famiglia e mantenere la parola data al promesso sposo: motivi così risibili da essere futili, ma certamente non abietti³⁹⁷.

Le considerazioni delle tre diverse autorità giudiziarie non possono non apparire un po' superficiali nel modo di valutare la condizione culturale del genitore e il mondo musulmano in genere. In particolare, sembra eccessivamente sommario il giudizio del Tribunale in merito alla possibilità per Mohamed Lashni di cambiare mentalità «dopo alcuni anni trascorsi nel nostro Paese». L'esperienza, infatti, ha dimostrato e dimostra quotidianamente come questo cambiamento non è automatico, anzi, spesso è proprio la condizione di emarginazione che i migranti vivono nel Paese d'arrivo a radicare un attaccamento alle “tradizioni”, viste come elemento fondante l'identità e come unico strumento di congiunzione (ideale) ad una realtà sociale lasciata alle spalle perché costretti da necessità contingenti.

Il caso Lashni desta anche altre perplessità: criticabile è soprattutto la ritenuta configurabilità dell'aggravante dei futili motivi³⁹⁸. La circostanza di cui all'art. 61 n. 1 c.p. tanto in riferimento all'abiezione, quanto alla futilità dei motivi, sembra aver trovato nella materia dei reati culturalmente motivati un campo di azione privilegiato, venendo applicata in casi tutt'altro che infrequenti. L'interrogativo che ci si pone è il seguente: in base alla cultura *di chi* deve essere valutata la qualità dei motivi ad agire? Su tale questione problematica ci soffermeremo più approfonditamente nel paragrafo 6.4., dopo aver analizzato un altro importante caso giudiziario in cui l'aggravante in discorso ha trovato nuovamente applicazione.

6.1.1. L'omicidio premeditato di Hina Saleem.

A soli due anni dalla vicenda di Kaoutar, un altro drammatico omicidio “culturalmente motivato” sale agli onori della cronaca, contribuendo ad intensificare il già acceso dibattito intorno ai problemi della convivenza tra culture diverse, dell'integrazione dei

³⁹⁷ L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, cit., p.65.

³⁹⁸ Sul punto, C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in AA. VV., *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, a cura di M. PIFFERI-O. GIOLO, Torino, 2009, pp. 199-200.

migranti, del ruolo dell'Islam nella vita sociale di alcune comunità e della tutela dei diritti umani.

La vittima è Hina Saleem, una ragazza ventenne di origini pakistane, che il giorno 11 agosto 2006 a Sarezzo, in provincia di Brescia, viene uccisa e sepolta nel giardino di casa dal padre Mohamed, con la complicità dei cognati, mariti delle sorelle della giovane. Hina viene punita con la morte perché il suo stile di vita troppo "occidentale" avrebbe disonorato la famiglia: vivere con un uomo - per di più cristiano - senza essere sposata viola il codice etico dell'Islam³⁹⁹.

Mohamed Saleem è condannato dal Tribunale di Brescia con rito abbreviato a 30 anni di reclusione per il reato di omicidio volontario, aggravato dalle circostanze di aver commesso il fatto con premeditazione, di aver agito per motivi abietti, con abuso di autorità e di relazioni domestiche. La sentenza viene confermata sia in appello che in Cassazione⁴⁰⁰.

Nel corso dei tre gradi di giudizio il comportamento dell'imputato non viene mai ricondotto esclusivamente a motivazioni religiose e di costume, ma è posto in rilievo anche il difficile rapporto tra Hina e la sua famiglia e soprattutto l'inaccettabile concezione – che travalica i pur presenti profili culturali – che Mohamed Saleem aveva del rapporto padre-figlia, interpretato come "possesso-dominio", nonché l'atteggiamento spesso intimidatorio e violento di costui nei confronti della ragazza che non sottostava ai suoi voleri e rivendicava margini di autonomia.

In relazione alla circostanza di cui all'art. 61, n. 1 c.p., la Cassazione, in conformità a quanto statuito dai giudici di merito, precisa che l'assunto difensivo in base al quale non è da reputarsi ravvisabile la circostanza aggravante perché la condotta dell'imputato sarebbe stata «determinata dal profondo scoramento per non essere riuscito nel suo ruolo di educatore e dal senso di vergogna nei confronti della comunità di appartenenza,

³⁹⁹ Per un commento alla tragica vicenda, P. PAROLARI, *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica*, 2008, 3, 529 ss; F. PARISI, *I motivi abietti tra consuetudini culturali e mero "possesso parentale": alcune precisazioni sul valore del fattore culturale in sede penale*, in *Foro. it.*, 2010, 516 ss.

⁴⁰⁰ Occorre precisare che il processo vede come imputati, insieme a Mohamed Saleem, i suoi generi Kahlid e Zahid Mamhood, anch'essi accusati di omicidio, e suo cognato Muhammad Tariq, accusato soltanto di aver partecipato all'occultamento del cadavere. Per comodità espositiva, tuttavia, si farà riferimento soltanto alla posizione del padre di Hina, che rimane in ogni caso il protagonista principale della vicenda.

è una tesi infondata. È ben vero che alla stregua dell'indirizzo di questa Corte, che il Collegio pienamente condivide, il motivo è abietto le volte in cui la motivazione dell'agente ripugni al comune sentire della collettività; ed è altresì vero che nella valutazione di siffatto rapporto di "repulsione" il Giudice del merito non possa prescindere, nel suo scrutinio, dalle ragioni soggettive dell'agire in termini di riferimenti culturali, nazionali, religiosi della motivazione dell'atto criminoso; ma nella specie, come logicamente accertato dalla Corte territoriale, la motivazione assorbente dell'agire dell'imputato è scaturita da un patologico e distorto rapporto di "possesso parentale", essendosi la riprovazione furiosa del comportamento negativo della propria figlia fondata non già su ragioni o consuetudini religiose o culturali, bensì sulla rabbia per la sottrazione al proprio reiterato divieto paterno»⁴⁰¹.

Nel caso di Hina, contrariamente a quanto accaduto nella vicenda di Kaoutar, la condotta del padre non viene ritenuta influenzata unicamente dal contesto culturale di appartenenza, ma dettata anche da una concezione distorta dei rapporti genitori-figli, che le Corti di merito e di legittimità considerano parzialmente svincolata dalla diversa cultura dell'agente. Seppur con diverse argomentazioni, l'esito a cui si perviene in entrambi i casi è il medesimo: il motivo che ha spinto i due uomini ad agire viene inquadrato nello schema dell'aggravante prevista all'art. 61, n. 1 c.p. Nel primo caso viene considerato futile, ma non abietto, nel secondo abietto, ma non futile.

Tuttavia, se nella vicenda Lashni gli organi giudicanti sembrano aver svolto un'indagine, anche se sommaria, sulla situazione culturale e normativa vigente in Marocco, nel caso di Hina nessuna parola viene spesa dalle autorità giudiziarie in ordine alle usanze culturali diffuse in Pakistan, eppure è sul contrasto tra una diversa concezione dei rapporti padri-figlie che si basa il giudizio di sussistenza dell'aggravante dei motivi abietti; un contrasto che non può discendere unicamente da un particolare modo di essere dell'autore, ma deve necessariamente ricollegarsi all'appartenenza ad una cultura differente. La "furia omicida" di Mohamed Saleem non scaturisce dalla disobbedienza di Hina in sé, ma dal modo in cui tale disobbedienza viene letta nel contesto culturale dell'imputato e nella sua comunità.

⁴⁰¹ Cass. Pen., sez. I, n. 6587/2009.

Dalle indagini svolte da alcuni studiosi risulta che il Pakistan sia uno dei Paesi più conservatori del mondo islamico. Lì il prestigio sociale della famiglia dipende quasi esclusivamente dall'onorabilità della donna: l'onore di costei è essenzialmente legato al suo comportamento sessuale⁴⁰² e la rispettabilità degli uomini del nucleo familiare risiede ed è espressa nel suo corpo⁴⁰³. Se la donna perde l'onore - anche qualora ciò dovesse avvenire indipendentemente dalla sua volontà - la disgrazia investe tutta la sua famiglia, che viene travolta dalla vergogna, e il rimedio per ristabilire il decoro può anche essere il più estremo, ovvero l'omicidio.

In Pakistan, il c.d. *honour killing* è molto frequente ed è diffuso con differenti nomi nella cultura di tutti i gruppi etnici distribuiti nelle quattro province del Paese. Le cifre sono molto preoccupanti: la *Human Rights Commission* pakistana ha stimato che solo nel 2007 le donne vittime di omicidio per causa d'onore sono state 280⁴⁰⁴.

Uccidere le proprie mogli, figlie o sorelle, per restituire l'onore alla famiglia, è una pratica culturale così fortemente radicata in Pakistan, che fino al 1990 l'omicidio per causa d'onore è stato considerato un'ipotesi rientrante nella *defense* disciplinata dalla Sec. 300 (1) del PPC: in base alla norma, la prova dell'esistenza di una "grave ed improvvisa provocazione" poteva comportare la derubricazione del reato da *murder* a *manslaughter*. La *Quisas e Diyat Law* del 1991 e il *Criminal Law Amendment Bill* del 2004 hanno formalmente eliminato la causa d'onore e il trattamento benevolo concesso all'omicida, ma la pratica dell' *honour killing* sopravvive ancora nella mentalità e nella cultura dei pakistani, tant'è che in carcere "gli autori di omicidi per causa d'onore ricevono spesso un trattamento speciale, di favore e sono rispettati perché hanno ucciso per salvare l'onore"⁴⁰⁵.

Se si reputano attendibili tali studi sulla cultura pakistana, è indubbio che l'omicidio commesso da Saleem rientra nella categoria dei reati culturalmente motivati, come l'abbiamo definita e delineata precedentemente, e che è stato esclusivamente il "motivo culturale" a sorreggere la sua condotta. Un motivo ritenuto abietto e riprovevole dalle

⁴⁰² R. PETEL, *Woman versus Man. Socio-Legal Gender Inequality in Pakistan*, Oxford University Press, USA, 2003, p. 46.

⁴⁰³ E. GIUNCHI, *Ritorno alla Shari'a e prassi sociale: i reati sessuali in Pakistan*, in *Sociologia del diritto*, 2005, 1, 115.

⁴⁰⁴ H. IRFAN, *Honor Related Violence Against Women in Pakistan*, in www.americanbarfoundation.org

⁴⁰⁵ R. PETEL, *Woman versus Man. Socio-Legal Gender Inequality in Pakistan*, cit., p. 150.

autorità giudiziarie italiane, ma reputato apprezzabile dalla cultura pakistana cui appartiene l'imputato.

Per concludere, rinviando al paragrafo seguente le nostre considerazioni in ordine all'aggravante di cui all'art. 61, n. 1 c.p., ci preme sottolineare che sia nel caso di Hina che in quello che ha visto vittima Kaoutar, la diversa cultura degli imputati non è stata considerata un elemento irrilevante o indifferente nell'economia della decisione – come avviene in quei Paesi in cui si adotta un modello assimilazionista teso al rispetto del principio di uguaglianza formale – bensì ha ridonato a loro sfavore, divenendo il pretesto per un accanimento punitivo che, a nostro avviso, non è supportato da una solida base normativa e argomentativa, ma sembra, piuttosto, dettato dall'onda emotiva e dal gran clamore con il quale le due vicende sono state accolte dall'opinione pubblica per il tramite dei mass-media⁴⁰⁶.

6.1.2. Aggravante dei motivi abietti o futili, cause d'onore e principi costituzionali.

I due casi appena analizzati, anche se appaiono irrimediabilmente lontani dal nostro universo culturale, in realtà sono ad esso molto più vicini di quanto immaginiamo. Non va trascurato, infatti, che sono passati appena 30 anni da quando una legge, la n. 442 del 1981, ha abrogato l'art. 587 c.p. – rubricato «Omicidio e lesione personale a causa di onore» – il quale statuiva che «Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni»⁴⁰⁷.

Questo dato dovrebbe farci riflettere sulla velocità con cui avvengono i cambiamenti sociali; ancora trent'anni fa il legislatore italiano considerava la tutela dell'onore sessuale e familiare, leso dalla scoperta della relazione illegittima della figlia, un motivo

⁴⁰⁶ Basta leggere gli articoli pubblicati sui quotidiani nazionali e locali nei giorni del processo. In particolare si vedano i quotidiani del 24 ottobre 2007 («Giornale di Brescia», p.10), del 25 ottobre 2007 («Bresciaoggi», p. 1 e p. 9; «Corriere della Sera», p. 13 e p. 25; «www.ilgiornale.it», <http://ilgiornale.it/a.pic.1?ID=215608>, che così titolava: «Ha ucciso Hina per difendere l'onore: 30 anni non bastano»; «il Manifesto», p. 6; «La Repubblica», p. 14) e del 27 ottobre 2007 («Bresciaoggi», p. 1 e p. 9; «Giornale di Brescia», p. 8; «La Repubblica», p. 14).

⁴⁰⁷ Per una ricostruzione dei delitti d'onore, A. CASALINUOVO, *La causa d'onore nella struttura del reato*, Napoli, 1939; I. CARACCIOLI, *Causa di onore*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 580 ss.; ID, *Commento alla Legge 5 agosto 1981, n. 442. Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*, in *Legislazione pen.*, 1982, 21 ss.

di così elevato valore morale, da riconoscere nel perturbamento psichico dell'agente, ossia nello stato d'ira determinato dall'offesa all'onore, una causa tale da ridurre la pena massima per l'omicidio dall'ergastolo a soli sette anni di reclusione⁴⁰⁸.

Oggi, trent'anni dopo, nelle stesse circostanze (ricordiamole: Lashni scopre che la figlia ha rapporti sessuali con un coetaneo pur essendo promessa in sposa ad un altro ragazzo e la percuote fino a provocarne la morte; Mohamed Saleem, dopo aver chiesto per l'ennesima volta alla figlia Hina di tornare a casa, apprende dalla giovane che la sua scelta di convivere senza essere sposata con un uomo non musulmano è ormai definitiva) i giudici italiani non solo ritengono che l'adesione a culture che attribuiscono all'onore ancora un significato pregnante e profondo non scrimini né attenui la responsabilità penale, ma addirittura che ciò può condurre all'applicazione dell'aggravante dei motivi abietti o futili di cui all'art. 61, n.1 c.p. Il cambiamento è enorme: la difesa dell'onore, che trent'anni fa conduceva ad una riduzione del carico sanzionatorio perché considerato un motivo di particolare valore morale, oggi costituisce un motivo abietto o futile, se ad agire è un immigrato la cui cultura è rimasta ancora legata ad un concetto di onore arcaico e anacronistico. In sostanza, si è passati da un'attenuazione ad un aggravamento della responsabilità penale, senza passare per la terza via: l'indifferenza, che almeno imporrebbe di non fare distinzioni fra i soggetti attivi del reato, quindi di non discriminare gli autori culturalmente diversi.

Francamente, tale mutamento di rotta del nostro sistema legislativo e giudiziario non ci appare condivisibile, soprattutto se si confrontano i casi Lashni e Saleem con altri che recentemente sono stati sottoposti all'attenzione della Cassazione e che non hanno come protagonisti imputati immigrati. Solo per fare qualche esempio, in un caso di tentato omicidio, la Corte ha ritenuto che agire per gelosia possa escludere l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 1 c.p. quando si tratti di una gelosia così forte da indurre alla commissione di gesti illogici e del tutto inaspettati; in un altro, avente ad oggetto sempre un delitto di omicidio – stavolta consumato, non tentato – il giudice di legittimità ha annullato con rinvio la sentenza impugnata limitatamente all'applicazione dell'aggravante dei futili motivi, ritenendo che ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza della circostanza debba essere considerata anche la componente psichica

⁴⁰⁸ L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, cit., p.66.

soggettiva dell'aggravante stessa⁴⁰⁹. Nel caso di specie, due proprietari di un bar avevano picchiato a morte un giovane immigrato che aveva rubato dal bancone due pacchi di biscotti e che, una volta ammonito di restituirli, aveva assunto un atteggiamento irriverente. Secondo la Corte, in questa vicenda i giudici di merito avrebbero dovuto considerare il particolare stato emotivo in cui versavano i proprietari del bar nel momento in cui hanno agito: «Reduci da una pesante notte di lavoro e pronti a continuare la loro attività nel proprio bar, erano statti indotti a reagire, seppure del tutto sproporzionatamente sul piano oggettivo, al piccolo furto commesso ai loro danni da giovani stranieri, che, al culmine di una notte di pellegrinanti evasioni, si erano resi particolarmente disinibiti e scanzonati al cospetto degli affaticati e suscettibili derubati»⁴¹⁰.

Orbene: la gelosia, l'aver subito un furto di lieve entità o uno 'sfottò' da parte di un giovane immigrato, sono forse motivi più apprezzabili rispetto alla difesa del proprio onore o di quello della propria famiglia? O meglio, sono più meritevoli di un giudizio negativo in ordine alla sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 1 c.p.?

Si badi bene, non stiamo affatto rimpiangendo la causa d'onore, anzi siamo sollevati che l'art. 587 c.p. faccia parte del nostro passato. Il nostro vuole essere un invito a non sentirsi troppo una cultura o una "civiltà superiore" rispetto alle altre: eravamo inferiori anche "noi", trent'anni fa... Certo, nel nostro Paese le cose sono cambiate rapidamente, soprattutto in campo familiare, ma questi stessi cambiamenti devono essere assorbiti in pochi anni da un immigrato, che porta con sé una cultura molto diversa e vive spesso drammaticamente, anche come conflitto identitario, la sussistenza di più sistemi giuridici che gli impongono azioni e soluzioni diverse.

In linea di massima, al giudice non dovrebbero interessare il fatto che l'imputato sia italiano o straniero, cristiano o musulmano, perché sono tutti uguali coloro che sono giudicati. Ma tale affermazione di principio è vera solo fino a quando l'uguaglianza formale non copre una condizione che nella sostanza merita diversificazione⁴¹¹. Allora sì che diventano rilevanti, più di quanto lo siano sempre, le caratteristiche individuali dell'imputato, soprattutto il suo essere immigrato. I migranti vivono al confine fra due

⁴⁰⁹ Cass. Pen., sez. I, n. 18779/2013.

⁴¹⁰ Cass. Pen., sez. I, n. 31454/2012.

⁴¹¹ L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, cit., p.67.

culture e spesso due “diritti”, conformandosi, nella quotidianità, ora alle norme dell’uno, ora a quelle dell’altro sistema culturale/normativo.

Nelle società multiculturali interagiscono non solo diverse culture, ma anche diverse dimensioni del diritto; per cui le persone sono coinvolte nello stesso momento in una pluralità di sistemi normativi che - a diverso livello ma in competizione fra loro - pretendono di regolare i loro comportamenti. L’immigrato sa che operando una determinata scelta (quotidianamente, non solo in vicende eclatanti come quelle di cui stiamo discutendo) incontrerà la condanna religiosa o la disapprovazione da parte (di alcuni almeno) dei suoi connazionali, che probabilmente lo puniranno con l’isolamento; così come sa, in caso contrario, che potrà essere accusato dalla società del Paese di accoglienza di rifiutare l’integrazione, o anche punito, qualora abbia commesso un reato, secondo le leggi di quel Paese.

Le sentenze emesse dai giudici italiani in casi di questo tipo sono «una cartina di tornasole del nostro modo di pensare e di vedere»⁴¹². Certo, il conflitto normativo che emerge in vicende come quelle da noi esaminate non potrebbe essere più evidente e feroce. Ma i motivi che hanno spinto Lashni e Saleem a commettere l’omicidio, se sicuramente per alcuni di noi possono considerarsi flebili e irrilevanti rispetto al valore della vita umana, per altri sono addirittura così riprovevoli da essere considerati abietti e futili?

Sia chiaro che scopo delle presenti riflessioni non è tanto quello di valutare la “bontà” delle decisioni emesse nei casi di specie, quanto piuttosto quello di ribadire che il giudice che affronta simili questioni deve tenere conto di tutta questa varietà di elementi. Deve tenere conto, cioè, della situazione di anomia dello straniero, specie in campi sensibili come i rapporti familiari o l’osservanza dei precetti dell’Islam, senza creare un diritto penale discriminatorio.

Raffrontate alle sentenze sopra menzionate – quelle relative alla gelosia e al furto dei biscotti – quelle emesse a carico di Mohamed Lashni e Mohamed Saleem, dunque, non possono non apparire inique.

Si consideri, inoltre, che non c’è neanche uniformità di vedute sul parametro in base al quale valutare l’ “abiezione” o la “futilità” del motivo. Per un primo orientamento, sostenuto da giurisprudenza e dottrina prevalenti, tale parametro è rappresentato dal

⁴¹² L. MIAZZI, *op. loc. ult. cit.*

“sentire comune della comunità sociale”⁴¹³, “dalla coscienza collettiva”⁴¹⁴, dal sentire della “persona di media moralità”⁴¹⁵ o della “generalità delle persone”⁴¹⁶. L’adesione ad un tale orientamento preclude ovviamente all’autore di un reato culturalmente motivato la possibilità di invocare la propria cultura d’origine per sottrarsi all’applicazione dell’aggravante in discorso.

Per un secondo orientamento, invece, che sta progressivamente maturando nella giurisprudenza più recente, anche se solo in riferimento alla futilità dei motivi, il parametro di valutazione deve essere maggiormente aderente alla persona del concreto soggetto agente. Quindi, in alcune pronunce giurisprudenziali si è iniziato ad utilizzare come parametro “l’ambiente in cui vive il reo”, le “connotazioni culturali” o ancora il “contesto sociale” in cui si è verificato l’evento e i “fattori ambientali”⁴¹⁷.

A ben vedere, nei casi Lashni e Saleem, anche se gli organi giudicanti hanno fatto riferimento al contesto socio-culturale dal quale provengono gli imputati, questo richiamo non ha comunque sortito l’effetto di escludere l’aggravante.

Ad ogni modo, qualunque indirizzo ermeneutico si accolga, a nostro avviso far dipendere un aggravamento di pena da concetti come “abiezione” e “futilità”, contrasta con i principi di determinatezza/tassatività del diritto penale, trattandosi di elementi extragiuridici dall’indubbio connotato moraleggiante ed eticizzante, non definibili su basi empiriche e quindi forieri di possibili violazioni anche dei principi di uguaglianza e di certezza giuridica, essendo la loro valutazione rimessa esclusivamente alla libera discrezionalità del giudice. La circostanza di cui all’art. 61, n. 1 c.p., giustificando l’inasprimento della sanzione sulla base di un mero atteggiamento interiore del soggetto, si pone in netta collisione con i principi di un diritto penale del fatto. Se

⁴¹³ Cass. 29 marzo 2002 (ud. 19 dicembre 2001), CED 221525; Cass. 22 settembre 1997, in *Giust. Pen.* 1998, II, 335; Cass. 16 aprile 1999, in *Riv. Pen.* 1999, 1014.

⁴¹⁴ Cass. 21 settembre 2007 (ud. 4 luglio 2007), Z.H.H., CED 237686; Cass. 12 aprile 2000 (ud. 11 febbraio 2000), Dolce, CED 215806; Cass. 3 febbraio 1997 (ud. 22 novembre 1996), Patania, CED 206662; Cass. 29 ottobre 1993, in *Giust. Pen.* 1994, II, 259.

⁴¹⁵ Cass. 8 febbraio 1985, Di Ponio, in *Giust. Pen.* 1985, II, 617. Così si esprime anche V. MANZINI, *Trattato*, vol. II, cit., p. 190; più di recente, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 434; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2005, p. 485.

⁴¹⁶ Cass. 11 luglio 1996, in *Cass. Pen.* 1997, 2046.

⁴¹⁷ Cass. 22 gennaio 1996 (ud. 24 novembre 1995), Pellegrino, CED 203548; Cass. 21 febbraio 1994 (ud. 20 dicembre 1993), Etzi, CED 196416; Cass. 16 aprile 1999 (ud. 17 dicembre 1998), Casile, CED 213378, Cass. 5 luglio 2007 (ud. 14 giugno 2007), Vallelunga, CED 237336.

riteniamo, come autorevole dottrina⁴¹⁸, che l'art. 3 della Costituzione – sancendo il principio di proporzionalità e ragionevolezza – rappresenti il limite che legislatore e giudice non devono mai oltrepassare nell'irrogare una sanzione, la circostanza dei motivi abietti o futili, poiché spinge a graduare verso l'alto la responsabilità sganciandosi dalla "materialità" del fatto, risulta in sintonia con un diritto penale dell'autore, costituzionalmente illegittimo, e non con un diritto penale del fatto. Nonostante ciò, in relazione all'aggravante non risulta siano mai state sollevate particolari obiezioni, né che qualcuno si sia mai sforzato di 'oggettivizzarla', anche nella materia *de qua*. Per noi, trattandosi di circostanze indeterminate andrebbero non solo non applicate agli autori di reati culturali, ma anche abrogate perché costituzionalmente illegittime.

6.2. I delitti contro la famiglia e la libertà sessuale. I maltrattamenti e la violenza sessuale intra-coniugale.

Altro delitto frequentemente commesso dai migranti è quello di maltrattamenti in famiglia, previsto dal codice penale italiano all'art. 572 c.p. e ritenuto configurabile, ovviamente, non soltanto nei casi di sistematico impiego di minori nell'accattonaggio.

Ad esserne vittime sono principalmente le donne delle comunità islamiche, subordinate per atavica tradizione all'autorità maritale o alla potestà paterna, che spesso si estrinseca attraverso l'uso della violenza. Una spiegazione di tali comportamenti violenti può essere ricavata da uno sguardo sommario al diritto di famiglia di alcuni paesi islamici oppure al Corano. Nonostante i più recenti processi di modernizzazione, in molti Stati arabi persiste ancora un ruolo esclusivo, o comunque predominante, del padre nell'esercizio della potestà sui figli e sulla moglie⁴¹⁹. Numerosi sono i passi del Corano che fanno riferimento alla condizione femminile, ma il più importante è il versetto 34 contenuto nella sura IV, detta *al-Nisā'* (delle donne): «Gli uomini sono preposti alle donne, a causa della preferenza che Allah concede agli uni rispetto alle altre e perché spendono [per esse] i loro beni. Le [donne] virtuose sono le devote, che proteggono nel

⁴¹⁸ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 88 ss.

⁴¹⁹ M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in "dimensione domestica"*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2000, 25.

segreto quello che Allah ha preservato. Ammonite quelle di cui temete l'insubordinazione, lasciatele sole nei loro letti, battetele. Se poi vi obbediscono, non fate più nulla contro di esse. Allah è altissimo, grande».

Da tale versetto del Corano alcune comunità musulmane deducono che le donne sono tenute all'obbedienza nei confronti del coniuge e che il marito può esercitare su di loro lo *ius corrigendi*, anche facendo ricorso a sanzioni corporali⁴²⁰.

Generalmente si ritiene che l'uomo abbia una posizione di preminenza non solo nell'ambito familiare, ma anche nella sfera sessuale: «i suoi bisogni devono essere soddisfatti in ogni luogo, in ogni tempo e nel modo che lui desidera (...) La donna si macchia di un gravissimo reato se rifiuta di concedersi al marito, quando lui lo richiede»⁴²¹.

Nella maggior parte dei casi sottoposti alla sua attenzione, aventi ad oggetto condotte violente del capofamiglia, la Cassazione ha sempre negato qualsiasi rilevanza penale al fattore culturale. Così, nel caso Kaouider ha stabilito che «il reato di maltrattamenti in famiglia è integrato dalla condotta dell'agente che sottopone la moglie ad atti di vessazione reiterata e tali da cagionarle sofferenza, prevaricazione e umiliazioni, costituenti fonti di uno stato di disagio continuo e incompatibile con normali condizioni di esistenza. Né l'elemento soggettivo del reato in questione può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, considerato che la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (art. 2 cost.), nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3, commi 1 e 2, cost.)

⁴²⁰Non c'è uniformità di vedute in dottrina circa la condizione della donna nel mondo islamico, così come emerge del Corano. Secondo un primo gruppo di studiosi, l'uomo e la donna sono uguali di fronte ad Allah, anche se hanno diversi ruoli e diverse responsabilità. Il marito ha la facoltà di percuotere la donna, com'è scritto nel Corano, ma questa facoltà può essere esercitata raramente e solo nei casi di *manifesta immodestia*; il potere sanzionatorio corporale concesso al marito deve limitarsi a percosse lievi, che non lascino traumi profondi alla sposa. Per tutti, A. BANO, *Status of Women in Islamic Society*, vol. I, New Delhi, 2003, p. 148 ss.; per un'altra corrente dottrinale, invece, i rapporti tra coniugi e tra genitori e figli nella famiglia islamica sono improntati sulla violenza: le lesioni, le percosse e i maltrattamenti non hanno il carattere dell'eccezionalità, ma rappresentano una costante. Per tutti, S.KHAN, *Zina Transnational Feminism and the Moral Regulation of Pakistani Women*, 2006.

⁴²¹T.S.DAHL, *The Muslim Family. A Study of Women's Rights in Islam*, Scandinavian University Press, 1997, p. 166.

costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili»⁴²².

In un'altra vicenda, sempre riguardante una condotta di maltrattamenti di un marito ai danni della moglie, il Supremo Collegio ha perentoriamente affermato: «In Italia le tradizioni di alcuni popoli di relegare le proprie donne in un ruolo subordinato, di vessarle e sottoporle a violenza integrano il reato di maltrattamenti in famiglia» (...) «L'art. 3 c.p. sancisce il principio dell'obbligatorietà della legge penale, per cui tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato sono tenuti ad osservarla. La rilevanza della disciplina e le ragioni di carattere generale su cui si fonda escludono che possa esservi apportata qualsiasi deroga non espressamente prevista dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale e implicano che le tradizioni etico-sociali di coloro che sono presenti nel territorio dello Stato, di natura essenzialmente consuetudinaria benché nel complesso di indiscusso valore culturale, possano essere praticate solo fuori dall'ambito di operatività della norma penale. Il principio assume particolare valore morale e sociale allorché - come nella specie - la tutela penale riguardi materie di rilevanza costituzionale, come la famiglia, che la legge fondamentale dello Stato riconosce quale società naturale, ordinata sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.), uguaglianza che costituisce pertanto un valore garantito, in quanto inserito in un ordinamento incentrato sulla dignità della persona umana e sul rispetto e la garanzia dei diritti insopprimibili a lei spettanti».

Merita un maggiore approfondimento, la sentenza n. 46300/2008, perché in essa la Cassazione non si limita ad apodittiche dichiarazioni di principio, ma effettua anche qualche riflessione supplementare in ordine ai rapporti tra multiculturalismo e diritto penale. Nel caso di specie, l'imputato era stato condannato per i reati di maltrattamenti, sequestro di persona e violenza sessuale. Ricorreva in cassazione ritenendo che i giudici di merito in punto di rapporti e relazioni socio-affettive dei coniugi e di rapporti economici genitori/figli, avessero applicato schemi valutativi tipici della cultura occidentale, senza rispetto delle esigenze di integrazione razziale di cui era portatore e senza considerare adeguatamente la sua diversità culturale. Tali elementi, per la difesa, avrebbero dovuto escludere la fattispecie soggettiva. L'azione delittuosa dell'imputato

⁴²² Cass. Pen., sez. VI, n. 22700/2009 in www.iusexplorer.it

era stata motivata dalla concezione della famiglia tipica del gruppo sociale di appartenenza, che tali condotte consente oppure, come nel caso della moglie che rifiuta “il debito coniugale”, impone.

«La situazione evoca il ben noto fenomeno dei “reati culturali” che la dottrina ha definito come il frutto di un conflitto normativo, suggestivamente espresso con il termine di “interlegalità” intesa come condizione di chi, dovendo operare una scelta, è costretto a fare riferimento ad un quadro articolato di norme, contemporaneamente vigenti ed interagenti tra sistemi giuridici diversi», scrive il Supremo Collegio.

«Siffatta realtà ha determinato nei vari Stati, interessati da massicci flussi migratori, due diversificate prospettive di multiculturalismo. La prima, di tipo “assimilazionista”, persegue l’inserimento dello straniero nel tessuto nazionale ed esige come contropartita una sostanziale rinuncia alle sue radici etnico - culturali; la seconda invece, orientata su protocolli di “integrazione-inclusione” (simbolica e pratica), è tendenzialmente disposta ad accettare le richieste identitarie ed è sensibile alle specificità culturali “altre”.

In tale ultimo modello, il risultato che viene prospettato come realizzabile è quello di una società politica priva di identità culturale dominante o maggioritaria, costituita da identità culturali molteplici, con eguale diritto di riconoscimento».

È del tutto evidente, prosegue la Cassazione, che entrambe le prospettive, nel nostro sistema penale, in tanto possono attuarsi se e nella misura in cui non contrastino con i principi cardine del nostro ordinamento, in tema di famiglia e di rapporti interpersonali di coppia, ivi compresa la sfera sessuale di questi rapporti, che nel nostro sistema è stata innovata e più opportunamente regolata dalla l. n. 66/1996.

L’Italia, secondo la Corte, si collocherebbe a metà strada tra i due modelli sopra citati. Ad esempio, «appare decisamente “pro-immigrato” (e quindi “integrazione – inclusionista”), la previsione della configurabilità della circostanza aggravante (stabilita dal D.L. 26 aprile 1993, n. 122, art. 3, comma 1, conv. con modif. in L. 25 giugno 1993, n. 205) della “finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso”, mentre è invece di segno culturale decisamente contrario la norma sulla repressione penale dell’infibulazione, stabilita dall’art. 583-*bis* c.p., (L. 9 gennaio 2006, n. 7, art. 6, comma 1), nonché la norma sulla bigamia (art. 556 c.p.) in tema di delitti contro il matrimonio».

Tuttavia, ad avviso del Giudice di Legittimità, al di là di tali nozioni e dell'inquadramento socio-culturale e storico del fenomeno, anche per i reati culturalmente orientati, il giudicante non può sottrarsi al suo compito naturale di rendere imparziale giustizia con le norme positive vigenti, dovendo egli assicurare: a) tutela alle vittime; b) garanzie agli accusati, in punto di rigore nella ricerca della verità e nell'applicazione delle norme; c) e infine, a responsabilità accertata, personalizzazione della condanna con una sanzione che va ricercata ed individuata nel rispetto del principio di "legalità delle pene", sancito dall'art. 25 Cost., comma 2, atteso che tale norma costituzionale ha dato forma ad un sistema in cui l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità.

«In tale ottica, il ruolo di mediatore culturale che la dottrina attribuisce al giudice penale, non può mai attuarsi - come richiesto nel ricorso - al di fuori o contro le regole che, nel nostro sistema, fissano i limiti della condotta consentita.

L'assunto difensivo, secondo cui (ferma la consapevolezza della illiceità della condotta, secondo le regole dello Stato di residenza) il dolo dei delitti *de quo* sarebbe escluso dal concetto che l'imputato, quale cittadino di religione musulmana, ha della convivenza familiare e delle potestà anche maritali, a lui spettanti quale capo-famiglia (concetto abbondantemente differente dal modello e dalla concezione corrente nello Stato italiano), secondo la Cassazione, non è in alcun modo da condividere, in quanto si pone in assoluto contrasto con le norme cardine che informano e stanno a base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali.

Vanno in proposito richiamati i principi costituzionali dettati: dall'art. 2, attinenti alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo (ai quali appartiene indubbiamente quello relativo all'integrità fisica e la libertà sessuale), sia come singolo sia nelle formazioni sociali (e fra esse è da ascrivere con certezza la famiglia); e dall'art. 3, relativi alla pari dignità sociale, alla eguaglianza senza distinzione di sesso e al compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (...) «Tali principi costituiscono infatti uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come "antistorici" a

fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero».

Fatte queste premesse, la Cassazione ha ritenuto sussistente nel caso di specie il dolo degli illeciti contestati, stante l'obbligo per l'imputato di conoscere, ai sensi dell'art. 5 c.p., il divieto posto dalla legge in rapporto ai comportamenti lesivi da lui posti in essere, qualsiasi possa essere stata la sua valutazione della condotta. Quest'ultimo profilo, ad avviso del Supremo Collegio, se non può escludere il dolo, può sicuramente apprezzarsi nel quadro multiforme delle variabili apprestate dall'art. 133 c.p., in punto di personalizzazione e adeguatezza della pena.

Ci è sembrato opportuno riportare integralmente alcuni passi della sentenza, perché stavolta le argomentazioni della Corte di Cassazione ci sono sembrate condivisibili, soprattutto nel punto in cui chiariscono che, anche quando un determinato ordinamento opta per un modello assimilazionista, tale scelta deve comunque avvenire nel rispetto dei principi costituzionali. La Corte sembra, dunque, delegittimare qualsiasi discriminazione fondata sulla diversità culturale, anche se è ben consapevole che spesso le scelte del legislatore vanno proprio in questa direzione, costringendo gli stessi organi giudicanti a svolgere il ruolo di "mediatori culturali": il loro compito diventa, così, non solo quello di mediare tra differenti culture per cercare di contemperare le opposte esigenze, ma anche mediare tra le tendenze discriminatorie del legislatore e le spinte indulgenzialiste provenienti dalle comunità di minoranza e dalla dottrina.

Un compito certamente arduo quello del giudice nell'Italia multiculturale di oggi, da svolgere con ponderazione, osservando i dettami costituzionali e anche rispettando le tradizioni culturali dei migranti, la cui tutela trova certamente ancoraggio nella stessa Costituzione. Un rispetto che non deve necessariamente tradursi in un giudizio di approvazione, ma neanche tramutarsi in un atteggiamento di arrogante superiorità. Giudicare una tradizione culturale "antistorica", come fa la Corte nella sentenza appena richiamata, certamente non rende giustizia a quelle culture che nel tempo hanno comunque cercato di innovarsi, rimodernarsi e integrarsi nel nuovo tessuto sociale, senza tuttavia giungere ancora ad una piena trasformazione come accaduto per la cultura occidentale.

Non dimentichiamo che nel nostro Paese la concezione della famiglia e della sessualità femminile è cambiata non molto tempo fa. La parità giuridica dei coniugi, infatti, pur se

formalmente sancita all'art. 29 della Costituzione, è stata definitivamente riconosciuta con la l. n. 151/975 che ha riformato il diritto di famiglia; e la libertà di autodeterminazione della donna nella sfera sessuale è diventata oggetto di tutela soltanto con la l. n. 66/1996, che ha trasformato il delitto di violenza sessuale da delitto contro la moralità pubblica e il buon costume a delitto contro la persona⁴²³.

Le nostre riflessioni sui reati per causa d'onore valgono anche per i delitti di maltrattamenti e violenza sessuale intraconiugale: ciò che una volta faceva parte del nostro passato, per i migranti, oggi, rappresenta il presente, un presente che, purtroppo, si pone in contrasto con alcuni diritti costituzionalmente riconosciuti. Questi diritti sono considerati uno strumento di garanzia per tutti, italiani e migranti⁴²⁴, per cui non può pretendersi che la giustizia penale non intervenga per tutelarli. Quello che può auspicarsi, piuttosto, è un diritto penale più sensibile alle differenze culturali e non chiuso e sordo come sembra apparire dal nostro attuale assetto normativo e dalle recenti decisioni giudiziarie, anche da quelle a prima vista più liberali.

6.3. Maltrattamenti in famiglia, abuso dei mezzi di correzione e *ius corrigendi*.

Se dopo l'intervento della legge n. 151 del 1975 non sussiste dubbio alcuno in ordine all'impossibilità di configurare lo *ius corrigendi* del marito nei confronti della moglie – con l'avvenuta equiparazione giuridica e morale dei coniugi esso non ha più nessun fondamento normativo e culturale –, altrettanto non può dirsi nei casi in cui a venire in discorso non siano i rapporti tra coniugi, ma tra genitori e figli.

L'avvento della questione multiculturale in Italia – in particolare la presenza sul territorio nazionale di numerose comunità islamiche – ha riaperto il dibattito intorno ai criteri da adottare per distinguere il delitto di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p. da quello meno grave di abuso dei mezzi correzione o di disciplina previsto

⁴²³ Sul reato di violenza sessuale dopo la legge di riforma, tra i tanti, G. AMBROSINI, *Violenza sessuale*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, 286 ss.; ID., *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, 1997; G. BALBI, *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1998, 1 ss; M. BERTOLINO, *Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, 1997, 51 ss; ID., *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, in *Studium iuris*, 1996, 142 ss; A. CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4^a ed., Padova, 2006; S. MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (L. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciattezza legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 395 ss.; V. MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale*, Padova, 1999; P. PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 283 ss.

⁴²⁴ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p. 133.

all'art. 571 c.p., il quale statuisce: «Chiunque abusa dei mezzi di correzione o di disciplina in danno di una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, ovvero per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito, se dal fatto deriva il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente, con la reclusione fino a sei mesi. Se dal fatto deriva una lesione personale, si applicano le pene stabilite negli articoli 582e 583, ridotte a un terzo; se ne deriva la morte, si applica la reclusione da tre a otto anni».

Non infrequenti, infatti, sono i casi in cui imputati culturalmente diversi vengono condannati per il delitto di maltrattamenti e in sede di appello o di legittimità ne chiedono la derubricazione in quello meno grave di abuso dei mezzi correzione, facendo leva sull'*animus corrigendi* che sorregge le loro condotte violente.

Per tutti, valga il caso deciso in Cassazione con la sentenza n. 12089 del 2012⁴²⁵.

A. R. viene condannato in primo e secondo grado per il delitto di maltrattamenti in danno della figlia dodicenne, quotidianamente percossa – una volta con l'uso di un manico di scopa – quando non in grado di ripetere perfettamente a memoria versi del Corano e costretta a studiare il libro sacro fino a notte inoltrata.

Il difensore dell'imputato ricorre in Cassazione denunciando la violazione dell'art. 572 c.p. per difetto dell'elemento soggettivo. Secondo il ricorrente, i fatti si sarebbero svolti per finalità educative in un contesto culturale e familiare di carattere rigidamente patriarcale, che avrebbero fatto sentire l'imputato legittimato ad agire da “padre padrone”, in modo congruo al proprio codice etico-religioso di riferimento, il che rileverebbe sia ai sensi del vigente testo dell'art. 5 c.p., che per l'individuazione del discrimine con il diverso reato dell'abuso dei mezzi di correzione, di cui all'art. 571 c.p. La Corte dichiara il ricorso inammissibile e richiama i principi già espressi nella sentenza n. 46300 del 2008, poc'anzi commentata: l'ignoranza della legge penale, «pur letta nell'ambito interpretativo della Corte Costituzionale, quando le condotte oggetto di valutazione si caratterizzano per la palese violazione dei diritti essenziali ed inviolabili della persona quali riconosciuti ed affermati dalla Costituzione nazionale, che costituiscono la base indefettibile dell'ordinamento giuridico italiano e il cardine della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali», è da considerarsi irrilevante.

⁴²⁵ Cass. Pen., sez. VI, n. 12089/2012 in *Foro it.* 2012, II, 533 ss.

Nessuna parola la Cassazione spende in ordine ai criteri cui fare riferimento per distinguere le due fattispecie contigue. Siamo costretti, quindi, a ripercorrere sinteticamente i punti salienti dell'annosa diatriba dottrinale e giurisprudenziale sul punto.

La protezione che il legislatore fascista ha voluto riservare all'istituto della famiglia in ambito penalistico è stata più volte e a vario titolo oggetto di critiche⁴²⁶. Sin dai tempi dell'emanazione del codice sono stati sollevati, ad esempio, svariati dubbi sulla collocazione di alcune fattispecie⁴²⁷ oppure, in tempi più recenti, sull'indeterminatezza di alcune formule utilizzate⁴²⁸. Dopo l'intervento della Costituzione e della riforma del diritto di famiglia, l'inadeguatezza e l'anacronismo della disciplina penalistica sono emersi con maggiore chiarezza: si tratta, in effetti, di norme varate in un contesto storico totalmente differente da quello attuale e ormai superato⁴²⁹.

A fronte di un quadro codicistico poco rassicurante, è risultato inevitabile che alcuni delitti contro la famiglia diventassero oggetto di scontro tra diverse interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali: alcune fedeli alla tradizione, altre più innovative, maggiormente consone al mutato quadro di riferimento legislativo e, soprattutto, culturale. La discussione si è concentrata essenzialmente proprio sulla delimitazione del campo di applicazione dell'art. 571 c.p. e sugli elementi distintivi tra quest'ultima disposizione e quella contemplata dall'art. 572 c.p.

Per diversi decenni giudici e studiosi, nell'affrontare la questione dei rapporti tra maltrattamenti in famiglia e abuso dei mezzi correzione, hanno sempre fatto riferimento a quanto scritto sul punto nei lavori preparatori, in cui si affermava espressamente che il reato di cui all'art. 571 c.p. è caratterizzato dal fine correttivo che l'agente si propone⁴³⁰. L'affermazione secondo cui la presenza nell'agente del fine di correzione e di disciplina è in grado di ricondurre nella più lieve fattispecie di abuso dei mezzi di correzione fatti,

⁴²⁶ Per una sintesi efficace delle perplessità più rilevanti avanzate dalla dottrina, T. DELOGU, *Dei delitti contro la famiglia*, in AA.VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia. Diritto penale*, a cura di CIAN-TRABUCCHI-OPPO, vol. VII, Padova, 1995, p. 1 ss.

⁴²⁷ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., vol. VII, Torino, 1984, p. 901; G.D. PISAPIA, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 521.

⁴²⁸ Come quella impiegata nell'art. 570 c.p.: «condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie»: in merito, per tutti, SCORDAMAGLIA, *Prospettive di una nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 384.

⁴²⁹ S. LARIZZA, *La difficile sopravvivenza del delitto di abuso di mezzi di correzione*, in *Cass. Pen.*, 1997, 29.

⁴³⁰ Relazione al Progetto definitivo di un nuovo codice penale, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, parte II, Roma, 1929, p. 357.

anche violenti, commessi contro un minore a scopi educativi diventa nel corso degli anni un vero e proprio dogma⁴³¹.

Se si legge con attenzione la formulazione della norma, però, ci si accorge immediatamente come il legislatore non abbia descritto meticolosamente la fattispecie: si parla di abuso dei mezzi di correzione senza definire in cosa consistano, ma puntando esclusivamente sul risultato: il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente. La norma, a ben vedere, non esprime esplicitamente nella sua formulazione una finalità specifica, ma secondo l'orientamento interpretativo testé richiamato quel che rileva è il fine che si propone l'agente: se l'intento è *lato sensu* educativo qualsiasi tipo di condotta confluirà nell'estesa copertura offerta dall'art. 571 c.p. In tale prospettiva non rilevano, conseguentemente, le concrete modalità oggettive del fatto, quanto la presenza o l'assenza del fine correttivo. La norma, in definitiva, secondo questo primo indirizzo ermeneutico, legittimerebbe metodi correttivi basati sulla violenza, purché modica⁴³²; non è lecito abusarne perché da ciò può derivarne il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente. Le percosse, le ingiurie, le privazioni di libertà nei confronti dei figli, se risultano legittima estrinsecazione dello *ius corrigendi*, non sono punibili, in quanto scriminati *ex art. 51 c.p.*⁴³³

Secondo un'altra interpretazione, che fa leva sulla particolare dizione utilizzata dal legislatore: «chiunque abusa dei mezzi di correzione o di disciplina», il criterio discrezionale tra art. 571 c.p. e art. 572 c.p., risiederebbe non tanto nello scopo dell'azione, quanto nell'abuso di determinati mezzi correttivi o disciplinari, considerati leciti. Si sottolinea, infatti, come dipendendo logicamente l'abuso dall'uso lecito (si può abusare di un diritto solo se il diritto esiste effettivamente), si potrà realizzare una condotta di abuso solo quando siano impiegati mezzi leciti; l'abuso di mezzi di correzioni, di conseguenza, ricorrerà quando l'uso venga effettuato fuori dai casi consentiti o con modalità non ammesse dall'ordinamento. In altri termini: l'intento correttivo può essere

⁴³¹ Per tutte, Cass. Pen., sez. VI, n. 1255/1990 in *Cass. Pen.*, 1992, 2339.

⁴³² Nella Relazione al Progetto definitivo, cit., p. 358, espressamente si legittima l'uso della violenza come metodo educativo affermando, in relazione alla fattispecie di abuso dei mezzi di correzione, che «La semplice percossa (articolo 580) non può costituire la materialità del reato, perché la vis modica è mezzo di correzione lecito».

⁴³³ G.D. PISAPIA, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, cit., 524.

perseguito solo nella misura in cui vengano utilizzati mezzi adeguati al conseguimento di una finalità educativa; tale adeguatezza non si riscontra nell'uso di mezzi violenti⁴³⁴.

La specificazione dei mezzi consentiti, essenziale perché sia applicabile l'art. 571 c.p. non viene effettuata con dovizia di particolari. Ma autorevole dottrina, in contrapposizione alla generale tendenza che riteneva lecito l'uso della *vis modica*, ammette, eccezionalmente l'uso di una *vis modicissima*, riservando, quindi, all'art. 571 c.p. un ambito di operatività estremamente esiguo⁴³⁵.

A segnare un cambiamento significativo in ordine al criterio discrezionale da adottare per distinguere i maltrattamenti dalle ipotesi di abuso di mezzi correzione è intervenuta la sentenza della Cassazione n. 4904 del 1996.

Nel caso di specie la Corte aveva il compito di inquadrare nella fattispecie di abuso dei mezzi di correzione o in quella più grave di maltrattamenti il comportamento di un padre che, di fronte agli insuccessi scolastici di una bimba di dieci anni e alle sue frequenti bugie perseguiva lo scopo educativo «a suon di sberle e calci», nella convinzione che «le sante cinghiate che suo padre gli infliggeva quando da ragazzo non studiava o mal studiava e a scuola riportava talora scadenti voti di profitto» potessero ancora costituire un insuperabile metodo educativo.

La premessa che pone la Corte, e da cui fa derivare alcune importanti conseguenze in merito alla sfera di applicabilità dell'art. 571 c.p., è che non è più consentito e, quindi, lecito, l'uso della violenza a scopi educativi.

Secondo il Supremo Collegio sarebbe il mutato quadro normativo e sociale di riferimento a bandire l'uso della violenza, sia pure a scopi correttivi. Da un lato, il quadro costituzionale dà indicazioni precise sulla tutela dei diritti inviolabili della persona: il minore è «ormai soggetto titolare di diritti e non più, come in passato, semplice oggetto di protezione (se non addirittura di disposizione) da parte degli adulti»; in aggiunta, a giudizio della Corte, «non può perseguirsi, quale meta educativa un risultato di armonico sviluppo di personalità, sensibile ai valori di pace, di tolleranza, di convivenza, utilizzando un mezzo violento che tali fini contraddice». Dall'altro lato il modello di famiglia delineato dal costituente e recepito dal legislatore nel 1975 non si presenta più ordinato in scala gerarchica, verticistica, ma costruito su posizioni di parità: i genitori risultano destinatari del diritto-dovere di educare, ma nel rispetto, *in primis* dei

⁴³⁴ F. ANTOLISEI, *Osservazioni in tema di jus corrigendi*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 389.

⁴³⁵ F. ANTOLISEI, *Osservazioni in tema di ius corrigendi*, cit., p. 388.

diritti fondamentali della persona, e in secondo luogo delle loro inclinazioni naturali. Questo contesto normativo legittima, a giudizio della Corte, un'interpretazione che reputi non più consentito l'uso della violenza a scopi educativi.

Posta questa premessa, ne consegue per il Giudice di legittimità che l'abuso di mezzi correttivi violenti non può più ricondursi alla fattispecie dell'art. 571 c.p. dal momento che in tanto si può parlare di abuso punibile in quanto ne sia lecito l'uso. Ma se l'uso di mezzi violenti non è più consentito ne deriva che l'abuso di essi andrà, se ne ricorrono le condizioni, ad integrare l'ipotesi di maltrattamenti, ovvero le più comuni fattispecie di percosse, lesioni, ecc.

A nulla rileva, a giudizio della Corte, l'eventuale intento correttivo dell'agente, che non può servire a fare rientrare nell'ambito dell'art. 571 c.p. «ogni aggressione di beni giuridici personali». Il nesso tra mezzo e fine di correzione va valutato e colto sul piano oggettivo, ovvero sia sul piano delle concrete modalità della condotta e non certo in relazione alla fattispecie soggettiva. In conclusione la Corte rileva che anche a voler ammettere, in casi eccezionali, l'impiego di una *vis modicissima*, quale mezzo eccezionale ed occasionale finalizzato a scopi educativi e, conseguentemente la riconducibilità all'art. 571 c.p. dell'eccesso nell'uso di tale mezzo, «certamente illecito, perché contrastante con i diritti fondamentali della persona, è l'uso sistematico della violenza quale ordinario “trattamento” del minore, sia pure sostenuto da *animus corrigendi*».

Se questa è l'interpretazione, ci si deve chiedere allora quale spazio residui all'applicabilità dell'art. 571 c.p. e se la sopravvivenza di tale norma nel sistema penale posseda ancora titoli di legittimità; quello che è indubbio è che la Corte, con questa decisione, ne ha ristretto enormemente l'ambito di operatività.

A noi sembra condivisibile la tesi di chi ha cercato di ricondurre l'uso di mezzi di correzione e di disciplina ai canoni fondamentali dell'azione socialmente adeguata: in questo modo si offre la possibilità allo *ius corrigendi*, in quanto espressione di un'azione socialmente adeguata, di risentire più sollecitamente dei mutamenti intervenuti a livello culturale⁴³⁶.

Secondo tale impostazione teorica, i requisiti specifici dell'adeguatezza sociale dell'azione risiedono: «nella normalità della condotta, dal punto di vista dei

⁴³⁶ C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, p. 25 ss.

comportamenti socialmente usuali; nella innocuità della condotta, che è caratterizzata dalla effettiva insignificanza della lesione del bene dell'incolumità personale e dall'aderenza dell'azione al fine dell'educazione del soggetto passivo; nella rispondenza della funzione dell'educatore ad una obiettiva istanza sociale; infine, nel rapporto psicologico di fiducia che è alla base delle relazioni fra allievo ed educatore»⁴³⁷.

Se comunque il nesso tra mezzo e fine di correzione va valutato sul piano oggettivo, con riferimento anche al contesto culturale, come sembrano affermare la Cassazione e l'ultima impostazione teorica qui richiamata, è lecito sostenere che proprio perché l'art. 571 c.p. risente dei mutamenti della realtà sociale, non può escludersi *a priori* la sua applicabilità a quei fatti caratterizzati da un uso moderatissimo della violenza, soprattutto quando si verificano in quei contesti socio-culturali in cui l'ambito di operatività dello *ius corrigendi* è ritenuto più vasto in quanto ancora fondati su concezioni patriarcali del rapporto genitori-figli. A tal proposito ci sembra da condividere l'opinione di chi ritiene che «integra la fattispecie dell'art. 571 c.p., non trasmodando in quello più grave dell'art. 572 c.p., l'uso in funzione educativa del mezzo astrattamente lecito, sia esso di natura fisica, psicologica o morale, che sconfinata nell'abuso, sia in ragione dell'arbitrarietà o intempestività della sua applicazione, sia in ragione dell'eccesso nella misura, senza tuttavia attingere a forme di violenza»⁴³⁸. Ritornando, quindi, al caso dal quale siamo partiti, percuotere con un manico di scopa la propria figlia è certamente un atto di violenza, a prescindere dal fine perseguito. Se si aderisce a quell'impostazione dottrinale e giurisprudenziale secondo la quale «la qualifica del fine non può mai prescindere dalla considerazione dei mezzi che si sono impiegati per realizzarli, in quanto l'uso di determinati mezzi particolarmente violenti esclude il fine correttivo»⁴³⁹, percuotere la propria figlia con un manico di scopa e costringerla a studiare il Corano fino a tarda notte affinché ne impari a memoria i versetti, a molti può sembrare un metodo educativo discutibile, probabilmente idoneo a cagionare disagi psicologici, ma noi riteniamo non si tratti di un comportamento rientrante nel campo d'azione della fattispecie di cui all'art. 572 c.p., in quanto seppur presente il requisito dell'abitudine, manca il dolo richiesto da detta norma: è assente,

⁴³⁷ C. FIORE, *Esercizio dei mezzi di correzione e adeguatezza sociale*, in *Foro pen.*, 1964, 42-44.

⁴³⁸ A. CAVALLO, *Sulla distinzione tra abuso di mezzi di correzione e maltrattamenti in famiglia*, in *Cass. pen.*, 2005, 11, 3342.

⁴³⁹ G. PISAPIA, *Abuso di mezzi di correzione o disciplina*, cit., 33.

cioè, “quella volontà unitaria e persistente, ispiratrice di una condotta complessiva volta a maltrattare”⁴⁴⁰ e rendere in tal modo dolorose e mortificanti le relazioni tra il soggetto attivo e la vittima.

Ad ogni modo se, come è stato sostenuto, nel campo della tutela penale della famiglia è necessario anche fare riferimento ai mutamenti sociali, la multietnicità che caratterizza la nostra società, rappresentando essa stessa uno di questi mutamenti, deve obbligatoriamente essere presa in considerazione dall’interprete nel momento in cui deve decidere in ordine all’applicazione della fattispecie di abuso di mezzi di correzione. Quest’ultimo non può più ragionare in un’ottica forzatamente assimilazionista, ma deve soffermarsi anche sul contesto socio-culturale in cui si è svolta la vicenda. E la maggior parte delle volte si tratta di un contesto in cui, più che la “responsabilità genitoriale”, è presente la “potestà genitoriale”, con margini più ampi di operatività per lo *ius corrigendi*.

I concetti di educazione e di disciplina alla base dello *ius corrigendi* e della fattispecie di abuso dei mezzi di correzione rinviano per la loro definizione a criteri di valutazione che, in una società pluralista, devono tener conto anche dello specifico ambiente sociale in cui si è svolto l’episodio⁴⁴¹.

Nel caso esaminato, nessuna attenzione è stata rivolta dagli organi giudicanti al contesto socio-culturale da cui proviene l’imputato: la sua volontà di impartire alla figlia un’educazione religiosa conforme alla sua e a quella degli altri membri della comunità di appartenenza non solo è stata ritenuta irrilevante, ma addirittura vessatoria e in contrasto con i principi costituzionali. Non possiamo non pensare che si tratti ancora una volta di una decisione discriminatoria e normativamente infondata, dettata esclusivamente dall’onda emotiva scatenata dall’enfasi con cui nella fase storica attuale i mass-media raccontano ordinari fatti di cronaca.

⁴⁴⁰ G.D. PISAPIA, *Maltrattamenti*, cit., 524.

⁴⁴¹ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p.213.

7. Un bilancio provvisorio sugli attuali orientamenti legislativi e giurisprudenziali in materia di reati culturalmente motivati.

Passate in rassegna le reazioni del legislatore e degli organi giudicanti di fronte alla problematica dei reati culturalmente motivati, il quadro che se ne ricava è sicuramente poco esaltante.

La normativa in materia di mutilazioni genitali femminili, di impiego di minori nell'accontonaggio e la proposta di legge Sbai, mancando di una plausibile *ratio incriminandi* ed elevando la diversità culturale ad elemento in grado di aggravare il trattamento sanzionatorio, si pongono in palese contrasto con il principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* Il motivo culturale, infatti, non incide negativamente né sul versante della fattispecie oggettiva né su quello della fattispecie soggettiva. A titolo esemplificativo valga quanto segue: chi dovesse realizzare su una ragazza di quindici anni una clitoridectomia, in ossequio alle tradizioni imposte dalla cultura del suo gruppo etnico, rischierebbe sedici anni di reclusione; chi, invece, per vendicarsi della fidanzata che lo ha tradito, la dovesse prendere a calci nell'addome, provocando una lacerazione dell'utero che potrebbe in futuro impedirle di procreare – una lesione gravissima ai sensi dell'art. 583 c.p., che, come spiegato, non è considerata dalla giurisprudenza alla stregua di una fattispecie autonoma di reato, ma come circostanza aggravante – per effetto del meccanismo di bilanciamento delle circostanze previsto dall'art. 69 c.p., potrebbe anche essere condannato a soli 3 anni di reclusione. Ebbene, non può certo affermarsi che il dolo o l'offensività del fatto sia diversa nelle due condotte! Il disvalore è il medesimo, sia da punto di vista oggettivo che soggettivo. Né si può argomentare che il *surplus* di pena è necessario a neutralizzare il rischio di recidiva dell'autore; com'è noto, infatti, le istanze special-preventive e lo stesso principio di ragionevolezza non legittimano pene superiori al grado di responsabilità per il fatto commesso. La pretesa, poi, di modificare con l'ausilio dello strumento penale, “le convinzioni morali e l'atteggiamento interiore del reo si porrebbe in insanabile contrasto con i principi della democrazia pluralista consacrati nel testo costituzionale”⁴⁴².

⁴⁴² G. FIANDACA-C. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 37.

Non può neanche sostenersi che l'effetto condizionante della cultura sia tale da richiedere, quale contropunta, una più intensa reazione sanzionatoria⁴⁴³.

Avendo come punto di riferimento sempre il parametro della ragionevolezza, è ai limiti dell'assurdità affermare che pene severe avrebbero maggiori possibilità di orientare l'autore culturalmente diverso al rispetto della legge dello Stato di accoglienza perché è stato ampiamente dimostrato che non è così; si rischia soltanto di strumentalizzare l'individuo per fini diversi da quelli che un sistema penale teleologicamente orientato dovrebbe legittimamente perseguire e cioè la tutela dei diritti fondamentali – non solo delle vittime, ma anche e soprattutto degli autori di fatti delittuosi – e la difesa sociale.

A tal proposito, risulta sempre valida ed attuale la celeberrima affermazione di Claus Roxin: “La giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto il male”⁴⁴⁴.

Sulla scorta di tali considerazioni, non appare azzardato affermare che le fattispecie delle mutilazioni genitali femminili e di impiego di minori nell'accattonaggio e la recentissima proposta di legge Sbai – che ci auguriamo vivamente rimanga dimenticata nei cassetti della Commissione Giustizia – rispondano al paradigma delle ‘norme-manifesto’ le cui caratteristiche sono generalmente il rigorismo repressivo e la sterile simbolicità. Le leggi n. 7/2006 e n. 94/2009, infatti, non sono altro che il risultato immediato di campagne mediatiche di *law and order* che hanno lasciato trasparire l'immagine, falsa, di uno Stato a cui mancavano strumenti penali in grado di fronteggiare la ‘delinquenza culturale’ e che contestualmente rappresentavano l'intervento punitivo come strumento principale di soluzione dei conflitti.

Ma un legislatore attento, non superficiale, dovrebbe sapere che ad incrementi di pena non sono per nulla inscindibilmente connessi effetti deflattivi in rapporto ai tassi di criminalità. Una politica criminale interessata ad accrescere le sue capacità preventive, avrebbe forse fatto meglio ad affidare le sue possibilità di successo a strategie serie e multiagenziali, che nulla o poco hanno in comune con gli illusori simbolismi della deterrenza⁴⁴⁵.

⁴⁴³ A. BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 91.

⁴⁴⁴ C. ROXIN, *Frangwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius* 1966, III, 37 cfr. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, cit., p. 135.

⁴⁴⁵ S. MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (L. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, cit., 397.

La diversità culturale dei migranti, se valutata nella sua incidenza sul rapporto di circolarità tra culture/valori e fattispecie/sanzioni, di cui il diritto penale è coerentemente permeato, dovrebbe tendere, al contrario, ad immunizzare un sistema realmente democratico da pericolosi proibizionismi e paternalismi⁴⁴⁶, che, di chiara ispirazione eticizzante, ne mutano natura e funzione⁴⁴⁷.

Irrigidendo la risposta penale di fronte alla commissione di fatti penalmente rilevanti commessi dagli immigrati sotto l'influsso della cultura d'origine, la nostra politica legislativa si mostra paternalisticamente 'intollerante', privilegiando le esigenze di tutela della vittima a scapito delle garanzie. Una ragionevole gestione della diversità impone, invece, di non cedere, sul piano normativo, a tendenze soggettivistiche che, sfociando in una teoria normativa del tipo d'autore⁴⁴⁸, si pongono al di fuori dei principi cardine del diritto penale così come costituzionalmente delineati.

Anche le decisioni giudiziarie poc' anzi commentate se non mostrano proprio lo stesso atteggiamento di intolleranza del legislatore, quanto meno denotano una palese indifferenza verso la diversità culturale degli imputati⁴⁴⁹. Per fortuna, però, in alcune pronunce le autorità giudiziarie si sono opposte alle derive assimilazioniste-discriminatorie della legislazione, recuperando sul piano applicativo le garanzie che si sono perse sul piano normativo. Tuttavia, come già osservato nel capitolo precedente, affidare alla sensibilità di singoli organi giudicanti il bene più prezioso dell'individuo, ovvero la sua libertà, è una scommessa che un diritto penale rispettoso dei principi costituzionali dell'uguaglianza e della certezza giuridica non può permettersi di accettare. È per questa ragione che in Italia, oggi, attenta dottrina discute sull'opportunità di conferire rilevanza in sede penale al fattore/motivo culturale e, nella convinzione che una soluzione normativa unitaria al problema possa frenare gli arbitri giudiziali, sta tentando di adattare le tradizionali categorie dogmatiche alla multiculturalità dell'attuale società italiana.

⁴⁴⁶ Sui rapporti tra diritto penale e paternalismo, A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, cit., p. 83 ss.; AA. VV., *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, Milano, 2010, *passim* e spec. p. 103 ss. e p. 143 ss.

⁴⁴⁷ A. SESSA, *Cittadinanza espansiva, politiche di integrazione e motivazione culturale al reato: profili storico-dogmatici e di politica criminale*. In corso di pubblicazione.

⁴⁴⁸ Sul punto, A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Crit. dir.*, 2013, 29 ss.

⁴⁴⁹ Le pronunce che si esprimono in senso favorevole al reo sono, come già spiegato nel capitolo precedente, piuttosto isolate.

CAPITOLO TERZO

MOTIVO CULTURALE E STRUTTURA DEL REATO. PROSPETTIVE *DE LEGE LATA* E *DE LEGE FERENDA*

1. Premessa.

Se nell'attuale Italia multiculturale legislatore e giudici si mostrano tendenzialmente refrattari a riconoscere al 'motivo culturale' un rilievo *pro reo*, la dottrina, al contrario, è decisamente più possibilista sul punto, anche se non è ancora riuscita a trovare soluzioni e metodi di analisi univoci. Nel panorama dottrinale italiano, infatti, l'"enigma multiculturale" rappresenta un terreno d'indagine relativamente nuovo, oggetto di un'elaborazione ancora *in fieri* e suggestionata in modo penetrante dall'esperienza comparata⁴⁵⁰.

Sotto il profilo strutturale, l'alternativa è tra: 1) un paradigma particolare o pluralistico di soluzioni, che affronta la problematica dei reati culturalmente motivati in modo frammentario e si caratterizza, perciò, per la diversità delle opzioni sistematico-

⁴⁵⁰ È nelle aule giudiziarie statunitensi che è emerso per la prima volta il problema della rilevanza da attribuire in sede penale al fattore culturale. Le vicende processuali che hanno scatenato il dibattito, i c.d. *leading cases*, traevano origine da episodi delittuosi verificatisi all'interno delle comunità immigrate di origine asiatica. Si è trattato, in particolare, dell'omicidio dei propri figli ad opera di una donna giapponese tradita dal marito, in ossequio ad una pratica tradizionale che prevede tale gesto estremo come reazione all'onta familiare subita con l'infedeltà. dell'omicidio commesso da un immigrato cinese ai danni della propria moglie che gli aveva confessato di avere una relazione extraconiugale⁴⁵⁰; della violenza sessuale e del sequestro di persona a danno della propria fidanzata ad opera di un ragazzo laotiano che aveva inteso realizzare una forma di "matrimonio per rapimento", tipico della sua tradizione culturale. Nelle aule di giustizia nordamericane non si parla di *cultural defenses* – non esistono infatti apposite clausole volte a valorizzare la matrice culturale di una condotta –, bensì di *cultural evidence*, ossia di una strategia processuale utilizzata dai colleghi difensivi per cercare di escludere o quanto meno diminuire la responsabilità dei loro assistiti, basata sull'allegazione di prove relative ai costumi e alle usanze tipiche del gruppo etnico cui appartiene l'imputato. Mancando apposite norme alle quali ricondurre la connotazione culturale del fatto di reato, il fattore culturale è stato attratto nel perimetro applicativo di alcune tradizionali *defense* codificate (*insanity defense, diminished capacity, mistake of fact*).

Così, ad esempio, sottolineando come nei contesti socio-culturali di appartenenza degli imputati le conseguenze psicologiche, familiari e sociali generate dalla scoperta dell'infedeltà del coniuge possono risultare così amplificate da rendere ortodosse reazioni abnormi (quali l'omicidio della moglie adultera o dei figli), i difensori sono giunti a dimostrare come la condizione psichica del soggetto al momento del fatto fosse incompatibile con quella richiesta per la configurabilità del reato ascritto, residuando un titolo di responsabilità di grado inferiore.

sanzionatorie, individuate a seconda del tipo di reato culturalmente motivato che viene in rilievo⁴⁵¹; 2) un paradigma generale o monotipico di soluzione onnicomprensivo, adattabile, cioè, a tutte le tipologie di reato culturalmente motivato⁴⁵².

Mentre la giurisprudenza ha decisamente adottato il modello c.d. pluralistico – come è agevole evincere dalle decisioni che abbiamo commentato nel capitolo precedente –, non senza generare inaccettabili disparità di trattamento, la dottrina non esclude la possibilità di accordare preferenza ad un modello unitario di soluzione, valevole per tutti i reati culturalmente motivati. All'interno di questo orientamento si distingue la posizione di quanti escludono dall'opzione sistematico-sanzionatoria favorevole all'autore culturale tutti i fatti delittuosi che offendono i diritti umani⁴⁵³ o quelle che Ferrajoli chiama “immunità fondamentali”⁴⁵⁴.

Tale esclusione, a nostro avviso, è alquanto discutibile, perché trascura il fatto che le condotte più frequentemente poste in essere dai migranti sotto l'influsso della cultura d'origine sono proprio offensive dei diritti fondamentali della persona. Rinunciare in partenza a ricercare soluzioni sistematiche che possano tener conto dell'incidenza del fattore culturale anche in simili ipotesi criminose significa svolgere non solo un'indagine parziale, ma anche adottare una visione eccessivamente etnocentrica del diritto penale. Se è senz'altro indubbio che quest'ultimo non può non intervenire quando ad essere lesi siano i diritti fondamentali dell'individuo, altrettanto incontestabile è il rilievo secondo cui, nell'irrogare una sanzione, il potere punitivo deve tener conto di tutta una serie di elementi e calibrare su di essi l'intervento. Valutare il fattore culturale anche in relazione a fatti lesivi di diritti fondamentali non significa propendere per un giudizio di assoluzione dell'autore culturale, ma semplicemente offrirgli le stesse garanzie generalmente concesse ai delinquenti comuni: si tratta, cioè, di inserire nella valutazione del fatto di reato una pluralità di elementi che dovrebbero in ogni caso essere presi in considerazione per addivenire ad un addebito di responsabilità che possa definirsi realmente “personale”.

⁴⁵¹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit.,

⁴⁵² È l'approccio di C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 244 ss.

⁴⁵³ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 165-166. In particolare, l'Autrice esclude categoricamente dalla sua analisi quei fatti che pur rientrando nella categoria dei reati culturalmente motivati, ledono le c.d. immunità fondamentali, ritenendoli a monte non meritevoli di alcun trattamento favorevole.

⁴⁵⁴ Si tratta del diritto alla vita e di tutti i diritti di libertà personale. Sul punto, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. II, cit., p. 325 ss.

Intorno ai reati culturalmente motivati si intrecciano, come abbiamo visto, oltre che questioni di politica-criminale, anche basilari interrogativi attinenti alla valenza formale o sostanziale del principio di uguaglianza. In stretta connessione con il principio di uguaglianza viene inevitabilmente in rilievo anche e soprattutto il principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27, comma 1 Cost.*: i casi esemplificativi trattati in precedenza conducono ad interrogarsi, da un lato, su quanto sia effettivamente *esigibile* da parte dell' "autore culturale" l'osservanza del precetto penale; dall'altro, sulla possibilità di valorizzare al massimo il profilo della personalizzazione della responsabilità, ossia il fulcro della c.d. concezione normativa della colpevolezza⁴⁵⁵.

Il reato culturalmente motivato, come osservato, è un comportamento che origina da un conflitto etnico-culturale⁴⁵⁶: il nostro obiettivo in questa fase finale dell'indagine sarà verificare se tale situazione conflittuale è in grado di incidere sulla struttura del reato, quindi sulle tradizionali categorie dogmatiche (tipicità, antiggiuridicità, colpevolezza/responsabilità) o semplicemente sulla commisurazione della pena.

Questa verifica verrà condotta seguendo l'impostazione sistematica di quell'attenta ed autorevole dottrina che, promuovendo l'integrazione della scienza penale con la politica criminale, ha saputo "leggere" le tre categorie tradizionali dall'angolo visuale della loro funzione politico-criminale⁴⁵⁷. In particolare, per questa elaborazione sistematica, il fatto serve a soddisfare esigenze di determinatezza/tassatività, affermate dal principio di

⁴⁵⁵ Sul concetto normativo di colpevolezza, G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Milano, 1930, p. 84 ss.; D. SANTAMARIA, *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, 1960, 646 ss. ; C. FIORE - S.FIORE, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 143 ss.

⁴⁵⁶ Si tratta di un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo etnico di minoranza, che è considerato reato dalle norme del sistema della cultura dominante. Lo stesso comportamento, nella cultura del gruppo di appartenenza dell'agente, è invece autorizzato, accettato come normale, o è approvato, o, in determinate situazioni, addirittura imposto. Per la definizione di reato culturalmente motivato, rinviamo al § 4 del capitolo I. Ricordiamo per chiarezza espositiva che abbiamo accordato la nostra preferenza alla definizione fornita da C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 31.

Secondo l'Autrice, affinché possa parlarsi di "fatto culturalmente motivato" devono ricorrere i seguenti requisiti: 1) il *motivo culturale*. Bisognerà stabilire se la causa psichica che ha determinato il soggetto a commettere il reato trova una spiegazione nel suo bagaglio culturale; 2) la *coincidenza di reazione*. Sarà necessario dimostrare che il "motivo culturale" non fa parte solo dell'etica individuale dell'agente, ma è anche espressione di una tradizione culturale ben radicata nel gruppo etnico di appartenenza. Sarà indispensabile, cioè, accertare che anche gli altri componenti della comunità valutino la situazione concreta nello stesso modo in cui l'ha valutata l'imputato; 3) il *divario tra culture*. La cultura del gruppo etnico di minoranza a cui appartiene il reo dovrà essere confrontata con quella del Paese ospitante, in modo da individuare le differenze tra i due sistemi di valore: se il divario è consistente, allora si potrà concludere che ci si trova al cospetto di un fatto culturalmente motivato.

⁴⁵⁷ C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, , 1970, 2^aed., Berlin-New York 1973, trad. it. a cura di S. MOCCIA, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986, pp. 35-36 e p. 40.

legalità; l'antigiuridicità rappresenta il luogo in cui trovano risoluzione i conflitti individuali e/o superindividuali e la colpevolezza funge da limite garantistico all'esercizio della pretesa punitiva, intesa in termini di prevenzione. In realtà, quest'ultima, finisce così per divenire una delle componenti di una rinnovata terza categoria del reato, denominata responsabilità⁴⁵⁸.

I referenti teleologici delle tre funzioni politico-criminali individuate nelle tre categorie del reato, sono stati rinvenuti, rispettivamente, nella tutela della libertà (tipicità), nella soluzione dei conflitti sociali (antigiuridicità) e nell'esplicazione delle finalità di prevenzione (colpevolezza/responsabilità).

2. Motivo culturale e tipicità. Il problema delle deroghe al principio di territorialità della legge penale.

Nell'analisi dei rapporti tra multiculturalismo e tipicità viene immediatamente in rilievo la posizione di quella parte della dottrina – per la verità nettamente minoritaria – che rifiuta soluzioni caute e di compromesso, proponendone altre più radicali, in grado di incidere già sul terreno del fatto tipico⁴⁵⁹.

Tale impostazione teorica prende le mosse da un fatto di cronaca – o forse una semplice leggenda metropolitana – verificatosi a Venezia qualche anno fa. Un medico olandese, assecondando il desiderio della moglie, malata in fase terminale, di esalare l'ultimo respiro nella città lagunare, le praticava un trattamento eutanasi nel pieno rispetto della sua legge nazionale. Dopo l'intervento il marito portava in Olanda il corpo della donna nella più totale segretezza e qualche tempo dopo riferiva l'accaduto in un libro di memorie. Vicende come queste, a parere di chi le riporta a supporto della propria tesi, metterebbero in crisi la razionalità del sistema punitivo. Un medesimo fatto, infatti, sarebbe sottoposto, a parità di protagonisti e di modalità d'azione, a qualificazioni penalistiche antitetiche in ragione del luogo della sua commissione: la condotta del

⁴⁵⁸ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 88 ss.

⁴⁵⁹ Ci riferiamo alla posizione di D. MICHELETTI, Contraddittore a C. Grandi, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in AA. VV., *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, a cura di DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO, Torino, 2007, p. 372 ss.

medico, ad esempio, in Olanda è perfettamente lecita, in Italia, invece, è gravemente punita.

«Che dire, allora, degli stranieri musulmani legittimamente residenti nel nostro Paese e costretti ad espatriare *pro tempore* per contrarre un secondo matrimonio; o degli immigrati cinesi impossibilitati ad avvalersi di alcune sostanze “farmacologiche” tradizionalmente somministrate nel loro Paese d’origine, senza esporre il terapeuta all’accuso di esercizio abusivo della professione, se non a quella di lesioni colpose per le complicazioni renali che spesso accompagnano l’assunzione di queste sostanze. Per non parlare poi delle numerose prassi educative, familiari o sessuali, considerate perfettamente lecite anche secondo il nostro ordinamento se commesse dal migrante prima di entrare in Italia, ed automaticamente ascritte all’area della tipicità penale non appena il soggetto varca la frontiera. Ha senso – questo è l’interrogativo dischiuso dal multiculturalismo nel diritto penale – che un ordinamento giuridico discrimini in modo così radicale la rilevanza penale di un fatto in base al luogo di realizzazione? Di più: che ribalti completamente il proprio giudizio, trasformando diritti e facoltà in reati?»⁴⁶⁰. Una simile “feticismo territoriale” contrasterebbe con le stesse funzioni della pena quale strumento d’integrazione sociale, «stante l’ininfluenza di taluni comportamenti a matrice culturale a incrinare la stabilità sociale del precetto formalmente trasgredito»⁴⁶¹. Un esempio paradigmatico è il reato di bigamia⁴⁶²: se il bene giuridico da esso presidiato è il principio monogamico, cui il nostro ordinamento si conforma, esso non può dirsi messo a repentaglio dall’opzione poligamica adottata da altri popoli e da altri ordinamenti; nessuna lesione dell’art. 556 c.p. può derivare dal secondo matrimonio contratto dal musulmano straniero, indipendentemente dal fatto che esso sia stato celebrato in Italia piuttosto che all’estero.

Sulla scorta di tali considerazioni, questa parte della dottrina ritiene che il comportamento culturalmente condizionato non dovrebbe essere trattato con

⁴⁶⁰ D. MICHELETTI, Contraddittore a C. Grandi, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell’arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 373-374.

⁴⁶¹ D. MICHELETTI, *op. loc. cit.*, p. 374.

⁴⁶² Sul delitto di bigamia in generale, G. D. PISAPIA, *Problemi in tema di bigamia*, Modena, 1959; ID., *Bigamia*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 363 ss.; ID., *Bigamia*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 396 ss.; I. COLACCI, *Il delitto di bigamia*, Napoli, 1958, *passim*. Sulla sua configurabilità nella società multiculturale italiana, M. D’ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. famiglia*, 1, 2004, 189 ss.; P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Dir. famiglia*, 4, 2012, 1866 ss.

benevolenza, ma per quello che realmente è: «ossia un fatto completamente inidoneo a minare la validità sociale della regola di condotta penalmente presidiata»⁴⁶³. Non è alle categorie dell'antigiuridicità e della colpevolezza cui bisogna fare riferimento quando si tratta di attribuire rilievo al fattore culturale, ma è a “monte” che bisogna intervenire, impedendo *ab imis* che il legislatore esprima un giudizio di illiceità nei confronti di azioni inoffensive, sebbene conformi al modello legale, in quanto si tratta di condotte culturalmente esogene rispetto al gruppo sociale che ha prodotto la norma penale e al quale questa si rivolge. Ciò significa che è sulle categorie della tipicità e dell'efficacia della legge penale che bisognerebbe far leva per evitare che il sistema penale si interessi di fatti incapaci di attentare al bene giuridico tutelato. Il presupposto su cui si fonda la tesi è che le norme penali sono intrinsecamente connotate da una certa dose di relativismo politico e sociale, come testimoniano l'elevato numero e l'eterogeneità delle scelte punitive che si compiono nell'ambito di una medesima area culturale.

«Sono forse maturi i tempi per circoscrivere anche soggettivamente l'area della tipicità penale, così da limitarne l'ampiezza in funzione delle qualità soggettive dell'autore e del soggetto passivo, o meglio della loro nazionalità»⁴⁶⁴.

La proposta in esame si snoda in una duplice direzione: in primo luogo, auspica l'introduzione del requisito della cittadinanza italiana come elemento costitutivo delle fattispecie incriminatrici caratterizzate da un alto tasso di relativismo culturale (come la bigamia), svincolando del tutto la loro efficacia spaziale dal requisito della territorialità. Se il cittadino straniero dovesse commettere, quindi, sul territorio italiano un fatto considerato reato dalla nostra legge nazionale, non soltanto andrà esente da pena, ma il suo comportamento non sarà neanche considerato tipico. La contropartita di una simile impostazione è che il cittadino italiano, invece, qualora dovesse realizzare all'estero un comportamento che nel Paese d'arrivo è pienamente lecito, ma che in Italia è punito, sarà sottoposto alla nostra legge e non a quella del luogo di commissione del fatto.

Ovviamente, non tutte le fattispecie incriminatrici si prestano a una restrizione della tipicità in funzione della nazionalità dell'autore: quando ad essere lesi sono i diritti fondamentali della persona, forzare il modello della tipicità penale in funzione della provenienza dell'agente equivarrebbe a privare la vittima di un'adeguata tutela penale.

⁴⁶³ D. MICHELETTI, *op. loc. cit.*, p. 375.

⁴⁶⁴ D. MICHELETTI, *op. loc. cit.*, p. 375.

Ad ogni modo, la tipicità di alcune fattispecie può essere ristretta mediante l'inserimento di una clausola derogativa interna al principio di territorialità, da introdursi tra gli attuali commi 1 e 2 dell'art. 3 c.p., che potrebbe essere modificato nel modo seguente: «*Salvo istanza della persona offesa, la legge penale italiana non si applica quando il fatto, sebbene verificatosi nel territorio dello Stato, è commesso da uno straniero ai danni di uno straniero e risulta lecito secondo il diritto dello Stato di cittadinanza*»⁴⁶⁵.

Il fulcro della disposizione è ravvisabile nell'espressione "diritto dello Stato di cittadinanza": il riferimento al diritto straniero ha un'indubbia funzione selettiva, in quanto permette di evitare che vengano considerate non punibili condotte altamente offensive di beni giuridici significativi e che sono perseguite anche nei Paesi di provenienza dei migranti.

Non meno importante è la seconda condizione tecnico-giuridica richiesta dalla disposizione: la subordinazione dell'applicazione delle legge penale nazionale all'"istanza della persona offesa". La locuzione, ad avviso di chi l'ha formulata, avrebbe lo scopo di assecondare le istanze di difesa dello straniero il cui *status civitatis* non può presuntivamente tradursi in un deficit di tutela. Non dovrebbe, cioè, essere impedita allo straniero la possibilità di invocare la nostra legge penale per ottenere forme di protezione garantite a tutti i cittadini.

Orbene, una simile proposta dottrinale, seppur indubbiamente innovativa e suggestiva, non ci convince affatto⁴⁶⁶. Innanzitutto, essa non prende minimamente in considerazione la posizione di quei migranti che sono diventati a tutti gli effetti cittadini italiani, ma che tuttavia nella vita quotidiana si rifanno a principi religiosi ed etici del Paese di provenienza, sentendo ancora forti gli imperativi della cultura d'origine. Il riconoscimento della cittadinanza si rivelerebbe per questi soggetti uno strumento ambivalente o, meglio, ci sia consentita l'espressione, "un'arma a doppio taglio": se da un lato facilita l'inserimento del migrante nel nuovo tessuto sociale perché gli attribuisce nuovi diritti, dall'altro gli preclude la possibilità di sottostare alla legge penale del suo Stato qualora commetta un fatto considerato reato in Italia, ma ritenuto

⁴⁶⁵ D. MICHELETTI, *op. loc. cit.*, p. 376.

⁴⁶⁶ Per un'analisi critica della proposta, G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, cit., pp. 179-181.

lecito dall'ordinamento di provenienza. Se venisse accolta la soluzione in esame, quella cittadinanza che il migrante acquisisce con fatica e a prezzo di enormi sacrifici diventerebbe un elemento capace di elevare al crisma della rilevanza penale una determinata condotta, finendo per discriminarlo rispetto a chi non l'ha ancora acquisita. In estrema sintesi, la cittadinanza renderebbe sul piano dei diritti il migrante uguale ai membri della cultura dominante, ma al contempo, quanto al trattamento penale, diverso rispetto agli altri migranti non ancora cittadini italiani. La cittadinanza genererebbe, cioè, una sorta di discriminazione a rovescio, con inevitabili ripercussioni sulla tenuta e sull'effettività dell'intero sistema penale.

In secondo luogo, la proposta in esame, nel subordinare l'applicazione della legge italiana all'istanza della persona offesa, finisce per rendere la vittima del reato arbitro della tipicità penale e non soltanto della procedibilità, come generalmente accade. In altre parole, sarà la vittima a decidere del valore o del disvalore sociale di una determinata condotta, non più il legislatore, e ciò non può non apparire in palese contrasto con il principio di legalità formale *ex art. 25, comma 2 Cost.*

In terzo luogo, anche se la proposta è accompagnata dall'avvertenza che essa non può valere in caso di condotte lesive dei diritti fondamentali della persona, non è per nulla chiaro il confine che intende tracciare, cioè a quali tipologie di reati culturalmente motivati intende rivolgersi, e tutto questo non può che risolversi in una palese violazione del principio di determinatezza/tassatività.

Anche se la soluzione prospettata non è poi così assurda in riferimento al delitto di bigamia – che però, si badi bene, è un delitto senza vittima –, riteniamo che, in prospettiva *de iure condendo*, per quanto concerne il delitto in questione, sia sicuramente più ragionevole, efficace – e soprattutto costituzionalmente legittima – una depenalizzazione ad opera del legislatore. La bigamia, infatti, rappresenta la stigmatizzazione legale di una condotta che non è in grado di recare offesa ad alcuno – anzi, il bene giuridico tutelato non può non apparire ambiguo, anacronistico ed evanescente – ma viola semplicemente dei codici etici o religiosi. Il matrimonio bigamo, infatti, nella maggioranza dei casi non produce effetti dannosi poiché è

legalmente nullo, la tutela penale, quindi, non è necessaria, essendo già sufficiente quella civilistica⁴⁶⁷.

2.1. L'appartenenza religiosa come "giustificato motivo" che esclude la tipicità.

Le nostre riflessioni sui rapporti tra multiculturalismo e tipicità proseguono con l'analisi di due recenti casi giudiziari decisi dal Tribunale di Cremona, aventi a oggetto due condotte penalmente rilevanti condizionate dalla religione e dalla cultura del soggetto agente.

Caso 1. Un indiano seguace della religione del *sikhismo*⁴⁶⁸ viene sorpreso in un centro commerciale di Cremona con al collo il *kirpan*⁴⁶⁹, un coiletto rituale simbolo di

⁴⁶⁷ Cfr. per tutti, J. FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, New York, 1986, pp. 265-266, il quale afferma che, nelle ipotesi in cui non vi sia inganno nei confronti delle due donne, gli interessi personali e di ordine pubblico sono già garantiti dal principio giuridico della non validità di due matrimoni contemporaneamente. Le due donne, dunque, non avrebbero di che recriminare: non la prima, che potrà divorziare, non la seconda, che semmai è complice. Favorevole alla criminalizzazione della bigamia si è mostrato, invece, M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1000, il quale ha ravvisato il fondamento dell'incriminazione nella tutela dell' «unicità del vincolo giuridico creatosi con il primo matrimonio, che fino a prova contraria è ancora oggi alla base della formazione della famiglia tipo delle nostre società».

⁴⁶⁸ Sikhismo deriva dalla parola *sikh*, che significa "discepolo". Si tratta di una religione monoteista nata nel XV secolo e fondata sull'insegnamento di dieci guru che si sono succeduti dal 1469 al 1708. I sikh vivono principalmente nel Punjab (Nord-India). Pregano il Creatore onnipotente ed onnipotente, che si manifesta attraverso il Creato e che è raggiungibile grazie alla preghiera e all'aiuto di una guida, il guru, cioè colui che dà la luce (saggezza) al buio (l'ignoranza).

Il Sikhismo si basa su tre principi: 1) ricordare il Creatore in ogni momento; 2) Guadagnare lavorando onestamente; 3) condividere il guadagno. Le Sacre Scritture non riconoscono il sistema delle caste e nemmeno approvano l'adorazione degli idoli, i rituali e le superstizioni. I sikh considerano venerabile solo la parola del Creatore rappresentata dalle Sacre Scritture dei guru.

I guru sikh non hanno sostenuto la necessità della vita ascetica e dell'isolamento dal mondo per guadagnare la salvezza. Quest'ultima può essere raggiunta da chiunque si mantenga onestamente e conduca una vita normale. Non esiste un clero nel Sikhismo.

Ai sikh è proibito ogni tipo di dipendenza da sostanze, come l'alcol, tabacco e altro; in più non possono mangiare qualsiasi tipo di carne, pesce e uova; o tagliarsi i capelli/peli del corpo. Un sikh deve considerare la moglie di un altro uomo alla stregua di sorella o madre, e la figlia di un altro come sua. La stessa regola è applicata anche alle donne. Le informazioni e le curiosità sul Sikhismo sono reperibili sul sito ufficiale www.sikhs.org.

⁴⁶⁹ Il *kirpan* è una delle 5 K, ovvero i cinque articoli di fede che indossano tutti i Sikh. Sono cinque accessori che vengono indossati per dimostrare la propria affiliazione al Sikhismo: la *khand*, effigie simbolo della religione *sikh*, raffigurante un pugnale centrale contornato da due scimitarre esterne, emblema del potere spirituale e di quello temporale; la *khang*, un pettine che vuol significare la pulizia e la cura della persona, la quale è creatura di Dio e dunque anche sua immagine speculare; il *kara*, braccialetto metallico che ricorda il principio del non rubare e l'infinità di Dio; e il *kachera*, un paio di lunghe mutande. Ultimo segno distintivo dell'appartenenza alla religione *sikh*, sono i capelli lunghi, chiamati *kesh*. *Kirpan* deriva dalle parole *kirpa* (che significa "atto di gentilezza", "benedizione" o "favore") e *aan* (che significa: onore, rispetto o autostima). Così, per i Sikh, il *kirpan* rappresenta l'impegno per il rispetto di sé e per la propria libertà di spirito. Il Sikh che lo indossa è simbolicamente un soldato dell'*Armata di Dio* e lo utilizza per proteggere i deboli e i bisognosi e come difesa personale, ma

appartenenza alla sua religione. Viene accusato del reato di porto d'armi ed oggetti atti ad offendere in base all'art. 4, comma 2, l. 110/1975⁴⁷⁰.

Per inquadrare correttamente la vicenda è opportuno sottolineare che, al momento in cui è stato identificato dalle forze dell'ordine, l'imputato oltre a portare il *kirpan*, indossava anche l'abito talare tradizionale indiano e il turbante tipico dei seguaci *sikh*.

I primi due commi dell'art. 4 l. 110/1975 distinguono a seconda che il porto abbia a oggetto armi - da sparo o da taglio - oppure strumenti atti a offendere⁴⁷¹. Per le armi comuni da sparo e le altre armi c.d. proprie, il legislatore del '75, al comma 1 dell'art. 4 ha stabilito il divieto di porto al di fuori della propria abitazione o delle sue pertinenze, a meno che questo non sia stato autorizzato dall'Autorità amministrativa. Il secondo comma della medesima norma prevede, invece, per le armi c.d. improprie, il divieto di porto esclusivamente quando quest'ultimo avvenga in assenza di un "giustificato motivo".

Tale differenza di disciplina risulta coerente con la diversa natura e la differente finalità degli oggetti in questione. Le "armi proprie" sono oggetti intrinsecamente destinati all'offesa; le "armi improprie", invece, sono strumenti soltanto astrattamente idonei ad arrecare una lesione, infatti, nonostante la loro idoneità a ledere, possono essere utilizzate nella quotidianità per fini legittimi e utili. Il "giustificato motivo" che esclude la rilevanza penale della condotta altro non è che l'impiego dell'arma impropria secondo quello che è il suo scopo attuale e socialmente condivisibile o riconducibile a una norma giuridica. Una tale lettura è confermata dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁷², che ritiene il porto lecito qualora quest'ultimo sia finalizzato all'utilizzo dell'oggetto in conformità alla sua destinazione naturale. La condotta non è penalmente rilevante quando sussiste un "giustificato motivo", cioè quando l'oggetto viene impiegato

mai per offendere. Secondo un comandamento religioso dettato da Guru Gobind Singh (il decimo Guru Sikh), tutti i Sikh devono indossare un *kirpan* in ogni momento, come se fosse una parte integrante del loro corpo. Per informazioni supplementari sugli usi e i costumi dei Sikh, www.sikhs.org.

⁴⁷⁰ Trib. Cremona, n. 15/2009, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, con nota di A. PROVERA, *Il giustificato motivo: la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, 972 ss.

⁴⁷¹ L. PISTORELLI, *Commentario alle disposizioni per il controllo delle armi*, in A. CRESPI-G. FORTI-G. ZUCALÀ, *Commentario breve al Codice Penale*, Padova, V ed., 2007, p. 2113. La definizione di arma propria non da sparo (c.d. arma bianca) si ricava, invece, dall'art. 585, comma 2, c.p., che distingue fra le armi c.d. proprie, strumenti destinati naturalmente all'offesa (art. 585, comma 2 n. 1, c.p.) e c.d. improprie, strumenti atti ad offendere. Sul punto, F. PALAZZO, *Armi, esplosivi e munizioni nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, 259 ss.

⁴⁷² Cass., Sez. Un., 31 luglio 1997, n. 7739, Mosconi, in *Foro it.*, 1998, II, 86 ss.

secondo la sua normale destinazione, oppure per un altro scopo connesso con la predetta finalità e in rapporto di tipicità con questa, sempre che coesistano il concorrente intento di uso lecito dell'oggetto e la giusta proporzione tra l'uso concreto e quello tipico dello strumento⁴⁷³.

Da ciò discende dunque l'obbligo per il giudice di valutare, in primo luogo, quale sia la finalità tipica di ogni strumento qualificabile come "arma impropria" e, successivamente, accertare che le caratteristiche oggettive - modalità di verifica del fatto - e soggettive - condizioni personali dell'agente - siano conformi al perseguimento di suddetto scopo⁴⁷⁴.

Con riguardo al porto del *kirpan*, il giudice cremonese, applicando in concreto questo schema logico bipartito, è giunto, nella prima fase, a individuare esattamente la natura della cosa. Confermando l'opinione espressa dagli agenti di polizia giudiziaria nella loro deposizione testimoniale, il giudice ha ritenuto il *kirpan* un coltello e non un pugnale e quindi un'arma impropria; per giungere a tale esatta qualificazione, ha, però, necessariamente dovuto analizzare il significato attribuito a quest'ultimo dal *sikhismo*.

Ogni appartenente a questa religione fa uso abitualmente di un vestiario rituale, che comprende il *kirpan*, simbolo di resistenza al male. Se è questa la funzione dell'oggetto, il porto di quest'ultimo da parte di un credente non sembra assumere alcuna finalità lesiva: la condotta dell'agente trova un valido supporto normativo negli artt. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e nell'art. 19 della Costituzione, che riconoscono a tutti il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitare in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume. Se, come afferma la sentenza, «deve pacificamente ritenersi insussistente il reato quando il porto, fuori della proprio 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

⁴⁷³ G. CIVELLO, *Commento sub art. 4 l. 110/1975*, in M. RONCO-S. ARDIZZONE (a cura di), *Codice Penale ipertestuale. Leggi complementari*, Torino, 2007, p. 302.

⁴⁷⁴ Questa modalità di accertamento giudiziale è ripresa dalla già ricordata Cass., Sez. Un., 31 luglio 1997, n. 7739, cit., 88.

in quest'ultimo esempio il giustificato motivo "quello religioso" risiede addirittura nell'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito»⁴⁷⁵.

Il credo religioso ha escluso la tipicità anche nell'altra vicenda che qui riportiamo.

Una donna musulmana, moglie di un imputato, si presenta, al fine di assistere al processo, all'ingresso di un'aula della Corte d'Assise di Cremona, indossando il *burqa*. Alla richiesta degli ufficiali di polizia giudiziaria di mostrare il volto per il riconoscimento non oppone resistenza, esibendo la carta d'identità e alzando il velo di fronte ad agenti di sesso femminile. Viene però denunciata ai sensi dell'art. 5 l. 152/1975, perché "in luogo pubblico, senza giustificato motivo, indossava un velo che, coprendole il volto, ne rendeva difficile il riconoscimento da parte delle forze dell'ordine". Com'è noto, la norma punisce "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".

La cittadina tunisina è stata, a seguito del processo di primo grado, assolta con la formula "perché il fatto non sussiste". Il Tribunale di Cremona ha correttamente rilevato come l'uso del *burqa* per motivi religiosi non costituisce di per sé reato: quest'ultimo si configura solo qualora le esigenze di ordine o sicurezza pubblica impongano di procedere all'identificazione della persona che indossa quell'indumento ed essa rifiuti di farsi identificare.

Non è questa la sede per riflettere sull'evanescenza dei beni giuridici – sicurezza e ordine pubblico⁴⁷⁶ – alla cui tutela è stato preposto l'art. 5 della Legge Reale, qui preme semplicemente rilevare come le due vicende in commento lambiscano la tematica dei reati culturalmente motivati, senza tuttavia affrontarla direttamente. A venire in evidenza non è propriamente la questione della rilevanza da attribuire in sede penale al fattore culturale, quanto quella dell'assenza di offensività nelle condotte contestate agli imputati: in entrambi i casi di specie, infatti, i fatti risultano *ab origine* non offensivi del bene giuridico di riferimento, e non soltanto perché espressione della libertà religiosa

⁴⁷⁵ Trib. Cremona, 19 febbraio 2009.

⁴⁷⁶ Sull'evanescenza del bene giuridico dell' "ordine pubblico", cfr. per tutti, S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.; A. SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Trattato di diritto penale*, vol. V, *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, pp. 1-138; C. FIORE, *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, 1084 ss.

costituzionalmente tutelata all'art. 19 della Costituzione⁴⁷⁷, ma perché completamente inidonei ad arrecare un'offesa ai beni giuridici tutelati dall'art. 4 della l. 110/1975 e dall'art. 5 della l. 152/1975.

Nelle due vicende giudiziarie, tuttavia, gli imputati vengono assolti non perché i fatti da loro posti in essere sono privi del necessario carattere offensivo – e quindi non penalmente tipici –, ma in quanto giustificati da un “motivo culturale o religioso”, che si ritiene integri il “giustificato motivo” previsto dalle due norme come causa di esclusione della tipicità.

Le due sentenze in commento, seppur non strettamente collegate alla tematica del multiculturalismo, offrono comunque lo spunto per evidenziare che in singole fattispecie l'appartenenza culturale o religiosa, grazie al “giustificato motivo”, può divenire, in via interpretativa, un limite della tipicità. D'altronde sarebbe priva di significato l'applicazione di una norma incriminatrice a una condotta concreta che, proprio in ragione del condizionamento culturale o religioso, non offendesse il bene alla cui tutela è preordinata la norma stessa; infatti ogni norma giuridica incontra il suo limite naturale nella *ratio* che ne giustifica l'esistenza⁴⁷⁸.

È lecito, quindi, domandarsi se la religione, o più in generale la cultura, possano condurre ad attribuire ad oggetti e condotte un significato tale da mutarne l'essenza e la finalità. Questo quesito non può che avere per ora lo statuto di mera ipotesi, difettando ancora uno studio approfondito sul tema. Ad ogni modo, se l'applicazione di alcune norme penali può essere condizionata dalla fede religiosa, diviene necessario interrogarsi - soprattutto nell'attuale società multiculturale - in quali altre fattispecie possa assumere rilievo l'appartenenza religiosa quale causa di esclusione della tipicità. In questo modo si getterebbero le basi per l'instaurazione di quel dialogo tra culture

⁴⁷⁷ Sul principio di offensività come vincolo per il legislatore e per l'interprete, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, 1973, 82 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 275 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientato*, cit., p. 133 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

⁴⁷⁸ P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, p. 108.

diverse - tanto auspicato da laici e religiosi⁴⁷⁹ -, la cui implementazione è uno dei principali compiti della democrazia.

Nella fase storica attuale un simile confronto tra orizzonti culturali differenti sembra, però, essere inibito dalla politica, la quale è totalmente incapace di pensare in ottica multiculturale, anzi, appare irrimediabilmente contraria alla possibilità di attribuire valore al condizionamento culturale o religioso. Di recente è stato addirittura presentato alla Camera dei deputati un disegno di legge volto a modificare l'art. 5 della l. 152/1975 in modo da vietare l'uso, in luogo pubblico o aperto al pubblico, degli "indumenti indossati in ragione della propria affiliazione religiosa", con esplicito riferimento ai copri capi della tradizione islamica⁴⁸⁰.

Il legislatore nella relazione definisce "urgenti" le misure proposte, ma consapevole che sarebbe risibile considerare urgente proibire alle donne islamiche di portare il velo, aggancia tale necessità alla lotta al terrorismo⁴⁸¹. La riforma, se fosse approvata, avrebbe alcune conseguenze immediate: in primo luogo, non si potrebbe ovviamente più considerare l'appartenenza religiosa un "giustificato motivo" - per via dell'esclusione di quest'ultimo dalla fattispecie - soprattutto con riferimento alla fede islamica, che viene citata espressamente nella relazione di presentazione, assieme allo *chador* e al *burqa*; in secondo luogo, sarebbe preclusa alla giurisprudenza qualsiasi valutazione in ordine alla sussistenza di un condizionamento religioso nei comportamenti oggetto di giudizio. Alcuni organi giudicanti, invece, come evidenziato poc'anzi, attualmente si mostrano molto aperti ad attribuire, in alcuni settori, rilevanza al condizionamento culturale.

Ci chiediamo se una tale modifica non sia destinata a creare un'evidente disarmonia nel sistema: infatti, mentre resterebbe lecito girare per strada con un coltello rituale-

⁴⁷⁹ Per tutti, F. STELLA, *Laicità e legislazione: aspetti penalistici*, in AA. VV., *Laicità: problemi e prospettive*. Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Milano, 1977, p. 315; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 497 ss.; J. RATZINGER, *Quel che tiene unito il mondo*, in J. HABERMAS-J. RATZINGER, *Etica, religione e Stato liberale*, Venezia, 2005, pp. 55-57.

⁴⁸⁰ Proposta di legge n. 2769, presentata alla Camera il 2 ottobre 2009 e reperibile sul sito www.camera.it

⁴⁸¹ Il legislatore, in particolare, nella relazione che accompagna la proposta di legge si riferisce agli attentati terroristici di matrice jihadista. Per un'analisi critica della normativa italiana in materia di terrorismo, per tutti, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013.

religioso, al contrario, sarebbe punibile la condotta di chi in luogo pubblico indossa un *burqa* o uno *chador*.

La futuribile riforma appare censurabile sotto tre profili. Innanzitutto, essa mostra un'inaccettabile insensibilità del legislatore rispetto alla tematica del multiculturalismo, in totale dispregio delle norme costituzionali poste a tutela del pluralismo culturale; secondariamente, nella norma viene impiegata un'espressione, "*affiliazione religiosa*", che, oltre a non soddisfare i requisiti di determinatezza che una fattispecie penale deve obbligatoriamente possedere in virtù di quanto disposto dall'art. 25, comma 2 Cost., dimostra anche una conoscenza talmente superficiale delle fedi religiose, «da confonderle con la partecipazione a una associazione per delinquere»⁴⁸²; infine, poiché il "giustificato motivo" permarrebbe in altre fattispecie, la diversità di rilevanza che l'appartenenza culturale o religiosa avrebbe all'interno dell'ordinamento ci fa dubitare della legittimità costituzionale della riforma in relazione all'art. 3 della Costituzione. Risulta chiara la discriminazione delle fedeli musulmane rispetto ai credenti di altre religioni: l'appartenenza religiosa, infatti, manterrebbe solo nei confronti di questi la sua efficacia di esclusione della tipicità, come nel caso del *kirpan*.

Premesso ciò, va poi osservato come l'ambita modifica dell'art. 5 l. 152/1975, ritenendo astrattamente pericoloso per l'ordine pubblico passeggiare con un velo sul capo, si ponga anche in contrasto con i principi di offensività e ragionevolezza.

Un legislatore attento alle complesse problematiche di una società interculturale – sicuramente non risolvibili con un proverbiale "tratto di penna" – , piuttosto che inasprire sanzioni e assecondare inesistenti esigenze securitarie, dovrebbe avviare una seria riflessione sul significato dell'uso del velo e di qualsiasi strumento avente una caratterizzazione religiosa o culturale per valutarne in modo ragionevole l'offensività.

2.2. Dolo e coscienza dell'offesa. Reati naturali vs reati artificiali.

La nostra indagine sui rapporti tra multiculturalismo e tipicità si conclude vagliando la praticabilità di una soluzione orientata sul terreno dell'imputazione soggettiva, in particolare sul requisito della coscienza dell'offesa quale elemento costitutivo del

⁴⁸² A. PROVERA, *Il giustificato motivo: la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, cit., 979.

dolo⁴⁸³. Già da tempo, infatti, una parte della dottrina, occupandosi del delitto di mutilazione degli organi genitali femminili, ha abbracciato tale soluzione: i genitori che effettuano gli interventi sulle proprie figlie, non solo non pensano di “far male”, ma sono addirittura convinti di agire per il bene delle bambine. Infatti, le ragazze non mutilate rischiano l’isolamento della loro comunità, non possono maritarsi, né sono considerate veramente donne⁴⁸⁴

Com’è noto, il dolo sussiste tutte le volte in cui una determinata condotta sia sorretta dalla coscienza e dalla volontà di ledere il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. Non è necessario che l’autore si rappresenti la lesione del bene giuridico nell’interessezza delle sue implicazioni e con i caratteri che la contraddistinguono nell’elaborazione dei giuristi⁴⁸⁵, è sufficiente solo che egli si configuri il realizzarsi dei momenti di fatto su cui si radica l’offesa penalmente rilevante. Non si tratta di una generica consapevolezza del c.d. carattere antisociale del fatto, bensì della consapevolezza che il fatto realizzato presenta un contenuto di offesa all’interesse tutelato dalla norma.

La tesi secondo la quale tra gli attributi del dolo debba farsi rientrare anche la coscienza dell’offesa è stata sempre osteggiata da una parte tutt’altro che irrilevante della dottrina italiana, principalmente in base al rilievo secondo cui in tal modo si rischierebbe di inserire nel dolo la consapevolezza della contrarietà del fatto ad un divieto penalmente sanzionato (cioè la coscienza dell’antigiuridicità) che, invece, di regola è irrilevante.

L’obiezione non appare calzante. La coscienza dell’offesa, infatti, non va confusa con la coscienza dell’antigiuridicità, poiché non riguarda l’aspetto della conoscenza del precetto penale o dei termini giuridici della lesione del bene, ma corrisponde molto più semplicemente alla consapevolezza della portata offensiva dell’evento rispetto al bene giuridico tutelato. Tale assunto trova un solido aggancio normativo negli artt. 49 e 43 c.p.: l’art. 49, stabilendo al comma 2 la non punibilità dell’azione inidonea a cagionare l’offesa, non costituirebbe un superfluo doppione in negativo dell’art.56 c.p. che disciplina il delitto tentato, ma esprimerebbe il principio generale che la tipicità del

⁴⁸³ Il riferimento è alla costruzione proposta da M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952, spec. p. 240 ss.

⁴⁸⁴ T. PITCH, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, cit., 506.

⁴⁸⁵ C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 221-223.

fatto, per configurarsi, deve concretizzarsi in un'offesa all'interesse protetto⁴⁸⁶; l' "evento" cui fa riferimento l'43 c.p., poi, non andrebbe interpretato in senso naturalistico, bensì in senso giuridico, così nell'oggetto del dolo non rientrerebbero esclusivamente quegli elementi materiali che caratterizzano la tipicità, ma anche l'offesa dell'interesse salvaguardato dalla norma penale. Dunque, il soggetto agente, realizzerà un fatto doloso, se ha la consapevolezza di porre in essere un comportamento con determinate caratteristiche offensive; in altre parole, l'agente dovrà essere pienamente consapevole di recare un pregiudizio effettivo o potenziale ad interessi percepiti nella loro dimensione sociale e non strettamente giuridico penale.

La questione dei rapporti tra dolo e coscienza dell'offesa si mostra in tutta la sua complessità nella materia dei reati culturalmente motivati. Innanzitutto, viene qui in rilievo la classica distinzione tra reati c.d. naturali e reati c.d. artificiali. I primi, com'è noto, sono le tradizionali figure di reato, presenti in tutte le legislazioni (ad esempio: omicidio, lesioni, furto), nate con l'uomo e i suoi bisogni primordiali di protezione; il disvalore conseguente alla loro commissione è immediatamente percepito da tutti i consociati. I secondi, definiti anche reati di pura creazione legislativa, non sono subito compresi da tutti i destinatari del precetto, il loro disvalore non è evidente come nei delitti naturali, ma richiede una spiegazione e un'informazione che li renda conoscibili a tutti i consociati. È in relazione a questa seconda categoria di illeciti che la relazione tra dolo e coscienza dell'offesa genera importanti conseguenze. Rispetto ai "reati naturali", infatti, non solo la «consapevolezza dell'offesa è un dato scontato, ma il soggetto conosce persino l'antigiuridicità del suo comportamento»⁴⁸⁷; in queste ipotesi la coscienza dell'offesa il più delle volte coincide con la coscienza dell'antigiuridicità. Nei reati artificiali, all'inverso, poiché l'interesse tutelato è creato per via legislativa, si può essere consapevoli di offendere un bene giuridico penalmente rilevante solo se ci si rappresenta contestualmente la tutela predisposta dall'ordinamento a favore di quell'interesse.

La conseguenza, allora, sembrerebbe la seguente: se la coscienza dell'offesa non può prescindere dalla coscienza dell'illiceità, si incorrerebbe nella norma di cui all'art. 5 c.p.

⁴⁸⁶ M. GALLO, *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, 787.

⁴⁸⁷ M. DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Padova, 1996, p. 304.

In realtà, come già affermato poc'anzi, affermare che l'agente deve essere consapevole di ledere l'interesse obiettivamente protetto, non equivale assolutamente a pretendere che egli debba rappresentarsi anche la tutela che l'ordinamento accorda all'interesse leso. «La rappresentazione relativa all'offesa è una rappresentazione che cade su momenti di fatto e sul loro significato rispetto agli interessi garantiti dalla legge. Non è una rappresentazione che concerne il valore giuridico, la qualifica discendente dalla norma incriminatrice. Possono coesistere, l'una accanto all'altra, la consapevolezza di ledere quell'interesse che è oggetto di tutela e l'opinione, determinata da errore sul divieto, di tenere un comportamento perfettamente lecito. Dov'è chiaro che, conformemente ai principi generali, il dolo non sarebbe affatto escluso. Non si vede, dunque, come sia sostenibile che esigere la rappresentazione dell'offesa significherebbe esigere la rappresentazione dell'antigiuridicità penale, con palese dimenticanza dell'art. 5 c.p.»⁴⁸⁸

A questo punto si tratta di verificare in che modo le considerazioni appena svolte possono avere delle ripercussioni in tema di rapporti tra multiculturalismo e categorie del reato.

In via preliminare va sicuramente chiarito che dal punto di vista politco-criminale, la distinzione tra reati naturali e reati artificiali rischia di rivelarsi fuorviante nella materia *de qua*, se non altro perché effettuata secondo una scala di valori propria della cultura dominante, che non necessariamente coincide con quella dell'autore culturale⁴⁸⁹. Può infatti accadere che fatti pacificamente considerati come “naturali” per la generalità dei consociati, possano divenire “artificiali” rispetto agli autori culturalmente diversi⁴⁹⁰.

In seconda battuta, ci preme sottolineare che la soluzione di recuperare il “fattore culturale” in chiave di esclusione della coscienza dell'offesa, seppur apprezzabile, può avere dei margini di applicazione molto ristretti e solo in relazione a particolari categorie di illeciti penali. A venire in rilievo è solo il caso del soggetto che non si rappresenta l'offesa all'interesse tutelato, né è consapevole di porre in essere un comportamento penalmente rilevante. L'esempio paradigmatico riportato in dottrina è quello della madre vietnamita da poco immigrata in Italia, la quale sceglie di curare il

⁴⁸⁸ M. GALLO, *Dolo*, cit., 789.

⁴⁸⁹ A. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, Roma, 2012, p. 74; C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 224.

⁴⁹⁰ A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del “fattore culturale”*, in *Pol. dir.* 2007, 27.

mal di testa della figlia di sette anni con la pratica del *coining* che, secondo la tradizione del gruppo *Kinh*, cui appartiene la donna, consiste nello sfregare più volte il bordo di una moneta sul dorso del malato. La bambina a seguito del trattamento, riporta vistosi lividi ed escoriazioni ritenute guaribili, secondo il referto medico, in tre settimane.

Nel caso di specie, la madre non si rappresenta la rilevanza penale del proprio comportamento perché la pratica è perfettamente lecita e fortemente radicata in Vietnam, e non è volta a procurare lesioni al soggetto che ad essa viene sottoposto, bensì a curarlo, ad arrecargli benessere. La mancata consapevolezza di recare un pregiudizio all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice di cui all'art. 582 c.p., che deriva dall'appartenenza della madre ad un gruppo etnico in cui il *coining* è addirittura considerato doveroso per salvaguardare la salute dei figli, non può che portare ad escludere la coscienza dell'offesa, quindi del dolo e quindi della tipicità.

Molto frequente nella prassi è, invece, il caso in cui l'autore culturale è pienamente consapevole del fatto che il suo comportamento è contrario alla legge penale del sistema di accoglienza, ma non è cosciente del disvalore sociale della sua condotta perché agisce in base agli imperativi della sua cultura d'origine, che considera la sua azione giusta e non offensiva⁴⁹¹. Anche tale situazione non va risolta sulla base dell'artificiosa classificazione tra reati naturali e reati artificiali, ma neanche può venire in rilievo la mancata coscienza dell'offesa. Si pensi al caso delle mutilazioni genitali femminili. Questi interventi sono spesso sanzionati anche negli stessi Paesi di provenienza dei migranti che li praticano⁴⁹², per cui non può certo sostenersi che in queste ipotesi,

⁴⁹¹ C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 225.

⁴⁹² Nel luglio 2003 l'Unione africana ha adottato il protocollo di Maputo per la promozione dei diritti delle donne e per chiedere la fine delle mutilazioni genitali femminili: entrato in vigore nel novembre 2005, dopo tre anni, alla fine del 2008, lo avevano ratificato 25 paesi africani. A inizio 2013 sono stati 18 i Paesi africani ad aver messo al bando qualsiasi tipo di pratica di mutilazione degli genitali femminili. Prima del 2005 e del 2013, tuttavia, molti di questi Stati già avevano provveduto a criminalizzare le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili. In Burkina Faso, la legge che proibisce le MGF era già entrata in vigore nel 1997; in Ciad nel 2001 era già stata ufficialmente messa fuorilegge qualsiasi pratica mutilatoria contro la popolazione femminile del paese; in Costa d'Avorio una legge del 1998 prevede che il danno all'integrità dell'organo genitale di una donna attraverso la rimozione parziale o totale del clitoride o la sua desensibilizzazione - se dannosa per la salute - sia punito con una multa e la reclusione, con un aggravamento di pena qualora sopraggiunga la morte della paziente; in Egitto, il ministero della salute ha vietato ogni forma di MGF nel 2007. La proibizione riguarda tutti i medici, gli infermieri o qualsiasi altra persona che intenda procedere a tagli, appiattimenti o modifiche di qualsiasi parte naturale del sistema riproduttivo femminile. Le autorità islamiche, nella persona del Gran Mufti Ali Gomaa, non hanno mancato di sottolineare che l'Islam si oppone a qualsiasi mutilazione genitale femminile. La legge nazionale di messa al bando è entrata in vigore nello stesso 2007, aggiungendo una clausola che ha eliminato la scappatoia che consentiva il permesso di sottoporsi alla procedura per motivi

mancando la percezione del disvalore sociale della propria condotta, manchi il dolo. Anche se la coscienza dell'offesa non implica necessariamente la coscienza dell'antigiuridicità, nel caso in cui l'agente sia consapevole della rilevanza penale del comportamento posto in essere non potrà ipotizzarsi che difetti la consapevolezza di offendere un interesse giuridicamente rilevante. La questione si pone in parte in termini analoghi alla classica problematica dei c.d. delinquenti per convinzione che, pur consapevoli di agire in contrasto con quanto previsto dall'ordinamento, si sentono autorizzati o obbligati ad agire in un determinato modo sulla scorta dei propri convincimenti morali, religiosi o politici. Nel caso del delinquente "culturalmente motivato", però, il comportamento delittuoso non è sintomatico di una deliberata ostilità nei confronti dei valori protetti dall'ordinamento, ma è l'effetto inevitabile del condizionamento psichico che la cultura – intesa nell'accezione etnica da noi accolta – del gruppo di appartenenza esercita su di lui. Il delinquente ideologico, invece, agisce sì al pari del "delinquente culturalmente motivato", sulla base di condizionamenti culturali o religiosi (si pensi al fondamentalista islamico), ma, in questi casi, innanzitutto, il concetto di cultura è inteso in senso ampio e non nell'accezione etnica alla quale la dottrina penalistica contemporanea accorda la sua preferenza e, in secondo luogo, il vero obiettivo della sua azione delittuosa sono proprio i valori tutelati dall'ordinamento: il delinquente per convinzione, cioè, si prefigge come scopo dell'azione proprio la destabilizzazione di quei valori⁴⁹³.

Ad ogni modo, il condizionamento culturale che subisce l'autore culturalmente motivato non fa venir meno il dolo, ma può comunque essere "recuperato" in sede di giudizio sulla colpevolezza/responsabilità, giacché è qui che divengono oggetto di valutazione normativa tutte le spinte motivazionali – normali ed anomale – dell'agire umano. È in questa sede che si accerterà se la cultura del gruppo etnico di riferimento, esercitando sul soggetto agente un'indubbia pressione psicologica, ne abbia alterato

di salute. L'Eritrea nel 2007 ha ufficialmente criminalizzato ogni forma di FGM, prevedendo la multa o il carcere per chiunque continui a praticarla. Per informazioni sulla criminalizzazione delle pratiche, rinviamo a "*Female Genital Mutilation (FGM) or Female Genital Cutting (FGC): Individual Country Reports*", in <http://2001-2009.state.gov/g/wi/rls/rep/crfgm/>

⁴⁹³ Il delinquente per convinzione viene descritto come il soggetto "che agisce in accordo con la sua coscienza, in conformità ad un sistema di valori, di fronte ai quali quello affermato e difeso dallo Stato si relativizza e perde la sua validità per la coscienza dell'agente". Così, A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di doveri. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963, p. 111.

anche il normale processo motivazionale, impedendogli, o quanto meno rendendogli difficile, agire conformemente al diritto dell'ordinamento di accoglienza.

3. Motivi culturali ed antigiuridicità. La rilevanza del consenso dell'avente diritto e le situazioni c.d. quasi-scriminanti.

Vagliate le possibili soluzioni sulla tipicità, è il momento di verificare se ed in che misura la categoria dell'antigiuridicità possa essere impiegata per risolvere i conflitti multiculturali.

Com'è noto, in sede di antigiuridicità si valuta se il fatto di cui si è già accertata la corrispondenza al modello astratto predeterminato dal legislatore, sia anche contrario ai principi dell'ordinamento giuridico, se sia cioè stato commesso in assenza di cause di giustificazione che ne abbiano reso lecita la commissione.

A venire in rilievo nella tematica che ci occupa sono, in particolare, le cause di giustificazione del consenso dell'avente diritto e dell'esercizio di un diritto, rispettivamente previste agli artt. 50 e 51 c.p.

Il consenso dell'avente diritto chiama in causa il principio di autodeterminazione della persona offesa⁴⁹⁴, che induce ad interrogarsi sulla rilevanza e sullo spazio da concedere alla consapevole autoesposizione del soggetto passivo all'aggressione. In altre parole, ci si chiede se il principio di "autoresponsabilità"⁴⁹⁵ della persona che subisce il danno sia in grado di mettere in discussione l'applicazione della sanzione penale all'autore del reato. Si tratta, allora, di concentrare l'analisi sul comportamento della vittima. Tale analisi diventa indispensabile nelle dinamiche conflittuali che emergono nelle moderne società multietniche: spesso, infatti, il consenso dell'offeso risulta la logica esplicazione del suo diritto all'identità culturale, sia come singolo individuo, sia come membro della comunità di riferimento.

I caso esemplificativi riportati dalla dottrina che si è occupata di indagare i rapporti tra multiculturalismo e antigiuridicità del fatto sono i seguenti: 1) un giovane di diciotto

⁴⁹⁴ Per un'analisi approfondita dei rapporti tra principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto, S. TORDINI-CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, pp. 49-99.

⁴⁹⁵ Sul principio di autoresponsabilità della vittima, cfr. O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, *passim*.

anni, appartenente ad un gruppo etnico dell'Africa Occidentale, si rivolge ad una componente della sua comunità per essere sottoposto a delle pratiche di *scarring* sul volto, che gli causano cicatrici profonde e fitte sulla fronte e sulle guance, secondo il rito di iniziazione della sua cultura. La donna viene imputata ex artt. 582 e 583, comma 2 n.4, per aver provocato al ragazzo uno sfregio permanente al viso⁴⁹⁶; 2) una giovane ragazza africana maggiorenne si reca in ospedale e chiede di essere infibulata.

Le vittime, nelle vicende in esame, dunque, manifestano il loro consenso ad una lesione del bene giuridico dell'integrità fisica e partecipano al reato. Tramite il consenso ad atti lesivi della propria integrità fisica, i due giovani esprimono la volontà di aderire alle norme culturali del gruppo di appartenenza e affermano la propria identità culturale. Orbene, in ipotesi come queste, ci si chiede se l'intervento del diritto penale sia legittimo: se il soggetto passivo del reato ha rinunciato a difendere e proteggere un bene di cui è titolare, il diritto penale è legittimato ad intervenire? A venire in discorso è l'annosa questione delle ingerenze dello Stato sull'autodeterminazione del singolo e della soglia di tollerabilità di questa invadenza: in sostanza, il problema dei rapporti tra liberalismo e paternalismo.

Non è questa la sede per ripercorrere dettagliatamente i termini del dibattito sui limiti morali della legge penale, qui ci limitiamo semplicemente a ricordare che è stato John Stuart Mill, nel 1858, ad indicare i confini entro i quali il diritto penale deve muoversi per non risultare paternalista: «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. Un individuo non può essere costretto o impedito a fare qualcosa per il fatto che ciò sarebbe meglio per lui, o perché ciò lo renderebbe più felice, oppure perché agire così, almeno secondo l'opinione degli altri, sarebbe saggio e persino giusto. Queste sono buone ragioni per fargli qualche rimostranza, per ragionare con lui cercando di persuaderlo o di scongiurarlo, ma non per

⁴⁹⁶ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 185.

costringerlo o procurargli un danno quando agisce diversamente. Interventi di questo tipo si giustificano quando la condotta da cui si intende farlo desistere è ritenuta tale da nuocere a qualcun altro. Il solo aspetto della condotta per cui si è responsabili di fronte alla società è 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. (...)»⁴⁹⁷. Tuttavia, il principio dell'autoprotezione non può essere totale: lo stesso Mill chiarisce che esso si applica solo agli essere umani nel pieno delle loro facoltà, mentre ne restano esclusi i giovani al di sotto dell'età che la legge stabilisce per diventare maggiorenni.

Qualche anno dopo anche Joel Feinberg, uno dei più autorevoli sostenitori della visione liberale dei rapporti tra autorità ed individuo, conferma il principio del "danno ad altri", così come formulato da Mill. Secondo la definizione data da Feinberg, alla stregua del principio del danno «è sempre una buona ragione del fondamento della legislazione penale che essa sia efficace nella prevenzione (eliminazione, riduzione) di danni a soggetti diversi dall'attore (colui nei confronti del quale è posto il divieto di agire) e che non vi siano altri mezzi ugualmente efficaci»⁴⁹⁸.

Una delle critiche che maggiormente sono state rivolte al «principio del danno ad altri» riguarda l'indeterminatezza del concetto di danno, con conseguente incertezza degli esiti applicativi. Feinberg si è così preoccupato di specificare cosa debba intendersi per danno quale presupposto del principio suddetto. In particolare, l'Autore distingue un significato generico, o non normativo, del termine "danno", quale offesa di un interesse, ed uno specifico, o normativo, che identifica, invece, il danno con la violazione di un diritto della persona. Non tutte le condotte che violano un diritto cagionano un danno, ma, d'altra parte, non tutti i danni sono originati dalla violazione di un diritto, come accade nei casi in cui la parte lesa abbia consentito alla condotta lesiva nei suoi confronti. Ai fini della legittimazione dell'intervento penale, non è danno il danno consentito⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ J. S. MILL, *On liberty*, trad. it., *Sulla Libertà*, Milano, 2000, p. 55.

⁴⁹⁸ J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law. Harm to others*, New York-Oxford, 1984, p. 26.

⁴⁹⁹ J. FEINBERG, *Harm to Self*, New York-Oxford, 1986, p.11.

Dopo aver chiarito questi due concetti, Feinberg dà una definizione di “legge paternalista”: una legge coercitiva (preveda una pena, oppure sanzioni civili o fiscali o anche solo invalidazioni negoziali, ecc.) è, secondo l’Autore, paternalistica quando ne è paternalistica, a prescindere da altre concomitanti apparenti ispirazioni, la ragione di fondo. A questo punto si arriva al punto cruciale della sua teoria; la distinzione tra *hard paternalism* e *soft paternalism*. Secondo il paternalismo forte, l’intervento penale si legittima e si giustifica anche quando la scelta del soggetto di auto danneggiarsi è perfettamente libera e volontaria. Secondo il paternalismo debole, invece, lo Stato «ha il diritto di impedire una condotta dannosa del soggetto su se stesso quando e solo quando è sostanzialmente non volontaria o quando è necessario del tempo per stabilire se è volontaria o no»⁵⁰⁰. Il *soft paternalism* evidenzia, quindi, come la preoccupazione della legge non dovrebbe essere la saggezza, la prudenza o la pericolosità delle scelte di un soggetto, bensì verificare che quelle scelte siano volontarie. Il vero problema è quello di verificare l’autenticità della scelta del soggetto e non quello della sua protezione da decisioni dannose o pericolose per se stesso. Secondo Feinberg «il consenso deve essere pienamente volontario e il consenso della persona è pienamente volontario solo quando essa è una persona adulta e integra, non minacciata, fuorviata o ingannata su fatti rilevanti, né manipolata da sottili forme di condizionamenti»⁵⁰¹.

La teoria di Feinberg ha l’indubbio pregio di mettere nel giusto risalto le possibili lesioni dell’autonomia personale da parte del diritto penale: un’intromissione che diventa intollerabile non appena ci si cala nella realtà della società multietnica e si considera il diritto alla cultura e all’identità culturale come un diritto fondamentale.

Pensiamo al reato culturalmente motivato per antonomasia: le mutilazioni degli organi genitali femminili. In questa ipotesi l’applicazione dei principi enunciati da Feinberg - qui brevemente sintetizzati - conduce a delle conclusioni inaccettabili. Infatti, nei casi in cui la destinataria dell’intervento sia maggiorenne e la sua scelta volontaria, l’unica giustificazione per la repressione penale è di tipo paternalistico “forte” e dunque non ammissibile in una prospettiva liberale.

Il problema più delicato per l’applicazione della scriminante del consenso dell’avente diritto – al di là del *discrimen* tra diritti disponibili e diritti indisponibili – ai reati

⁵⁰⁰ J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 12.

⁵⁰¹ J. FEINBERG, *Harm to others*, cit., p. 116.

culturalmente motivati è quello di accertare se la manifestazione di volontà della persona offesa è effettivamente libera.

Abbiamo più volte ribadito che un fatto di reato è culturalmente motivato quando presenta le seguenti caratteristiche: è vietato dalla legge penale del sistema di accoglienza, ma risulta approvato, tollerato, o addirittura imposto dalla cultura del gruppo etnico cui l'autore appartiene. Per accertare la libertà del consenso della vittima occorre verificare se l'influenza della cultura della comunità di appartenenza abbia esercitato su di essa una spinta così forte da intaccare il processo di formazione della sua volontà. In questa operazione di verifica ci viene nuovamente in soccorso la teoria di Feinberg, il quale ritiene la volontarietà «un concetto variabile, determinato da concetti limite più alti e più bassi, che dipendono dalla natura delle circostanze, dagli interessi in gioco, e dagli scopi morali o giuridici da perseguire. In questo caso, dovremo prevedere per determinate circostanze e per certe scelte, standard più elevati che per altre»⁵⁰². Seguendo l'impostazione di Feinberg, potremmo giungere a ritenere libere e quindi autonome anche quelle scelte che, pur non perfettamente spontanee, sono sufficientemente volontarie per escludere la coartazione assoluta della libertà di autodeterminazione. Le regole base che vengono indicate per stabilire se un comportamento è volontario sono le seguenti: 1) «più la condotta è rischiosa, maggiore sarà il coefficiente di volontarietà richiesto per ritenere ammissibile il comportamento»⁵⁰³; 2) «più è irrevocabile il danno che si rischia, maggiore è il grado di volontarietà richiesto perché sia consentito»⁵⁰⁴; 3) lo standard della volontarietà, in ogni caso, «deve essere disegnato su varie, speciali circostanze»⁵⁰⁵. Quest'ultima affermazione, spiega Feinberg, è un'affermazione valida anche nel settore giuridico. In altre parole, la valutazione della volontarietà/involontarietà può variare da contesto a contesto, quindi è necessario prevedere una grande variabilità negli *standard* della volontarietà. Decisiva è la distinzione tra gli *standard* che vengono applicati alle scelte effettuate da un soggetto in un contesto “normale”, o senza restrizioni, e quelli che invece sono riferiti ad una situazione che può considerarsi restrittiva.

⁵⁰² J. FEINBERG, *Harm to self*, cit., p. 117.

⁵⁰³ J. FEINBERG, *Harm to self*, cit., p. 118.

⁵⁰⁴ J. FEINBERG, *Harm to self*, cit., p. 120.

⁵⁰⁵ J. FEINBERG, *Harm to self*, cit., p. 121.

L'esempio che riporta Feinberg è abbastanza convincente. «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 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 la sua alternativa» (...) Ma «se consideriamo invece la situazione della detenzione così com'è e applichiamo gli standard in quel contesto, possiamo arrivare alla conclusione completamente opposta»⁵⁰⁶.

In definitiva, nella valutazione della volontarietà del consenso occorre tener conto di quello è accaduto in quelle specifiche e determinate circostanze, prendendo in considerazione la persona *talis qualis* e non come sarebbe stata in situazioni normali e non restrittive⁵⁰⁷.

Le riflessioni di Feinberg acquistano particolare significato nella materia dei conflitti culturali. Per valutare se il consenso espresso dalla vittima di un reato culturalmente motivato è autenticamente libero, il giudice non dovrà irrigidirsi sull'alternativa secca volontarietà *vs* non volontarietà della manifestazione di volontà, valutando come non volontarie tutte le scelte in cui sia ravvisabile una qualche forma di condizionamento da parte del gruppo d'origine. Tutte le scelte, non solo quelle dei migranti, sono influenzate dal contesto culturale nel quale si è cresciuti e ci si è formati, anche le nostre. Occorrerà, quindi, operare una distinzione tra la semplice influenza del gruppo sulla decisione del singolo e la vera e propria coazione psicologica. Qualora emerga che il soggetto è stato solo condizionato dalla tradizione del suo gruppo, che ha contribuito ad orientare la sua scelta, la sua decisione dovrà essere considerata libera e il suo consenso valido. Al contrario, se risultasse che il gruppo ha esercitato sull'individuo una pressione psicologica intollerabile o vere e proprie minacce, la sua manifestazione di volontà non potrà che essere viziata e, come tale, invalida⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ J. FEINBERG, *Harm to self*, cit., p. 122.

⁵⁰⁷ *Ibidem*.

⁵⁰⁸ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 199.

Tornando, ora, ai casi dai quali la nostra indagine sui rapporti tra motivi culturali e anti-giuridicità ha preso avvio, resta da chiarire se la donna africana che ha praticato lo *scarring* al volto del suo connazionale, una volta accertata la libertà del consenso di costui, potrà invocare la scriminante del consenso dell'avente diritto e se la ragazza africana che ha chiesto di essere infibulata può vedere soddisfatta la sua richiesta. Resta, cioè, da affrontare il problema della rilevanza del consenso nelle ipotesi di lesione ad un diritto indisponibile. Non è certamente questa la sede opportuna per addentrarci in una problematica così complessa, per cui, ci limitiamo solo a pochi e basilari rilievi.

Com'è noto, nel nostro ordinamento sembra non esserci spazio all'applicabilità dell'art. 50 c.p. in caso di lesioni a diritti indisponibili. Tuttavia, l'affermazione secondo cui il diritto all'incolumità individuale è disponibile solo entro i limiti stabiliti dall'art. 5 c.c., già da tempo sembra essere stata messa in discussione dalla dottrina.

L'art. 5 c.c. da più parti è stato tacciato di anacronismo e di inadeguatezza e molti Autori stanno spingendo affinché il bene giuridico dell'integrità fisica non venga più considerato una "categoria monolitica", un "valore compatto e irrinunciabile", ma, al contrario, venga bilanciato con gli altri diritti fondamentali, anche al di là dei rigidi confini tracciati dallo stesso art. 5 c.c.⁵⁰⁹

Qualora le istanze della dottrina dovessero essere accolte e l'art. 5 c.c. dovesse essere modificato o interpretato alla luce dei principi personalistici affermati dalla Costituzione – che pongono al centro del sistema la libertà personale dell'individuo – nel bilanciamento tra il diritto all'integrità fisica e gli altri diritti fondamentali, in una *prospettiva de iure condendo*, sul secondo piatto della bilancia potrebbe venire in rilievo il diritto alla cultura e all'identità culturale, quale logica promanazione del diritto all'autodeterminazione. È evidente che in casi di conflitti culturali come quelli esemplificati, l'offesa all'integrità fisica della vittima può essere bilanciata dalla presenza di un interesse contrapposto, che è ugualmente meritevole di tutela: il diritto dell'immigrato di aderire alle norme culturali del gruppo di appartenenza e di affermare, così, la propria identità.

⁵⁰⁹ S. TORDINI-CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., pp. 225-231. Con particolare riferimento ai rapporti tra art. 5 c.c., diritto alla salute e libertà di autodeterminazione, F. ALBEGGIANNI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, 1995; R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in L. Stortoni (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992, p. 18.

Una proposta capace di conferire rilevanza al consenso rispetto alla lesione culturalmente motivata di un diritto indisponibile è quella - avanzata da autorevole dottrina - di valorizzare la categoria delle “quasi-scriminati”⁵¹⁰.

Le situazioni “quasi-scriminanti”, com’è noto, sono ipotesi in cui vi è la presenza incompleta degli estremi di una causa di giustificazione. Secondo un’impostazione teorica risalente a Zimmerl⁵¹¹, l’antigiuridicità sarebbe “graduabile” e suscettibile di misurazione: sarebbe, cioè, possibile individuare una scala di gradi di antigiuridicità. Accogliendo la concezione c.d. gradualistica dell’antigiuridicità, si potrebbe prevedere una generale attenuazione della pena quando l’antigiuridicità del fatto risulti sensibilmente ridotta in ragione della diversità culturale del soggetto agente.

La concezione gradualistica dell’antigiuridicità avrebbe un riscontro nel nostro codice penale all’art. 579 c.p., che prevede un trattamento sanzionatorio più mite rispetto a quello stabilito per l’omicidio comune, quando il fatto sia commesso con il consenso della persona offesa⁵¹². Il problema è allora quello di individuare quale potrebbe essere il canale attraverso cui trasporre sul piano sanzionatorio questa minore antigiuridicità del fatto. *De lege lata*, la soluzione paventata è il ricorso alla categoria delle circostanze

⁵¹⁰ Favorevole a tale soluzione, A. BERNARDI, *Modelli penale e società multiculturali*, cit., p. 121, secondo cui «ad esempio, potrebbe versare in stato di difesa quasi legittima il marito di fede islamica che reagisse con estrema violenza nei confronti di chi sollevasse il velo posto sul viso della sua sposa, così da causargli lesioni gravi e dunque di non rispettare il requisito della proporzione tra difesa ed offesa (...) Del pari, potrebbe essere giustificato attraverso il riconoscimento dello stato di quasi necessità chi commettesse il fatto per salvare un oggetto sacro per la propria religione. Addirittura, potrebbe forse giovare della quasi scriminante dell’adempimento del dovere chi commettesse un reato culturale per eseguire un comando imposto da una norma (giuridica, ma) consuetudinaria del gruppo minoritario di appartenenza». Nettamente contraria si mostra, invece, C.DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 68-70 la quale dubita, sotto il profilo teorico, della stessa categoria delle “quasi scriminanti”, ritenendo sia difficile sul piano metodologico costruire una categoria concettuale con un “quasi”. Sotto il profilo politico-criminale, poi, l’Autrice rileva come la soluzione, nella materia de qua, non sia convincente perché “generale, non specifica, tagliata cioè sui fatti culturali. L’effetto sarebbe quello di far sbiadire il problema della criminalità culturale, mescolando questa tipologia di condotte con altri comportamenti criminosi, e collocando quindi le ipotesi di fatti tipici quasi antigiuridici tutte insieme, promiscuamente, in questa nuova categoria».

⁵¹¹ Per un’esaustiva ricostruzione storico-domatica della concezione gradualistica dell’antigiuridicità, partendo da Zimmerl (ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, 1930, p. 65 s.; ID., *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*, Berlin-Leipzig, 1931, p. 132 ss.), passando per Kern (KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit*, in *ZStW* 1952, 255 ss.), ed arrivando a Noll (NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten*, Basel, 1955; ID., *Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht*, in *ZStW* 1956, 181 ss.), rinviamo a C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 701 ss. e a F. SCHIAFFO, *Le situazioni “quasi-scriminanti” nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, 1998, p. 273 ss.

⁵¹² G. MARINUCCI, *Antigiuridicità*, in *Dig. disc.pen.* I, 1987, 186.

attenuanti generiche *ex art. 62-bis c.p.*⁵¹³ *De lege ferenda* si potrebbe pensare di creare una norma che conferisca rilievo generale alle situazioni di integrazione parziale di una causa di giustificazione, sulla falsariga dell'art. 21 n. 1 del codice penale spagnolo⁵¹⁴.

La proposta appare suggestiva e anche applicabile ad un ampio ventaglio di reati culturalmente motivati, non soltanto alle ipotesi di lesioni di beni indisponibili. Nutriamo solo delle perplessità in relazione alla soluzione di graduare l'antigiuridicità, *de iure condito*, attraverso l'applicazione dell'art. 62-bis c.p. È noto, infatti, che la nostra giurisprudenza concede con una certa larghezza le attenuanti generiche, spesso considerate come un rimedio generalizzato all'eccessivo rigore delle sanzioni legislativamente previste per alcuni reati. La scelta di conferire rilievo alla 'motivazione culturale' soltanto attraverso l'art. 62 bis c.p. potrebbe, pertanto, rivelarsi non particolarmente proficua (in termini di effettiva riduzione della pena) per quell'imputato che – a prescindere dalla sua appartenenza ad un gruppo culturale di minoranza – già potrebbe meritare per altre ragioni la concessione delle attenuanti generiche. «In questi casi si registrerebbe, infatti, un eccessivo affollamento di situazioni positivamente valutabili nel ristretto recinto eretto dalla lettera dell'art. 62 bis c.p., ai sensi del quale tali situazioni devono essere “considerate in ogni caso (...) come *una sola* circostanza”»⁵¹⁵.

3.2. L'operatività della scriminante dell'esercizio di un diritto.

Per quanto concerne la possibilità di applicare *de iure condito* la scriminante dell'esercizio di un diritto ad alcune ipotesi delittuose culturalmente connotate, rinviamo alle considerazioni esposte nei paragrafi 4.2. e 6.5. del capitolo II. Il diritto a venire in rilievo è quello all'identità culturale, un diritto fondamentale che, come tale, va bilanciato con gli altri diritti fondamentali. Tale bilanciamento va effettuato valutando l'offensività del fatto, l'importanza del bene giuridico leso e attraverso un'analisi sui costi/benefici della sanzione penale.

⁵¹³ F. SCHIAFFO, *Le situazioni “quasi-scriminanti” nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 283 ss.

⁵¹⁴ Tale disposizione prevede che “Sono circostanze attenuanti: 1) Le cause previste nel capo precedente quando non ricorrono tutti i requisiti necessari per escludere la responsabilità delle rispettive ipotesi”. Per una tale soluzione rinviamo a F. SCHIAFFO, *Le situazioni “quasi-scriminanti” nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 293 ss.

⁵¹⁵ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 459-460.

In una prospettiva *de iure condendo*, invece, si potrebbe ricorrere all'art. 51 c.p. mediante l'introduzione di singole fattispecie autorizzative di specifiche condotte culturalmente motivate, caratterizzate da un modesto contenuto offensivo nei confronti di beni parzialmente disponibili, l'ambito di tutela dei quali potrebbe restringersi di fronte alla necessità di salvaguardare il prevalente interesse alla libera esplicazione del diritto all'identità culturale del soggetto agente. Fattispecie così strutturate non sono estranee al nostro ordinamento: l'art. 1 d.m. 11 giugno 1980, ad esempio, autorizza la macellazione degli animali «senza preventivo stordimento eseguita secondo i riti ebraico e islamico da parte delle rispettive comunità», rendendo inapplicabile a tale ipotesi la fattispecie di “maltrattamento di animali” prevista originariamente dall'art. 727 c.p., poi elevata a delitto e trasferita nell'alveo del nuovo titolo IX-*bis* rubricato “Dei delitti contro il sentimento per gli animali”, in particolare nell'art. 544ter, ad opera della l. 189/2004⁵¹⁶.

4. L'incidenza del motivo culturale sulla colpevolezza/responsabilità. L'ignoranza inevitabile della legge penale.

Un'opzione sistematica plausibile per la soluzione dei conflitti culturali è stata individuata nell'istituto dell'ignoranza inevitabile, alla luce dell'interpretazione dell'art. 5 c.p. data dalla Corte Costituzionale nella storica sentenza n. 364/1988. Tale soluzione sarebbe applicabile a quei soggetti che, per esempio, sono giunti da poco sul territorio dello Stato di accoglienza; che vivono pressoché esclusivamente a contatto con esponenti della comunità di origine, non avendo ancora recepito lingua e costumi del nuovo Paese; che comunque non hanno avuto modo di maturare alcun effettivo processo di integrazione⁵¹⁷. In effetti, la provenienza dell'agente da un contesto culturale completamente diverso da quello del sistema di accoglienza potrebbe essere assimilata a quelle situazioni che rendono l' *ignorantia legis* inevitabile: potrebbe, cioè, essere considerata alla stregua del parametro dell' “insufficiente desocializzazione”, indicato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza.

⁵¹⁶ G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, cit., p. 183; C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. Pen.*, 2007, 273.

⁵¹⁷ G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, cit., 184.

L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale è stata riconosciuta in una serie cospicua di casi: quello del senegalese che rivende alcuni accendini privi del prescritto bollo di Stato, ignorando che tale condotta sia penalmente vietata dalla legge italiana; quello dei tunisini in transito per l'Italia che vengono trovati in possesso di una carabina ad aria compressa, ignorando che nel nostro Paese tale condotta costituisce reato; quello del cittadino francese che, venuto in Italia per una breve vacanza, usa un apparecchio ricetrasmittente del tipo VHF, ignorando che la legge penale italiana impone determinati requisiti in ordine alla detenzione e all'uso di tale apparecchio.

In realtà, a ben vedere, in queste ipotesi non si è fatto altro che applicare i principi in materia di errore di diritto enunciati dalla Corte Costituzionale, in ossequio ai quali è parsa meritevole di scusa l'ignoranza di una norma penale volta a punire un fatto la cui offensività non è immediatamente percepibile e la cui illiceità risulta difficilmente conoscibile da parte di un soggetto straniero ancora non integrato nel nostro tessuto sociale.

A nostro avviso, le condotte degli imputati dei casi riportati non sono condotte culturalmente motivate, cioè influenzate e condizionate dall'appartenenza del soggetto ad un determinato gruppo etnico. La nozione qui fornita di reato culturalmente motivato porta decisamente ad escludere che si tratti di tali tipologie delittuose.

4.1. Il ricorso alla categoria dell'inesigibilità.

La situazione-tipo dalla quale la categoria dei reati culturalmente motivati prende le mosse, ovvero quella del soggetto immigrato che si trova costretto a scegliere tra l'osservanza, da un lato, di norme comportamentali di matrice culturale profondamente sentite e radicate nel gruppo etnico di appartenenza, dall'altro, il rispetto di norme penali vigenti nel Paese ospitante, descrive un conflitto motivazionale rientrante, secondo il nostro punto di vista, nel *topos* della c.d. inesigibilità⁵¹⁸. Sembra innegabile,

⁵¹⁸ Per un approfondimento della categoria, rinviamo fin da ora ai preziosi contributi di G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità in diritto penale*, Padova, 1990; L. SCARANO, *La non esigibilità in diritto penale*, Napoli, 1948; A. CAVALIERE, *Riflessioni dogmatiche e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello Schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1478 ss.; ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55 ss; F. VIGANÓ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000.

infatti, che l'autore culturalmente motivato versi, rispetto a qualsiasi altro soggetto, in una situazione in cui gli risulta maggiormente difficile astenersi dal realizzare la condotta penalmente vietata; ne consegue che, nelle situazioni di cui si discute, laddove si ritenga che non era esigibile dal soggetto culturalmente diverso un comportamento conforme al precetto penale, potrebbe ipotizzarsi un'assenza di responsabilità.

La categoria dell'inesigibilità, finora non particolarmente valorizzata, potrebbe, proprio nella materia *de qua*, essere rivitalizzata e rivelarsi decisiva. Essa sembra operare come strumento principale di analisi del rapporto fatto-autore e si iscrive nell'ideale percorso di "personalizzazione della responsabilità" tracciato dalla concezione normativa della colpevolezza.

L'inesigibilità consiste in una disfunzionalità sul piano del "Sollen": nei casi di inesigibilità, infatti, la condotta sarebbe dall'agente materialmente evitabile – non manca, cioè, il potere ("Können") di agire –, ma motivazioni non disapprovate dall'ordinamento, anzi, ritenute da esso, a certe condizioni, prevalenti (inesigibilità intesa, quindi, in senso normativo e non psicologico), gli impediscono di decidersi per il rispetto della norma penale⁵¹⁹. L'esclusione della punibilità, in tali ipotesi, si fonda sull'assenza di riprovevolezza del comportamento (tipico e anti-giuridico) tenuto dall'agente. L'operatività del principio di inesigibilità è, pertanto, indissolubilmente legata ad un giudizio di colpevolezza da formulare secondo la concezione normativa della stessa, «nel suo collegamento ai postulati della dottrina finalistica dell'azione di Welzel. Ferma restando, infatti, la realizzazione da parte del soggetto di un disvalore complessivo dell'illecito – sotto l'aspetto del disvalore d'azione, derivante da dolo o colpa in funzione tipizzante, e del disvalore d'evento, non compensati, sul piano dell'anti-giuridicità, dal valore d'azione e d'evento che si ricollega alla presenza della cause di giustificazione – la colpevolezza normativamente intesa, quale relazione che passa tra l'atteggiamento antidoveroso della volontà e la pretesa dell'ordinamento all'osservanza della norma, può risultare esclusa per la presenza di una serie di fattori in grado di incidere negativamente su tale rapporto: la non imputabilità dell'agente, l'*ignorantia legis* e, appunto, l'inesigibilità del comportamento alternativo lecito,

⁵¹⁹ A. CAVALIERE, *Riflessioni dogmatiche e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello Schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, cit., 1482.

dovuta all'anormalità del procedimento di motivazione del soggetto in relazione alle circostanze esterne concomitanti alla realizzazione della condotta considerata»⁵²⁰.

Le circostanze concomitanti che non consentono una motivazione “normale” nell'agente e che esercitano sullo stesso una spinta all'azione criminosa così forte da neutralizzare l'efficacia motivante del precetto, com'è noto, prendono il nome di “scusanti”.

Il criterio della inesigibilità, per le considerazioni sopra svolte, sembrerebbe *prima facie* capace di offrire un valido perimetro all'interno del quale ricercare un'adeguata soluzione al problema della rilevanza da attribuire al motivo culturale in sede penale. L'immigrato, in effetti, la maggior parte delle volte in cui commette un'azione criminosa versa in una situazione di conflitto fra due diversi sistemi normativi: quello giuridico-penale (cui è soggetto in virtù del principio di territorialità), e quello culturale (cui è soggetto, invece, in virtù della sua appartenenza ad un gruppo culturale); egli percepisce come maggiormente cogenti le norme culturali, anche quando queste lo spingano ad agire in contrasto con le pretese espresse dall'ordinamento di accoglienza: la sensibilità del soggetto alle pressioni che su di lui esercita il gruppo cui appartiene, in alcuni casi è così intensa e le norme di condotta prescritte dal codice culturale così profondamente sentite, da impedirgli di rispettare il precetto penale.

In merito alla possibilità di inquadrare nella categoria dell'inesigibilità il fatto di reato dell'autore culturalmente motivato, tuttavia, sono state sollevate svariate obiezioni, strettamente collegate alle perplessità che da sempre vengono avanzate in dottrina nei confronti della stessa categoria dell'inesigibilità.

A chi è propenso a riconoscere a quest'ultima una funzione fondamentale ed irrinunciabile – ritenendola una “valvola” che permette al sistema penale di «respirare in termine umani»⁵²¹ e ammettendone un'applicazione analogica – si oppone chi, al contrario, ritiene che la clausola dell'inesigibilità sia una clausola vuota, che «al di fuori

⁵²⁰ V. MASARONE, *Il problema delle scusanti*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale?*, a cura di C.FIORE - S. MOCCIA - A. CAVALIERE, Napoli, 2009, p. 150. L'Autrice, quanto alla funzione tipizzante di dolo e colpa richiama H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1955, 31 ss.; ID, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, 1 ss.; D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955, in *Scritti di diritto penale*, a cura di M. LA MONICA, Milano, 1996, p. 11 ss.; C. FIORE, *Azione finalistica*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988.

⁵²¹ G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 493

delle vaghe espressioni dell'“umanamente”, “ragionevolmente” e simili»⁵²², non dà indicazioni tassative sui parametri alla luce dei quali risolvere i casi concreti; in altre parole, non si riesce a comprendere quale debba essere «il criterio che consente di individuare il grado minimo di anomalia della situazione di fatto sufficiente ad escludere la colpevolezza»⁵²³. In particolare, se si guarda allo stesso “soggetto agente” nella situazione concreta in cui si è trovato e, quindi, a tutti gli stimoli psichici che da questa gli provenivano, si rischia di scusare ogni azione criminosa (...) Se si guarda invece all' “uomo medio”, come la maggioranza dei sostenitori della teoria vorrebbero, si naviga nell'incertezza perché il quesito se il comportamento doveroso fosse o meno esigibile da questa evanescente figura è, fatalmente, suscettibile di soluzioni opposte⁵²⁴. Il rischio sarebbe, quindi, quello di favorire l'arbitrio giudiziale.

Per quanto riguarda l'operatività dell'inesigibilità alle ipotesi delittuose culturalmente motivate, in primo luogo, è stato ribadito come le circostanze concomitanti anormali che escludono l'esigibilità della condotta conforme al diritto siano solo quelle previste in modo tassativo dal legislatore. Il catalogo delle scusanti sarebbe, in altre parole, un catalogo chiuso, estendibile solo attraverso un discutibile procedimento analogico che risulterebbe non solo basato su un principio – quello della inesigibilità della condotta diversa⁵²⁵ – non espressamente codificato, ma potrebbe anche creare un grave pregiudizio alla certezza del diritto e conseguentemente violare il principio di legalità. Tra le scusanti attualmente previste nel nostro ordinamento, poi, non ve n'è nessuna che conferisca esplicito rilievo alla ‘spinta’ ad agire impressa dalle norme culturali.

In secondo luogo, secondo autorevole dottrina, il raggio d'azione dell'inesigibilità dovrebbe abbracciare solo scopi e motivazioni apprezzabili dall'ordinamento che, chiaramente, adottando come parametro di valutazione un paradigma di valori proprio della maggioranza, esclude automaticamente quello proprio di altre culture. Sarebbe impossibile “forgiare un modello di risoluzione del conflitto suscettibile di attribuire

⁵²² F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2009, p. 359.

⁵²³ F. VIGANÓ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 292.

⁵²⁴ MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*

⁵²⁵ Per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 413.

efficace scusante a scelte di valore fondamentalmente ‘altre’ rispetto alla cultura e all’ordinamento italiani⁵²⁶.

A ben vedere, si tratta di obiezioni agevolmente superabili. Innanzitutto, l’utilizzazione di parametri fondati solo sui valori della cultura dominante per risolvere le complesse dinamiche dei conflitti multiculturali, rischia di tradursi in una negazione aprioristica degli stessi presupposti della questione⁵²⁷, chiude, cioè, ogni forma di dialogo e di discussione, ponendosi in contrasto con la stessa Costituzione repubblicana, che è, per sua natura “aperta”, disposta cioè a riconoscere e valorizzare le differenze⁵²⁸.

In seconda battuta, per quanto concerne la critica relativa alla presunta violazione del principio di legalità formale, legata alle difficoltà che si incontrano nella fase di concretizzazione della clausola dell’inesigibilità, essa nella materia *de qua* può risultare notevolmente ridimensionata qualora si accolga la nozione ristretta di reato culturalmente motivato qui proposta e si proceda alla prova rigorosa del fatto culturalmente motivato.

Come riferito, il concetto di cultura va inteso nella sua accezione meramente *etnica*: la cultura avrà rilievo, cioè, solo quando non costituisca un predicato del singolo individuo, ma caratterizzi anche la comunità più ampia alla quale egli appartiene. La prova del fatto culturalmente motivato si risolve nella prova della c.d. “coincidenza di reazione”: sarà necessario dimostrare che anche gli altri componenti del gruppo avrebbero, nella situazione concreta in cui si è trovato l’imputato, avvertito la spinta proveniente dalla norma culturale e verosimilmente agito nello stesso modo.

È proprio la prova della “coincidenza di reazione” che aiuta a superare – in una prospettiva *de iure condito*, s’intende – le obiezioni sollevate in ordine al principio di tassatività e a dare un contenuto a concetti inafferrabili quali “anormalità/normalità”, su cui si costruisce la categoria dell’inesigibilità.

La prova del riscontro oggettivo è il passaggio più importante e delicato per l’accertamento di un fatto culturalmente motivato e per l’operatività della clausola

⁵²⁶ G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in AA. VV., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. BERNARDI, Ferrara, 2006, p. 146.

⁵²⁷ C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell’arte e prospettive de iure condendo*, cit., 281.

⁵²⁸ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p.122.

dell'inesigibilità. Tale prova, secondo l'opinione di un'autorevole dottrina⁵²⁹, che sentiamo di condividere, potrà essere fornita in sede giudiziale attraverso il ricorso ad una perizia culturale - redatta da esperti quali antropologi o etnologi - che chiarisca al giudice quali sono i tratti salienti della cultura del gruppo etnico cui appartiene l'imputato e quali usi e quali pratiche quella determinata comunità considera come doverosi.

Se questa è una soluzione condivisibile in una prospettiva *de iure condito*, che miri sin da subito, attraverso gli strumenti normativi già esistenti, a dare un'adeguata soluzione ai conflitti culturali che vengono in rilievo in sede penale, *de iure condendo* non sembra possa scartarsi una soluzione legislativa tesa a prendere atto delle situazioni di conflitto motivazionale che spingono gli autori culturalmente diversi a decidersi per l'illecito. L'introduzione di una "scusante" culturalmente connotata, francamente, ci sembra una soluzione ragionevole, in grado di contemperare le opposte esigenze di tutela. Ovviamente, per superare eventuali censure di incostituzionalità, essa dovrà essere sufficientemente determinata e, soprattutto, applicarsi solo alle ipotesi in cui il fatto culturalmente motivato non leda i diritti fondamentali dell'individuo. Laddove, infatti, si tratti di fatti socialmente dannosi lesivi di beni giuridici di rango primario, al diritto alla cultura e all'identità culturale non possono non essere apposti dei limiti, in base ad un bilanciamento condizionato dalle diverse esigenze di tutela in conflitto.

Solo entro questi margini ristretti e ben definiti, dunque, può assumere rilievo il "conflitti di doveri", che costituisce un'applicazione analogica del principio di inesigibilità: un conflitto in cui versa quasi sempre l'autore culturalmente motivato. Com'è stato autorevolmente sostenuto, il conflitto può anche essere "improprio", cioè instaurarsi tra una norma dell'ordinamento giuridico ed un'altra appartenente, invece, o ad un ordinamento diverso oppure ad un sistema morale⁵³⁰. L'autore culturale agisce in una situazione di conflitto di doveri, «perché all'imperativo giuridico che proviene dal sistema penale della società di accoglienza, si contrappone in modo antitetico il comando che promana dalla cultura del suo gruppo etnico: un comando che risulta, in definitiva, dominante»⁵³¹.

⁵²⁹ Il riferimento è a C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 149-157.

⁵³⁰ A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di doveri*, cit., p. 63.

⁵³¹ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 232.

4.2. L'inesigibilità come criterio di "graduazione" della colpevolezza/responsabilità. Le situazioni c.d. quasi-scusanti e il riconoscimento del fattore culturale nella determinazione della risposta sanzionatoria.

Sostenere che in caso di violazione dei diritti fondamentali, l'inesigibilità non è in grado di operare in funzione "scusante", cioè di garantire l'impunità del soggetto agente, non vuol dire che si debba ignorare il potente conflitto motivazionale che lo ha tormentato: la considerazione delle «circostanze concomitanti anormali», se non vale ad escludere in questi casi la colpevolezza/responsabilità, varrà comunque ad *attenuare* la misura del rimprovero ed inciderà dunque sulla graduazione della pena (...). La graduabilità in senso attenuante del giudizio di colpevolezza/responsabilità può essere invocata in tutti quei casi nei quali le circostanze dell'agire rendono psicologicamente poco esigibile un comportamento lecito: purché, però, il fatto rechi una credibile impronta del conflitto motivazionale dell'agente. La 'motivazione culturale' potrebbe, in effetti, ricevere un'adequata considerazione nella prospettiva della c.d. "concezione gradualistica" della colpevolezza.

Secondo tale impostazione teorica, infatti, la colpevolezza è un concetto *graduabile*, la cui misura risulta tanto maggiore quanto più elevata era la possibilità per il soggetto di rispettare la prescrizione dell'ordinamento giuridico e, per converso, tanto minore, quanto più difficile sarebbe stato il rispetto di tale prescrizione. La concezione normativa della colpevolezza determinerebbe, quindi, "la misura della colpevolezza in base al grado con il quale la motivazione dell'agente sottostà alla soglia dell'esigibile"⁵³².

Risulta in tal modo possibile far giocare un ruolo, ai fini della graduazione del rimprovero di colpevolezza, alle situazioni c.d. *quasi-scusanti* (o di scusa parziale)⁵³³, in relazione alle quali già agli inizi del Novecento attenta dottrina aveva osservato che quando le "circostanze concomitanti anormali" non sono tali da escludere la colpevolezza, esse non per questo restano prive di ogni rilevanza"⁵³⁴.

⁵³² GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, in *Festgabe für Frank*, Tübingen, 1930, p.456. Cfr. F.BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 420.

⁵³³ In proposito, anche per ulteriori rinvii, v. F.VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 308 ss.

⁵³⁴ FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen*, Gießen, 1907, p. 532. Cfr. F.BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 420.

Tra le circostanze concomitanti anormali “che rendono meno grave la risoluzione di commettere il fatto”, possono essere annoverati certamente “i condizionamenti derivanti dall’educazione e dall’ambiente in cui il soggetto agente è cresciuto”⁵³⁵.

De iure condito le situazioni in cui si manifesta un conflitto di doveri del tipo di quello di cui fin qui si è discusso, nel nostro ordinamento, ad avviso di una parte della dottrina⁵³⁶, potrebbero trovare un riflesso pratico nel riconoscimento all’autore del reato culturalmente motivato delle circostanze attenuanti generiche o dell’attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale di cui all’art. 62, n. 1 c.p., qualora di quest’ultima se accolga un’interpretazione diversa da quella tradizionale.

Secondo le definizioni correnti, è di particolare valore *morale* il motivo che nella normalità dei casi determina azioni moralmente nobili, e che la coscienza etica umana approva, ovvero il motivo ispirato a ragioni corrispondenti ad un’etica che dell’uomo sottolinei i valori più elevati. È di particolare valore *sociale*, invece, il motivo che corrisponde alle direttive, alle concezioni ed alle finalità della comunità organizzata, ovvero il motivo informato a ragioni sentite in virtù della necessità della comunità civile⁵³⁷. Per unanime opinione la particolare rilevanza positiva dei motivi deve risultare tale ad una valutazione oggettiva, condotta cioè alla stregua di *parametri oggettivi*⁵³⁸, tuttavia, come sempre avviene in relazione agli elementi normativi culturali – e tali indubbiamente sono anche i concetti di “valore morale” e “valore sociale” –, è assai controverso quali debbano essere questi parametri oggettivi. Sul punto si fronteggiano due orientamenti, uno più tradizionale e l’altro più innovativo. L’*orientamento tradizionale*, sostenuto unanimemente dalla giurisprudenza, individua questi parametri oggettivi nella “coscienza etica media del popolo italiano”⁵³⁹, nella “coscienza etica della generalità dei consociati”⁵⁴⁰, nella “prevalente coscienza collettiva”, sicché i motivi sarebbero meritevoli di indulgenza solo allorché suscitino il “generale consenso

⁵³⁵ NOWAKOWSKI, *Das Ausmaß der Schuld*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1950, vol. 65, p. 303 ss. F.BASILE, *op. loc. ult. cit.*

⁵³⁶ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 420.

⁵³⁷ Così P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., p. 234; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 444.

⁵³⁸ Per tutti, I. CARACCIOLI, *Motivi di particolare valore morale o sociale erroneamente supposti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1960, 1203.

⁵³⁹ Cass. 22 febbraio 1990, Khalil, CED 183431, in *Riv. Pen.* 1990, 1063.

⁵⁴⁰ Cass. 6 luglio 1988 (ud. 28 aprile 1988), Othmann, CED 178833

sociale”⁵⁴¹, ovvero l’“incondizionato e generale apprezzamento nel comune sentire”⁵⁴². L’ovvia conseguenza di una simile interpretazione è l’irrilevanza, ai fini della concessione dell’attenuante in parola, di motivi che siano considerati apprezzabili solo in un’ottica “di parte”⁵⁴³ o solo in “un ambiente ristretto”⁵⁴⁴, quindi la sua inapplicabilità agli autori di reati culturalmente condizionati. Per tali ragioni, attenta dottrina ha proposto un’interpretazione diversa dell’attenuante, rilevando come in società pluraliste, come la nostra, in cui coesistono visioni antitetiche della morale e degli assetti sociali, il riferimento ad un sistema di valori “dominante”, “condiviso dalla generalità dei consociati”, presenterebbe due gravi inconvenienti. In primo luogo, per il giudice risulterebbe, di fatto, assai arduo procedere alla valutazione di ciò che è “dominante” e di ciò che non lo è, con il rischio di gravi arbitrarietà⁵⁴⁵; in secondo luogo – e questa sembra l’obiezione decisiva – si porrebbe in contrasto con le indicazioni stesse della Costituzione, ispirata ai principi del pluralismo ideologico, religioso e culturale, nonché al valore della tolleranza. Come è stato esattamente rilevato, «se è vero che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, in particolare senza distinzioni di razza, di lingua, di religione, di condizioni personali e sociali in genere, non ha senso che proprio la valutazione in punto di colpevolezza si compia “soppesando” i motivi sempre e soltanto in base a parametri “dominanti”: così infatti si verrebbe a determinare un trattamento deteriore nei confronti di chi, per proprie condizioni di razza, di religione, sociali, ecc., non rientri nel “modello” prevalente, violando non solo l’art. 3 primo comma Cost., ma anche il principio della personalità della responsabilità penale, che pone al centro dell’attenzione il singolo individuo destinato a subire la pena»⁵⁴⁶.

Tale orientamento, seppur apprezzabile per lo sforzo profuso nell’indicare una possibile strada per conferire rilevanza penale al motivo culturale, non ci sembra comunque da accogliere, in quanto la circostanza di cui all’art. 62, n. 1 riferendosi, al pari di quella dei motivi abietti o futili, ad elementi di natura extragiuridica difficilmente afferrabili,

⁵⁴¹ Cass. 13 marzo 2003 (ud. 20 gennaio 2003), Vigevano, CED 224077, in *Riv. Pen.* 2004, 93.

⁵⁴² Cass. 11 dicembre 1993 (ud. 10 maggio 1993), Algranati, CED 195753.

⁵⁴³ Cass. 22 ottobre 1980 (ud. 13 maggio 1980), Di Pasqua, CED 146282.

⁵⁴⁴ Cass. 7 aprile 1989, Billo, in *Giust. Pen.* 1993, II, 201 ss.

⁵⁴⁵ C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., 284.

⁵⁴⁶ P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., p. 241; in senso analogo, con specifico riferimento ai reati culturalmente motivati, A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 126.

possiede un elevato *deficit* di determinatezza, difficilmente colmabile in sede giudiziale, se non a prezzo di insostenibili disparità di trattamento.

A nostro avviso, data l'indeterminatezza sia dei criteri in base ai quali valutare il valore morale o sociale di una determinata condotta, sia dei parametri sulla scorta dei quali concedere le circostanze attenuanti generiche⁵⁴⁷ e vista la prassi giurisprudenziale di riconoscere queste ultime in maniera pressoché "automatica" a tutti i condannati non recidivi, sarebbe preferibile ricorrere a strumenti diversi. In particolare, *de iure condito* viene in rilievo l'istituto della commisurazione giudiziale della pena.

È vero che anche alla determinazione della pena in concreto è connaturato un certo margine di discrezionalità, come, del resto, espressamente previsto dall'art. 132 c.p. e inevitabilmente richiesto dall'esigenza di dover individualizzare il trattamento sanzionatorio in prospettiva rieducativa; ma, a nostro avviso, il rischio di una violazione ai principi di uguaglianza e certezza giuridica può essere contenuto attraverso un opportuno impiego degli indicatori di cui all'art. 133 c.p. dando agli stessi una lettura costituzionalmente orientata. Così, ad esempio, ai parametri concernenti la gravità del reato, di cui al primo comma dell'art. 133 c.p., andranno collegate esigenze di proporzionalità, fondamento e limite della pretesa punitiva; nella valutazione della capacità e delinquere, indicata nel secondo comma, si dovrà tener conto degli scopi positivi della prevenzione speciale e di quella generale, che confluiscono, come già chiarito, nella funzione della pena come integrazione sociale. Coerentemente, i motivi a delinquere, il carattere, la condotta, la vita anteatta del reo, la condotta antecedente, contemporanea e susseguente al reato, le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo – elementi di notevole interesse nella materia dei reati culturalmente motivati – non potranno che convergere nella direzione di un minor bisogno di rieducazione dello stesso e, dunque, di una riduzione della pena da infliggergli in concreto al di sotto del tetto massimo individuato dalla proporzione con il disvalore del fatto di reato considerato nel suo complesso⁵⁴⁸.

Ad ogni modo, poiché anche questa soluzione comporta inevitabilmente l'attribuzione al giudice di un potere discrezionale, *de iure condendo* non appare fuori luogo auspicare

⁵⁴⁷ C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., 284.

⁵⁴⁸ V. MASARONE, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dogmatiche*. In corso di pubblicazione.

la formulazione di una circostanza attenuante incentrata sull'esistenza di regole culturali generalmente condivise ed osservate dalla comunità di appartenenza del soggetto agente, il cui carattere vincolante – e antinomico rispetto alla norma penale violata – abbia influenzato in concreto l'agente.

L'introduzione di una specifica attenuante “culturalmente connotata” avrebbe il pregio di scongiurare il rischio di decisioni difformi a seconda dell'orientamento a cui aderisce il singolo organo giudicante e rappresenterebbe la concretizzazione esplicita di una scelta politico-criminale di ispirazione pluralista⁵⁴⁹.

5. La rilevanza del motivo culturale a livello di punibilità.

L'ultima alternativa che viene proposta al fine di riconoscere un trattamento più favorevole all'autore di un reato culturalmente motivato si fonda sulla “non punibilità”. Com'è noto, il legislatore ricorre alla “non-punibilità” quando ritiene per ragioni di opportunità politico-criminale di doversi astenere dal punire un fatto tipico, antigiuridico e colpevole. Al di là della controversa collocazione sistematica della punibilità – si discute in dottrina se essa rappresenti un quarto elemento del reato, o una categoria autonoma e distinta dagli elementi del reato – secondo i sostenitori di tale soluzione sistematica, poiché la pena non è in grado di esplicitare nei confronti dei soggetti culturalmente diversi la sua funzione preventiva, in attesa di un serio e concreto impegno politico volto a dialogare con le differenti culture presenti sul suolo nazionale e per tale via rendere comprensibili i valori sottesi alla norma penale di volta in volta violata – sarebbe opportuno astenersi dal punire, anche per «evitare il rischio di esacerbare ulteriormente le potenzialità disgregatrici di conflitti che si sarebbe potuto (e dovuto) prevenire tramite il ricorso ad interventi più efficaci e consentanei allo scopo»⁵⁵⁰.

Al ricorso all'istituto della non punibilità, a nostro avviso, ostano alcune considerazioni. In primo luogo, le cause di esclusione della punibilità devono essere espressamente e tassativamente previste dal legislatore e attualmente, nel nostro ordinamento, non ve n'è

⁵⁴⁹ C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., 284.

⁵⁵⁰ G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., p. 159.

nessuna che dia immediato ed esplicito rilievo alla ‘motivazione culturale’. Quindi, tale soluzione sarebbe valida solo in una prospettiva *de iure condendo* e non *de iure condito*.

In secondo luogo, una causa speciale di non punibilità potrebbe essere prevista solo nel caso di fatti culturalmente motivati non lesivi di diritti fondamentali, perché laddove si prevedesse una generale causa di non punibilità per tutti i reati culturali, le conseguenze sarebbero devastanti, sia per le vittime di tali fatti, che rimarrebbero così prive di un’adeguata tutela, sia per il sistema penale stesso che potrebbe perdere di credibilità agli occhi della collettività. Un intervento dello Stato in tal senso potrebbe, infatti, essere percepito dai consociati come una totale rinuncia alla difesa di diritti costituzionalmente sanciti e quindi comportare un allontanamento dei cittadini dalle istituzioni.

Anche qualora il ricorso alla non-punibilità avvenisse soltanto in riferimento a fatti culturalmente motivati lesivi di beni di rango secondario, a nostro avviso esso sarebbe comunque non opportuno. Riteniamo, infatti, che in simili ipotesi possano trovare adeguata applicazione i principi generali che governano il diritto penale in generale e le singole categorie del reato in particolare. Qualora, infatti, dovessero essere lesi beni giuridici non irrinunciabili e non primari, appare più opportuno ragionare su “istituti” quali la coscienza dell’offesa – quindi verificare se il migrante era realmente in grado di percepire l’offensività della sua condotta – oppure impiegare la logica del bilanciamento degli interessi in gioco – e quindi valutare se nel caso concreto il diritto fondamentale all’identità culturale possa risultare prevalente rispetto all’altro diritto o bene leso con la condotta culturalmente connotata – o ancora di inesigibilità della pretesa normativa.

6. Considerazioni conclusive. Il dialogo politico come principale soluzione dei conflitti interculturali.

Come emerge dal presente *excursus*, le più concrete possibilità di riconoscimento del fattore culturale in sede penale, si collocano, *de iure condito*, nella fase di commisurazione della risposta punitiva, almeno per quanto concerne fatti culturalmente motivati lesivi di diritti fondamentali.

De iure condendo, invece, poiché la maggior parte delle condotte culturalmente motivate viene realizzata essenzialmente a causa della “spinta” che la cultura del gruppo etnico di appartenenza esercita sull’agente, non ci sembra peregrina l’idea di introdurre i già segnalati meccanismi di graduazione dell’antigiuridicità e della colpevolezza/responsabilità. Tutto ciò, però, avendo ben chiaro come nella risoluzione dei conflitti interculturali il ricorso allo strumento penale non potrà che avere natura ancillare e sussidiaria rispetto agli strumenti della prevenzione *extra penale* e del dialogo politico. La sola repressione formale non preceduta da un adeguato dibattito con le comunità interessate e non accompagnata da interventi di lungo termine, si rivela difatti, inutile sul piano del contenimento della criminalità culturale.

La soluzione più proficua per la risoluzione dei potenziali conflitti interculturali va invece nel senso del riconoscimento di diritti di partecipazione anche ai migranti. Per raggiungere l’obiettivo di garantire le libertà fondamentali all’interno e all’esterno dei gruppi occorre cioè porre anche gli immigrati nella condizione di sentirsi inseriti in quel contesto pluralistico costituzionalmente delineato da cui oggi si avvertono invece esclusi. La partecipazione politica è lo strumento attraverso cui fare emergere nell’arena politica le esigenze della propria “parte” e contribuire così alla loro affermazione, in composizione e in bilanciamento con altre⁵⁵¹.

⁵⁵¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 9.

BIBLIOGRAFIA

- AIME, *Eccessi di culture*, Torino, 2004.
- ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995.
- ALFANO, *La nuova riformulazione dell'art. 600 c.p.: reintroduzione del reato di plagio?*, in *Giust. Pen.*, 2004, 673 ss.
- AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, 1997.
- AMBROSINI, *Violenza sessuale*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, 286 ss.
- ANTOLISEI, *Osservazioni in tema di jus corrigendi*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 387 ss.
- BALBI, *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1998, 1 ss.
- BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963.
- BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443 ss.
- BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- BARITONO, *Guerre culturali negli Stati Uniti. Alle origini del dibattito sul multiculturalismo*, in *Contemporanea*, 1, 133 ss.
- 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 www.penalecontemporaneo.it.
- BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010.
- BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 683 ss.
- BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 149 ss.
- BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1256 ss.
- BELLUCCI, *Immigrazione e pluralità di culture*, in *Sociologia del diritto*, 2001, fasc. 3, 147 ss.
- BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005.

- BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in AA. VV., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di L. Picotti, Milano, 1999, 41 ss.
- BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, 2010.
- BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Pol. dir.* 2007, 3 ss.
- BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006.
- BERTOLINO, *Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, 1997, 51 ss.
- BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Torino, 2010.
- BERTOLINO, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, in *Studium iuris*, 1996, 142 ss.
- BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Padova, 1986.
- BONDI, *Philosophieverbot: l'agonia del diritto penale moderno*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, tomo I, Milano, 2006, p. 99 ss.
- BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in «dimensione domestica»*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2000, 22 ss.
- BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino 1973, 82 ss.
- BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia e (limiti) di una legge*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di Bernardi-Pastore-Pugiotto, Milano, 2008, 203 ss.
- BUTLER, *Corpi che contano*, Milano, 1996 (ed. or. 1993).
- CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4^a ed., Padova, 2006.
- CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di FIANDACA- FRANCOLINI, Torino, 2008, 314 ss.
- CANIGLIA, *Il multiculturalismo come forma sociale del post-moderno*, Roma, 2003.
- CARACCIOLI, *Causa di onore*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 580 ss.
- CARACCIOLI, *Commento alla Legge 5 agosto 1981, n. 442. Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*, in *Legislazione pen.*, 1982, 21 ss.
- CARACCIOLI, *Motivi di particolare valore morale o sociale erroneamente supposti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1960, 1203 ss.
- CARCANO, *L'accattonaggio dei minori: tra delitto e contravvenzione*, in *Cass. Pen.* 2007, 4956 ss.

- CASALINUOVO, *La causa d'onore nella struttura del reato*, Napoli, 1939.
- CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Crit. dir.*, 2013, 29 ss..
- CAVALIERE, *Riflessioni dogmatiche e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello Schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1478 ss.
- CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di GIOSTRA - INSOLERA, Milano, 1998, p. 133 ss.
- CAVALLO, *Sulla distinzione tra abuso di mezzi di correzione e maltrattamenti in famiglia*, in *Cass. pen.*, 2005, 11, 3342 ss.
- CERETTI - CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in AA.VV., *Il pacchetto sicurezza, (commento al D.L. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009 n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di MAZZA - VIGANÒ, Torino, 2009, p. 3 ss.
- CIVELLO, *Commento sub art. 4 l. 110/1975*, in RONCO - ARDIZZONE (a cura di), *Codice Penale ipertestuale. Leggi complementari*, Torino, 2007.
- CLIFFORD, *I frutti puri impazziscono. Etnografia, letteratura e arte nel secolo XX*, trad. it., 1993.
- COLACCI, *Il delitto di bigamia*, Napoli, 1958.
- COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, Napoli, 1963.
- COLOMBO, *Le società multiculturali*, Roma, 2002.
- CONSORTE, *Fattore culturale e diritto penale. Spunti di riflessione a partire dall'ordinamento di Francia, Inghilterra e Israele*, in AA.VV., *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI - TORDINI CAGLI, Bologna, 2012, p. 27 ss.
- COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, 1975, 223 ss.
- CORBELLETTI, *Rom e Sinti perseguitati nell'Italia fascista. La persecuzione di rom e sinti: storia e memoria dello sterminio*. Relazione tenuta al convegno a Biella il 25 gennaio 2008.
- COSSEDDU, *Mendicità*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 600 ss.
- D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. Fam. e pers.*, 2004, 189 ss.
- D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992.
- DAL LAGO, *Esistono davvero i conflitti tra culture? Una riflessione storico-metodologica*, in AA.VV., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, a cura di C. GALLI, Bologna, 2006, p. 45 ss.

- DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010.
- DE FRANCESCO G. *Autonomia individuale, condizionamenti culturali, responsabilità penale: metamorfosi e crisi di un paradigma*, in *Pol. dir.*, 2003, 393 ss.
- DE FRANCESCO G., *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in AA.VV., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. BERNARDI, Milano, 2006, p. 137 ss.
- DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Milano, 1930.
- DELMAS MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, 543 ss.
- DELOGU, *Dei delitti contro la famiglia*, in AA.VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia. Diritto penale*, a cura di CIAN-TRABUCCHI-OPPO, vol. VII, Padova, 1995, p. 1 ss.
- DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.
- DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Padova, 1996.
- E. B. TAYLOR, *Primitive Culture. Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*, London, 1871, trad. it. *All'origine della cultura*, Roma, 1985.
- FABIETTI, *L'identità etnica. Storia e critica di un concetto equivoco*, Roma, 2005.
- FACCHI, *Immigrati, diritti e conflitti. Saggi sul pluralismo normativo*, Bologna, 1999.
- FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2001.
- FACCHI, *L'escissione: un caso giudiziario*, in *Sociologia del diritto*, 1992, 1, 111 ss.
- FACCHI, *Politiche del diritto, mutilazioni genitali femminili e teorie femministe: alcune osservazioni*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, vol. VI, n. 4, 2004, 13 ss..
- FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol.III, New York, 1986.
- FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in ORRÚ - SCANNELLA, *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2006, p. 217 ss.
- FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001.
- FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma, 2007.
- FIANDACA - DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.
- FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009.

- FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, VI ed., Bologna, 2009.
- FIGLIO C., *Azione finalistica*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988.
- FIGLIO C., *Esercizio dei mezzi di correzione e adeguatezza sociale*, in *Foro pen.*, 1964, 35 ss..
- FIGLIO C., *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 275 ss..
- FIGLIO C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.
- FIGLIO C., *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1084 ss..
- FIGLIO C. - FIGLIO S., *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Torino, 2005.
- FISHER, *The Human Rights Implications of a "Cultural Defense"*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 1998, 663 ss..
- FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York-Oxford, 1998, trad. it. a cura di M. Papa, *Grammatica del diritto penale*, 2004.
- FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, Padova, 1990.
- FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in AA. VV., *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, a cura di HASSEMER – KEMPF – MOCCIA, München, 2009, p. 177 ss..
- FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in AA. VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di BERNARDI – PASTORE - PUGIOTTO, Milano, 2008, 179 ss..
- FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen*, Gießen, 1907, 519 ss..
- GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli, 1999.
- GALLO M., *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964, 750 ss..
- GALLO M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952, p.132 ss..
- GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Oxford, 1990, trad. it. a cura di CERETTI-GIBELLINI, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano, 1999.
- GEERTZ, *The interpretation of cultures*, trad. it., *Interpretazione di culture*, Bologna, 1998.
- GENTILE A., *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente approccio della Cassazione ai c.d. "reati culturali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, 421 ss..

- GENTILE G., *Un'aggravante per i reati culturalmente motivati? Riflessioni critiche sulla proposta di legge Sbai*, in AA. VV., *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI-TORDINI CAGLI, Bologna, 2012, p. 59 ss..
- GIUBILEI, *Il femminismo nel pensiero politico: saggio di una storia dimenticata*, Messina, 2007.
- GIUNCHI, *Ritorno alla Shari'a e prassi sociale: i reati sessuali in Pakistan*, in *Sociologia del diritto*, 2005, 107 ss..
- GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, in *Festgabe für Frank*, Tübingen, 1930, 428 ss.
- GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. Pen.*, 2007, 273 ss.
- GRANDI, *Fattore culturale e responsabilità penale*, Ferrara, 2008.
- GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in AA. VV., *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, a cura di PIFFERI-GIOLO, Torino, 2009, p. 179 ss.
- GRIAULE, *Dio d'acqua*, Milano, 1968.
- GROSSO E., *Cittadini per amore, cittadini per forza: la titolarità del diritto di voto nelle Costituzioni europee*, in *Dir. Pubbl. Comp. e Eur.*, 2000, 505 ss.
- GROSSO E., *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI, Ferrara, 2006, p. 109 ss.
- GROSSO E., *Straniero*, in *Dig. disc. pubb.*, XV, Torino, 1999, 157 ss..
- GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei conflitti culturali*, in *Studium iuris*, 2002, 876 ss.
- GUINÉ – MORENO FUENTES, *Engendering Redistribution, Recognition, and Representation: The Case of Female Genital Mutilation (FGM) in the United Kingdom and France*, in *Politics & Society*, 35, 477-519.
- HABERMAS, *De la tolérance religieuse aux droits culturels*, in *Cité. Philosophie, Politique, Histoire*, 2003, n. 13, 151 ss.
- HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in HABERMAS-TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998, p. 63 ss.
- HELD, *Etica femminista. Trasformazioni della coscienza e famiglia post-patriarcale*, Milano, 1997 (ed. or. 1993).
- HERDER, *Ideen*, in *Herders Sämtliche Werke*, Berlin, 1877-1913, trad. it. a cura di VERRA, *Idee per la filosofia della storia dell'umanità*, Roma-Bari, 1992.

HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, trad. it. *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001.

HUNTINGTON, *Lo scontro della civiltà*, Milano, 1997.

IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012.

IRFAN, *Honor Related Violence Against Women in Pakistan*, in www.americanbarfoundation.org

KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit*, in *ZStW* 1952, 255 ss.

KEROUAC, *Sulla strada*, Milano, 1967 (ed. or. 1957).

KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, trad. it. *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999.

KYMLICKA, *Teoria e pratica del multiculturalismo d'immigrazione*, in AA.VV., *Multiculturalismo o comunitarismo?* a cura di CANIGLIA- SPEREAFFICO, Roma, 2003, p.123 ss.

LA MONACA – AUSANIA – SCASSELATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili. Aspetti socio-antropologici, giuridici e medico-legali e contributo casistico*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2004, 649 ss.

LA ROSA, *Diritto penale e immigrazione clandestina in Francia: cui prodest?*, in www.penalecontemporaneo.it

LANZILLO, *Il multiculturalismo*, Roma-Bari, 2005.

LANZILLO, *Noi o gli altri? Multiculturalismo, democrazia, riconoscimento*, in AA. VV., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, a cura di C. GALLI, Bologna, 2006, p.81 ss.

LARIZZA, *La difficile sopravvivenza del delitto di abuso di mezzi di correzione*, in *Cass. Pen.*, 1997, 29 ss..

LIEGEOIS, *I Rom in Europa*, Edizioni del Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2007.

LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, conv. in l. n. 119/13, in tema di 'femminicidio'*, in www.penalecontemporaneo.it

LO MONTE, *Il fenomeno dell'immigrazione clandestina: diritti, sicurezza e criminalità*, in AA.VV. *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, Napoli, 2013, 135 ss.

LOCHAK, *L'intégration, alibi de la precarisation*, in www.gisti.org.

LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, 2010.

LONGOBARDO, *Le mutilazioni genitali femminili*, in AA.VV., *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, a cura di A. Cilardo, Milano, 2011, p. 117 ss.

- MACINTYRE, *Dopo la virtù*, Milano, 1988.
- MAISTO, *Il diritto penale dell'immigrazione. Profili socio-criminologici, esegetici, dommatici e di politica criminale*, Saarbrücken, 2013.
- MANCINI, *I Rom tra cultura e devianza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 6, 770 ss.
- MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2009.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1964.
- MARGALIT-RAZ, *National Self-Determination*, in *Journal of Philosophy*, 1990, 439 ss.
- MARINI, *Ordine pubblico (Contravvenzioni relative al)*, in *Noviss. Dig. it.*, App. V, Torino, 1984, 569 ss.
- MARINUCCI, *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 186 ss.
- MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1994.
- MASARONE, *Il problema delle scusanti*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale?*, a cura di FIORE - MOCCIA - CAVALIERE, Napoli, 2009, p. 149 ss.
- MASARONE, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dogmatiche*. In corso di pubblicazione.
- MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013.
- MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, Roma, 2012.
- MEAD, *Mind, Self, and Society*, Chicago, 1934. trad. it. *Mente, sé e società*, Firenze, 1972.
- MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori Costituzionali e identità culturale*, Torino, 1996.
- MEZGER, *Kriminologie. Ein Studienbuch*, München-Berlin, 1951.
- MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2006, 4, 63 ss.
- MICHELETTI, Contraddittore a C. Grandi, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in AA. VV., *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, a cura di DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO, Torino, 2007, p. 372 ss.
- MILL, *On liberty (1859)*, trad. it., *Sulla Libertà*, Milano, 2000.
- MILL, *Sulla servitù delle donne (1869)*, Milano, 2010.

- MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (L. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 395 ss.
- MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.
- MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.
- MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in AA. VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2002, p. 133 ss.
- MONACO, *Prospettive dell'idea di «scopo» nella teoria della pena*, Napoli, 1984.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois (...)*, lib. 3, trad. it. BOFFITTO SERRA (a cura di), *Lo spirito delle leggi*, Milano, 1989.
- MONTICELLI, *"Le esimenti culturali" e il principio di laicità*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di BALBI - ESPOSITO, Torino, 2011, p. 9 ss.
- MONTICELLI, *Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. pen.* 2003, 535 ss.
- MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale*, Padova, 1999.
- NOLL, *Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht*, in *ZStW* 1956, 181 ss.
- NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten*, Basel, 1955.
- NOWAKOWSKI, *Das Ausmaß der Schuld*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1950, vol. 65, 303 ss.
- NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.
- OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, in AA.VV., *Diritti delle donne e multiculturalismo*, ed. italiana a cura di A. BESUSSI e A. FACCHI, Milano, 2007, p. 3 ss.
- OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, I^aed., Roma, 2006.
- OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in *Pol. Dir.*, 2007, 71 ss.

- ORLANDI, *Impiego di minori nell'accattonaggio*, in *Dig. disc. pen.*, VII agg., Torino, 2013, 314 ss.
- PAESANO, *Il reato di «riduzione in schiavitù» tra vecchia e nuova disciplina*, in *Cass. Pen.* 2005, 791 ss.
- PALAZZO, *Armi, esplosivi e munizioni nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, p.252 ss.
- PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.
- PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Dir. famiglia*, 4, 2012, 1866 ss.
- PALICI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, Torino, 1999.
- PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 431 ss.
- PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985.
- PANAGIA, *Mendicità*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 103 ss.
- PARISI, *I motivi abietti tra consuetudini culturali e mero “possesso parentale”:* alcune precisazioni sul valore del fattore culturale in sede penale, in *Foro it.*, 2010, 516 ss.
- PARK-BURGHESS-MCKENZIE, *La città*, 1999, trad. it. DE PALMA, Torino, 1999.
- PAROLARI, *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2008, 543 ss.
- PAZÉ, *Il concetto di comunità nella filosofia politica contemporanea*, Roma, 2002.
- PECCIOLI, *Commento alla legge 11 agosto 2003 n. 228*, in *Dir. pen. proc.* 2004, 35 ss.
- PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 853 ss.
- PETEL, *Woman versus Man. Socio-Legal Gender Inequality in Pakistan*, Oxford University Press, USA, 2003.
- PIASERE, *Antropologia sociale e storica della mendicità zingara*, in *Polis*, 2000, 3, 409 ss.
- PIASERE, *I rom d'Europa. Una storia moderna*, Roma-Bari, 2007.
- PISA, *Immigrazione e norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 845 ss.
- PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 283 ss.
- PISAPIA G. D., *Bigamia*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 363 ss..
- PISAPIA G. D., *Bigamia*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 396 ss.

- PISAPIA G. D., *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953.
- PISAPIA G. D., *Problemi in tema di bigamia*, Modena, 1959.
- PISAPIA G., *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993.
- PISTORELLI, *Commento alle disposizioni per il controllo delle armi*, in CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice Penale*, Padova, V ed., 2007.
- PITCH, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Quest. giust.*, 2001, 502 ss.
- PIVANO, *Beat, hippie, yuppie*, Milano, 1996.
- PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano, 1999.
- POULTER, *Ethnicity, Law and Human Rights*, Oxford, 1998.
- PRINI, *Torre di Babele e universalità del diritto*, in D' AGOSTINO (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Torino, 1996, p. 7 ss.
- PROVERA, *Il giustificato motivo: la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 972 ss.
- RATZINGER, *Quel che tiene unito il mondo*, in HABERMAS-RATZINGER, *Etica, religione e Stato liberale*, Venezia, 2005.
- RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994.
- RAZ, *Multiculturalism: a liberal prospect*, in *Dissent*, 1994, n. 1, 67 ss..
- RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986.
- RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1990.
- RESTAINO-CAVARERO, *Le filosofie femministe*, Torino, 1999.
- RICCI SINDONI-VIGNA, *Di un altro genere: etica al femminile*, Milano, 2008.
- RIGOTTI, *Le basi filosofiche del multiculturalismo*, in Aa. Vv., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, a cura di GALLI, Bologna, 2006, p. 29 ss.
- ROMANO M., «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.
- ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55 ss.
- ROMANO M., *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 984 ss.
- ROMANO M., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 497 ss.

- ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in L. Stortoni (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992, p. 34 ss.
- ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius* 1966, III, 33-37.
- ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, 2^aed., Berlin-New York 1973, trad. it. a cura di S. MOCCIA, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986.
- RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 133 ss.
- RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012.
- SANDEL, *Il liberalismo e i limiti della giustizia*, Milano, 1994.
- SANTAMARIA, *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano 1960, 646 ss.
- SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955, in *Scritti di diritto penale*, a cura di LA MONICA, Milano, 1996, p. 11 ss.
- SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Milano, 2000.
- SAUNDERS-WALTER, *The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 21, n. 4, 1972, 781 ss.
- SBAI, *Il sogno infranto. Il relativismo culturale e il fondamentalismo*, Roma, 2012:
- SBAI, *L'inganno. Vittime del multiculturalismo*, Siena, 2010.
- SCALIA, *Le modifiche in materia di tutela penale dei minori*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1212 ss.
- SCARANO, *La non esigibilità in diritto penale*, Napoli, 1948.
- SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi-scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, 1998.
- SCOLETTA, *Nuovo delitto di impiego di minori nell'accattonaggio*, in AA. VV., *Sistema Penale e «sicurezza pubblica». Le riforme del 2009*, a cura di CORBETTA-DELLA BELLA-GATTA, Milano, 2009, p. 123 ss.
- SCORDAMAGLIA, *Prospettive di una nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 366 ss.
- SESSA, *Cittadinanza espansiva, politiche di integrazione e motivazione culturale al reato: profili storico-domatici e di politica criminale*. In corso di pubblicazione

- SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Trattato di diritto penale*, vol. V, *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, pp. 1 ss.
- SHACHAR, *Group Identity and Women's Rights in Family Law: The Perils of Multicultural Accommodation*, in *Journal of Political Philosophy*, 1998, 285 ss.
- SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- SHACHAR, *On Citizenship and Multicultural Vulnerability*, in *Political Theory*, 2000, 64 ss.
- SÖKEFELD, *Debating Self, Identity and Culture in Anthropology*, in *Current Anthropology*, 4, 1999, 417 ss.
- SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, III ed., Firenze, 1974.
- STELLA, *Laicità e legislazione: aspetti penalistici*, in AA. VV., *Laicità: problemi e prospettive*. Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Milano, 1977, p. 305 ss.
- TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in HABERMAS – TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998.
- TIEDEMANN, *L'uropeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998, 3 ss.
- TORDINI-CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008.
- TRILLING, *Sincerity and Authenticity*, New York, 1969.
- VASSALLI, *Nullum crimen, nulla pena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 307 ss.
- VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000.
- VIGANÓ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000.
- VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in AA.VV., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI, Ferrara, 2006, 37 ss.
- WALZER, *Sulla tolleranza*, Roma-Bari, 1998.
- WEIL-CURIEL, *Female Genital Mutilation in France: A Crime Punishable by Law*, in PERRY - SCHENCK (eds.) *Eye to Eye. Women Practicing Development across Cultures*, London, 2001, 190 ss.
- WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1955, 31 ss.
- WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, 1 ss.

ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 339 ss.

ZAFFARONI, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final). Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1986.

ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, 1930.

ZIMMERL, *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*, Berlin-Leipzig, 1931.