

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE

"TULLIO ASCARELLI"

SEZIONE "Sistemi punitivi e garanzie costituzionali"

AREA "Diritto Penale" (XXVII CICLO)

Tesi di dottorato

**IL TRATTAMENTO PENALE DELLA
CRIMINALITA' C.D. CULTURALE.
CONSIDERAZIONI IN TEMA DI REATI
CULTURALMENTE MOTIVATI.**

Coordinatore e Tutor

Chiar.mo Prof. Mario Trapani

Dottorando

Massimiliano BARTOLINI

ANNO ACCADEMICO 2014-2015

Indice

NOTA INTRODUTTIVA.....	iv
CAPITOLO I.....	1
DIRITTO PENALE E CONTESTI SOCIALI MULTICULTURALI: NUOVE PROSPETTIVE	1
§1. L'attualità del tema.....	1
§2. Il conflitto culturale e la prospettiva socio-criminologica.	13
§3. Delimitazione dell'oggetto della ricerca: il reato culturale.	20
§4. La nozione di "cultura" penalmente rilevante.	26
§4.1. <i>Culture e gruppi sociali di riferimento rilevanti ai fini dell'indagine.</i>	37
§4.2. <i>Società multiculturali di tipo multinazionale e di tipo polietnico. Precisazione rilevante ai fini della ricerca.</i>	42
CAPITOLO II.....	55
LA GESTIONE DELLA DIVERSITA' CULTURALE TRA ASSIMILAZIONE E TOLLERANZA. I MODELLI TEORICI DI INTEGRAZIONE.....	55
§1. Premessa.	55
§2. Il modello assimilazionista-integrazionista.....	66
§3. Il modello multiculturalista.	71
§4. La posizione dell'Italia.....	76
§5. L'interazione tra il fenomeno immigratorio, il localismo e la non neutralità culturale del diritto penale.....	86
CAPITOLO III.....	94
LA CRIMINALITA' C.D. CULTURALE NELLA PROSPETTIVA DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA: ANALISI DI FATTISPECIE SIGNIFICATIVE.....	94
§1. Introduzione: l'obiettivo dell'adozione di una prospettiva giurisprudenziale.	94
§2. Alcune fattispecie significative di criminalità c.d. culturale.....	96
§2.1 <i>Violenze in famiglia che sfociano in omicidio: il caso Hina Saleem.</i>	100
§2.2 <i>Il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio.</i>	111
§2.3 <i>Le mutilazioni genitali femminili.</i>	119

PARTE II	138
CAPITOLO IV.....	138
MOTIVAZIONE CULTURALE E DOGMATICA PENALE. LA COLLOCAZIONE DEI REATI CULTURALMENTE MOTIVATI NELL'AMBITO DELLA TEORIA GENERALE DEL REATO.	138
§1. Considerazioni preliminari.	138
§2. La motivazione culturale e la categoria dogmatica della colpevolezza. Le ragioni della scelta.	144
§3. La motivazione culturale e l'influenza sulla capacità di intendere e di volere.	146
§4. Motivazione culturale e conoscibilità del precetto penale: la questione dell'inevitabilità dell'ignoranza.	155
§5. Motivazione culturale: dolo, coscienza dell'offesa ed errore sul fatto.	165
§6. Fattore culturale e normalità del processo motivazionale: la c.d. inesigibilità.	176
 PARTE III.....	 184
CAPITOLO V.....	184
DE IURE CONDENDO.....	184
§1. Quali prospettive per il futuro legislatore?	184
§2. Considerazioni conclusive.....	197
 RINGRAZIAMENTI	 210
 BIBLIOGRAFIA	 211

ABSTRACT

La tematica dei reati culturalmente motivati è stata, tradizionalmente, oggetto di studi e ricerche prettamente criminologiche. Solo di recente si è imposta all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, stimolando l'interesse di molti studiosi autorevoli, sempre più convinti che anche il diritto penale debba affrontare le sfide poste dal pluralismo culturale e normativo tipico delle società contemporanee. Le inarrestabili dinamiche della globalizzazione e i massicci flussi immigratori degli ultimi decenni hanno indotto la scienza penalistica, ma anche i giudici, ad interrogarsi sul trattamento giuridico da riservare a quei reati commessi da membri di gruppi etnico-culturali di minoranza, immigrati nel nostro Paese, nel rispetto delle proprie regole culturali di origine. Nell'ambito del presente lavoro, dopo aver analizzato i concetti di multiculturalismo e società multiculturale, si ricostruiscono i diversi modelli teorici di integrazione per la gestione della diversità culturale, astrattamente a disposizione di un ordinamento giuridico. Vengono poi analizzate alcune fattispecie considerate maggiormente espressive del conflitto normo-culturale vissuto dal reo, come le violenze in famiglia che sfociano in omicidio (il caso Hina Saleem), il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio e le mutilazioni genitali femminili. Nella parte centrale dell'indagine verranno indagate le possibili soluzioni proposte *de iure condito* per il fattore culturale in sede di colpevolezza, la categoria dogmatica maggiormente posta in tensione dal pluralismo culturale. Viene accolta infine una prospettiva *de iure condendo*. Dopo aver prospettato due vie percorribili per attribuire rilevanza alla motivazione culturale nella commissione di reati, si ritiene di poter concludere che la soluzione da privilegiare consista nella valorizzazione del ruolo della giurisdizione, nell'ottica di una sua sempre maggiore sensibilizzazione alla diversità culturale. Sperando che possa diffondersi quello che Stefano Rodotà ha definito "diritto dialogante".

NOTA INTRODUTTIVA

L'obiettivo della presente attività di ricerca è quello di indagare la categoria dei reati culturalmente motivati, argomento che si inquadra nella tematica di più ampio respiro concernente i rapporti tra il diritto penale e il multiculturalismo. Considerata la rilevanza "cosmica" (per utilizzare un'espressione di Francesco Viola) del fenomeno multiculturale e multietnico, la ricerca rende conto delle problematiche sollevate, a livello penalistico, dal pluralismo culturale e normativo tipico delle nuove società del terzo millennio. La scienza penalistica, ma anche la giurisprudenza, non possono rimanere indifferenti a questi cambiamenti sociali, dovendo necessariamente confrontarsi con la presenza di gruppi etnico-culturali minoritari nella compagine sociale, che siano immigrati o autoctoni. Focalizzando l'attenzione su uno straniero, che decide di abbandonare il proprio paese per immigrare in un altro Stato, emerge la particolare situazione in cui questi viene a trovarsi. Catapultato nel contesto sociale e culturale dello Stato-ospite, completamente differente da quello proprio di origine, si trova a dover fare i conti con regole di condotta, anche di natura penale, diverse da quelle dello Stato originario. Tale diversità, dovuta in molti casi proprio al fattore culturale, potrebbe indurre costui a commettere un fatto previsto come reato nel Paese di arrivo, ma conforme, tollerato o addirittura imposto, dal modello culturale di origine. Il panorama giurisprudenziale, non solo italiano, offre un'ampia casistica di questa tipologia. Nel corso della ricerca verranno analizzate tre fattispecie di reato, considerate maggiormente significative del conflitto normativo e culturale: violenze in famiglia che sfociano in omicidi di familiari che si ribellano alle regole e al codice etico della famiglia di origine (caso Hina Saleem), l'impiego di minori nell'accattonaggio e le mutilazioni genitali femminili.

È di fronte a questa tipologia di reati che si pone un problema fondamentale. È opportuno attribuire valore, nel nostro ordinamento giuridico, al condizionamento esercitato dalla motivazione culturale sulla genesi e sulle modalità esecutive di un reato? Di fronte al fattore culturale il diritto penale deve assumere un atteggiamento di indifferenza, o deve considerarlo un elemento escludente, attenuante o aggravante la responsabilità penale? Consapevole del notevole livello di approfondimento

scientifico presente ormai anche nella dottrina italiana, le riflessioni svolte all'interno della tesi saranno finalizzate proprio ad individuare una possibile risposta a questi interrogativi, che cerchi di conciliare il dato di fatto della diversità culturale con il rispetto e la tenuta del sistema penale. Questo lavoro peraltro intende dimostrare al lettore come nell'ambito della categoria di sintesi dell'illecito culturale si rinverano molteplici profili problematici, che attengono a diversi saperi scientifici, dal diritto all'antropologia, alla sociologia, persino alla filosofia. Nella prima parte del lavoro vengono analizzati i concetti di multiculturalismo e società multiculturale e si approfondisce la nozione di reato culturalmente orientato, fondamentale quest'ultima per una corretta delimitazione del campo d'indagine. Per quanto concerne la nozione di società multiculturale si accoglie la distinzione, proposta dal filosofo canadese Will KYMLICKA, tra società multiculturale di tipo multinazionale (caratterizzata dalla presenza di minoranze nazionali autoctone) e di tipo polietnico (dove la pluralità di culture trae origine da flussi migratori). Una distinzione di indubbia rilevanza ai fini della ricerca, trattandosi di due diversi fenomeni di pluralismo culturale che pongono problematiche differenti, anche a livello penalistico. Ne consegue che diverso deve essere l'approccio assunto dallo Stato nei loro confronti. La società multiculturale di riferimento nell'ambito del lavoro sarà quella di tipo polietnico.

Un aspetto molto interessante della ricerca concerne la definizione del concetto di "cultura" penalmente rilevante, presupposto indispensabile per tracciare con nitidezza i contorni del reato culturalmente orientato. Dando atto della sua polisemia, la tesi si sofferma sulla concezione antropologica di "cultura" ripercorrendo le maggiori tappe dell'evoluzione del pensiero antropologico, partendo dalla definizione datane nel 1871 da Edward Taylor. Giungeremo alla conclusione che la sola cultura che può rilevare è la cultura del gruppo, e non del singolo individuo, intesa peraltro in un'accezione etnica, risolvendosi cioè nei concetti di nazione e popolo. I gruppi culturali presi in considerazione nella ricerca sono i gruppi socio-politici costituiti da un numero rilevante di individui, che condividono una stessa lingua comune ed hanno un legame con un territorio geografico, in genere di grandi dimensioni. Quanto alla nozione di reato culturalmente orientato viene accolta l'impostazione pressochè dominante in dottrina che ne individua tre elementi

costitutivi: la motivazione culturale, la coincidenza di reazione e il divario tra culture, mettendo in evidenza la situazione di conflitto tra la regola penale dello Stato-ospite, che incrimina una determinata condotta, e le regole culturali proprie del gruppo di appartenenza del soggetto attivo. Peraltro questa situazione di conflitto normo-culturale verrà inquadrata anche in una prospettiva socio-criminologica, analizzando la teoria del “conflitto di culture”, elaborata dal criminologo americano Thorsten Sellin nel 1938. Mi sono poi soffermato sulle modalità con cui gli Stati europei gestiscono, a livello di politica criminale, la diversità culturale importata dagli immigrati, analizzando i modelli teorici di integrazione assimilazionista-integrazionista alla francese (che chiude ogni dialogo con la diversità, non dando alcun valore al condizionamento culturale) e quello multiculturalista all’inglese (che attribuisce rilevanza agli orientamenti culturali diversi nella modulazione del trattamento penalistico dei reati culturali).

Nella seconda parte del lavoro, strettamente dogmatico-penalistica, si affronta la questione principale, vale a dire quale possa essere la collocazione sistematica del fattore culturale all’interno della struttura del reato. Prendendo atto che non vi è nessuna norma di parte generale che disciplini specificamente la categoria degli illeciti penali condizionati culturalmente, ci si pone l’obiettivo di verificare se si possa attribuire rilevanza al fattore culturale avvalendosi delle categorie dogmatiche all’interno della teoria generale del reato. In una prospettiva *de iure condito* il campo d’indagine verterà sulla colpevolezza, considerata la categoria maggiormente posta in tensione dal pluralismo culturale, studiandone le modalità di interazione con il fattore culturale. In particolare ci si chiede come la motivazione culturale interagisca con il problema della conoscibilità del precetto penale e con la questione dell’inevitabilità dell’ignoranza. Si approfondirà il rapporto con il dolo, l’errore sul fatto e la coscienza dell’offesa, ed ancora quale condizionamento eserciti il fattore culturale sulla normalità del processo motivazionale (la c.d. inesigibilità). Particolarmente interessante, nell’ambito di questa parte della ricerca, è la questione (peraltro poco approfondita in dottrina) se la diversità culturale possa influire sulla capacità di intendere e di volere dell’imputato, diminuendola o escludendola. A questo proposito vi saranno riferimenti a studi di etnopsichiatria (ramo della psichiatria che studia e classifica le patologie psichiatriche tenendo conto del

contesto culturale in cui si manifestano e del gruppo etnico di appartenenza del paziente), secondo i quali può stabilirsi un collegamento tra l'esperienza della migrazione, la sofferenza psichica e il rischio di malattia mentale. Molti autori hanno scritto di una presunta psicopatologia del migrante, considerato strutturalmente instabile sotto il profilo psichico (frequentemente invocata è la nozione di “disturbo disadattivo”). Si tratta di un aspetto da approfondire anche in considerazione del fatto che ormai, per giurisprudenza consolidata, il concetto di infermità mentale è svincolato da parametri medico-organicistici, adottandosi una concezione ampia di malattia mentale in grado di abbracciare qualunque fattore di disturbo, idoneo ad incidere sulle facoltà intellettive e volitive dell'individuo.

Nella terza ed ultima parte la ricerca, accogliendo una prospettiva *de iure condendo*, si analizzano le due vie percorribili affinché il fattore culturale non risulti privo di incidenza sul diritto penale. Da un lato l'elaborazione di nuove norme da parte del legislatore; dall'altro una maggiore sensibilizzazione alla diversità culturale da parte della magistratura, nell'interpretazione ed applicazione di istituti già esistenti. Sceglieremo di affidarci a questa seconda opzione, considerando la difficoltà della formulazione di future norme da parte del legislatore, ma soprattutto la altrettanto difficile comprensione da parte dell'opinione pubblica. Riteniamo che si possano fornire risposte sanzionatorie eque ed adeguate per ogni reato culturalmente motivato solo valorizzando sempre di più il ruolo della magistratura, con l'auspicio che possa diffondersi quel “diritto dialogante” di cui parla Stefano Rodotà.

CAPITOLO I.

DIRITTO PENALE E CONTESTI SOCIALI MULTICULTURALI: NUOVE PROSPETTIVE

§1. L'attualità del tema.

E' giusto attribuire valore al condizionamento esercitato dal patrimonio culturale di un individuo sulla genesi e sulle modalità esecutive di una condotta penalmente rilevante? L'ordinamento giuridico quale valore dovrebbe attribuire a questo condizionamento, e soprattutto attraverso quali strumenti e modalità? Sono ormai parecchi anni che la scienza penalistica si pone questi interrogativi. Il diritto penale, seppur con ritardo rispetto ad altre discipline, sociologia ed antropologia in particolare, ha iniziato a confrontarsi con le problematiche sottese al fenomeno del pluralismo culturale tipico delle società contemporanee. Negli ultimi anni i numerosi flussi migratori verso l'Italia e gli altri paesi europei hanno dischiuso nuovi scenari dovuti alla disgregazione dello Stato Nazionale. L'omogeneità dei modelli culturali e valoriali di riferimento su cui si fonda l'intero ordinamento giuridico, e quindi anche quello penale, l'omogeneità etnica e la monoculturalità del nostro tessuto sociale sono ormai un lontano e sbiadito ricordo¹. La visione dell'unità culturale dell'Italia e la monoculturalità del sistema sociale non potevano non influenzare il legislatore al momento dell'emanazione del codice penale nel 1930. A livello strutturale non sono rintracciabili disposizioni né di parte generale né di parte speciale aperte al riconoscimento e alla valorizzazione di altre culture. Nelle prime pagine della Relazione del Guardasigilli al Re per l'approvazione del testo definitivo del codice, il Ministro illustra la concezione dello Stato che aveva ispirato i compilatori del codice. Dopo aver qualificato lo Stato come un organismo economico-sociale, politico-giuridico ed etico religioso, egli lo definisce come una "unità non solo sociale, ma altresì etnica, legata da vincoli di razza, di lingua, di costume, di tradizioni storiche,

¹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 1, 13-14; A. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, Roma, Aracne editrice, 2012, p. 9; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Pisa, 2010 p. 35.

di moralità, di religione...”. Dominava dunque una concezione della società rigorosamente omogenea, sia a livello culturale che etnico, e così in sostanza è rimasta nei decenni successivi². Questo concetto di unità etnica veniva ribadito dal Guardasigilli per illustrare la *ratio* di alcuni reati particolarmente condizionati da fattori culturali. Ad esempio, con riferimento ai delitti contro l’integrità e la sanità della stirpe (artt. 545-555 c.p.) Alfredo Rocco affermava che “la principale ragione d’essere dell’incriminazione di tali pratiche è da trovarsi nell’offesa all’interesse che ha la nazione, come unità etnica, di difendere la continuità e la integrità della stirpe”³. L’effetto dirompente si è avuto con le immigrazioni. Iniziate nella seconda metà del Novecento, hanno portato in Italia e nel resto d’Europa soggetti appartenenti a culture significativamente diverse dalla nostra, contribuendo in modo esponenziale alla crescita del tasso di eterogeneità culturale⁴. Come scrive il filosofo canadese Will Kymlicka “l’ultima parte del XX secolo è stata descritta come “l’età delle migrazioni. La maggior parte dei paesi è caratterizzata da diversità culturale. E’ un luogo comune affermare che le società moderne sono sempre più multiculturali”⁵. L’autore evidenzia come sono ben pochi gli Stati caratterizzati da un contesto sociale i cui appartenenti sono membri dello stesso gruppo etno-nazionale⁶. Le inarrestabili dinamiche della mobilitazione di persone, portatrici di tradizioni culturali notevolmente distanti dai paesi ospitanti verso tutte le realtà nazionali evolute

² F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 91-92.

L’autore sottolinea che le uniche minoranze presenti nel territorio italiano erano costituite da ebrei, da cultori di altre confessioni religiose, pur sempre cristiane, e dalle minoranze linguistiche nelle zone di confine (fenomeno tuttavia di scarso rilievo rispetto ai flussi migratori che avrebbero investito il paese negli anni a venire). Nello stesso ordine di idee A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 61 ss. L’autore sottolinea che in Italia fino a qualche decennio fa non vi erano minoranze caratterizzate da modelli culturali significativamente diversi tali da imporre la necessità di una loro specifica considerazione a livello penalistico.

³ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 91-92; C.DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 35-36. La De Maglie critica quell’orientamento di dottrina secondo cui le fattispecie di reato di parte speciale del codice penale qualificate dalla causa d’onore sarebbero indicative di un’apertura del sistema penale ai valori culturali propri di minoranze etniche. Secondo l’Autore il concetto di *honoris causa*, meritevole di una speciale attenuazione nel trattamento sanzionatorio, doveva riferirsi ad una condizione universale tipica di ogni essere umano come tale e non riguardare un singolo gruppo etnico di minoranza ed il suo sistema di valori culturali.

⁴ Sottolinea questo aspetto anche L. MANCINI, *Società multiculturale e diritto italiano. Alcune riflessioni*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.* 2000, p. 71, citato in nota da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 92.

⁵ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 2002. Edizione originale: *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

⁶ Kymlicka fa riferimento all’Islanda e alle due Coree come esempi di paesi ad elevata omogeneità culturale. Va tenuto presente che il filosofo scrive nel 1995.

economicamente e stabili politicamente, hanno reso la società italiana contemporanea, ma anche quelle europee, sempre più multiculturali. L'effetto di tali flussi migratori peraltro ha aumentato l'indice di multiculturalità anche di società già da tempo multietniche e multinazionali (come gli Stati Uniti, il Canada e la Gran Bretagna)⁷. Alcuni autori hanno evidenziato che nel nostro paese l'immigrazione è diventata numericamente molto significativa ed ha assunto ormai un carattere stanziale. Gli stranieri si stabilizzano progressivamente in Italia decidendo di realizzarvi il proprio progetto di vita⁸. Questo aspetto determina un cambiamento significativo nella *policy* relativa al fenomeno migratorio: da una gestione dell'urgenza si entra in un'ottica di gestione della convivenza e dell'integrazione. La problematica della coesistenza peraltro non si pone tanto con riferimento allo straniero-lavoratore⁹. In questa veste lo straniero sino ad oggi era ben accetto, anzi addirittura richiesto, soprattutto nelle zone a forte domanda di forza-lavoro immigrata (nelle grandi città, per la collaborazione domestica e i servizi; nelle province del Nord-est, della Lombardia e della Emilia Romagna, per la piccola e media industria; in altre province del Nord ed anche alcune del Sud per i lavori stagionali agricoli). Il problema si pone soprattutto in relazione alla dimensione privata degli immigrati, rimanendo diffuse le resistenze al loro insediamento. Secondo l'efficace espressione coniata da Zolberg, direttore del centro Internazionale per la Migrazione di New York, l'immigrato è *wanted, but not welcome* (richiesto, ma non benvenuto). Il sociologo Maurizio Ambrosiani parla degli stranieri in termini di "utili invasori"¹⁰. Di fronte al fenomeno del multiculturalismo si pone il delicato problema del riconoscimento giuridico delle differenze¹¹. Kymlicka al riguardo parla di sfida del multiculturalismo: tutte le società moderne devono rapportarsi con gruppi

⁷ C. GRANDI, Diritto Penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo, in L'Indice Penale, 2007, n. 1, p. 246 ss.

⁸ Michele M. CORRERA – P. MARTUCCI, Elementi di Criminologia, Padova, Cedam, 3 ed. 2013, p. 246.

⁹ Si soffermano su questo aspetto M. Correr e P. Martucci, Elementi di Criminologia, cit., p. 246 ss.

¹⁰ M. CORRERA – P. MARTUCCI, Elementi di Criminologia, cit., p. 246; U. MELOTTI, Migrazioni internazionali. Globalizzazione e culture politiche, Torino, Bruno Mondadori Editori, 2004, p. 144 (citato da CORRERA e MARTUCCI).

Nello stesso senso e con riferimento al caso esemplare della città di Treviso (ad alta densità di immigrati, attivi soprattutto nella media e piccola industria) si parla anche di una "sindrome trevigiana": cioè gli immigrati sarebbero graditi e bene accetti di giorno in quanto forza lavoro necessaria, ma non di notte o comunque nella loro condizione sociale di residenti e fruitori della città.

¹¹ Su questo aspetto si sofferma in particolare C. GRANDI, Diritto Penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo, cit., p. 245 ss.

etnici minoritari che rivendicano il riconoscimento delle proprie identità e l'accettazione delle proprie differenze culturali¹². Il termine multiculturalismo può essere utilizzato in una duplice accezione: sociologico-descrittiva ovvero ideologico-prescrittiva. Secondo la prima, indica un contesto sociale all'interno del quale convivono molteplici gruppi, distinti per etnia, tradizioni culturali, stili di vita e modelli valoriali di riferimento. L'identità dei singoli gruppi finisce inevitabilmente per influenzare le condotte e le abitudini dei membri appartenenti al gruppo. Nella seconda accezione il termine designa il fine normativo della realizzazione di un ordinamento giuridico che sia sensibile e rispettoso delle diversità dei gruppi culturalmente disomogenei e che aspiri ad un contesto sociale stabile, pacifico e non discriminatorio. In questo senso il multiculturalismo evoca una vera e propria tensione ideologica¹³. Secondo questa prospettiva il problema della società multiculturale è soprattutto di natura normativa: le varie culture devono entrare in modo determinante nella sfera pubblica e politica oppure è opportuno che restino confinate nell'ambito della società civile, preservando la neutralità dello Stato?¹⁴ Secondo Francesco Viola non bisogna confondere il multiculturalismo con il pluralismo in generale¹⁵. Il fenomeno del pluralismo infatti, sebbene si contrapponga a quello dell'individualismo dando rilievo ai gruppi sociali, non per questo è necessariamente multiculturale. Esistono infatti società monoculturali che pure sono pluralistiche nella misura in cui il potere politico alimenta il dinamismo della sfera privata-sociale. Il multiculturalismo, prosegue lo studioso, si può dunque definire

¹² W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 21.

¹³ F. BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 43, afferma che nell'espressione "società multiculturale" l'aggettivo "multiculturale" è utilizzato in senso descrittivo (per indicare appunto una situazione di fatto), mentre l'utilizzo dell'aggettivo "multiculturale" in senso normativo, come progetto politico per il riconoscimento della diversità culturale degli immigrati si adopera nell'espressione "modello multiculturale".

Il termine può essere utilizzato anche in politologia per indicare il substrato filosofico delle rivendicazioni avanzate negli anni '60 e '70 dai gruppi subalterni presenti nella società nordamericana (donne, afro-americani, immigrati, omosessuali, gruppi religiosi non cristiani). Essi denunciavano le politiche messe in atto ritenute discriminatorie in quanto ispirate rigidamente al principio dell'uguaglianza formale, considerate insensibili alle possibilità di questi gruppi di esercitare diritti "negativi" a causa dell'appartenenza culturale e soprattutto ideate intorno ad un prototipo di individuo dominante (maschio-bianco-eterosessuale-cristiano). Secondo questa concezione il termine indica una rivendicazione politica. In questo senso C. GRANDI, *Diritto Penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 245-246 e COLOMBO, *Le società multiculturali*, Roma, 2002, p. 7 ss. (citato da C. GRANDI).

¹⁴ Si pone questo interrogativo F. VIOLA, in *La società multiculturale come società politica*, in *Studi Emigrazione/Migration Studies*, XLI, n. 153, 2004, p. 85.

¹⁵ F. VIOLA, in *La società multiculturale come società politica*, cit., p. 83 ss.

come “il pluralismo delle culture all’interno di una stessa società politica”. Si tratta dunque di un pluralismo non di interessi, preferenze o bisogni, ma di culture, le quali danno senso alle scelte e ai sistemi di vita dei soggetti che abitano quella società politica. È una forma di pluralismo che si distingue dalle altre, non essendo una *species* di un *genus* comune. Il fenomeno multiculturale, secondo le prospettive sopradette, incide sul principio definito da Giovanni Tarello “dell’unità del soggetto di diritto”, secondo il quale ogni persona è considerata centro di imputazione degli stessi diritti, obblighi, libertà e prerogative, ed è nella medesima posizione di fronte alla legge penale. Si tratta di uno degli assiomi, ampiamente condivisi dalla dottrina, su cui fino a qualche tempo fa si fondava il diritto penale. Può tradursi efficacemente nel principio di irrilevanza delle caratteristiche individuali al cospetto della legge in generale e di quella penale in particolare. Principio che può subire senza dubbio delle attenuazioni concernenti singoli aspetti, come quello della determinazione della pena in concreto, ma che non possono riguardare l’applicazione della norma penale come tale.¹⁶ Si tratta di un principio che la storia ci ha consegnato a seguito della crisi dei sistemi sociali e giuridici tipici dell’*ancien regime*, basati sulla gerarchizzazione e sulla disuguaglianza, e crollati a seguito della rivoluzione francese e della nascita dello Stato moderno. Consolidatosi nel corso del tempo, soprattutto a seguito delle codificazioni, questo principio si è poi imposto come base delle garanzie costituzionali di molte realtà nazionali¹⁷. Secondo la De Maglie il fenomeno immigratorio unitamente a quello della c.d. glocalizzazione costituiscono fattori convergenti, che hanno posto in crisi un altro assioma del diritto penale: il modello di Stato-nazione. Secondo l’autore questo concetto entra in crisi sia verso l’alto che verso il basso. Nel primo senso basta pensare alla crescente importanza ed espansione della dimensione sovranazionale delle organizzazioni politiche ed economiche, che inevitabilmente hanno intaccato l’autonomia e la sovranità dello Stato-nazione (l’Unione Europea, le organizzazioni come le Nazioni Unite o il *World Trade Organization*, le Corti Penali Internazionali, sono tutti esempi di come la

¹⁶C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p.1 e ss.

¹⁷ C. DE MAGLIE precisa che la storia dell’800 e del ‘900 presenta in ogni caso numerose smentite, essendo percorsa da molti avvenimenti di disuguaglianze, ingiustizie e discriminazioni. Come esempio cita proprio gli Stati Uniti ed il percorso che ha condotto all’abolizione della schiavitù, ma anche l’Italia e la Germania che hanno legittimato forme di discriminazione verso gli ebrei. Basta pensare ancora all’Italia dove il voto alle donne venne concesso solo nel 1946, in I reati culturalmente motivati, cit., p. 2.

territorialità dello Stato sia ormai un limite ampiamente superato). Si consideri inoltre il fenomeno della globalizzazione nel settore economico, culturale e giuridico. In quest'ultimo ambito si è parlato in dottrina di geodiritto¹⁸ e di diritto sconfinato¹⁹, e si è studiato come la globalizzazione può incidere sul diritto. Quanto alla crisi dello Stato-nazione verso il basso si pensi innanzitutto al fenomeno della c.d. glocalizzazione²⁰. Termine utilizzato dai sociologi Roland Robertson e Zigmunt Bauman (che peraltro lo ha ulteriormente rielaborato) per indicare il riaffermarsi di specificità locali (tendenze, tradizioni) legate ad elementi di carattere etnico, religioso, linguistico e culturale, in contrapposizione all'omogeneizzazione forzata imposta dalla globalizzazione. Nel corso della storia questa valorizzazione dell'autonomia e delle identità locali ha avuto effetti più o meno dirompenti: la pacifica scissione della Cecoslovacchia in due repubbliche autonome, le tragiche vicende della ex Jugoslavia, i vari episodi di terrorismo indipendentista, i conflitti interni allo Stato-nazione paradigmatici della mancanza di sufficiente omogeneità sociale e dell'esistenza di discriminazioni e diversità (si pensi alle rivolte dei neri nei ghetti delle città americane o alle *banlieues* di Parigi). Ma si pensi anche all'imponenza attuale del fenomeno immigrazione, sia legale che illegale, per effetto del quale vengono ad innestarsi nel tessuto sociale soggetti disadattati e privi di ogni mezzo di sostentamento²¹. Diversi autori hanno evidenziato come l'aumento del tasso di multiculturalità di un certo contesto sociale produca inevitabilmente un aumento delle occasioni di contatto tra culture differenti, accrescendo l'ostilità tra le stesse, favorendo lo sviluppo dell'etnocentrismo e l'inasprimento delle istanze identitarie delle minoranze presenti nel tessuto sociale²². In definitiva il fenomeno in

¹⁸ IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, 2006, citato in nota da C. DE MAGLIE in *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 3.

¹⁹ FERRARESE, *Diritto sconfinato*, 2006, citato in nota da C. DE MAGLIE, in *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 3.

²⁰ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 4.

²¹ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 5. L'autore cita Zigmunt Bauman che con riferimento a questi soggetti parla di vite di scarto.

²² A. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 519; VIGNA, *Multiculturalismo e universalità*, in *Ragion Pratica*, 2001, p. 88-89 (citati da C. GRANDI, *Diritto Penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 246).

Tuttavia è stato di recente osservato che l'aumento del tasso di multiculturalità nelle società non comporta necessariamente un aumento della criminalità: ne è un esempio il Nord America (società multiculturale per eccellenza) che per molto tempo è stata teatro di una criminalità inferiore a quella presente in molti altri paesi europei culturalmente più omogenei, PAVARINI, *Criminalità e pena nella*

esame ha fatto prevalere gli aspetti conflittuali tra le diverse civiltà piuttosto che quelli potenzialmente unificanti. Il pluralismo culturale è in ogni caso fonte di conflitti sociali da gestire e risolvere²³. Secondo Francesco Viola mentre i conflitti che possono nascere tra interessi e preferenze sono negoziabili e componibili, così non è per i conflitti tra culture²⁴. Questi ultimi possono essere risolti solo con il riconoscimento della diversità, cioè con il passaggio della diversità culturale da mero fatto a valore socio-politico. Il multiculturalismo, quale macro fenomeno sociologico di matrice etnico-culturale, contrapponendosi alla globalizzazione di matrice economica, persegue l'obiettivo di separare il modo occidentale di concepire ed interpretare i diritti umani da quello proprio di altre culture²⁵. Multiculturalismo, prosegue l'autore, significa che ogni cultura ha un proprio valore non negoziabile e un proprio modo di intendere la dignità umana. Tutti i diritti universali dell'uomo si basano su una peculiare concezione della dignità umana. Il problema è capire quale sia questa concezione. Lo studioso si pone un interrogativo: è concepibile una concezione multiculturale di dignità umana in cui ogni popolo riconosca se stesso²⁶? Kymlicka ritiene che per la risoluzione di questi contrasti non vi siano risposte facili o formule magiche. Anzi sostiene che alcuni conflitti sono comunque inevitabili,

società multiculturale, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. BERNARDI, Milano, Giuffrè, 2006, p. 169 (citato da C. GRANDI, *Diritto Penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 247).

Il termine "etnocentrismo" fu coniato dal sociologo statunitense William Graham SUMNER nella sua opera *Folkways* (costumi di gruppo) del 1907, dove l'autore studia la sfera dei comportamenti sociali regolata dalle consuetudini, che egli chiama appunto *folkways*. Con l'espressione etnocentrismo si intende "la tendenza a giudicare i membri, la struttura, la cultura e la storia di gruppi diversi dal proprio, con riferimento ai valori, alle norme e ai costumi ai quali si è stati educati. Quasi sempre comporta la sovravalutazione della propria cultura e, di conseguenza, la svalutazione della cultura altrui", in www.treccani.it/enciclopedia/etnocentrismo/

²³ Si esprime in questo senso F. VIOLA, in *La società multiculturale come società politica*, cit., p. 83.

Anche Kymlicka ritiene che il multiculturalismo sia fonte di potenziali divisioni e contrasti. Anzi sottolinea che dalla fine della guerra fredda i conflitti etnonazionali possono considerarsi la forma più diffusa di violenza politica al mondo e che difficilmente tali contrasti sono destinati ad attenuarsi in futuro. Egli ritiene che il problema principale, per le democrazie contemporanee, sia proprio quello di trovare soluzioni moralmente accettabili e politicamente praticabili per questi conflitti, in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 7.

²⁴ Secondo l'autore questo si spiega con il fatto che la cultura fa parte integrante della natura dell'uomo, contribuendo a determinarne l'individualità. L'identità culturale è dunque qualcosa di irrinunciabile. Viola richiama una efficace espressione di Geertz "noi siamo animali incompleti o non finiti che si completano e si rifiniscono attraverso la cultura, e non attraverso la cultura in genere, ma attraverso forme di cultura estremamente particolari", in *Interpretazioni di culture*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 92.

²⁵ F. VIOLA, in *Diritti Umani. Universalismo. Globalizzazione e multiculturalismo*, in AA. VV., *Nuova geografia dei diritti umani* (Atti Convegno, Palermo 29 aprile 2005), Cesvop, Palermo, 2007, p. 18.

²⁶ F. VIOLA, in *Diritti Umani. Universalismo. Globalizzazione e multiculturalismo*, cit., p. 18.

benché le controparti siano animate da senso di giustizia e tolleranza, che spesso invece manca. Egli sottolinea come l'omogeneità culturale sia stata la principale caratteristica del pensiero politico occidentale. Benché nel corso della storia le comunità politiche organizzate fossero di fatto caratterizzate da un'effettiva eterogeneità culturale, i pensatori politici hanno sempre fatto riferimento ad un modello ideale di comunità politica culturalmente omogenea, quale modello basilare o ideale. E per raggiungere questo ideale nel corso della storia sono state attuate una serie di politiche repressive nei confronti delle minoranze²⁷. Le rivendicazioni di ispirazione multiculturalista, volte al perseguimento e al raggiungimento del riconoscimento giuridico delle differenze nonché al rigetto delle politiche egualitariste, acquistano dunque nuovo vigore. In particolare tali rivendicazioni trovano un substrato teorico nell'ambito della corrente filosofica ed ideologica detta "comunitarista", che alimenta il dibattito intorno al multiculturalismo, contrapponendosi alla dottrina liberale classica²⁸. Secondo le teorie di matrice comunitarista sono le comunità di appartenenza del singolo soggetto ad essere riconosciute titolari di diritti e di rivendicazioni. E' necessario valorizzare e tutelare le minoranze culturali, con l'attribuzione sia di diritti individuali differenziati (agli appartenenti alle minoranze) sia di diritti collettivi (ai gruppi stessi), in quanto i loro paradigmi culturali sono posti a rischio in contesti sociali organizzati secondo i valori e le tradizioni della cultura dominante (e quindi inospitali). Al contrario le teorie c.d. liberali perfezioniste incentrano l'attenzione sul singolo individuo, considerato libero e portatore di diritti da riconoscere in quanto tali²⁹. Le politiche improntate al dogma dell'universalismo e dell'uguaglianza formale sembrano pertanto cedere il campo alle politiche della differenza, secondo cui l'appartenenza di un soggetto ad una minoranza culturale costituisce il presupposto per la previsione di trattamenti differenziati volti a preservare e a tutelare la diversità, considerata in se stessa come valore, espressione di un diritto alla conservazione della propria cultura e

²⁷Kymlicka fa riferimento alle espulsioni di massa (ovvero alla c.d. pulizia etnica), al genocidio, ai fenomeni di assimilazione coatta, segregazione fisica, discriminazione economica e in genere di negazione dei diritti politici, in *La cittadinanza multiculturalista*, cit., p. 8-9.

²⁸C. GRANDI, *Diritto Penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 247-248 e C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 9.

²⁹C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 9.

all'esplicazione della propria identità³⁰. Kymlicka si sofferma proprio su questo aspetto descrivendo l'evoluzione delle modalità di regolamentazione dei conflitti culturali tra minoranze e maggioranza. Agli inizi del Novecento il trattamento dei gruppi minoritari all'interno degli Stati veniva disciplinato attraverso trattati bilaterali³¹. Tuttavia questi trattati si rivelavano del tutto inadeguati creando effetti destabilizzanti. Spesso era proprio il contenuto di questi trattati lo spunto per invadere o intervenire in paesi più deboli³². Dopo la seconda guerra mondiale si impose un altro modo di concepire i diritti delle minoranze. Il movimento di pensiero liberale postbellico non riteneva necessaria una tutela diretta delle minoranze culturali mediante il riconoscimento di diritti speciali ai loro appartenenti, ma una tutela indiretta ottenuta mediante la garanzia ad ogni soggetto di diritti umani fondamentali, civili e politici, a prescindere dalla propria appartenenza a gruppi etnici. La teoria dei diritti umani si pose come alternativa al concetto dei diritti specifici riconosciuti alle minoranze etniche o nazionali³³. L'idea di una differenziazione dei diritti, del riconoscimento di un'identità politica o di uno status costituzionale permanenti di determinati gruppi etnici o nazionali venne respinta. Successivamente però emerse che i diritti umani tradizionali non erano comunque in

³⁰ C. GRANDI, elenca dettagliatamente le varie richieste di riconoscimento avanzate dalle minoranze culturali. Accolte in varia misura in diversi contesti nazionali, tali richieste si collocano in numerosi settori dell'ordinamento giuridico. L'autore fa riferimento, a titolo esemplificativo, alle richieste di flessibilizzazione dell'orario di lavoro o dei giorni di apertura degli esercizi commerciali per consentire la preghiera o il rispetto del calendario religioso; alla possibilità di indossare capi di abbigliamento o simboli con valenza religiosa in luoghi pubblici; alla richiesta di finanziamenti pubblici per la costruzione di luoghi di culto o istituzioni di educazione religiosa; alla domanda di adeguamento dei programmi scolastici mediante l'inserimento nell'ambito delle materie umanistiche di opere culturali alternative; alla pretesa di esercitare in via esclusiva il potere giurisdizionale per alcune tipologie di controversie (ad esempio in materia di proprietà dei territori tribali) senza alcun intervento dell'autorità statale; all'introduzione di regole e meccanismi per garantire alle minoranze una adeguata rappresentanza politica, qualora i meccanismi elettorali ordinari non provvedano in tal senso, in *Diritto Penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 248.

³¹ Kymlicka cita l'esempio della Germania che riconosceva privilegi e diritti ai cittadini polacchi presenti al suo interno a condizione di reciprocità, cioè in cambio della concessione da parte della Polonia di analoghi diritti ai tedeschi che vi abitavano, in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 9.

³² Kymlicka cita come esempio ancora la Germania nazista che giustificò l'invasione della Polonia e della Cecoslovacchia accusandole di aver violato i diritti, sanciti appunto dai trattati, dei tedeschi sul loro territorio, in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 9.

³³ Questo passaggio fu l'effetto dell'estensione del modo in cui venivano regolamentate le minoranze religiose. Nell'Europa del XVI secolo i conflitti religiosi erano molto diffusi e venivano affrontati e gestiti in maniera indiretta, vale a dire proprio con il riconoscimento della libertà religiosa ad ogni individuo (e non direttamente con la concessione di diritti speciali a determinate minoranze religiose). Nel periodo postbellico il pensiero liberale tutto ritenne che questo modello potesse essere utilizzato anche per gestire i conflitti etnoculturali, KYMLICKA in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 11.

grado di risolvere determinati problemi relativi alle minoranze culturali, non fornendo al riguardo alcuna risposta adeguata. Kymlicka cita degli esempi. Il diritto alla libertà di parola non fornisce alcuna risposta circa la politica linguistica da adottare; neppure il diritto di voto circa la mappatura dei confini dei collegi elettorali o la distribuzione dei poteri fra i vari livelli di governo, o ancora il diritto alla mobilità circa la politica più adeguata da adottare in tema d'immigrazione. Tutto questo determina forme di ingiustizia subite dalle minoranze e conflitti etno-culturali. Secondo Kymlicka pertanto è necessario valorizzare, oltre ai diritti umani fondamentali, i diritti specifici e differenziati delle minoranze, cercando tra di loro una proficua integrazione³⁴. Di fronte allo svilupparsi d'interventi normativi e giurisprudenziali volti a soddisfare le richieste e le rivendicazioni delle minoranze culturali, si pone l'interrogativo se anche il diritto penale debba partecipare o meno a questo percorso di riconoscimento della diversità culturale. In effetti il fattore culturale può svolgere un condizionamento significativo nella genesi del reato, nel suo svolgimento ed in genere in tutta la vicenda delittuosa. Tale condizionamento in particolare esprime tutta la propria potenzialità quando la condotta posta in essere dal soggetto, risulta tollerata, autorizzata o perfino obbligatoria nell'ambito del contesto culturale cui appartiene l'autore. La casistica al riguardo è ormai ampia³⁵. Si tratta di condotte il cui disvalore è spesso sanzionato penalmente anche nel paese di provenienza dei soggetti attivi, ma nonostante ciò questi sono indotti a violare la norma positiva a causa della forza cogente di una regola di natura culturale. Spesso

³⁴ W. KYMLICKA, in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 13 ss.

³⁵ C. GRANDI in *Diritto Penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 249-250, riporta alcuni esempi emblematici. Il maghrebino che in Francia sottopone la giovane figlia ad una operazione di mutilazione genitale in ossequio agli usi della tribù di origine; l'immigrato turco che in Belgio uccide il promesso sposo della propria sorella, il quale l'aveva indotta a perdere la verginità prima del matrimonio (nel rispetto della regola sociale che impone ai membri maschi della famiglia la tutela dell'onore della famiglia); l'islamico che procede alla mattanza dell'animale secondo la pratica del dissanguamento imposta dal proprio credo religioso; l'immigrato cinese che negli Stati Uniti uccide la moglie adultera; il cittadino senegalese che in Germania intrattiene rapporti sessuali con una ragazza di età inferiore a quella minima richiesta dalla legge nel paese ospitante ma superiore a quella stabilita dalla propria cultura tradizionale; l'aborigeno australiano che si vendica del torto subito infliggendo all'offensore (con il suo consenso) la punizione tribale dello *spearing*; l'immigrato hindu che in Olanda getta in un fiume materiale inquinante, trattandosi dei residui di una cerimonia funebre che secondo la tradizione culturale di origine può trovare compimento solo mediante l'abbandono dei residui stessi in acque correnti; il musulmano che in Europa contrae più matrimoni, diventando poligamo; l'albanese che, secondo quanto prescritto nella propria comunità di origine, commette in Italia violenze a fini educativi nei confronti della moglie e dei figli; l'indiano sikh che in Gran Bretagna pretende di indossare il turbante in luogo del casco protettivo, alla guida di un motoveicolo.

non si tratta di una vera e propria norma ma solo di un “condizionamento” culturale³⁶. L’indiscutibile condizionamento del fattore culturale sulla genesi del reato giustifica la denominazione, in uso anche nella dottrina penalistica europea, di reati culturalmente orientati o motivati ovvero di reati culturali. Si tratta di interrogarsi in ordine all’opportunità o meno di riconoscere valore al fattore culturale anche in ambito penale. La preoccupazione che agita l’interprete penale, ed inevitabilmente anche la giurisprudenza, è garantire un rapporto adeguato tra norme culturali e diritto penale, cercando di gestire le forti contraddizioni che emergono tra particolari usanze di alcuni gruppi ed il sistema penale nel suo complesso. Il problema centrale è che cultura e diversità entrano in conflitto con l’esigenza di garantire l’uniformità, l’efficacia e la credibilità dell’ordinamento giuridico penale³⁷. Si impone pertanto la necessità di mediare tra due opposte esigenze: riconoscimento e tolleranza della cultura minoritaria e “tenuta” del sistema penale. È molto importante, secondo Monticelli, tenere distinti i casi in cui un soggetto appartenente ad una minoranza etnica commetta un reato ordinariamente, da quelli in cui un soggetto consuma un delitto per motivi o scopi culturalmente orientati³⁸. L’autore si pone l’interrogativo se sia lecito che i culturalmente diversi siano soggetti ai vincoli giuridici del paese ospitante ovvero se abbiano un “diritto alla specificità” che oltrepassi i consueti diritti di libertà nell’ordinamento giuridico moderno. Monticelli si sofferma sul diverso approccio al problema (che in verità rientra nel più ampio dibattito politico e sociale relativo al fenomeno della globalizzazione) seguito dalla dottrina penalistica europea ed anglosassone. Nell’ambito del nostro continente infatti gli scrittori hanno studiato il fenomeno preoccupandosi di capire le cause e le modalità per cui un immigrato entra in contrasto con la cultura dominante, concentrandosi quindi sulla categoria dei “reati culturali” (le *cultural offence o culturally motivated crimes*). La letteratura anglosassone, soprattutto statunitense, affronta il problema dal punto di vista della *cultural defense*, cioè dell’esimente

³⁶ Ad esempio l’uxoricidio della moglie adultera da parte del marito cinese non è imposto o consentito da alcuna regola in senso stretto. Tuttavia la lesione dell’onore in questi casi è considerata così profonda ed insopportabile da giustificare una reazione criminosa, C. GRANDI, in *Diritto Penale e società multiculturali: stato dell’arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 250.

³⁷ Si sofferma su questo aspetto L. MONTICELLI, in “Le cultural defense” (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale, in *l’Indice Penale*, n. 2, 2003, p. 535 ss.

³⁸ L. MONTICELLI, in “Le cultural defense” (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale, cit., p. 538.

culturale. Questa diversa impostazione si giustifica, evidenzia lo studioso, in quanto gli americani, vivendo nel quotidiano una società multiculturale, non si pongono la stessa domanda degli europei e soprattutto non si preoccupano di trovare una risposta. Partendo dal presupposto di un'integrazione razziale come fatto acquisito, essi si pongono solo il problema di come risolvere il contrasto eventuale tra un membro di una minoranza culturale e i limiti del diritto penale³⁹. Il problema del pluralismo culturale pone questioni delicate sul piano sociologico e dell'amministrazione della giustizia. Per l'interprete dottrinale e giurisprudenziale l'approccio culturalmente orientato deve costituire la bussola per la risoluzione di controversie particolarmente drammatiche e per l'applicazione della legge penale in modo equo? È necessario un approccio individualizzato che si fondi su un bilanciamento degli interessi in conflitto nell'accertamento della responsabilità del reo? Occorre valorizzare, e in che modo, il processo motivazionale dell'autore? È indubbio che il diritto penale deve necessariamente confrontarsi con i conflitti di culture⁴⁰. Evidenzia la forte incidenza che possono avere sulla sfera penalistica i processi sociali della globalizzazione economica e della diversificazione culturale all'interno dei singoli paesi anche Alessandro Bernardi⁴¹. Il presupposto incontestato da cui parte l'autore è il "rapporto di circolarità" tra culture/valori e fattispecie/sanzioni: in tutti gli Stati si puniscono condotte offensive di beni e valori espressioni delle singole culture, comminando sanzioni coerenti con le varie concezioni della pena accolte nei singoli ordinamenti. Questo rapporto di circolarità, che costituisce la base del sistema penale, viene messo in crisi dal diffondersi di tre macro-fenomeni: la globalizzazione economica, la differenziazione normativa penale tra paesi culturalmente e socialmente non coincidenti ma pur sempre affini e soprattutto il crescente multiculturalismo all'interno di ogni Stato⁴².

³⁹ ID, pp. 538-539. Va anche considerato, secondo l'autore, l'atteggiamento di favore che la public opinion e le istituzioni manifestano nei confronti del fenomeno del multiculturalismo, considerato un valore da tutelare e non un fattore destabilizzante per il contesto sociale.

⁴⁰ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 6.

⁴¹ A. BERNARDI, Modelli penali e società multiculturale, Giappichelli, Torino, 2006, p. 3-4. L'autore ritiene che un'analisi di questa incidenza sia peraltro piuttosto complessa.

⁴² La molteplicità e la contraddittorietà delle culture, delle relative norme etiche e giuridiche è un fatto che inevitabilmente giustifica un agnosticismo etico e addirittura un agnosticismo antropologico. Francesco D'Agostino si pone questo interrogativo: "se la verità (della giustizia) è una, perché i popoli non la riconoscono tutti come tale? Ma se le singole costumanze (di giustizia) dei popoli sono

§2. Il conflitto culturale e la prospettiva socio-criminologica.

La tematica dei reati culturalmente motivati è alimentata da un background criminologico. Nell'ambito dello studio condotto con metodo scientifico sul problema delle cause della criminalità, il ruolo del fattore culturale e il tema dei conflitti culturali sono stati analizzati dalla Scuola di Chicago all'interno dell'indirizzo sociologico⁴³. La prima analisi condotta sul tema fu compiuta nel 1938 ad opera di Thorsten Sellin che elaborò la teoria dei "conflitti culturali"⁴⁴. Partendo dalla considerazione che ogni sistema sociale è dotato di norme di condotta che vengono tramandate nel corso del tempo, distingue sul piano culturale tra società semplici ed omogenee e società moderne e disomogenee. Nel primo caso queste norme di condotta si tramutano in leggi in quanto godono di un consenso generale. Nella seconda ipotesi invece le norme dei diversi gruppi molto spesso finiscono per entrare in conflitto. È questa la teoria dei conflitti culturali, che secondo il sociologo americano sono l'effetto del processo di differenziazione sociale e della costituzione di una molteplicità di raggruppamenti sociali, ciascuno con la propria matrice culturale. Il passaggio da un sistema sociale omogeneo ed integrato ad uno eterogeneo e non integrato determina inevitabilmente delle situazioni conflittuali, che possono ridursi esclusivamente attraverso processi di integrazione.

ciascuna a modo suo, giuste, che ne è della giustizia in sé e per sé?", in *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, in *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Torino, 1996, p. 33

⁴³ Non è questa la sede per una disamina approfondita sulle teorie criminologiche appartenenti all'indirizzo sociologico. Si rinvia pertanto a F. MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, Padova, CEDAM, VI edizione, 2009, pp. 590 ss.; G. MAROTTA, *Teorie Criminologiche. Da Beccaria al Postmoderno*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2006, pp. 117 ss.; G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di Criminologia*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 5 ed., 2008, pp. 79 ss.; M. M. CORRERA – P. MARTUCCI, *Elementi di Criminologia*, Padova, Cedam, 3 ed., 2013, pp. 53 ss.

⁴⁴ T. SELLIN, *Culture, Conflict and Crime*, New York, Social Science Research Council, 1938. Nella letteratura italiana G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di Criminologia*, cit., p. 85 ss.; G. MAROTTA, *Teorie Criminologiche. Da Beccaria al Postmoderno*, cit., p. 129 ss.; M. M. CORRERA – P. MARTUCCI, *Elementi di Criminologia*, cit., p. 61 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, cit., p. 604.

La teoria dei conflitti culturali si colloca all'interno della sociologia criminale e rientra come tipologia di contributo nella sociologia causale, che si caratterizza per essere teoretica (cioè trattasi di una costruzione teorica organizzata in sistema, che tenta di spiegare la genesi dei reati sulla base di cause sociologiche determinate ed onnicomprensive con validità generale). In ciò si differenzia dalla sociologia fenomenica, che è un tipo di contributo per la comprensione del fenomeno criminoso con finalità prevalentemente descrittiva. Mediante la statistica criminale si sofferma sull'osservazione empirica della fenomenologia criminale, delle correlazioni con le circostanze ambientali e dei fattori macro sociali che influenzano la condotta individuale. Evidenzia questa differenza F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., p. 591 ss..

Analizzando i flussi immigratori dei primi decenni del 1900 verso gli Stati Uniti e studiandone la criminalità, Sellin ritenne che nell'immigrato la contrapposizione di sistemi culturali e normativi differenti determinasse una situazione di incertezza interna e di conseguente indebolimento dei meccanismi individuali di autocontrollo della condotta. Ciò di conseguenza facilitava la devianza e la delinquenza. Il soggetto immigrato, nel momento in cui viene a trovarsi inserito in un sistema culturale nuovo, prima di riuscire ad integrarsi, è costretto a convivere con modelli culturali e valoriali del tutto diversi ed in contrasto con i propri. Le regole di condotta che in precedenza gli consentivano un comportamento conforme ed onesto ora sono poste in crisi. Secondo Sellin il conflitto tra culture provoca nell'immigrato una situazione di forte disagio, di smarrimento ed insicurezza, abbassando la c.d. soglia di vulnerabilità individuale ed esponendolo al rischio della devianza e del crimine. Questa situazione di disagio poteva determinare diversi tipi di disadattamento, perfino la malattia mentale⁴⁵. L'autore distingueva poi gli immigrati di prima generazione da quelli di seconda generazione. Ebbe modo di constatare che tra i neo immigrati il tasso di delinquenza era molto inferiore rispetto a quello dei loro figli, in quanto le vecchie norme di condotta svolgevano ancora un'influenza dominante, mentre il contatto con le nuove regole non era ancora pregnante (spesso gli immigrati non imparavano neppure la lingua del paese ospitante). Non essendoci confronto, non vi era neppure conflitto tra culture. Nella seconda generazione il tasso di delinquenza cresceva notevolmente in quanto nei figli degli immigrati il conflitto culturale si presentava in tutta la sua asprezza. I modelli culturali di origine avevano perso in parte di significato e la cogenza delle regole di condotta iniziava ad

⁴⁵Sellin ritiene trattarsi di un fenomeno generale, non circoscritto pertanto solo all'ipotesi della emigrazione verso un'altra nazione. Per esempio, il passaggio dalla cultura rurale a quella urbana, anche se nell'ambito dello stesso paese, può causare una situazione analoga. Lo studioso vedeva il conflitto tra culture come contrasto tra norme di condotta e come fenomeno di frontiera ed effetto di colonizzazione.

Anche M. MONZANI, in *Percorsi di Criminologia*, libreriauniversitaria.it edizioni, Padova, I ed., 2011, p. 22-23, mette in evidenza come il fenomeno migratorio determini inevitabilmente una rottura dei legami con le proprie origini. Ciò può causare in alcuni casi (soprattutto quando l'emigrazione è stata forzata e non volontaria) vere e proprie sindromi patologiche dovute a risposte iperadattate (cioè l'immigrato si conforma ai nuovi modelli culturali e valoriali senza poterli fare propri immediatamente e rifiuta i modelli di origine determinando un vuoto di valori) o non adattate (forte aderenza ai modelli originari che vengono contrapposti a quelli del nuovo ambiente sociale). Secondo l'autore le risposte patologiche a questi stati possono essere di cinque tipi: stati depressivi di breve durata; stati deliranti acuti; stati confuso-onirici; stati depressivi di lunga durata; stati deliranti cronici. Maggiore è la divergenza tra culture, come fattore socio-culturale, maggiore è il rischio di malattia mentale.

affievolirsi; ma nel contempo non avevano ancora assimilato i nuovi costumi ed i valori del paese di accoglienza (benché costretti a confrontarsi con essi nella vita quotidiana). Nella sua ricerca Sellin distingue poi i conflitti culturali in primari e secondari. I primi, emergenti fra culture diverse, derivano direttamente dal disagio e dall'incertezza che lo straniero vive dentro di sé, per il contrasto diretto, per l'attrito fra i due sistemi culturali di riferimento, tra loro differenti. L'autore individua tre situazioni in cui i conflitti primari possono verificarsi. Innanzitutto quando codici diversi entrano in contrasto al confine di aree culturali contigue; in secondo luogo quando le leggi di un gruppo sociale vengono imposte ad altro gruppo a seguito di operazioni di conquista del loro territorio (si pensi alla diffusione del diritto francese in Algeria e alla conseguente trasformazione in reato di tradizioni ed usanze consolidate di quel popolo. Ad esempio in Cabilia, regione dell'Algeria, fino al colonialismo francese in caso di adulterio della moglie, il padre ed il fratello di lei avevano il diritto ed il dovere di ucciderla a tutela dell'onore della famiglia. Con l'introduzione del codice penale francese tutte queste condotte sono state considerate penalmente rilevanti e punite con la pena di morte). In terzo luogo quando gli appartenenti di un gruppo sociale emigrano verso altro contesto sociale con matrici ideologico-culturali completamente differenti. In quest'ultimo caso possono generarsi conflitti culturali interni ed esterni. Secondo l'impostazione sociologica il conflitto interno si considera come un scontro tra forze opposte che si contrappongono all'interno dell'individuo, come uno scontro tra modelli culturali differenti. Questo conflitto tra valori genera nel soggetto un conflitto mentale, un forte disagio interno, un grave disorientamento psicologico che incidono sui quei meccanismi di autocontrollo che assicurano di norma una condotta conforme alla legge. Secondo il sociologo americano il disagio interno può estrinsecarsi in vari modi: segnali di disadattamento, incertezze nel carattere, emarginazione, malattia mentale e criminalità. Episodi di conflitti interni si evidenziano spesso negli immigrati di seconda generazione. I conflitti esterni si verificano nel momento in cui un individuo con una propria matrice culturale emigra in un contesto sociale diverso e permangono finché non si completa il processo di acquisizione dei valori del nuovo sistema sociale e culturale. Colui che delinque in situazione di conflitto esterno lo fa perché resta fedele al complesso dei valori culturali del proprio gruppo. In questa

ipotesi non è il singolo soggetto che è deviante rispetto alle norme della società ospite, ma è il gruppo di riferimento di cui egli fa parte. Con riferimento a colui che delinque in questa condizione Barbagli scrive che “le motivazioni del suo comportamento sono identiche a quelle di chi rispetta la legge”⁴⁶.

I conflitti secondari si verificano nell’ambito della stessa cultura, sono rappresentati dal rifiuto del gruppo minoritario da parte della società, dall’emarginazione, dal disprezzo e dal razzismo nei confronti del “diverso”, e si possono verificare in connessione con l’immigrazione (anche tali conflitti sono causa di insicurezza e disagio, agevolando devianza e delinquenza). Nella sua opera Sellin evidenzia un aspetto molto importante: per aversi una condotta integrata occorre che vi sia sintonia tra i valori normativi del gruppo di appartenenza e quelli di cui la legge è espressione. Se il precetto della norma che vieta una determinata condotta non è supportato dall’opposizione del gruppo nei confronti della medesima condotta (avendo il gruppo di appartenenza un sistema di valori devianti rispetto a quelli espressi dalla norma), la funzione general-preventiva della pena è inefficace⁴⁷.

La teorica in esame è stata utilizzata anche per interpretare i conflitti culturali ed il conseguente fenomeno delinquenziale nei paesi a rapido mutamento economico-sociale e, più in generale, nei momenti di transizione dei valori culturali. Vale a dire in quei periodi storici in cui i valori tradizionali perdono di significato e non sono più di comune accettazione, contrapponendosi ad essi nuovi e diversi indirizzi culturali e normativi (si tratta di epoche di profonda modificazione dei valori culturali). Conflitti culturali possono sorgere anche a seguito del formarsi di gruppi culturalmente arretrati (come ad esempio nel caso di un’improvvisa accelerazione del processo di urbanizzazione ed industrializzazione, che lascia indietro alcuni settori della popolazione, che finiscono per organizzarsi in gruppi con regole proprie in contrasto con quelle della maggioranza); ma anche di gruppi culturalmente più

⁴⁶ BARBAGLI, Immigrazione e criminalità in Italia, 1998, citato in nota da C. DE MAGLIE in I reati culturalmente motivati, cit., p. 13.

⁴⁷ Come evidenzia G. MAROTTA, Teorie Criminologiche. Da Beccaria al Postmoderno, cit., p. 129, l’interpretazione di Sellin può considerarsi una vera e propria teoria sociale, avendo come punto di riferimento le difficili condizioni di adattamento degli stranieri rispetto al contesto sociale circostante. I criminologi non devono limitarsi ad indagare la devianza e il crimine, ma concentrarsi sui conflitti tra norme di condotta, che possono verificarsi in specifiche situazioni in cui il soggetto può trovarsi. Sotto questo aspetto Sellin si differenzia dalle impostazioni della Scuola di Chicago secondo cui lo sradicamento culturale e l’inserimento in un nuovo ambiente sociale sono considerati come un fattore di perdita dei valori culturali di origine. Su questo punto insiste anche M. MONZANI, Percorsi di Criminologia, cit., p. 27-28.

avanzati, che si oppongono ai valori culturali del gruppo dominante praticando la disubbidienza⁴⁸. Da un punto di vista giuridico questo substrato socio-criminologico alimenta la tematica dei reati culturalmente motivati.

Dopo Sellin lo studio dei conflitti culturali è stato approfondito nell'ambito di quelle correnti di pensiero sviluppatesi intorno agli anni sessanta del Novecento e particolarmente critiche nei confronti della criminologia sociologica tradizionale. Si tratta di un insieme di teorie basate su una visione politicizzata del problema criminale, che vengono definite anche come criminologia del conflitto o criminologia radicale⁴⁹. Nell'ambito di queste teorizzazioni si rivela di estremo interesse per l'indagine sui reati culturalmente orientati il contributo di George B. Vold, che ha il merito di aver studiato i conflitti culturali focalizzando l'attenzione non sull'individuo ma sul gruppo⁵⁰. Egli considera il rapporto tra potere e legiferazione come tema centrale della questione criminale e affronta il problema della devianza criminale in termini di mediazione politica effettuata dalle istituzioni. L'autore parte dal presupposto che la società sia composta da un insieme di gruppi che sono in costante "equilibrio dinamico". Le persone tendono ad associarsi ed organizzarsi in gruppi con lo scopo di perseguire più agevolmente gli interessi ed i bisogni comuni che li legano. La formazione di nuovi gruppi sociali dipende esclusivamente dall'emersione di nuovi interessi, così come l'estinzione di quelli esistenti è la conseguenza del fatto che gli obiettivi per cui si sono formati sbiadiscono. Secondo Vold questi gruppi entrano in conflitto tra loro quando i diversi interessi e gli scopi di cui sono portatori tendono a sovrapporsi. La crescita di questi contrasti rafforza il sentimento di lealtà del singolo verso il proprio gruppo e lo spinge sempre di più a lottare per difendere ed affermare gli interessi del gruppo. È soprattutto nell'ambito della politica che il conflitto tra gruppi organizzati è particolarmente visibile. Il gruppo di maggioranza, che detiene il potere legislativo, gestisce la politica criminale stabilendo quali sono i comportamenti criminali da perseguire penalmente. Poiché i gruppi di minoranza non hanno il potere di influenzare il processo normativo per

⁴⁸Sull'ampiezza della possibilità di utilizzo della teoria dei conflitti culturali si sofferma MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., p. 604 e G. PONTI- I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di Criminologia*, cit., p. 87.

⁴⁹ Non vuole essere questa la sede per trattare esaurientemente le teorie in esame, si rinvia pertanto al contributo di G. MAROTTA, *Teorie Criminologiche. Da Beccaria al postmoderno*, cit., p. 146 ss..

⁵⁰ Il riferimento è al suo lavoro *Theoretical Criminology*, New York, Oxford University Press, 1958, citato da C. DE MAGLIE in *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 13 ss..

tutelare i propri interessi e perseguire i loro obiettivi, ne consegue che le condotte penalmente rilevanti si identificano con i comportamenti dei gruppi minoritari stessi, non riuscendo a trasformare in legge i valori che essi esprimono⁵¹. Tuttavia i membri di questi gruppi di minoranza ritengono di porre in essere delle azioni giustificabili e non tollerano di essere considerati come criminali. Alcuni di loro sono disposti anche a violare la legge pur di affermare i valori del proprio gruppo. Secondo l'impostazione di Vold quindi il reato non è il risultato di un'azione individuale ma di un conflitto tra diversi gruppi che lottano per affermare il primato del controllo sociale. La critica che è stata rivolta a questa teoria consiste nel fatto che non riesce a spiegare le condotte penalmente rilevanti riconducibili esclusivamente all'individuo e non inquadrabili nella logica dell'agire di gruppo.

L'argomento dei conflitti culturali è stato approfondito anche da Austin T. Turk che nel 1969 pubblica *Criminality and the Legal Order*⁵². Si tratta di un contributo fondamentale per lo studio dei conflitti culturali tra gruppi, trattandosi peraltro del primo tentativo di elaborazione di una teoria generale sui conflitti. Turk studia il conflitto che si sviluppa tra i gruppi dominanti che creano le regole (le autorità) e i gruppi dominati che rifiutano di ottemperare ad esse (i subordinati) in una prospettiva criminologica. Individua le condizioni che devono necessariamente sussistere affinché le differenze tra *authorities* e *subjects* abbiano probabilità di trasformarsi in conflitto ed i comportamenti di coloro che violano la legge siano criminalizzati. Con riferimento al primo aspetto Turk evidenzia tre condizioni fondamentali: innanzitutto le diversità culturali tra i due gruppi devono rispecchiarsi nelle rispettive condotte, in caso contrario il conflitto non sussisterà o sarà di minima entità; seconda condizione necessaria è che i gruppi dominati che intraprendono un comportamento illegale siano organizzati. Secondo Turk infatti mentre l'organizzazione è un presupposto indispensabile per i gruppi dominanti, essendo fondamentale per l'esercizio del potere che detengono, non altrettanto può affermarsi per quelli dominati. Per essi l'elemento organizzativo è necessario proprio per

⁵¹ G. VOLD fa riferimento agli obiettori di coscienza che agiscono per tutelare un insieme di valori incompatibili con le scelte effettuate dal gruppo dominante in tempo di guerra. Pertanto durante la guerra tali obiettori sono considerati e trattati come dei criminali.

⁵² A. T. TURK *Criminality and the Legal Order*, Chicago, Rand Mc Nally, citato da C. DE MAGLIE in *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 15 ss.

affrontare lo scontro con l'autorità⁵³. La terza condizione è individuata nel requisito della *sophistication* dei subordinati, cioè della conoscenza delle peculiarità del gruppo dominante, utilizzata per manipolarlo. Secondo l'Autore più i subordinati sono sofisticati meglio saranno in grado di perseguire i propri obiettivi, evitando lo scontro con il gruppo che detiene il potere.

Con riferimento al secondo aspetto, relativo alla criminalizzazione dei comportamenti dei *subjects*, Turk elabora tre teorie. In primo luogo sostiene che le norme giuridiche hanno maggiore probabilità di essere applicate se coincidono con le norme di cultura, se sono espressione anche della cultura di coloro che detengono il potere. In secondo luogo l'applicazione della legge, e quindi la criminalizzazione, sarà maggiore quanto minore sarà il potere dei subordinati. L'ultimo fattore che Turk prende in considerazione, e che costituisce peraltro un aspetto ulteriore della *sophistication*, è il livello di realismo dei soggetti che commettono condotte illegali, definito come la capacità di comprendere le mosse dell'avversario. Più questo livello è basso maggiore sarà l'applicazione della legge. Secondo l'autore mosse irrealistiche, poste in essere da entrambi i gruppi, aumentano la criminalizzazione. Il contributo di Turk si rivela fondamentale per la ricerca sui reati culturali, evidenziando quelli che sono gli elementi alla base del conflitto culturale fra il gruppo di maggioranza e i gruppi di minoranza.

⁵³ Allen E. LISKA che ha ricostruito criticamente il pensiero di Turk cita come esempio la cultura omosessuale. Negli anni '50 l'omosessualità era vissuta dagli interessati come una questione strettamente privata. La cultura omosessuale non essendo organizzata non entrava in conflitto con quella eterosessuale. Alla fine degli anni '60 la prospettiva è cambiata radicalmente. Gli omosessuali si sono organizzati in movimenti e grazie a ciò hanno iniziato a vivere la propria condizione non più come una questione privata ma sociale e politica, in *Perspectives on Deviance*, 1981, citato da C. DE MAGLIE in *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 16.

§3. Delimitazione dell'oggetto della ricerca: il reato culturale.

L'espressione reato culturalmente motivato o culturalmente orientato (ovvero reato culturale) può dirsi ormai familiare al penalista. Eppure il problema della delimitazione di questa tipologia di reato (che in certi casi rischia di peccare di indeterminatezza) si presenta piuttosto controverso⁵⁴. Ed è una questione che non si limita ad un aspetto meramente definitorio, ma assume un rilievo fondamentale nell'ambito della ricerca su questi reati. Dalla definizione che si accoglie infatti dipende l'ambito applicativo delle varie opzioni, che vengono proposte in dottrina, circa il trattamento penalistico della matrice culturale della condotta illecita⁵⁵. Per definire il reato culturalmente motivato la dottrina dominante fa riferimento, mostrando di condividerla, alla definizione proposta da Jeroen Van Broek: “un comportamento realizzato da un soggetto appartenente a un gruppo culturale di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale del soggetto agente è condonato, o accettato come comportamento normale, o approvato, o addirittura è incoraggiato o imposto”⁵⁶. La categoria poggia dunque sull'antinomia tra due norme aventi il medesimo destinatario: una norma giuridica di natura penale (vigente in un determinato ordinamento giuridico) che incrimina una certa condotta ed una norma culturale che facoltizza od impone quella condotta (si tratta di una norma propria della cultura del gruppo di appartenenza del soggetto, che potrebbe anche essere recepita come norma giuridica nell'ordinamento dello Stato di provenienza dello straniero)⁵⁷.

⁵⁴G. FORNASARI, in Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo, cit., p. 24, ritiene che quella dei reati culturalmente orientati sia una categoria liquida, difficilmente definibile in modo preciso. Tutti gli autori che si sono occupati del tema hanno evidenziato in primis il problema definitorio della categoria del reato culturale.

⁵⁵ Sottolinea l'importanza della definizione del reato culturale C. GRANDI, in A proposito di reati culturalmente motivati, cit., p. 9.

⁵⁶F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 41-42; negli stessi termini C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali, cit., p. 30; VAN BROEK, Cultural defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences), in European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2001, n. 1, p. 5 (citato da Entrambi gli autori).

⁵⁷F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 42, ritiene che il conflitto culturale possa inquadrarsi nell'ambito del “conflitto improprio di norme”, espressione con cui una parte della dottrina penalistica in passato indicava, nell'ambito della teoria delle antinomie, il conflitto tra una norma giuridica ed una norma extragiuridica (soprattutto di ordine morale).

Cristina DE MAGLIE ritiene che per dare rilevanza al fattore culturale è necessario accertare in giudizio la presenza di tre requisiti⁵⁸. In primo luogo il motivo culturale. La causa, a livello psicologico, che ha determinato il soggetto ad agire deve trovare una spiegazione nel suo patrimonio culturale. Non si tratta della semplice invocazione *ex post* del motivo culturale a giustificazione della condotta. Si tratta di trovare una spiegazione culturale che necessita di una valutazione complessiva di tutti gli atteggiamenti, le circostanze e le azioni del reo. In secondo luogo la coincidenza di reazione. La motivazione culturale non deve rimanere confinata nella sfera soggettiva ed etica del reo, ma deve avere una dimensione oggettiva. Deve appartenere cioè al patrimonio culturale del gruppo di appartenenza, in modo che la maggioranza dei membri del gruppo, in quelle medesime circostanze, avrebbero agito nello stesso modo. Bisogna tenere ben distinti il “motivo culturale” del soggetto agente dal “fatto culturalmente motivato”, la prova della cui esistenza deve basarsi proprio sulla dimostrazione dell’elemento della coincidenza di reazione. È necessario accertare processualmente che il motivo culturale del reo non è solo espressione della cultura del singolo, ma anche del gruppo etnico di minoranza a cui il soggetto stesso appartiene. Deve sussistere una connessione tra il motivo culturale del singolo e la cultura del suo gruppo⁵⁹. Secondo la De Maglie la sussistenza del solo motivo culturale del reo non è sufficiente per parlare di reato culturalmente motivato, trattandosi solo di un elemento idoneo per valutare il soggetto agente in concreto. L’Autrice sostiene che la giurisprudenza ha sempre fatto riferimento nelle sentenze alla mentalità, alla cultura, alle origini e allo stile di vita dell’imputato, insomma alla c.d. *way of life* del reo, per descrivere le condotte criminose e motivare le risposte sanzionatorie. Una siffatta indagine oltretutto è prevista dall’art. 133 codice penale, il cui secondo comma impone al giudice di tenere conto di una serie di criteri per desumere la capacità a delinquere del colpevole, tra cui i motivi a delinquere, il carattere del reo e le condizioni di vita individuale, familiare e sociale. Per indicare tutti questi requisiti la giurisprudenza fa spesso riferimento all’espressione “cultura dell’imputato”. Le conseguenze che ne derivano sono due: innanzitutto ciò non rappresenta una novità imposta dalla nascita dei reati culturalmente motivati; in secondo luogo quando i giudici si riferiscono alla cultura dell’imputato non significa

⁵⁸C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 30 ss. e 144 ss.

⁵⁹C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 54-56.

che ci si trovi necessariamente di fronte ad un reato culturalmente motivato⁶⁰. In terzo luogo il divario tra la cultura del gruppo di origine dell'agente e quella del paese ospitante. I due sistemi devono essere messi a confronti in modo da poter individuare le differenze di considerazione e trattamento. Il divario, quale elemento caratteristico di un fatto culturalmente motivato, deve essere consistente⁶¹. La prova della sussistenza di un fatto culturalmente motivato richiede a livello processuale il superamento positivo di tre fasi di accertamento che pur essendo separate e distinte, devono considerarsi collegate logicamente e cronologicamente⁶². Si tratta di tre gradi di verifica diretti ad accertare i requisiti sopra indicati. Nel primo grado di accertamento, volto a valutare il motivo culturale, oggetto dell'esame del giudice è l'autore del reato, e non il gruppo etnico di appartenenza. Non si richiede che l'imputato dichiari espressamente di aver agito nel rispetto di valori, tradizioni o usanze culturali, essendo sufficiente che questi valori culturali emergano a seguito di un giudizio omnicomprensivo del suo comportamento, dei suoi atteggiamenti e di tutte le circostanze in cui ha agito. Il mero richiamo alla tradizione culturale, quale giustificazione *ex post*, non è sufficiente. Molti autori parlano al riguardo di "spiegazione culturale" invece che di "motivazione culturale". Obiettivo del secondo grado di accertamento è dimostrare la dimensione oggettiva della motivazione culturale, che deve essere espressione della cultura del gruppo etnico di riferimento dell'imputato. Si tratta del requisito della coincidenza di reazione. A questo proposito il giudice in primo luogo dovrà accertare quale sia la comunità etnica di appartenenza del soggetto agente.⁶³ In secondo luogo il giudice dovrà dimostrare che sussiste un collegamento specifico tra la cultura del singolo soggetto e la cultura del suo gruppo

⁶⁰ Sotto questo aspetto la De Maglie critica l'impostazione di F. Basile che nella sua monografia riporta una casistica imponente di giurisprudenza relativa ad una molteplicità di reati rispetto ai quali assume importanza fondamentale la differenza culturale dell'agente. Secondo Basile la pluralità di reati affrontati da questa giurisprudenza sarebbe riconducibile al paradigma dei reati culturalmente motivati. Alla luce dell'impostazione accolta dalla De Maglie in realtà la giurisprudenza italiana su questa tipologia di reati, importante in quanto sintomo della modificazione sociale in corso, non può considerarsi però così abbondante come ritiene Basile, C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 54-55.

⁶¹ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 31.

⁶² C. DE MAGLIE parla di una "griglia di accertamento di tipo gradualistico", I reati culturalmente motivati, cit., p. 146.

⁶³ La DE MAGLIE a questo proposito distingue tra criminalità c.d. culturale e criminalità d'immigrazione, considerandoli fenomeni connessi ma non assimilabili, non coincidenti. Certamente non è sufficiente qualificare l'autore di un reato come "immigrato" o "straniero" per desumerne la natura di fatto culturalmente motivato, I reati culturalmente motivati, cit., p. 147-148 ss.

di appartenenza tale per cui nella medesima situazione anche la maggior parte (e non certo la totalità!) dei membri del gruppo etnico avrebbero agito nello stesso modo dell'imputato⁶⁴. Nel terzo ed ultimo grado di accertamento il giudice dovrà effettuare un confronto tra la cultura del gruppo etnico dell'imputato e quella del sistema ospitante, evidenziandone le differenze al fine di accertare la sussistenza di un divario consistente. La procedura di accertamento processuale di un fatto culturalmente motivato richiede un complesso di conoscenze tecniche che di norma un giudice non possiede. Per questo motivo diventa necessario l'ausilio di periti qualificati e lo strumento processuale utilizzabile sarà la perizia culturale.⁶⁵ Oggetto di questa particolare perizia non è la dimensione storica del fatto bensì quella strettamente culturale. Per effettuare questo tipo di valutazione il perito dovrà accertare preliminarmente se effettivamente esista un gruppo etnico la cui cultura preveda come obbligatori comportamenti come quelli posti in essere dall'imputato. L'esito positivo di questo accertamento comporta, a livello logico e cronologico, che il giudice debba stabilire se l'imputato appartenga o meno a questa comunità etnica. Dovrà trattarsi naturalmente di un'appartenenza non meramente formale, ma effettiva, tale per cui la cultura individuale del singolo corrisponda a quella specifica del gruppo, in modo che sia provata la corrispondenza tra il comportamento dell'imputato singolo e quello che sarebbe stato il comportamento della maggioranza degli altri membri se si fossero trovati nella stessa situazione (vale a dire il requisito della c.d. coincidenza di reazione). Compito del perito è poi quello di confrontare in modo equilibrato e parziale, senza alcun pregiudizio, la cultura del gruppo etnico di

⁶⁴ La DE MAGLIE ritiene che si tratti di un accertamento delicato e complesso, nell'ambito del quale occorre evitare, da un lato, affermazioni generalizzanti ed offensive per la minoranza etnica e, dall'altro, la sovrapposizione tra condotte imposte da bisogni economici e dal disagio sociale e condotte imposte dalla pressione culturale di un gruppo etnico, I reati culturalmente motivati, cit., p. 148.

⁶⁵ Si sofferma sulle problematiche dell'accertamento processuale dei reati culturalmente motivati C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 149 ss.

L'autore sottolinea i limiti che incontra il giudice nell'accertare la tipologia dei reati culturalmente motivati. Evidenzia in particolare il problema della "interpretazione culturale", come definito dall'antropologo Clifford Geertz, consistente nell'individuazione e nell'interpretazione da parte del giudice della cultura dell'imputato. L'autore si interroga sulle reali capacità dell'organo giudicante di risolvere questo problema. Certo la soluzione diviene particolarmente difficoltosa, non conoscendo e non potendo conoscere la cultura dell'imputato se non per mezzo degli strumenti probatori che forniscano al giudice le necessarie nozioni tecniche o scientifiche che non rientrano nella cultura media che si suppone sia in suo possesso. L'autore si riferisce alla perizia, nel processo penale e alla consulenza tecnica in quello civile. Si sofferma poi sul problema della prova scientifica. Non vuole essere questa la sede per affrontarlo, per questo si rinvia al contributo in esame.

riferimento e quella del sistema ospitante⁶⁶. Richiedendo il requisito della coincidenza di reazione e attribuendo alla cultura, quale elemento normativo extragiuridico su cui poggia la nozione in esame, un'accezione meramente etnica, la De Maglie in definitiva propende per una nozione molto ristretta di reato culturalmente motivato. Vi sarebbero fundamentalmente due ragioni alla base di questa nozione ristretta⁶⁷. Innanzitutto, la necessità di valorizzare sul piano sistematico la nuova tipologia delittuosa. Secondo l'autore accogliendone una nozione ampia la categoria in esame perderebbe di credibilità, i suoi confini non sarebbero ben marcati e finirebbe per identificarsi con una qualunque condotta delittuosa sorretta da un motivo culturale espresso dall'agente. Il rischio sarebbe quello di una sovrapposizione e di una conseguente confusione tra i fatti culturalmente motivati e quelli meramente qualificati da un motivo culturale. Ciò impedirebbe di valorizzare la nuova categoria sul piano sistematico, causandone un indebolimento della rilevanza su quello politico-criminale⁶⁸. Questa prima ragione assume una rilevanza decisiva in considerazione degli effetti che possono derivare dall'accertamento processuale di questa tipologia di reato, sia nei confronti del reo che del suo gruppo etnico di appartenenza. Con riferimento al primo, il giudice potrebbe accordare ad esso un trattamento sanzionatorio favorevole, al di là dei consueti fattori di cui deve tener conto nella commisurazione della pena. E ciò sarebbe giustificato proprio dall'accertamento del reato culturalmente motivato e dalla conseguente considerazione dell'imputato quale vittima del conflitto culturale che ha animato il suo comportamento. La nozione ristretta, in secondo luogo, si impone per i riflessi sociali che la tipologia delittuosa comporta per il gruppo etnico di riferimento del soggetto agente. Contrariamente agli effetti positivi che possono verificarsi per l'autore del reato, l'accertamento del fatto culturalmente motivato rinforza gli stereotipi negativi del gruppo di riferimento. A livello politico-criminale si tratta di un costo che viene pagato dalla comunità etnica di appartenenza del reo, la quale subisce una denigrazione sociale nella società di accoglienza. La nozione

⁶⁶ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 155-157.

L'autore precisa che la perizia culturale si differenzia da quella criminologica e psicologica, avendo oggetto e finalità completamente differenti, per cui non incorre nel divieto di cui all'art. 220 n. 2 c.p.p. Non avendo ad oggetto la personalità dell'imputato, le sue tendenze o le sue qualità psichiche, non si risolve in un giudizio su di esso, ma solo sulla valenza culturale del fatto delittuoso.

⁶⁷ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 144 ss.

⁶⁸ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 145 ss.

ristretta pertanto si impone per esigenza di tutela della reputazione delle minoranze etniche⁶⁹. Se la definizione di reato culturale condivisa in dottrina può essere utile per le finalità descrittive proprie delle scienze sociali o antropologiche, non altrettanto può dirsi per le finalità prescrittive proprie del diritto, soprattutto del diritto penale, considerando in particolare il principio di tassatività e determinatezza che lo contraddistingue. La nozione in esame infatti pecca di indeterminatezza, non specificando quali norme culturali devono essere prese in considerazione e soprattutto non indicando la nozione di cultura penalmente rilevante. Al fine di precisare meglio la definizione del reato culturale emerge la necessità di chiarire il concetto-base su cui poggia, vale a dire il concetto di cultura. Fondamentale in particolare è circoscrivere la nozione di cultura penalmente rilevante, funzionale cioè alla finalità di studio dei reati culturalmente motivati⁷⁰.

⁶⁹ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 146 ss.

⁷⁰ F. BASILE in Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., evidenzia come intorno al concetto-base di “cultura” ruota non solo il concetto di reato culturalmente orientato, ma anche quello di società multiculturale e di cultural defense.

§4. La nozione di “cultura” penalmente rilevante.

Cristina DE MAGLIE e Fabio BASILE hanno approfondito la nozione di cultura tentando di coniugare questo concetto con la tematica oggetto della ricerca, al fine di elaborare una nozione di cultura penalmente rilevante. Consapevoli entrambi della complessità di questo concetto, caratterizzato da una notevole polisemia, si sono avvalsi dei risultati cui sono pervenute al riguardo la filosofia del diritto e l'antropologia⁷¹. Il concetto di “cultura” può essere utilizzato in molteplici accezioni. Secondo una interpretazione ristretta, individualistica e colta, la cultura indica il complesso delle cognizioni intellettuali che una persona ha acquisito attraverso lo studio e l'esperienza, ed anche l'insieme delle conoscenze relative ad una particolare disciplina⁷². Secondo un'accezione più ampia, la cultura esprime un modo di vivere e di pensare, la scelta consapevole e l'adozione pratica di un sistema di vita, di un costume, di un comportamento, ed anche l'attribuzione di un particolare valore a determinate concezioni o realtà, ovvero l'acquisizione di una sensibilità o coscienza collettiva di fronte a problemi umani o sociali che non possono essere ignorati o trascurati⁷³. Ai fini della nostra indagine tuttavia non è sufficiente avvalersi del concetto di cultura *lato sensu* intesa, ma occorre confrontarsi con l'accezione scientifica attribuita ad esso dall'antropologia, già a partire dalla seconda metà del XIX secolo⁷⁴. Pur non essendo questa la sede per una trattazione approfondita della tematica, si cercherà di fornire un quadro sintetico ma sufficientemente chiaro della prospettiva antropologica, affinché possano essere di aiuto nel perseguimento dello scopo di questo contributo.

Edward B. Tylor nel 1871 fu il primo ad utilizzare il termine cultura, fornendone una esplicita definizione: “*la cultura, o civiltà, intesa nel suo ampio senso etnografico, è*

⁷¹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 15 ss; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 18 ss.

La polisemia del concetto di “cultura” è stata rilevata anche da numerosi penalisti che si sono occupati della tematica dei rapporti tra diritto penale e cultura.

⁷² Vedi <http://www.treccani.it/vocabolario/cultura/>

Ma certamente non è questa la nozione di cultura che interessa ai fini dell'indagine sui reati c.d. culturali.

⁷³ In questo senso letteralmente vedi <http://www.treccani.it/vocabolario/cultura/> con conseguente ampliamento della semantica e dell'uso lessicale del termine. Fenomeno che si verifica nella letteratura, nella pubblicistica e nelle comunicazioni soprattutto di questi ultimi tempi.

⁷⁴ Sottolinea ed approfondisce questo aspetto F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 16,

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".⁷⁵ L'antropologo britannico fornisce una definizione descrittiva e non normativa di cultura, evidenziandone la dimensione collettiva (essendo espressione della totalità della vita sociale dell'uomo) ed il suo carattere acquisito (la cultura non è un'eredità biologica, ma viene acquisita dall'individuo in quanto membro di una società)⁷⁶. Il tratto innovativo della definizione tyloriana si ritrova nell'allargamento dell'espressione "culturale" a dimensioni che non sono propriamente intellettuali. Rompendo con la tradizione umanistica, che evidenziava l'aspetto aristocratico della cultura, Tylor sottolinea la libertà di accesso di ogni soggetto alla cultura, in quanto ogni individuo è membro di una società. La cultura si acquisisce in una determinata società, muta con il mutare di essa e cambia da società a società (esistono quindi tante culture quanto sono le società umane). La cultura è frutto della socializzazione: c'è una connessione stretta tra cultura e società⁷⁷. Secondo Tylor le culture sono degli "insiemi complessi" che si compongono di vari tratti culturali (miti, riti, credenze, istituzioni, tecnologie etc.). Peculiarità di questa concezione è che la cultura è considerata secondo una prospettiva statica, vale a dire come una cosa, un'entità statica, costante ed immutabile che viene trasmessa di generazione in generazione (tale impostazione viene peraltro recepita dalla maggior parte della letteratura antropologica della prima metà del Novecento).

⁷⁵Tylor, da sempre considerato uno dei padri dell'antropologia, intitolò la sua opera più importante *Primitive Culture*. All'interno del suo lavoro egli per primo definisce scientificamente il concetto di cultura. Il termine, nel suo moderno significato tecnico-antropologico lo si deve proprio a questo autore. Peraltro molti giuristi impegnati nello studio dei rapporti tra cultura e diritto prendono le mosse proprio dalla sua definizione, vedi F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 16-17.

⁷⁶F. REMOTTI sottolinea il carattere acquisito della cultura. Egli scrive che "la cultura si stampa nel corpo e nel cervello dell'individuo, ma non nel suo genoma. Essa non viene trasmessa ed ereditata attraverso il patrimonio genetico dell'umanità: la sua esistenza è "esterna" rispetto alla struttura biologica". Secondo l'autore questa caratteristica costituisce un pregio in quanto non avendo un radicamento biologico, la cultura muta e si trasforma in modo molto rapido consentendo adattamenti efficaci. Nello stesso tempo ciò costituisce la sua condanna, in quanto rischia in continuazione di scomparire (essendo sufficiente interromperne l'uso) ed impone che alla nascita di ogni soggetto essa debba essere sottoposta ad un processo di apprendimento ed assimilazione nuovi, faticosi, prolungati e rischiosi, in *Riflessioni sulla densità culturale*, *Rivista Italiana di Scienze Transculturali*, "Passaggi", n. 10, 2005, Roma, Carocci editore, p. 2. L'autore è citato anche da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 17 in nota.

⁷⁷ Si soffermano sullo stretto legame tra cultura e società evidenziando che la cultura può definirsi come tipizzazione dell'uomo sociale, V. ANDRIANI e I. CRESPI, in *Il concetto di cultura nella sociologia classica moderna come presupposto della "svolta" multiculturale: alcune riflessioni*, *Working Papers DiSEF*, 2011, n. 3, Eum, Macerata, p. 39.

Nel corso del tempo alla definizione del termine cultura fornita da Tylor ne sono seguite molte altre al punto che, circa ottanta anni dopo, Clyde Kluckhohn e Alfred Kroeber ne avevano conteggiate ben 164, formulate oltre che da antropologi, anche da sociologi, psicologi, filosofi ed altri esponenti delle scienze umane⁷⁸. I due antropologi statunitensi al termine della loro ricognizione formulano una loro definizione di cultura: *“la cultura consiste in modelli, espliciti o impliciti, di e per il comportamento, acquisiti e trasmessi mediante simboli, costituenti il risultato distintivo di gruppi umani, comprendenti le loro incarnazioni nei manufatti; il nucleo essenziale della cultura consiste in idee tradizionali (cioè derivate e selezionate storicamente) e specialmente nei valori loro attribuiti; i sistemi culturali possono considerarsi da un lato prodotti dall’azione, e dall’altro elementi condizionanti l’azione futura”*. Tuttavia anche questa definizione è stata sottoposta a critica e revisione negli ultimi cinquanta anni, al punto che la grande attenzione dedicata per moltissimi anni dagli antropologi allo studio della cultura sembra improvvisamente scemare⁷⁹. Nonostante ciò il concetto di cultura conserva ancora, secondo REMOTTI, tutta la sua utilità e soprattutto imprescindibilità⁸⁰. Nella ricerca di una definizione antropologica del concetto di cultura, che negli ultimi decenni non si è affatto interrotta, bisogna soffermarsi sulla nozione proposta da Clifford Geertz. Allievo di Parsons e Kluckhohned, esponente della corrente postmodernista e decostruzionista (unitamente a James Clifford), l’antropologo statunitense critica la staticità della concezione tyloriana. Contrariamente a quanto emerge dall’impostazione tradizionale, egli afferma che i gruppi culturali al loro interno sono diversificati ed interagiscono molto con le altre culture presenti nel tessuto sociale. L’autore elabora un concetto semiotico di cultura, affermando che “il concetto di cultura denota una struttura di significati trasmessa storicamente, incarnati in

⁷⁸ KLUCKHOHN-KROEBER, *Culture. A Critical Review of Concepts and Definitions*, Cambridge (Mass.), 1952 (trad. it. *Il concetto di cultura*, Bologna, 1972, p. 13, citato in nota da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 17 ss.

⁷⁹A questo proposito P. GIGLIOLI e P. RAVAIOLI sottolineano che negli ultimi cinque-dieci anni il c.d. cultural turn ha coinvolto quasi tutte le discipline sociali ed umanistiche. Dalla sociologia, dove si è diffusa e sviluppata la c.d. sociologia della cultura, al campo degli studi storici (dove è nata la branca della storia culturale) fino alle *humanities* (studi letterari ed arti visive) dove si è imposto il movimento dei *cultural studies*, in *Bisogna davvero dimenticare il concetto di cultura? Replica ai colleghi antropologi*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, Bologna, il Mulino, n. 2, 2004, p. 267. Nell’antropologia invece, sebbene abbia dato la luce al concetto di cultura, il concetto viene messo in discussione, al punto che alcuni antropologi ne propongono l’abbandono.

⁸⁰REMOTTI, in *Riflessioni sulla densità culturale*, cit., p. 1

simboli, un sistema di concezioni ereditate espresse in forme simboliche per mezzo di cui gli uomini comunicano, perpetuano e sviluppano la loro conoscenza della, e i loro atteggiamenti verso la vita⁸¹”. Clifford Geertz sostiene che la cultura è una costruzione dell’antropologo frutto di un’attività interpretativa e di comprensione di un sistema di significati, e non un dato oggettivo ed indipendente. Unitamente a Max Weber egli ritiene che “l’uomo è un animale sospeso fra ragnatele di significati che egli stesso ha tessuto” e sostiene che “la cultura consiste in queste ragnatele e che perciò la sua analisi non è innanzitutto una scienza sperimentale in cerca di leggi, ma una scienza interpretativa in cerca di significato”⁸². L’autore può essere considerato il principale esponente dell’antropologia c.d. interpretativa. Per comprendere le culture occorre un approccio allo studio e all’analisi che si basi su un’impostazione ermeneutica. La cultura è un’entità espressiva, un libro che l’antropologo deve sforzarsi di leggere sulle spalle di coloro che fanno parte della cultura stessa. “Vedere le cose dal punto di vista dei nativi”, sosteneva Geertz, è il compito principale dell’antropologo. Egli scriveva che “ciò che chiamiamo i nostri dati, sono in realtà le nostre interpretazioni di interpretazioni di altri su ciò che hanno fatto loro e i loro compatrioti”. Approdo della concezione di Clifford Geertz è la negazione della staticità del concetto di cultura. Per sottolineare il carattere dinamico della cultura l’antropologo la raffigura come un polipo, dotato di un corpo centrale e di tentacoli che si assottigliano alle estremità e sono in continuo movimento. Anche James Clifford sottolinea la dinamicità della cultura, affermando che le culture non sono “frutti puri”, intatti ed intangibili, bensì sistemi aperti che interagiscono e si contaminano con le altre culture⁸³. Dunque dinamicità, interazione ed evoluzione continua sono peculiarità della cultura. Tra gli autori che si sono occupati della cultura Will Kymlicka riveste un’importanza fondamentale. Approfondisce il concetto di cultura considerandola un bene primario, essenziale per lo sviluppo della

⁸¹ C. GEERTZ, *The Interpretation of Cultures*, New York, 1973 (trad. it. *Interpretazione di culture*, Bologna, 1987, p. 139), citato in nota da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 19.

⁸² C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, cit., p. 41.

⁸³ J. Clifford espone la sua teorica nella monografia *I frutti puri impazziscono. Etnografia, letteratura e arte nel secolo XX*, Torino, Bollati-Boringhieri, trad. it., 1993, citato da C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 20.

libertà individuale⁸⁴. Il filosofo canadese utilizza l'espressione "cultura sociale" per indicare un tipo di cultura "che conferisce ai propri membri modi di vivere dotati di senso in un ampio spettro di attività umane, ivi comprese la vita sociale, formativa, religiosa, ricreativa ed economica, nonché la sfera pubblica come quella privata"⁸⁵. Questa cultura può definirsi sociale in quanto comporta la condivisione di ricordi, valori e tradizioni, ma anche di istituzioni e pratiche della vita quotidiana (cioè di modelli di comportamento). Sussiste uno stretto collegamento tra cultura e libertà individuale: è la libertà che consente agli individui di poter effettuare scelte fra una pluralità di alternative, ma è la cultura sociale che fornisce queste alternative e conferisce loro significato. L'autore insiste sul valore dell'appartenenza alla propria cultura: sono le radici culturali di una persona che contribuiscono alla identificazione di sé stessi, all'autostima e all'affermazione dell'auto rispetto. Rawls parla di "vincoli culturali", di regola troppo forti per essere rinunciabili. È molto difficile, se non impossibile, che una persona abbandoni la propria matrice culturale di origine per abbracciarne una diversa. E anche se dovesse accadere si tratterebbe di un processo oneroso che causerebbe al soggetto disagi gravi. L'appartenenza culturale, secondo Kymlicka, ha un "elevato profilo sociale" in quanto determina la percezione che gli altri hanno del singolo individuo e definisce la sua identità. Si può affermare che l'identità culturale costituisce la base per l'autoidentificazione, e l'autostima del soggetto dipende dalla stima verso il gruppo di appartenenza.

Al di là della prospettiva antropologica, è solo agli inizi del XXI secolo che viene elaborata l'unica definizione di cultura giuridicamente rilevante a livello internazionale⁸⁶. Contenuta nel Preambolo della Dichiarazione universale dell'UNESCO sulla diversità culturale del 2001, ivi si legge che "la cultura dovrebbe essere considerata come un insieme dei distinti aspetti presenti nella società o in un gruppo sociale quale quelli spirituali, materiali, intellettuali ed emotivi, e che include sistemi di valori, tradizioni e credenze, insieme all'arte, alla letteratura e ai vari modi

⁸⁴ Will Kymlicka espone il proprio pensiero in *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 2002.

⁸⁵ W. KYMLICKA, *La Cittadinanza multiculturale*, cit., p. 134.

⁸⁶ A livello giuridico viene recepita l'impostazione dinamica ed evolutiva della cultura.

di vita”⁸⁷. La Dichiarazione del 2001 è stata successivamente richiamata in un altro atto dell’UNESCO, la Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, che, a differenza della Dichiarazione, ha valore giuridicamente vincolante⁸⁸. Nella Convenzione non vi è una definizione esplicita di cultura, ma vengono fornite definizioni di altri concetti ad essa correlati e rilevanti per la nostra ricerca. In particolare all’art. 4 (rubricato “Definizioni”) nei primi tre commi vengono definiti i concetti di “diversità culturale”, “contenuto culturale” ed “espressioni culturali”⁸⁹. Nel corso degli anni l’antropologia non si è confrontata solamente con il problema dell’elaborazione di una definizione esauriente del concetto di “cultura”, ma è pervenuta ad una serie di acquisizioni concettuali (largamente condivise nel settore scientifico di riferimento), che inevitabilmente costituiscono strumenti importanti di cui il penalista deve tener conto nello studio del reato culturalmente motivato. BASILE dedica alcune pagine della sua monografia ad illustrare sinteticamente gli approdi concettuali cui sono pervenuti gli antropologi⁹⁰. Innanzitutto, oggi viene pacificamente respinta una concezione della cultura considerata come “reificata”. Secondo quest’impostazione la cultura non è uno strumento per la comprensione di fatti sociali, ma va considerata come una cosa, una realtà esterna della cui esistenza va preso atto. La cultura così intesa andrebbe considerata come un marcatore dell’identità di un gruppo sociale. Esisterebbe come realtà in sé, vivrebbe di un’esperienza propria indipendente dalle azioni degli uomini. Nel 1996 Zigmunt Baumann in uno studio sugli immigrati di seconda generazione

⁸⁷ A. MASSARO, in Reati a movente culturale o religioso, cit., p. 17-18 sottolinea che a causa della eccessiva ampiezza e genericità tale definizione non può essere impiegata per delimitare il concetto di reato culturalmente motivato.

Questa dichiarazione, accettata unanimemente dagli Stati membri dell’UNESCO, fu pronunciata nel 2001 a seguito dei tragici eventi dell’11 settembre. L’aspetto veramente straordinario della dichiarazione consiste nel fatto che la Conferenza Generale dell’UNESCO ha condiviso l’idea che garantire e tutelare la diversità culturale sia necessario per la protezione contro gli integralismi ed il c.d. “clash of culture” (lo scontro delle civiltà). La diversità di culture è patrimonio comune di tutta l’umanità, in <http://www.unesco.it/cni/index.php/newsletter/134-la-dichiarazione-universale-unesco-sulla-diversita-culturale->.

⁸⁸ Adottata il 20.10.2005 a Parigi, è stata ratificata in Italia il 31.01.2007 ed è entrata in vigore il 18.03.2007.

⁸⁹ Il testo completo della Convenzione è consultabile all’indirizzo http://www.unesco.it/_files/DIVERSITAculturale/convenzione_diversita.pdf

⁹⁰ Daremo conto brevemente di questi principi, frutto della ricerca teorica ed empirica condotta dalla scienza antropologica nell’arco di quasi un secolo e mezzo, ricordando al lettore che non vuole questa essere la sede per un’indagine approfondita di tipo socio-antropologico. In merito, il riferimento è all’opera, più volte citata, di F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 22 ss., che sul punto utilizza come modello di riferimento principalmente l’opera di D. CUCHE, La nozione di cultura nelle scienze sociali, Bologna, Il Mulino, 2006.

condotto a Southall, un sobborgo di Londra, considerava la concezione reificata della cultura come la causa per cui tali immigrati, pur essendo cittadini inglesi di pieno diritto, vengono considerati precariamente “sospesi tra due culture”, anziché appartenere ad entrambe le culture. Si tratta di una concezione fondamentalista della cultura, secondo cui i gruppi sociali, omogenei al loro interno, sono separati dall'esterno da confini rigidi e duraturi nel tempo, garanti della tradizione, della purezza e delle radici del gruppo⁹¹. Al contrario viene pacificamente accolta dagli antropologi una concezione aperta della cultura, come insieme di risorse a disposizione delle persone, unici attori sociali. Come afferma MANTOVANI, gli individui non sono cloni culturali. Sono loro che creano la cultura, la trasformano e la trasmettono: essi sono la cultura⁹². La cultura non è una “dotazione immodificabile” che si trasmette agli individui; sono costoro che durante la loro vita si appropriano progressivamente della cultura e la reinterpretano in funzione della storia personale di ciascuno (peraltro senza essere in grado di acquisire tutta la cultura del gruppo⁹³). Allo stesso modo gli antropologi respingono una concezione statica e monolitica della cultura, accogliendo di essa invece una concezione dinamica, in continuo movimento e cambiamento, non esistendo una cultura sempre identica a se stessa. La cultura è un processo permanente di costruzione, distruzione e ricostruzione⁹⁴.

⁹¹Secondo questa concezione sarebbe ammessa la multiculturalità, vale a dire la mera convivenza in un medesimo contesto sociale di vari gruppi eterogenei, senza alcun mescolamento, preservando ciascuno la propria identità. Ma non l'interculturalità, in cui le distanze si attenuano fin quasi a svanire e come afferma C. Geertz nel 1994 “siamo noi in mezzo a loro e loro in mezzo a noi”, poiché questo minaccerebbe la compattezza e l'integrità di ogni gruppo sociale. In questo senso G. MANTOVANI, Come possiamo pensare alle seconde generazioni di immigrati in modo davvero interculturale? Dipartimento di Psicologia Generale, Università di Padova, p. 1-2, in <http://www.provincia.re.it/allegato.asp?ID=280214>

⁹²In questo senso Cuche, *La nozione di cultura nelle scienze sociali*, cit., p. 50, citato da F. BASILE. Questa concezione favorisce l'interazione del gruppo sociale con l'esterno, alimentando l'interculturalità. I confini tra culture sono permeabili. Le culture crescono proprio nel confronto con le altre, G. MANTOVANI, Come possiamo pensare alle seconde generazioni di immigrati in modo davvero interculturale?, cit. p. 4.

⁹³Cuche, *La nozione di cultura nelle scienze sociali*, cit., p. 51, citato da F. BASILE. Anche REMOTTI, in *Riflessioni sulla densità culturale*, cit., p. 1, sottolinea questo aspetto, affermando che la cultura non si riproduce come le fotocopie; la riproduzione culturale passando attraverso la via obbligata dell'individuo, non può non essere anche “alterazione”.

⁹⁴Cuche, *La nozione di cultura nelle scienze sociali*, cit., p. 79, citato da F. BASILE. Anche REMOTTI nel suo lavoro, *Riflessioni sulla densità culturale*, cit., p. 2, titola un paragrafo proprio “il paradosso della precarietà”, mettendo in evidenza questo aspetto: “ogni individuo, nascendo, mette a repentaglio, almeno potenzialmente e almeno dal suo punto di vista, la cultura in

Un assioma fondamentale afferma che non esiste una sola cultura, ma vi sono una pluralità di culture che non sono manifestazione di arcaismo, selvatichezza o barbarie. Ogni modo di vivere e di pensare ha una propria coerenza, è espressione autentica di un'umanità unica, al pari delle altre⁹⁵. Di regola le culture entrano in contatto tra di loro, modificando i propri modelli e contenuti. Gli antropologi utilizzano l'espressione "acculturazione" per indicare il fenomeno dell'interpenetrazione, del sincretismo, del meticcio culturale. Il termine acculturazione, secondo la definizione che ne fornisce Liebkind nel 2001, indica infatti un processo di cambiamento bi-direzionale che si verifica quando due gruppi etno-culturali (un gruppo dominante ed un gruppo acculturante) entrano in contatto prolungato l'uno con l'altro. Entrambi i gruppi si influenzano e si trasformano a vicenda, acquisendo modelli culturali e valoriali propri del gruppo sociale culturalmente diverso, adattandosi pertanto alla diversità etno-culturale. Il cambiamento culturale investe sia il gruppo in sé stesso che i singoli individui che di esso fanno parte. L'importanza dell'interazione culturale è evidenziata da Bachtin che scriveva "non dobbiamo immaginare il regno della cultura come uno spazio con delle frontiere e un territorio al suo interno. Il regno della cultura è completamente distribuito lungo le frontiere. Le frontiere sono dappertutto, attraversano ogni suo aspetto. Ogni atto culturale vive essenzialmente sulle frontiere. Se viene separato da esse perde il suo fondamento, diventa vuoto e arrogante, degenera e muore"⁹⁶. Remotti sottolinea che la cultura, sin dalla seconda metà del '700, viene considerata un fattore indispensabile, imprescindibile ed irrinunciabile nella costituzione dell'essere umano e persino nella sua evoluzione biologica. Esponenti di altre scienze, come neurologi, psicobiologi e neuroscienziati, vedono nella cultura il solo ambiente entro il quale il cervello possa svilupparsi e funzionare⁹⁷. In una celebre espressione Matt Ridley afferma che "più di quanto accada in qualsiasi altra specie,

cui dovrebbe formarsi. Ogni individuo ha disperatamente bisogno di una cultura entro cui modellarsi; ma ogni individuo è un potenziale eversore e traditore (oltre che traduttore) della sua cultura".

⁹⁵Cuche, La nozione di cultura nelle scienze sociali, cit., p. 52, citato da F. BASILE

⁹⁶M. M. BACHTIN, The dialogic Imagination, Austin, TX, The University of Texas Press, p. 87, citato da G. MANTOVANI, in Come possiamo pensare alle seconde generazioni di immigrati in modo davvero interculturale? cit. p. 2.

⁹⁷REMOTTI, Riflessioni sulla densità culturale, cit., p. 1.

le menti umane nuotano in un mare chiamato cultura”⁹⁸. Costui tuttavia si oppone a Geertz e all’idea che il cervello sia plasmato dalla cultura. Egli ritiene però che i geni capaci di influenzare il comportamento funzionino attraverso l’ambiente e finisce per accogliere l’idea di una natura che si realizza attraverso la cultura (specialmente nel caso umano). Niente nell’uomo è puramente naturale. Anche i bisogni fisiologici (come la fame, il sonno, il desiderio sessuale, etc.) sono plasmati e influenzati dalla cultura. Tutti i comportamenti umani sono orientati dalla cultura⁹⁹. Ciò si deve al fenomeno dell’inculturazione. Nel linguaggio degli antropologi il termine esprime il processo di iscrizione della cultura nell’individuo. Vero è che la cultura non intacca il patrimonio genetico del soggetto, non raggiunge il DNA, però ha un forte potere di penetrazione, dando informazioni, guidando, incanalando, modellando. Quasi tutte le attività compiute dall’uomo, anche le funzioni biologiche, sono organizzate secondo modelli culturali propri di un determinato gruppo sociale. Questa continua influenza che l’uomo subisce sin dai primi anni della vita comporta che quel modello o comportamento culturalmente imposto finisce per naturalizzarsi, determinando la formazione di automatismi. La cultura cioè penetra nel comportamento al punto da costituirne una seconda natura¹⁰⁰. La penetrazione e la conseguente impregnazione da parte di un modello culturale comporta che idee e valori vengono imposti nel corpo e nella mente dell’individuo. Egli si “abituizza” ed il suo comportamento riproduce modelli culturali che non hanno più bisogno di essere appresi e sui quali non c’è più bisogno di riflettere¹⁰¹.

⁹⁸M. RIDLEY, *Il gene agile. La nuova alleanza fra eredità e ambiente*, Milano, 2005, citato da REMOTTI nella sua opera.

⁹⁹Come afferma CUCHE, la nozione di cultura, cit., p. 7, citato da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 25.

Esprimono molto bene il concetto in esame due asserzioni di Ulf HANNERZ: “la cultura è il software necessario per programmare l’hardware biologicamente dato”, e “teniamoci la cultura allo scopo di meglio indagare come gli esseri umani costruiscano se stessi”, in *La diversità culturale*, Bologna, il Mulino, 2001

¹⁰⁰Descrive chiaramente questo processo REMOTTI, in *Riflessioni sulla densità culturale*, cit., p. 4, nella quale dedica alcune pagine del suo lavoro al fenomeno da lui definito della “impregnazione”. Come esempio di impregnazione l’autore fa riferimento all’andatura *onioi*, un’andatura ondulante ed ancheggiante delle donne maori, a cui le madri addestrano le figlie. Dopo l’addestramento subentra appunto l’automatismo, diventando un comportamento automatico che si ripete meccanicamente, senza particolari motivazioni esplicative.

La penetrazione, l’impregnazione e la sedimentazione del modello culturale nell’inconscio dell’uomo (non nel DNA) determina un effetto di stabilizzazione ma una perdita di spessore e densità. La consapevolezza e la possibilità di ulteriori approfondimenti culturali si riducono inevitabilmente.

¹⁰¹ REMOTTI, in *Riflessioni sulla densità culturale*, cit., p. 5.

Secondo Garfinkel l'uomo sarebbe un “*cultural dope*” (un intossicato di cultura) e come tale una marionetta in balia della cultura¹⁰². Questa asserito tuttavia viene respinto dagli antropologi. Ogni uomo interiorizza e vive la cultura a modo suo, pur essendone profondamente segnato ed influenzato. La cultura, del resto, è costituita da un complesso di elementi che non sono mai integrati completamente tra loro, sussistendo sempre un certo margine nel sistema. In questo margine si insinua la libertà dell'individuo, che agisce manipolando e ristrutturando la propria cultura. Il problema di capire se l'uomo in questo senso sia una marionetta guidata dai fili della cultura o piuttosto un attore libero e volitivo, non può essere risolto in astratto una volta per tutte, ma deve essere affrontato e risolto caso per caso, analizzando approfonditamente il caso concreto. È importante determinare quale forza causale eserciti la cultura sulle azioni umane, se l'individuo utilizzi la cultura o sia utilizzato da essa. Pur essendo un irrinunciabile fattore di formazione, che in quanto tale incanala e guida le azioni umane, la cultura tuttavia subisce continue trasgressioni e molti tipi di modificazioni. Remotti al riguardo parla di “lacerazioni” o di minime “modificazioni” prodotte dalle stesse azioni umane, che da un lato sono guidate inevitabilmente dalla cultura, ne costituiscono la riproduzione e la traduzione nel presente e la riproposizione per il futuro, ma dall'altro la tradiscono¹⁰³. Gli antropologi non pretendono di rinvenire nella cultura il fattore causale esclusivo della condotta umana, ma ritengono che nel comportamento umano esista senza dubbio un elemento culturale. Attraverso la lente della cultura è possibile comprendere certamente il significato di alcuni aspetti del comportamento umano. Il fattore culturale può essere considerato senza dubbio un fattore motivazionale dell'agire umano, che si pone accanto ad altri impulsi, individuali e sociali¹⁰⁴.

¹⁰²L'espressione viene utilizzata da Harold Garfinkel nel suo lavoro intitolato *Studies in Ethnomethodology*, New York, 1967, p. 68, citato da F. BASILE in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 26, opera con cui Garfinkel fonda una nuova corrente sociologica: l'etnometodologia.

¹⁰³REMOTTI, in *Riflessioni sulla densità culturale*, cit., p. 3-4, afferma testualmente che “l'azione, per quanto ritualizzata ed abitualizzata, conserva sempre, nella sua individualità e nella sua contingenza, un aspetto eversivo e di tradimento rispetto alla cultura da cui pure prende forma. L'autore richiama il concetto di *habitus*, elaborato da Pierre Bourdieu, concepito come la fusione o comunque la combinazione di cultura e azione, il tratto di unione tra le due dimensioni. Mediante l'*habitus* l'azione non è abbandonata a se stessa, ma viene ricondotta ad una matrice culturale.

¹⁰⁴Secondo Kluckhohn e Kroeber questa forza motivazionale si esplica in particolare attraverso aspettative culturalmente determinate. Essi affermano che la cultura “non solo influenza il comportamento degli individui nei confronti di altri individui, ma anche ciò che da essi ci si aspetta”,

L'effetto della pressione culturale sull'agire degli individui non è omogeneo. Remotti sottolinea questo aspetto attraverso la teoria delle culture "a densità variabile", secondo cui al proprio interno ogni cultura presenta zone di maggiore intensità (vale a dire maggiormente culturalizzate, dove alto è l'investimento culturale), zone di minore intensità e zone ignorate. Egli afferma che nelle zone di maggiore intensità assistiamo a fenomeni tipicamente culturali: in esse gli uomini sono avviluppati in quelle ragnatele di significati culturali di cui parla l'autore, da cui non riescono facilmente a liberarsi. Al contrario nelle zone di minore intensità culturale, i soggetti sono più liberi, subendo una minore pressione culturale (in termini di modelli, norme, giudizi, obblighi e divieti)¹⁰⁵.

in Il concetto di cultura, cit., p. 321, citati da F. Basile, in Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 27.

¹⁰⁵REMOTTI, in Riflessioni sulla densità culturale, cit., p. 6-7.

§4.1. Culture e gruppi sociali di riferimento rilevanti ai fini dell'indagine.

Gli antropologi sottolineano come le culture in genere si identificano in base al collegamento con un gruppo sociale o politico, dando vita al concetto delle “culture al plurale”¹⁰⁶. Il riconoscimento della pluralità culturale è alla base del relativismo culturale di cui fu precursore Herder. Si tratta di una corrente di pensiero che non si limita a riconoscere l'esistenza di una molteplicità di culture, ma cerca di comprenderne le ragioni e ne riconosce la significatività e l'incidenza nell'organizzazione della vita e della società umana. Secondo i relativisti ciò che contraddistingue l'uomo è proprio la dimensione culturale e la sua inevitabile variabilità, piuttosto che l'uniformità di leggi o strutture naturali (psichiche o mentali). Sono gli universi culturali a dare forma e senso all'umanità (una forma appunto culturale)¹⁰⁷. Sulla base del collegamento prescelto con il gruppo si possono individuare molteplici tipologie di culture. Possiamo dire che oggi la cultura si declina necessariamente al plurale.

Questa precisazione è importante ai fini della nostra ricerca, in quanto ci pone davanti un ulteriore problema, che deve essere affrontato e risolto, prima di addentrarci in una dissertazione più strettamente giuridico-penalistica sui reati culturalmente orientati. Se ogni gruppo sociale o politico è espressione di una particolare cultura, dobbiamo chiederci di quali gruppi e dunque di quale cultura occorre occuparsi ai fini della presente indagine. Basile si sofferma su questo problema, illustrando gli strumenti da impiegare per affrontarlo e fornendo la relativa soluzione¹⁰⁸. L'autore osserva che se in ambito penale, a fronte delle attuali società multiculturali, l'obiettivo da raggiungere è quello di capire come deve reagire il sistema penale di fronte agli individui che non appartengono a quel gruppo sociale o politico e dunque a quella cultura, da ciò deriva una conseguenza inevitabile. Per comprendere quali gruppi e quali culture occorre prendere in considerazione, bisogna

¹⁰⁶Si concentrano su questo aspetto GIGLIOLI-RAVAIOLI, in *Bisogna davvero dimenticare il concetto di cultura? Replica ai colleghi antropologi*, cit., p. 270, citato da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 28-29.

¹⁰⁷Come affermava B. MALINOWSKI, a proposito dell'indigeno delle isole Trobriand, occorre cogliere “la sua visione del suo mondo”, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/relativismo-culturale_\(Enciclopedia_delle_scienze_sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/relativismo-culturale_(Enciclopedia_delle_scienze_sociali)/)

¹⁰⁸F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 29 ss.

partire dalle peculiarità della stessa legge penale. È la legge penale che ci consente di elaborare criteri idonei di selezione. Vero è che la legge penale si applica ad un numero rilevante di soggetti (vale a dire ad un macrogruppo socio-politico), che è espressa in una lingua che di regola coincide con la lingua degli appartenenti a quel determinato macrogruppo e che si applica in genere ad un territorio geografico determinato, seppure di ampie dimensioni. Sulla base di queste caratteristiche minime ed indispensabili, è possibile affermare che i gruppi e le culture rilevanti per uno studio sui rapporti tra fattore culturale e diritto penale si identificano in quei gruppi sociali o politici costituiti da un numero rilevante di individui, che condividono una lingua comune e che hanno un legame con un territorio geografico, di regola di ampie dimensioni¹⁰⁹. La delimitazione di tali gruppi presenta due indubbi vantaggi. In primo luogo, per molti di essi si assiste in certi casi ad una sovrapponibilità (a volte completa) tra il territorio occupato dal gruppo stesso (quale entità culturale) ed il territorio di un certo Stato (quale entità politica). Del resto, come scriveva Kymlicka, “i confini culturali possono non coincidere con i confini politici”¹¹⁰. Ne consegue che le culture di questi gruppi corrispondono alle culture diffuse nei singoli Stati¹¹¹. E sono proprio questi i gruppi la cui cultura influenza e condiziona la stessa legge penale¹¹². In secondo luogo, i gruppi sociali e politici che presentano le tre condizioni minime ed indispensabili sopra illustrate, si avvicinano a quelli che in filosofia politica vengono definiti “*encompassing groups*”¹¹³. Si tratta di gruppi che presentano le tre medesime caratteristiche e che esprimono una cultura

¹⁰⁹Basile precisa che non vengono considerati quei gruppi sociali espressivi delle c.d. sub-culture, in quanto pur potendo esprimere una cultura particolare, essi non presentano le suindicate tre caratteristiche minime ed indispensabili, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 32.

Le sottoculture criminali sono state oggetto di studio in ambito criminologico, nell’ambito delle teorie sociologiche. Il più importante studio sottoculturale sulla delinquenza si deve ad Albert Cohen nel 1963 il quale elabora la teoria della cultura della gang. Non è questa la sede per esaminare questo aspetto. Si rinvia pertanto al contributo di G. MAROTTA, *Teoria Criminologiche*, cit., p. 130 ss.

¹¹⁰KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999, p. 153, citato da F. BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 32.

¹¹¹La sovrapponibilità non sempre si verifica. Basile riporta l’esempio della popolazione curda, che certamente non occupa un territorio geograficamente coincidente con quello di uno Stato determinato. Il territorio da essi occupato ricade infatti sotto quattro diverse entità politiche, la Turchia, l’Iran, l’Iraq e la Siria, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 32.

¹¹²Basile precisa che la cultura dei gruppi privi delle tre suindicate condizioni minime ed indispensabili, pur potendo influenzare singoli provvedimenti legislativi, in genere non è in grado di influenzare il sistema penale complessivo, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 35-36.

¹¹³Si tratta di una espressione utilizzata da due autori, MARGALIT-RAZ, in *National Self-Determination*, in *Journal of Philosophy*, 1990, p. 439, citati da F. BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 36 ss.

c.d. pervasiva, di particolare densità e spessore, capace di influenzare molteplici aspetti della vita degli appartenenti al gruppo. Kymlicka esprime un concetto analogo, utilizzando però l'espressione culture societali (*societal cultures*), che accosta esplicitamente a quella di cultura pervasiva.¹¹⁴ Anche Cristina De Maglie ritiene che per definire la nozione penalmente rilevante di cultura occorra fare riferimento alla nozione di cultura del gruppo di appartenenza del soggetto e non semplicemente a quella del singolo individuo¹¹⁵. Nelle società attuali la diversità culturale può essere ricondotta a differenti categorie di gruppi. Secondo il teorico della politica Bhikhu Parekh possono distinguersi due tipi di gruppi. Da un lato le “*subcultural diversity*”, cioè quei gruppi di individui che pur identificandosi con i valori espressi dalla cultura dominante, deviano da essa per determinati comportamenti o stili di vita (si pensi ad esempio agli omosessuali, che nell'ambito dei parametri imposti dalla cultura di riferimento cercano di imporre le loro concezioni riguardo la famiglia, il matrimonio, i rapporti di coppia, i figli). Dall'altro lato Parekh definisce la categoria dei “*perspectival diversity*” che sono i gruppi critici o addirittura antagonisti rispetto alla matrice culturale dominante. Ad esempio i gruppi femministi oppure gli ambientalisti che si oppongono a tutta la cultura di sistema. Questi gruppi sono portatori di una propria cultura, concepita però come cultura “localizzata” e contrapposta ad una nozione “ampia”¹¹⁶. Le culture espresse da questi gruppi di riferimento non interessano l'indagine sui reati culturali, trattandosi di nozioni di cultura prive di accezione etnica¹¹⁷. Secondo la costruzione proposta dalla De Maglie, la nozione di cultura penalmente rilevante utile per definire il reato come culturalmente motivato deve fare riferimento ad un gruppo di

¹¹⁴ KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., pp. 134 e 156, citato da F. BASILE in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 39. Il filosofo canadese utilizza l'espressione “*societal culture*”, tradotta nella edizione italiana con cultura sociale. Basile specifica che nonostante ciò egli continua ad utilizzare l'espressione “*cultura societale*” per evidenziare la distinzione tra gli aggettivi social e societal, presente nel testo originale inglese.

¹¹⁵ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 25.

¹¹⁶ W. KYMLICKA fa riferimento ad una nozione ampia di cultura citando la cultura comune di tutte le democrazie occidentali: “esse partecipano a una medesima civiltà industrializzata, laica e urbanizzata, diversa dal mondo feudale, agricolo e teocratico dei nostri avi”, in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 34, citato da C. DE MAGLIE in *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 26.

¹¹⁷ Lo stesso W. KYMLICKA parla di cultura come sinonimo di nazione o popolo, cioè una comunità intergenerazionale, compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un territorio geografico e condivide una lingua ed una storia comuni, in *La cittadinanza multiculturale*, p. 35, citato da C. DE MAGLIE in *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 26.

appartenenza che presenti caratteristiche tali da identificarlo come gruppo etnico¹¹⁸. Innanzitutto occorre una cultura comune (una cultura di gruppo) che influenzi in modo determinante la sfera privata dei singoli appartenenti, lo stile di vita, le modalità di comportamento e di interazione, tra di loro e con gli individui esterni al gruppo. Seconda caratteristica è la cultura del gruppo e la formazione del singolo. Va considerata la natura pervasiva della cultura del gruppo che viene acquisita da coloro che vivono all'interno di esso e che finisce per condizionare la loro vita come un marchio di fabbrica. Non si esclude tuttavia che i singoli possano modificare tale cultura originaria interagendo con culture nuove e diverse, anche se ciò appare poco probabile. L'influenza che esercita la cultura del gruppo deve essere profonda ed estesa. Terza caratteristica è l'appartenenza al gruppo ed il reciproco riconoscimento: gli effetti interni. L'appartenenza di un soggetto ad un gruppo etnico di minoranza deve essere confermata dagli altri appartenenti alla comunità, mediante il riconoscimento e l'approvazione (non necessariamente formale) da parte di costoro. Quarta caratteristica è il riconoscimento del gruppo e l'autoidentificazione. Affinché il singolo membro possa costruirsi la propria identità, sia come individuo isolato che come portatore dei valori culturali del gruppo di riferimento, occorre che sia riconosciuto da parte del gruppo stesso. Questo riconoscimento acquista importanza soprattutto se messo in relazione al fenomeno della globalizzazione e alla tendenza che ne deriva all'uniformità e all'appiattimento delle condotte di vita, alla omogeneizzazione della cultura¹¹⁹. In effetti è proprio come contro-reazione a questa tendenza che si valorizzano il legame tra l'individuo e la cultura del gruppo di riferimento ed il vincolo al patrimonio culturale d'origine. È solo per mezzo di essi

¹¹⁸ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 27 ss.

¹¹⁹ Alcuni autori parlano di orizzontalità della società globale, in quanto orizzontale è la linea che connette potenzialmente tutti con tutti. Si esprime in questi termini M.R. FERRARESE nel suo lavoro *Le Istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transazionale*, Bologna, 2000. Approfondisce il concetto di società orizzontale L. M. FRIEDMAN, in *La società orizzontale*, trad. it. G. Pino, Bologna, 2002. Egli ritiene che le nuove società contemporanee globali determinano delle mutazioni sociali consistenti, basate sull'affermazione sempre maggiore dell'individualismo e di identità nazionali ed etniche che interagendo tra di loro comportano un indebolimento delle tradizionali autorità verticali. Ciò che muta rispetto alla società del passato è proprio la concezione dell'autorità e del potere. Il carattere verticale dei rapporti del singolo perde consistenza e si indebolisce lasciando il posto ad una rete di rapporti orizzontali, in cui acquista rilievo il fattore della scelta individuale (in ogni ambito). In una società orizzontale il potere e l'autorità diventano orizzontali nel senso che sono diffuse tra persone poste su uno stesso piano di parità. L'autorità perde di importanza, i gruppi posti sullo stesso piano acquisiscono la medesima forza e l'individuo acquista maggiore autonomia.

che l'uomo riesce a contrastare la solitudine e lo smarrimento tipici delle società post-moderne, ad affermare la propria identità rendendosi visibile e ad opporsi all'emarginazione sociale¹²⁰. Questa reazione comporta il rischio della diffusione di atteggiamenti di chiusura e di paura di contaminazione con gli appartenenti a gruppi diversi. Ma è un rischio che deve tuttavia essere accettato. Quinta caratteristica è quella dell'appartenenza e del riconoscimento: effetti esterni. È solo attraverso il riconoscimento che si evitano forme di ghettizzazione culturale, di misconoscimento e di svalutazione delle identità forgiate sulla condivisione di patrimoni e vincoli culturali stringenti. Ultima caratteristica è quella dell'appartenenza ed acquisizione. L'appartenenza ad un gruppo etnico-culturale non è uno *status* che viene acquisito per meriti né negoziato. È una conseguenza del riconoscimento, che viene accordato al singolo dagli altri membri del gruppo sulla base di ciò che l'individuo è.

¹²⁰ È Zigmunt Bauman, per evidenziare questo aspetto, che nella sua analisi critica della società contemporanea elabora la definizione di "modernità liquida", rifiutando il termine "postmoderno".

§4.2. Società multiculturali di tipo multinazionale e di tipo polietnico. Precisazione rilevante ai fini della ricerca.

Cristina De Maglie si sofferma sui concetti di società multiculturale, società multietnica e multiculturalismo, dedicando un'attenzione particolare alla distinzione tra questi concetti (che vengono spesso utilizzati come sinonimi)¹²¹. Secondo l'impostazione dominante la multietnicità indica una situazione di contemporanea presenza in un determinato contesto sociale di gruppi etnici differenti, ciascuno espressivo di un proprio patrimonio culturale¹²². Il gruppo etnico si caratterizza per il convincimento soggettivo di condividere una comunanza di origine, in ciò distinguendosi dai gruppi parentali che si caratterizzano oggettivamente per una comunanza di sangue. La peculiarità dell'etnico si specifica dunque nei rapporti di discendenza, assumendo un significato autonomo rispetto al culturale. È possibile pertanto distinguere il gruppo etnico, da quello religioso, linguistico e territoriale. È stato l'antropologo e sociologo britannico Anthony D. Smith, nei suoi studi sul nazionalismo, a specificare analiticamente questo elemento peculiare della etnicità, individuandone sei elementi costitutivi e distintivi: un nome, dei miti di discendenza comune, una storia condivisa, una cultura distintiva condivisa, un riferimento ad un territorio specifico (anche diverso da quello in cui il gruppo etnico vive, trattandosi di un centro geografico simbolico, di un habitat sacro, di una patria in cui può farsi ritorno simbolicamente, anche quando i membri sono sparpagliati nel mondo) ed un senso di solidarietà (di forte appartenenza). Secondo Cesareo in realtà il fondamento dell'etnicità va individuato nel "complesso mito-simbolico". I simboli vengono definiti come i "guardiani di confine", nel senso che permettono di individuare e distinguere tra *insider* e *outsider*, mentre i miti offrono un fondamento ed una spiegazione all'identità di gruppo per tutti gli appartenenti¹²³. Questo complesso mito-simbolico può considerarsi la fonte dell'identità di un popolo e al contempo un

¹²¹ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 6.

¹²² Esprime questo concetto Vincenzo Cesareo, in Società multietniche e multiculturalismi, Vita e Pensiero edizioni, Milano, 2007, p. 9, citato in nota da C. De Maglie in I reati culturalmente motivati, cit., p. 6. Il termine stesso deriva dal latino *multus* (molto) e dal greco *ethnikòs*, a sua volta derivato da *éthnos* (popolo).

¹²³ V. CESAREO, Società multietnica e multiculturalismo, cit., p. 10.

mezzo per assicurare l'integrazione sociale¹²⁴. Per definire la società multiethnica può adottarsi anche una prospettiva sociologica, che prendendo le distanze da tutte quelle impostazioni, oramai superate, che ravvisano un fondamento biologico alla diversità razziale ed etnica, pone attenzione soprattutto ai processi di costruzione sociale che sono all'origine della formazione dei gruppi etnici. Secondo questa prospettiva una società può definirsi multiethnica non solo se al proprio interno si ravvisano molteplici gruppi etnicamente differenti, ma anche se i membri di ciascun gruppo sono portatori di una propria cultura diversa da quella degli altri gruppi e se costoro attraverso le azioni collettive, c.d. mobilitazioni etniche, intendono ottenere una tutela ed un riconoscimento ufficiale della propria identità comune¹²⁵. Nel settore scientifico specifico vi è peraltro un consenso pressoché unanime nel richiamarsi alla teoria di Erik Allardt, secondo cui alla base di ogni gruppo etnico si possono ravvisare due processi: di eterodefinizione e soprattutto di autodefinizione. In base a quest'ultimo si attribuisce importanza fondamentale alla volontà di una parte significativa del gruppo di identificarsi come distinta entità etnica. Ciò che rileva quindi sono l'agire dei soggetti e le identificazioni sociali piuttosto che le dimensioni o le caratteristiche linguistiche del gruppo¹²⁶. Pertanto se vengono meno i due processi sopra indicati, l'identità etnica tende ad indebolirsi fino a scomparire del tutto. Cesareo conclude sostenendo che la multiethnicità implica necessariamente la multiculturalità in quanto i vari gruppi etnici che convivono nel medesimo contesto sociale sono portatori ciascuno di un patrimonio culturale peculiare e diverso da quelli degli altri. Non può però affermarsi il contrario, ovvero che la multiculturalità implica necessariamente la multiethnicità, in quanto la diversità culturale potrebbe essere riconducibile a fattori diversi dalla etnia, come ad esempio la religione, le ideologie, status sociali ed economici¹²⁷. In conclusione può affermarsi che mentre la società multiethnica si qualifica sempre come multicultural, quella multicultural è spesso, ma non

¹²⁴ V. CESAREO, Società multiethnica e multiculturalismo, cit., p. 10.

¹²⁵ V. CESAREO, Società multiethnica e multiculturalismo, cit., p. 11.

¹²⁶ Vincenzo Cesareo nella sua monografia insiste in particolare sul processo di autodefinizione, in Società multiethnica e multiculturalismo, cit., p. 11. Egli fa riferimento ad Erik Allardt e al suo lavoro *Le minoranze etniche nell'Europa Occidentale: una ricerca comparata*, in *Rivista Italiana di scienza politica*, 11, 1981.

¹²⁷ V. CESAREO, Società multiethniche e multiculturalismi, cit., p. 13. Ad esempio ad una confessione religiosa o ad una formazione politica possono aderire individui e gruppi appartenenti a differenti etnie.

necessariamente, multi-etnica¹²⁸. Secondo Cesareo le società occidentali sono qualificabili come società sempre più multi-etniche. Cristina De Maglie si sofferma poi sulla distinzione tra società multiculturali e multiculturalismo. Richiamando un’impostazione dominante nella letteratura specialistica, afferma che con la prima espressione il termine multiculturali descrive una situazione di fatto, la realtà della società multiculturali. Il termine multiculturalismo invece esprime un modello di società pluralista, una strategia politica di gestione della diversità culturale ed etnica basata sulle differenze di ciascun gruppo, che aspira alla realizzazione di una convivenza caratterizzata ed arricchita da queste differenze. È alternativo al *melting pot*. Quest’ultimo, la cui espressione vuol dire letteralmente “crogiolo di razze”, indica un modello ideale di interazione tra le minoranze culturali immigrate e i gruppi di maggioranza, secondo il quale dopo un certo periodo di tempo ed il succedersi di generazioni le identità culturali specifiche delle minoranze immigrate si fondono con quelle dei paesi ospitanti¹²⁹. Nato con riferimento al contesto sociale americano, questo modello si basa sul concetto secondo cui le minoranze immigrate non devono annullare le proprie identità culturali conformandosi alle caratteristiche del paese ospitante, ma amalgamarsi, fondersi con la matrice culturale dominante, forgiando una diversa identità collettiva¹³⁰. Le politiche di assimilazione ed integrazione basate sulla nozione del *melting pot* mantennero una certa vitalità fino agli anni Sessanta quando s’impose l’ideale del multiculturalismo, ritenuto più adatto alla realtà sociale degli Stati Uniti della fine del XX secolo. Contrapposto ad esso è il modello del *salad bowl* (macedonia o mosaico) che, a differenza del precedente, non prevede una fusione ma solo una mescolanza delle diversità culturali, senza annullare le differenze né far prevalere l’una sulle altre, anzi conservando e tutelando ogni specificità etnica e culturale. Si tratta di un modello in cui si valorizzano le differenze culturali¹³¹. Fabio Basile distingue il concetto di società multiculturali da quello di modello multiculturali¹³². Nella prima espressione, l’aggettivo multiculturali viene utilizzato in senso meramente descrittivo, per indicare una società ovvero uno Stato caratterizzato dalla presenza al proprio interno di una pluralità di gruppi culturali.

¹²⁸V. CESAREO, Società multi-etniche e multiculturalismi, cit., p. 13.

¹²⁹<http://www.treccani.it/enciclopedia/melting-pot/>

¹³⁰[http://www.treccani.it/enciclopedia/melting-pot_\(Dizionario-di-Storia\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/melting-pot_(Dizionario-di-Storia)/)

¹³¹C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 9.

¹³²F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 43 ss.

Nella seconda espressione, l'aggettivo ha un valore normativo, indicando un progetto politico che abbia come scopo il riconoscimento della diversità culturale.

Kymlicka distingue le moderne società multiculturali in due tipologie: multinazionali e polietniche¹³³. La distinzione, rilevante ai fini della ricerca, si basa sulla diversa origine del pluralismo culturale all'interno della compagine sociale. Si tratta cioè di due modelli generali di diversità culturale. Nella società di tipo multinazionale il pluralismo culturale trae origine da processi di assorbimento in uno Stato più grande di gruppi sociali o politici, culturalmente determinati e territorialmente concentrati, che in precedenza si governavano da soli. L'assorbimento delle minoranze culturali e la formazione di uno Stato multinazionale può derivare da un atto involontario (si pensi ai fenomeni della colonizzazione e della conquista, nonché all'ipotesi in cui una comunità culturale venga ceduta da una potenza imperiale ad un'altra) ovvero volontario (gli accordi volontari di federazione tra culture diverse)¹³⁴. Kymlicka cita vari esempi. Negli Stati Uniti vivono molte minoranze nazionali, gli indiani d'America, i portoricani, i chicanos, gli indigeni delle Hawaii, i chamorro del Guam (l'isola più grande dell'arcipelago delle Marianne) ed altre popolazioni indigene delle isole nell'Oceano Pacifico. Questi gruppi, assorbiti mediante colonizzazione o conquista da parte degli Stati Uniti, hanno acquisito nel corso della storia un particolare status politico, divenendo titolari di un'ampia gamma di diritti necessari per tutelare lo status di comunità culturali distinte. Anche il Canada può considerarsi uno Stato di tipo multinazionale, convivendo al proprio interno tre gruppi nazionali distinti: gli inglesi, i francesi e gli indigeni¹³⁵. La popolazione indigena fu assorbita dai coloni francesi che a loro volta furono poi conquistati dagli inglesi. Attualmente i rapporti tra le diverse nazioni sono disciplinati da una federazione. La maggioranza

¹³³W. KYMLICKA, in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 21 ss, ampliando il panorama delle proprie riflessioni, che in prima battuta si erano concentrate esclusivamente sul caso degli aborigeni canadesi, considera la multinazionalità e la polietnicità come peculiarità degli Stati contemporanei e varianti del medesimo fenomeno multiculturale. In entrambi i casi si pone il problema del riconoscimento delle minoranze culturali da parte dei governi e della opinione pubblica.

¹³⁴Kymlicka evidenzia che nell'espressione Stato multinazionale il termine nazione deve essere inteso secondo un'accezione sociologica, che si avvicina all'idea di popolo e di cultura. Secondo il filosofo canadese per nazione deve intendersi "una comunità storica, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e possiede una lingua e una cultura distinte", in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 22 ss.

¹³⁵Peraltro, come specifica Kymlicka, il termine indigeno si riferisce a tre diverse categorie: indiani, inuit e métis e raggruppa numerose nazioni indigene distinte. Gli indigeni in Canada si suddividono in undici gruppi linguistici che a loro volta discendono da molte società distinte storicamente e culturalmente, in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 25.

francofona in Québec si percepisce come una nazione (i québécois), ma francofoni si trovano anche nel resto del Canada.

La Finlandia e la Nuova Zelanda rientrano in questa tipologia di Stato, avendo anch'esse assorbito con la forza popolazioni indigene. Il Belgio, con la popolazione divisa in due gruppi linguistici e culturali differenti, i fiamminghi (di lingua olandese, occupanti la parte settentrionale del paese) e i valloni (di lingua francese, abitanti la parte meridionale della nazione) e la Svizzera, con le comunità di lingua tedesca, francese e italiana, rientrano a pieno titolo nelle società di tipo multinazionale¹³⁶. In entrambi i paesi la compresenza di più comunità linguistiche e culturali è frutto della fusione in un unico Stato di territori occupati da gruppi culturali differenti e preesistenti, con un loro grado di autonomia. Nella società di tipo polietnico invece il multiculturalismo è frutto degli ingenti flussi immigratori. Secondo Kymlicka per aversi pluralismo culturale occorre che lo Stato permetta agli immigrati di mantenere parte della loro specificità etnica¹³⁷. Anche la Francia e la Germania con una percentuale elevata di immigrati, rispettivamente algerini e turchi, sono da considerarsi Stati polietnici. Vi sono anche Stati che sono al contempo multinazionali e polietnici. Si pensi al Canada che può considerarsi multinazionale, in riferimento alla pluralità culturale che origina dall'assorbimento nella comunità anglofona della minoranza francofona, che a sua volta aveva inglobato i gruppi indigeni; ma al contempo anche polietnico se si pensa alle alte percentuali di immigrazione nel paese (soprattutto dall'Europa, ma più recentemente anche dall'Africa e dall'Asia)¹³⁸. Anche il Belgio e la Svizzera possono essere considerati stati oltre che di tipo multinazionale anche di tipo polietnico, in considerazione degli ingenti flussi immigratori di cui sono destinatari¹³⁹. La multinazionalità e la

¹³⁶Kymlicka ritiene che uno Stato multinazionale può comunque basarsi sul sentimento di fedeltà dei propri cittadini, anche se appartenenti a gruppi culturali e linguistici differenti. La Svizzera, ad esempio, pur essendo una federazione di popoli distinti, si basa su un forte senso di identità nazionale dei propri cittadini, proprio perché le minoranze nazionali presenti sono riconosciute dallo Stato, ottenendo da esse piena fedeltà. L'autore guarda con favore alla soluzione federativa. Distingue tra patriottismo, il sentimento di fedeltà ad uno Stato, e identità nazionale, il sentimento di appartenenza ad un gruppo nazionale, in *La cittadinanza multiculturale*, p. 26.

¹³⁷Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 27 e 150.

¹³⁸Kymlicka, in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 32.

¹³⁹Secondo Kymlicka sono pochi gli Stati che ammettono questa doppia natura. Ad esempio il Belgio e la Svizzera riconoscono da molto tempo la presenza di minoranze nazionali, ma faticano ad ammettere la loro natura polietnica non riuscendo ad inquadrare in maniera adeguata gli immigrati. Il

polietnicità, aspetti diversi dello stesso fenomeno della multiculturalità, pongono problemi diversi, anche per quanto concerne il diritto penale. Negli Stati multinazionali infatti le minoranze culturali autoctone intendono mantenersi integre nelle loro tradizioni, rimanendo società distinte accanto al gruppo culturale maggioritario, e rivendicano forme di autonomia ed autogoverno. Possono tutelare il proprio patrimonio culturale grazie alla loro concentrazione territoriale e alla compiutezza istituzionale che avevano prima del loro assorbimento in uno Stato più vasto¹⁴⁰. Negli Stati polietnici gli immigrati hanno rivendicazioni differenti. Nel momento in cui abbandonano la propria terra essi accettano di integrarsi nel nuovo contesto sociale, perdendo la propria cultura sociale. Lo scopo dei gruppi etnici immigrati non è quello di mantenere integra la propria identità collettiva e richiedere forme di autonomia di gruppo. Non intendono creare una società distinta, istituzionalmente compiuta¹⁴¹. Costoro aspirano alla conservazione e tutela di alcune caratteristiche della propria cultura e rivendicano una modifica, un adattamento delle istituzioni e delle leggi dello Stato-ospite al fine di rendere più agevole la partecipazione alla vita pubblica e soprattutto di ottenere una maggiore indulgenza dello Stato nei confronti della diversità culturale¹⁴². Come afferma Gutmann “la sfida del multiculturalismo è dare a queste differenze nazionali ed etniche un assetto stabile e moralmente giustificabile”. Per raggiungere questo obiettivo e conciliare le differenze culturali, Kymlicka ritiene che non si possa agire tutelando solamente quel complesso di diritti individuali universali, civili e politici (come la libertà di associazione, di religione, di parola, di mobilità e di organizzazione politica), cioè i normali diritti di cittadinanza. Questa è solo una delle modalità con cui in ogni democrazia liberale possono conciliarsi le diversità culturali. Si tratta infatti di diritti fondamentali, che consentono agli individui di far nascere e vivere tutti i gruppi e le associazioni che costituiscono la base della società civile, di adattarli ai cambiamenti

Canada è tra quei pochi paesi che ha ufficialmente accolto sia la polietnicità che la multinazionalità, in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 41-42.

¹⁴⁰Su questo aspetto F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 44 e KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit, p. 154-155. Secondo Kymlicka le minoranze autoctone, a differenza dei gruppi etnici immigrati, possiedono culture sociali.

¹⁴¹ In teoria, secondo Kymlicka, anche gli immigrati potrebbero essere considerati coloni e dare origine a minoranze nazionali. Ciò sarebbe possibile se ricevessero un ausilio governativo sul piano dell’insediamento di territori, dei diritti linguistici e della creazione di nuove unità politiche, in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 30.

¹⁴²F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 45-46 e KYMLICKA, in *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 154-155.

che si ravvisano nel contesto sociale e soprattutto di farne conoscere i loro interessi e punti di vista. Per molte delle forme di diversità che si riscontrano nella società questa tipologia di tutela è sufficiente¹⁴³. Se l'obiettivo di ogni democrazia liberale è assicurare la libertà e l'uguaglianza dei suoi membri, ciò può realizzarsi proprio mediante il riconoscimento di diritti costituzionali, che garantiscono i fondamentali diritti civili e politici di ogni soggetto, indipendentemente da ogni appartenenza di gruppo¹⁴⁴. Senonché in molti Paesi è ormai diffusa la tesi che per tutelare alcune forme di differenze culturali sia necessario riconoscere particolari diritti agli individui in funzione della loro appartenenza a specifiche comunità, che si diversificano dai normali diritti di cittadinanza¹⁴⁵. Questo sistema di combinazione tra diritti individuali universali e diritti "comunitari" definiti secondo criteri di gruppo è stato adottato in Canada, negli Stati Uniti e in molti sistemi politici federali in Europa, Asia ed Africa. Il problema è capire come possa conciliarsi l'impostazione liberale con la differenziazione dei diritti in funzione dell'appartenenza di gruppo (secondo molti antropologi infatti si tratterebbe di due visioni contrapposte del mondo). Questa concezione sembra riconoscere diritti agli individui considerati, questi ultimi, come mera espressione delle identità e degli obiettivi del gruppo di appartenenza e non come personalità autonome capaci di esprimere una propria identità e propri obiettivi di vita. La differenziazione dei diritti sembra pertanto espressiva di una concezione collettivista o comunitaria piuttosto che dei principi liberali della libertà individuale e dell'uguaglianza¹⁴⁶. Kymlicka distingue tre tipologie di diritti differenziati in funzione dell'appartenenza di gruppo: i diritti di autogoverno, i diritti polietnici e i diritti di rappresentanza speciale. Molti autori li definiscono come "diritti collettivi". I "diritti di autogoverno", rivendicati dalle minoranze nazionali autoctone all'interno degli Stati multinazionali, tendono al raggiungimento di forme di autonomia politica o giurisdizione territoriale. Si tratta di

¹⁴³ KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 48-49. Il filosofo precisa che la libertà di coscienza, che può considerarsi il diritto liberale basilare, è fondamentale in quanto tutela tutte le attività intrinsecamente sociali.

¹⁴⁴ KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 63.

¹⁴⁵ KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 48-49. A questo proposito Iris Young parla di "cittadinanza differenziata".

¹⁴⁶ KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 63. Il filosofo nella sua opera si propone di dimostrare come questa conclusione si fondi su presupposti sbagliati e come i diritti differenziati in base all'appartenenza di gruppo siano in realtà compatibili con i principi della libertà e della uguaglianza (per questo specifico aspetto si rinvia alla lettura del contributo di Kymlicka, non essendo questa la sede per un approfondimento del tema in questione).

un vero e proprio diritto all'autodeterminazione, necessario per lo sviluppo delle proprie culture. In genere questa tipologia di diritti è connessa al federalismo per mezzo del quale si devolvono poteri politici dall'amministrazione centrale a sotto-unità regionali (province, stati, cantoni). Affinché il sistema sia efficiente, nel caso in cui una minoranza nazionale sia territorialmente concentrata, è possibile delineare i confini di queste sotto-unità federali in modo che la minoranza nazionale costituisca la maggioranza nell'ambito della sotto-unità. In questo modo si riconosce a queste minoranze una forma estesa di autogoverno, consentendogli di affrontare e decidere in maniera autonoma questioni rilevanti per la conservazione delle proprie tradizioni culturali (come la lingua, l'istruzione, la cultura e le politiche di immigrazione)¹⁴⁷. Kymlicka li considera diritti "intrinseci", legati alla natura stessa delle minoranze autoctone, che rivendicano vere e proprie forme di legittimazione costituzionale attraverso diritti permanenti¹⁴⁸. Alcuni autori ritengono che questi diritti, attribuiti alle unità federali proprio per gestire la diversità culturale, possano includersi tra "i diritti collettivi" delle minoranze nazionali. In realtà il federalismo costituisce spesso solo una modalità di decentramento amministrativo (come in Germania) o l'esito non previsto di politiche colonizzatrici (come in Australia). In secondo luogo vi sono i "diritti polietnici" che sono strettamente collegati al problema dell'integrazione dei gruppi etnici immigrati e di conseguenza al problema del superamento dei pregiudizi razziali e delle discriminazioni¹⁴⁹. Walzer affermava che si trattava di chiedere che

¹⁴⁷ KYMLICKA, La cittadinanza multiculturale, cit., p. 51-56. Si pensi al sistema federale canadese nell'ambito del quale la provincia di Québec (francofona all'80%) ha giurisdizione su molte materie fondamentali per la sopravvivenza della cultura francese. Solo realizzando questo presupposto il federalismo può essere utilizzato come strumento di governo. Questa situazione si verifica, ad esempio, nel caso dei québécois nel Québec, ma non nel caso dei popoli indigeni nordamericani, che hanno popolazioni meno numerose e distribuite in più territori. Con riferimento a questi ultimi inoltre, sarebbe inconcepibile oggi, a causa di una massiccia colonizzazione intervenuta a partire dal XIX secolo, ritracciare i confini delle sotto-unità federali per creare stati o territori a maggioranza indigena. Si individua un'eccezione nel caso degli inuit nel Canada settentrionale, i quali aspirano ad una suddivisione dei Territori del nord-ovest in due parti in modo da costituire la maggioranza nella parte orientale (che sarebbe definita Nunavut). Questa ridefinizione dei confini federali, necessaria per l'esercizio del diritto all'autodeterminazione degli inuit, è stata recentemente approvata dal governo federale. Quanto agli altri popoli indigeni del nord America, le forme di autogoverno si sono realizzate attraverso un sistema di terre riservate (dette riserve tribali negli Stati Uniti e riserve di banda in Canada). I consigli tribali e di banda, che governano le riserve, sono titolari di rilevanti poteri devoluti dal governo federale su materie come l'istruzione, il diritto di famiglia, la polizia, l'amministrazione della giustizia penale, lo sviluppo delle risorse naturali. Costituiscono a tutti gli effetti il terzo livello di autorità pubblica, pur dovendosi rapportare e coordinare con le istituzioni statali e provinciali esistenti

¹⁴⁸ KYMLICKA, La cittadinanza multiculturale, cit., p. 56.

¹⁴⁹ KYMLICKA, La cittadinanza multiculturale, cit., p. 56.

“la politica venisse separata dalla nazionalità, così come era già separata dalla religione”. Al pari dei diritti di autogoverno non sono temporanei e mirano proprio a tutelare la diversità culturale, ma a differenza dei precedenti non promuovono l’autogoverno bensì l’integrazione nella società. Le minoranze, autoctone o immigrate, sono state tradizionalmente impegnate a rivendicare diritti di autogoverno o diritti polietnici. Tuttavia esse manifestano un sempre maggiore interesse anche per “i diritti di rappresentanza speciale”. In qualunque sistema democratico occidentale il processo politico, per essere veramente rappresentativo, deve rispecchiare in modo adeguato l’eterogeneità culturale della popolazione. La sotto-rappresentazione di gruppi minoritari del resto è un fenomeno generalizzato. Se i diritti in questione vengono concepiti come alternativa agli svantaggi o agli ostacoli strutturali del sistema, essi vengono considerati come un rimedio temporaneo in attesa che nella società si realizzi un sistema tale per cui scompaia la necessità di tali diritti. In realtà i diritti di rappresentanza speciale devono essere considerati come un corollario di quelli di autogoverno. Pertanto ad ogni minoranza nazionale bisognerebbe garantire la rappresentanza in ogni organo politico in grado di interpretare o modificare i suoi diritti di autogoverno. Considerando che i diritti di autogoverno sono intrinseci e permanenti, lo sono anche i diritti in questione che discendono da essi¹⁵⁰. Secondo l’impostazione liberale i diritti collettivi sono incompatibili con i diritti individuali¹⁵¹. Secondo Kymlicka non è importante distinguere tanto tra diritti collettivi e diritti individuali, quanto fra due tipologie di rivendicazioni che le minoranze possono avanzare. Da questo punto di vista egli distingue le restrizioni interne dalle tutele esterne¹⁵². Entrambe le rivendicazioni, pur essendo finalizzate a tutelare la stabilità delle comunità etniche o nazionali, fanno riferimento tuttavia a diverse fonti di instabilità. Le restrizioni interne mirano a proteggere la minoranza dal dissenso interno rispetto alla matrice culturale originaria, ciò che provoca inevitabilmente un effetto destabilizzante. Riguardano pertanto i rapporti intra-gruppo. Per mezzo di esse il gruppo di minoranza potrebbe avvalersi del potere statale per comprimere la

¹⁵⁰ KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., pp. 58-60.

¹⁵¹ Tesi seguita in Canada da Pierre Trudeau, esponente liberale e primo ministro del paese per due mandati, dal 1968 al 1979 e successivamente dal 1980 al 1984. Si oppose alle rivendicazioni indipendentiste del partito francofono del Québec, convinto del “primato dell’individuo” e del fatto che “solo l’individuo è portatore di diritti”, in KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 65.

¹⁵² KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 65 ss.

libertà degli appartenenti al gruppo a tutela della solidarietà dello stesso e della matrice culturale originaria¹⁵³. Ne deriva che i diritti collettivi attraverso le restrizioni interne finiscono per prevalere sui diritti individuali, con il pericolo dell'oppressione degli singoli soggetti¹⁵⁴. Kymlicka precisa che non bisogna confondere le restrizioni interne, che sono vincoli molto restrittivi che limitano le fondamentali libertà civili e politiche dei membri del gruppo, con i vincoli impliciti in ogni forma di governo e di esercizio politico, che comportano necessariamente delle restrizioni alle libertà degli amministrati, concretizzandosi in forme di partecipazione e di responsabilità civica¹⁵⁵. Secondo l'impostazione liberale l'utilizzo del potere politico all'interno di un contesto sociale deve necessariamente avvenire nel rispetto dei diritti civili e politici degli appartenenti. L'imposizione di ogni vincolo interno che violi questa condizione deve considerarsi illegittima¹⁵⁶. Le restrizioni interne sono peculiari dei paesi culturalmente omogenei. Mediante le tutele esterne si protegge il gruppo dagli effetti delle decisioni esterne della società dominante (del gruppo di maggioranza) al fine di tutelare la propria identità culturale. Esse riguardano i rapporti inter-gruppo. Mediante queste rivendicazioni si garantisce il gruppo di minoranza che non vi siano ostacoli al mantenimento della matrice culturale di origine, la quale potrebbe essere inficiata dall'influenza esercitata dalla maggioranza¹⁵⁷. Kymlicka evidenzia che queste rivendicazioni potrebbero determinare, come conseguenza non obbligatoria, il pericolo non tanto di un'oppressione degli individui, quanto di un trattamento differenziato di gruppi diversi, e dunque di ingiustizie¹⁵⁸. Ma attraverso il riconoscimento di questi particolari diritti si garantisce l'uguaglianza ai vari gruppi di minoranza, riducendone la loro vulnerabilità rispetto al gruppo dominante. Le tutele

¹⁵³ F. BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 72 cita come esempio la pretesa, da parte dei capi di un gruppo di minoranza, di imporre a tutti gli appartenenti, nonostante la loro contraria volontà, il rispetto dei codici culturali tradizionali, come il matrimonio combinato forzato, la clitoridectomia, la discriminazione sessuale in campo familiare e della istruzione. Si pensi soprattutto al potere di far interrompere gli studi ai bambini prima del raggiungimento dell'età minima legale proprio per evitare che costoro possano abbandonare il gruppo di appartenenza.

¹⁵⁴ Basti pensare alle culture teocratiche e patriarcali in cui le donne vengono oppresse e si impone l'ortodossia religiosa.

¹⁵⁵ KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 65-66. Come esempi della seconda tipologia di vincoli l'autore cita l'obbligo del pagamento delle tasse e del sostentamento dei costi per i beni pubblici, l'obbligo del servizio militare, l'obbligo di votare.

¹⁵⁶ KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 66 in nota.

¹⁵⁷ Si pensi alla richiesta di esenzione dall'obbligo di chiusura domenicale dei negozi o dall'obbligo di rispettare codici di abbigliamento che possono contrastare con alcuni precetti religiosi del gruppo di minoranza, F. BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 73.

¹⁵⁸ KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 66-67.

esterne si riscontrano soprattutto in Stati polietnici o multinazionali, proteggendo i gruppi etnici o nazionali di minoranza dagli effetti destabilizzanti delle decisioni della maggioranza. Secondo Kymlicka il pensiero liberale deve approvare le tutele esterne solamente quando siano volte a promuovere il trattamento equo dei diversi gruppi, eliminando le condizioni di svantaggio o i rischi che corrono gli appartenenti ad un certo gruppo. Devono invece essere respinte qualora limitino il diritto dei membri di contestare e modificare le autorità e le pratiche tradizionali. Quanto alle restrizioni interne la concezione liberale dei diritti le respinge (salvo in presenza di condizioni estreme) in base al fatto che gli uomini sono liberi di decidere quali aspetti della loro tradizione culturale siano degni di essere conservati e rispettati e quali invece non meritino più alcuna fedeltà¹⁵⁹.

Data la diversità tra minoranze nazionali autoctone e gruppi di immigrati è naturale che anche le politiche adottate nei loro confronti dai governi degli Stati multiculturali siano differenti. Nei confronti delle minoranze nazionali autoctone gli Stati di tipo multinazionale tendono a riconoscere la loro diversità culturale in modo pieno, concedendo loro un trattamento molto differenziato¹⁶⁰. Esse sono titolari di un vero e proprio diritto all'autodeterminazione, generalmente riconosciuto anche a livello di convenzioni e dichiarazioni internazionali. Si pensi alla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 settembre 2007, che pur non essendo vincolante giuridicamente, riconosce espressamente all'art. 3 il diritto all'autodeterminazione di tali popoli. In alcuni casi le minoranze autoctone rivendicano il loro diritto all'autodeterminazione in base a veri e propri trattati. Basile cita l'esempio del Trattato di Waitangi del 1840 stipulato tra i capi delle popolazioni indigene maori della Nuova Zelanda ed i rappresentanti della Gran Bretagna (la cui colonizzazione era iniziata nella seconda metà del 18° secolo)¹⁶¹. In base al Trattato i capi maori riconobbero la sovranità della

¹⁵⁹ KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 265 ss., citato anche da F. Basile in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 73-74.

L'autore precisa che nelle democrazie occidentali la maggioranza delle rivendicazioni per diritti differenziati, avanzate dai gruppi etnici o nazionali, riguardano le tutele esterne. Su di esse si basa il carattere multiculturale delle politiche pubbliche.

¹⁶⁰ Secondo F. BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 46, questa impostazione deriva anche da una sorta di senso di colpa rispetto a queste minoranze, in passato spesso vessate e oggetto di discriminazioni.

¹⁶¹ F. BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 47.

Gran Bretagna in cambio del riconoscimento del possesso dei territori tradizionalmente appartenenti alle tribù¹⁶². Si tratta di un documento che ancora oggi riveste molta importanza nella gestione e regolamentazione dei rapporti tra i maori e i gruppi di maggioranza neozelandesi. Nei confronti dei gruppi di immigrati al contrario, gli Stati di tipo polietnico fanno concessioni molto più modeste, nutrendo nei loro confronti una legittima aspettativa circa uno sforzo maggiore di adeguamento alla cultura di maggioranza¹⁶³. Nel paese ospite gli immigrati non possono vantare alcun diritto all'autodeterminazione. Secondo Kymlicka gli immigrati, tagliando i legami con il paese di origine, decidono di abbandonare anche la propria cultura e sono consapevoli che la loro sorte, e quella dei loro figli, dipenderà dalla capacità di integrazione nel nuovo contesto sociale di riferimento. Ciò rende legittima l'aspettativa dell'integrazione. Indubbiamente i gruppi etnici immigrati, pur rinunciando volontariamente ad alcuni diritti propri della loro originaria cultura, hanno rivendicazioni legittime inerenti l'espressione della loro identità culturale (che tuttavia si differenziano dalle rivendicazioni delle minoranze autoctone). Secondo il filosofo canadese gli immigrati possono rivendicare i diritti polietnici (vale a dire la richiesta di condizioni più eque per la loro integrazione, che tengano conto della loro differenza culturale) e non i diritti nazionali (cioè il diritto all'autodeterminazione ed autogoverno)¹⁶⁴. Esprimono questo concetto in modo chiaro Michael Walzer (teorico politico) e Nathan Glazer (sociologo), entrambi americani. Anche costoro distinguono tra il processo di integrazione degli immigrati volontari e l'assimilazione delle minoranze nazionali autoctone. Evidenziando il fatto che gli immigrati si sradicano volontariamente dal proprio contesto socio-culturale di origine, affermano che le rivendicazioni dei diritti di autogoverno da parte loro sono del tutto ingiustificate e prive di ogni legittimo fondamento¹⁶⁵. La distinzione tra minoranze nazionali autoctone, da un lato, e gruppi di immigrati, dall'altro, e di

¹⁶²Vedi [http://www.treccani.it/enciclopedia/trattato-di-waitangi_\(Dizionario_di_Storia\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/trattato-di-waitangi_(Dizionario_di_Storia)/)

¹⁶³ Questo si verifica soprattutto con gli immigrati volontari. Diversa è la situazione con riferimento ai rifugiati politici ed economici ed anche per gli immigrati di seconda e terza generazione.

¹⁶⁴KYMLICKA, La cittadinanza multiculturale, cit., p. 110.

¹⁶⁵KYMLICKA, La cittadinanza multiculturale, cit., p. 111-113.

Al contrario Alessandra Facchi ritiene che non sussista questo elemento di volontarietà. Ritiene che per la maggioranza delle persone l'immigrazione non è una scelta e non comporta alcuna rinuncia alla propria cultura né una volontà di integrazione nel modello socio-culturale ospite. Questo aspetto non è preso in considerazione al momento di abbandonare la propria terra, ma solo successivamente, una volta raggiunta una certa stabilità economica, in I diritti nell'Europa multiculturale, GLF Editori Laterza, Milano, 2004, p. 11.

conseguenza le diverse politiche adottate dagli Stati multinazionali e polietnici, non possono non riverberarsi anche sul terreno penalistico. In linea generale il fattore culturale, in ambito penalistico, assume una rilevanza maggiore qualora concerna le minoranze autoctone piuttosto che le minoranze immigrate. In effetti nei confronti delle prime alcuni Stati di tipo multinazionale hanno adottato specifici interventi legislativi di rilevanza penale rivolti proprio a tali minoranze¹⁶⁶. Questa specificazione riveste importanza ai fini di un'ulteriore delimitazione dell'oggetto della nostra indagine. Lo studio dei rapporti tra fattore culturale e diritto penale condotto nel presente lavoro farà espresso riferimento al contesto sociale multiculturale di tipo polietnico, in ciò aderendo all'impostazione di diversi autori. Verranno pertanto presi in considerazione i reati culturalmente motivati commessi dagli immigrati e non dagli appartenenti alle minoranze nazionali autoctone. Questa impostazione trova fondamento in un duplice ordine di motivi: in primo luogo perché nel nostro Paese, ma anche in Europa, non vi sono minoranze nazionali autoctone custodi di proprie tradizioni culturali implicant ricadute di rilievo sul piano penale (con l'unica eccezione dei Rom)¹⁶⁷; in secondo luogo perché il fenomeno dell'immigrazione costituisce attualmente un'emergenza ed un problema di drammatica attualità, non solo per l'Italia ma anche per l'Europa.

¹⁶⁶Su questo aspetto, che tuttavia esula dal campo della nostra ricerca, si sofferma in particolare A. BERNARDI, in *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 64 ss., citato da F. BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 49.

¹⁶⁷Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 51. L'autore sottolinea peraltro come i Rom presentino peculiarità che li contraddistinguono da altre minoranze autoctone: non hanno una lingua comune a tutta l'etnia, non sono radicati in un territorio particolare né si identificano con alcun territorio, al contrario sono caratterizzati da una forte dispersione territoriale che li rende un insieme di gruppi differenziati.

Anche A. BERNARDI ritiene che nei confronti delle minoranze autoctone europee, soprattutto dell'Europa occidentale, possa parlarsi di tendenziale carenza di specificità culturali meritevoli di forme di differenziazione in sede penale. Tuttavia l'autore ritiene che esistano aree di "privilegio penale" a sfondo culturale, facendo riferimento agli Inuit della Groenlandia oltre che ai Rom. Con riferimento a questi ultimi afferma che pur trattandosi di gruppi che ormai da moltissimo tempo soggiornano in singoli paesi Europei, tuttavia scontano a livello penale il loro originario carattere nomade, che li rende non pienamente equiparabili alle minoranze autoctone. Egli poi sottolinea che benchè in linea di massima l'ordinamento giuridico penale italiano (ma anche quello di molti altri paesi europei) non riconosca esplicitamente rilievo al fattore culturale con riferimento alle condotte criminali poste in essere da costoro, tuttavia determinati comportamenti propri della tradizione culturale rom e considerati reato in base al nostro sistema penale (o a molti sistemi penali nazionali) sono di fatto spesso tollerati, in *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 71 ss.

CAPITOLO II

LA GESTIONE DELLA DIVERSITA' CULTURALE TRA ASSIMILAZIONE E TOLLERANZA. I MODELLI TEORICI DI INTEGRAZIONE

§1. Premessa.

Gli Stati Europei di fronte ai massicci flussi migratori della seconda metà del Novecento si sono dovuti confrontare con una serie di questioni nuove, strettamente collegate ai nuovi contesti sociali multiculturali. Si pensi alla gestione e limitazione dei flussi, alle modalità di acquisto della cittadinanza, al riconoscimento dei diritti liberali, sociali e politici agli stranieri, alla disciplina del lavoro e della famiglia, alla integrazione degli immigrati di prima e seconda generazione e alla tutela della loro identità culturale¹. I governi dei paesi interessati hanno affrontato e risolto tali questioni adottando modelli politico-giuridici differenti, basati su una diversa concezione della diversità culturale, ma che possono ricondursi teoricamente a due tipologie: un modello c.d. assimilazionista-integrazionista alla francese ed un modello c.d. multiculturalista all'inglese². Senonché questi modelli non si pongono in un rapporto di contrapposizione, ma di continua ibridazione. Anche in Francia ed Inghilterra infatti si assiste a varie forme di integrazione e sovrapposizione tra di loro³. Essi inoltre negli ultimi anni sono stati sottoposti a forti critiche, anche per la pressione dell'opinione pubblica, in seguito ai tragici attentati terroristici di New York, Madrid e Londra, considerati episodi di uno scontro culturale in atto tra diverse civiltà⁴. I due modelli perseguono senza dubbio l'obiettivo comune

¹A. FACCHI, *I Diritti nell'Europa Multiculturale*, cit., pp. 11-12.

²A. FACCHI, in *I Diritti nell'Europa Multiculturale*, cit., p. 12, sottolinea come questa pluralità di modelli rifletta diverse strategie di controllo sociale e di politica economica e diverse attitudini di azione politica e giuridica, che vanno dall'assimilazione alla mera tolleranza, alla tutela delle differenze culturali, fino alla loro valorizzazione e promozione.

³ Sottolinea questo aspetto F. BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 56 e A. BERNARDI, in *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *"Politica del diritto"*, Bologna, Il Mulino, 1/2007, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 87 ss. e *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 27 ss.

⁴E' stato Samuel P. Huntington ad elaborare la tesi dello scontro tra le civiltà in un saggio pubblicato nel 1993 dalla rivista *"Foreign Affairs"*. Egli sostiene che peculiarità dello scenario politico

dell'integrazione degli immigrati nella società ospite, seppure con modalità differenti. Il modello alla francese si basa su un percorso unidirezionale, dove è la minoranza che deve sforzarsi ed adattarsi al modello socio-culturale di maggioranza; il modello all'inglese opta invece per un percorso bidirezionale in cui se è vero che la minoranza deve adattarsi alla maggioranza, è anche vero che la maggioranza deve predisporre le condizioni migliori e più eque, idonee a favorire tale adattamento. Nonostante questa diversità si registra il fallimento di entrambi i modelli, privi di un'effettiva capacità di rendimento, non riuscendo ad evitare l'emarginazione degli immigrati. L'esperienza francese conferma che l'esclusione delle differenze culturali dal contesto pubblico non è solo la conseguenza di un principio di neutralità ed eguaglianza, ma riproduce ed anzi rafforza l'esclusione e l'emarginazione sociale, nonché le disparità economiche. Questo modello sembra basarsi proprio su una ipotetica gerarchia tra un'identità normale, migliore, e delle identità nascoste, diverse, pertanto inferiori⁵. D'altro canto l'apertura alla pluralità culturale, tipica del modello multiculturale inglese, sembra orientata più al controllo sociale che ad un'effettiva integrazione degli immigrati, determinando in ogni caso effetti di emarginazione sociale. La politica inglese tende a creare comunità separate, limitandosi a non interferire nella cultura e nelle regole proprie di queste comunità. Ma non elabora interventi che permettano un'effettiva integrazione degli stranieri

internazionale che va delineandosi attualmente è proprio il crescente conflitto tra gruppi di diverse civiltà. Successivamente l'autore ha voluto approfondire il tema pubblicando il volume *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, Garzanti Editore, 1997. Nel suo lavoro Huntington afferma che dopo la Guerra fredda, per la prima volta nella storia, il quadro politico mondiale si caratterizza al contempo come multipolare e suddiviso in più civiltà. Ciò che differenzia i vari popoli non è l'ideologia, la politica o l'economia, bensì la cultura. I principali attori della scena internazionale non sono più i tre blocchi creati dalla Guerra fredda. Vale a dire un gruppo di società ricche e democratiche facenti capo agli Stati Uniti, in competizione ideologica, politica, economica e a volte militare con nazioni più povere e comuniste, capeggiate dalla Unione Sovietica. Ed infine i paesi del Terzo mondo, poveri e politicamente instabili. Il quadro politico mondiale è dominato dalle sette od otto maggiori civiltà del globo. In questo nuovo contesto sono soprattutto le civiltà non occidentali a difendere energicamente i propri valori ed identità culturali, rifiutando i modelli imposti dall'occidente. Henry Kissinger osservò che il sistema internazionale del XXI secolo sarebbe stato dominato da sei grandi potenze: Stati Uniti, Europa, Cina, Giappone, Russia e probabilmente l'India, e poi vi sarebbero stati una miriade di paesi piccoli e medi. Le sei potenze elencate da Kissinger corrispondono a cinque civiltà molto diverse tra loro. Devono anche annoverarsi tuttavia gli Stati Islamici che per una concorso di fattori, posizione geografica, sviluppo demografico e risorse petrolifere, rivestono una posizione influente nello scenario internazionale. In questo contesto la politica, sia a livello locale che globale, si basa sul concetto di etnia e civiltà e gli scontri più pericolosi saranno proprio tra gruppi culturali diversi. Saranno pertanto i conflitti culturali a dominare la scena mondiale nei prossimi anni.

⁵ A. FACCHI, *I Diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 17.

nella società autoctona e soprattutto non riconosce valore paritario alle diverse culture⁶. Certo l'integrazione non è un concetto univoco e vi sono diversi modi per perseguirla. Alessandra Facchi sottolinea che l'integrazione è una nozione che potrebbe essere intesa senza considerare gli aspetti culturali, facendo riferimento esclusivamente al raggiungimento di un livello di vita economico e sociale analogo a quello della maggioranza ovvero ad un sentimento di appartenenza alla nazione. Ma potrebbe essere intesa anche come integrazione culturale ovvero come semplice integrazione sociale ed economica, compatibile con la conservazione della cultura originaria⁷. Quest'ultima è la concezione seguita dalla Commissione delle Comunità Europee. Occorre predisporre misure idonee che puntino alla partecipazione degli immigrati alla vita economica, sociale e politica, senza considerare la sfera culturale e religiosa originaria, anzi valorizzandola. In questo senso l'integrazione è considerata necessaria sia nei modelli assimilazionisti che multiculturalisti. I due aspetti sono strettamente collegati: solo la libertà e la possibilità di vivere la propria cultura con dignità e rispetto può consentire una maggiore partecipazione alla vita economica e sociale. D'altro canto solo un'effettiva integrazione sociale ed economica consente agli immigrati non solo la conservazione, ma anche l'abbandono della propria identità culturale⁸. Opinione comune nella letteratura specialistica è che l'interazione tra il diritto penale e la matrice culturale dell'agire sia paradigmatica dell'irragionevolezza insita nello *ius criminale*. In effetti il diritto penale in alcuni casi costituisce la spada per reprimere condotte espressive del patrimonio culturale del reo, costituendo al contempo scudo dei valori della cultura di maggioranza. Ma in altri casi lo stesso diritto penale diviene scudo a difesa delle culture minoritarie, assumendo il ruolo di spada con lo scopo di punire tutti gli atti di intolleranza nei confronti della diversità culturale e delle relative manifestazioni⁹. In realtà l'utilizzo antitetico dello strumento penale non costituisce prova di irrazionalità, dipendendo da una serie di fattori dotati di una logica ben precisa. In particolare l'autore evidenzia che il differente ruolo di scudo e spada del diritto penale trova la propria giustificazione in un diverso approccio al fenomeno della multiculturalità. Molto

⁶A. FACCHI, I Diritti nell'Europa multiculturale, cit., p. 17-18.

⁷A. FACCHI, I Diritti nell'Europa multiculturale, cit., p. 19.

⁸A. FACCHI, I Diritti nell'Europa multiculturale, cit., p. 19-20.

⁹ Sul ruolo del diritto penale di scudo e spada delle condotte culturalmente motivate si esprime A. BERNARDI, Il fattore culturale nel sistema penale, Giappichelli, Torino, 2010, p. 3 ss.

spesso poi la contrapposizione è solo apparente, dipendendo dal tipo di condotte considerate e dai valori sociali e culturali aggrediti. Il differente ruolo svolto dal diritto penale con riferimento ai reati motivati dalla matrice culturale non è altro che il riflesso di contrapposte ma coerenti “politiche della differenza”: quella del c.d. “riconoscimento” e quella c.d. “assimilazionista”¹⁰. Inoltre la scelta se optare per il diritto alla diversità ovvero per l’uniformità (e dunque per il diritto della maggioranza al rispetto integrale delle proprie tradizioni culturali) dipende dal tipo di beni/interessi sottostanti alle pretese di diversità ovvero di uniformità culturale. La natura degli stessi ne condiziona il relativo giudizio di bilanciamento, con conseguenze importanti in tema di politica criminale¹¹. Va poi evidenziato un altro aspetto che contribuisce a delineare un quadro tutt’altro che chiaro ed univoco. Di frequente in Paesi ispirati a politiche della differenza uguali, ovvero all’interno dello stesso Stato e perfino nello stesso momento storico, si riscontrano indirizzi legislativi e giurisprudenziali estremamente variabili e del tutto contrapposti tra loro, ispirati tanto all’ideologia multiculturalista che assimilazionista. Indirizzi capaci di condizionare le singole vicende giudiziarie. Molto spesso poi la scelta se tollerare o meno la diversità culturale si presenta del tutto avulsa da un giudizio di bilanciamento tra contrapposti beni/interessi, risultando frutto delle più disparate valutazioni (peraltro spesso censurabili a livello giuridico)¹². Gli indirizzi legislativi e giurisprudenziali di fronte alla diversità culturale sono orientati alla tolleranza, all’intolleranza ovvero all’indifferenza¹³. L’atteggiamento legislativo di tolleranza nei confronti dei reati e dei reati culturali può manifestarsi secondo tre modalità. Innanzitutto con la previsione di sistemi sanzionatori di tipo consuetudinario, paralleli a quelli ordinari applicabili alla maggioranza dei cittadini, basati sulle tradizioni culturali proprie degli appartenenti a gruppi etnici minoritari ed applicabili

¹⁰ Alessandro Bernardi esprime questo concetto in due lavori monografici, *Il fattore culturale nel sistema penale e Modelli penali e società multiculturali*. Il pensiero dell’autore sarà approfondito nel prosieguo del capitolo, analizzando le caratteristiche dei due modelli teorici di integrazione.

¹¹ Bernardi specifica tuttavia che in molti casi il suddetto giudizio di bilanciamento ha esiti contrastanti ed opinabili, in *Il fattore culturale nel sistema penale*, cit., 8.

¹² A. BERNARDI, *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 9. L’autore specifica che a volte le risposte legislative e giurisprudenziali si basano su opzioni di politica criminale solo apparentemente contrapposte, avendo ad oggetto situazioni tra loro non comparabili.

¹³ A. BERNARDI, *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 9 ss.

solo a costoro¹⁴. In secondo luogo mediante l'espressa non applicazione di alcune norme di diritto penale sostanziale agli appartenenti a minoranze etnico-culturali. Si tratta di vere e proprie deroghe alle norme penali, di eccezioni culturalmente giustificate. Da ultimo, mediante l'introduzione di norme di carattere generale che in caso di illeciti penali sanciscano la possibilità di un'esclusione ovvero di una diminuzione della colpevolezza dei soggetti culturalmente minoritari. In base a questo meccanismo la responsabilità individuale sfumerebbe a favore di una responsabilità collettiva del gruppo di minoranza, ovvero risulterebbe attenuata od esclusa dalla particolare situazione personale in cui versa l'individuo. Per quanto riguarda gli interventi legislativi orientati all'indifferenza rispetto alle condotte culturalmente motivate, Bernardi sottolinea trattarsi di un atteggiamento seguito in linea generale non solo nel sistema giuridico-penale italiano, ma anche in molti altri paesi europei (nei quali non si ravvisano norme appositamente redatte con riferimento ai delitti culturali e ai loro autori)¹⁵. Va comunque chiarito che l'assenza di disposizioni legislative specifiche non esclude che all'interno dei singoli ordinamenti vi siano istituti idonei a differenziare gli imputati in base alla propria cultura, soprattutto in sede giudiziaria. Molteplici infine sono gli esempi di testi legislativi improntati ad un atteggiamento di intolleranza, più o meno implicito¹⁶. Analogo atteggiamento ondovago nei confronti del fattore culturale si rinviene nella giurisprudenza, non solo italiana. Numerose sentenze di giudici penali basate sulla massima tolleranza ed ispirate ad esigenze di giustizia sostanziale sono rintracciabili in quasi tutti i paesi europei. Piuttosto frequente peraltro è la tendenza dei giudici a riconoscere un'ignoranza inevitabile, e dunque scusabile, di soggetti culturalmente diversi in relazione ai reati artificiali; ma anche un livello di colpevolezza diminuito

¹⁴ Bernardi come esempio cita il c.d. *sentencing circle* (c.d. cerchio magico), reintrodotta in Canada e in altri Stati anglosassoni a partire dal 1990 per risolvere le controversie, anche penali, che vedono coinvolti i membri della comunità Inuit, in *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 10.

¹⁵ Probabilmente, spiega Alessandro Bernardi, ciò è dovuto anche al fatto che fino a pochi decenni fa all'interno dei vari Stati non vi erano gruppi etnici portatori di significative peculiarità culturali, con l'unica eccezione dei Rom. Con riferimento a questa etnia l'autore specifica che sebbene dal punto di vista legislativo non si ravvisano norme apposite, a livello di prassi godono di trattamenti penali preferenziali. Spesso infatti vengono tollerati comportamenti tipici della cultura rom, anche se considerati reati in molti sistemi penali europei (ad esempio l'impiego di minori nell'accattonaggio), in *Il Fattore Culturale nel sistema penale*, cit, p. 12.

¹⁶ Secondo Bernardi si tratta peraltro di una tendenza legislativa destinata a moltiplicarsi a fronte dell'attuale clima di "scontro di culture". A titolo esemplificativo basti pensare all'introduzione dell'art. 583 bis c.p. "Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili", introdotto con legge 9 gennaio 2006 n. 7 *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 13-14.

in considerazione del fatto che a causa delle peculiarità etnico-culturali taluni individui non sono in grado di percepire la gravità della propria condotta. La valorizzazione del dato culturale degli immigrati da parte dei giudici in tema di illeciti penali culturalmente motivati assolve spesso ad una funzione correttiva di disparità sociali, pregne di conseguenze a livello sanzionatorio, soprattutto nei paesi a base assimilazionista¹⁷. Altrettanto diffusi sono gli orientamenti giurisprudenziali del tutto indifferenti alla motivazione culturale. Ciò soprattutto nei casi in cui il conflitto generato dal patrimonio culturale del reo è meno evidente (vale a dire nei reati culturali in senso lato)¹⁸. In queste ipotesi gli immigrati non vengono trattati in modo preferenziale, continuando a subire tutti gli svantaggi connessi al proprio *status*¹⁹. Non mancano infine arresti giurisprudenziali caratterizzati da una più o meno evidente intolleranza verso gli imputati di reati a matrice culturale. Nei loro confronti possono verificarsi una serie di ulteriori svantaggi derivanti dal maggiore allarme sociale causato dalla diversità culturale, ma anche da particolari esigenze di prevenzione generale e speciale che spesso discendono da una maggiore propensione al reato di tali soggetti. Parte della dottrina ritiene che in questi casi il diritto penale, per tutelare la vittima e la società nel complesso, finisce per ledere i diritti fondamentali dell'imputato, che viene utilizzato come strumento di politica criminale e al quale vengono spesso applicate pene sproporzionate per eccesso rispetto all'oggettiva gravità del reato consumato. Inoltre se per scopi di prevenzione venissero disapplicati, nei confronti degli appartenenti ai gruppi etnici minoritari, gli strumenti clemenziali affidati alla discrezionalità del giudice (ad esempio l'oblazione facoltativa di cui all'art. 162 bis c.p.), verrebbe leso il principio di sussidiarietà del diritto penale²⁰. Alla base del mutevole atteggiamento assunto dal legislatore e dai giudici in merito alla rilevanza penale del fattore culturale, possono in conclusione

¹⁷ A. BERNARDI, Il Fattore culturale nel sistema penale, cit., p. 19.

Il riferimento è alla tendenza a punire più severamente questi soggetti rispetto ai cittadini comuni, a fronte del medesimo reato.

¹⁸ Anche se in questa tipologia di reati l'influsso esercitato dalla cultura di origine dell'imputato non è necessariamente inferiore a quello dei reati culturali in senso stretto, A. BERNARDI, Il Fattore culturale nel sistema penale, cit., p. 20.

¹⁹ Tra i quali vanno ricordati la spesso non adeguata conoscenza della lingua in cui si svolge il processo, la difficoltà di reperire testimoni attendibili a loro favore o un avvocato, sostenere le spese processuali, la difficoltà alla concessione di alcune misure alternative alla detenzione, A. BERNARDI, Il Fattore culturale, cit., p. 22.

²⁰ Il riferimento è ad Alessandro BERNARDI, Il Fattore culturale nel sistema penale, cit., p. 23.

individuarsi tre variabili che si manifestano a livelli differenti²¹. La prima, a livello nazionale, in base alla quale si distingue una diversa propensione degli Stati alla valorizzazione penalistica di tale fattore. La seconda, a livello temporale, in quanto all'interno del medesimo Paese sono frequenti i mutamenti di atteggiamento del legislatore e dei giudici. Mutamenti a volte imposti dalla necessità di adattamento dei giudici a nuovi orientamenti legislativi (e dunque caratterizzati da una concordanza di base), ma altre volte derivati dall'intenzione della giurisprudenza di sviluppare una politica di opposizione rispetto alle scelte del legislatore (in questo caso si tratta di mutamenti caratterizzati da una discordanza di fondo). La terza variabile si manifesta a livello individuale, in quanto a fronte di una determinata opzione legislativa, nello stesso Stato e nel medesimo periodo di tempo, la giurisprudenza si manifesta ondivaga in ordine al ruolo da attribuire in sede penale alle motivazioni culturali poste alla base di condotte delittuose. Secondo parte della dottrina la diversità e la mutevolezza degli atteggiamenti rispetto ai reati culturali e alla loro disciplina, con conseguenti incertezze e confusioni, derivano dalla coesistenza di principi tra loro confliggenti²². Il riferimento è ai principi tradizionali di territorialità (art. 6 c.p.), di difesa (detto anche di tutela o di personalità passiva), di personalità attiva (o di nazionalità, o ancora dello statuto personale del reo, rinvenibile nell'art. 9 c.p.) e di universalità (art. 10 secondo comma c.p.). Tutti principi destinati a disciplinare l'applicabilità della legge penale in uno spazio ormai caratterizzato da una sempre maggiore situazione di mescolanza culturale, che non può non avere ripercussioni su di essi²³. In precedenza già si è specificato che le oscillazioni circa la rilevanza penale del fattore culturale dipendono innanzitutto dalle contrapposte politiche sociali della differenza adottate all'interno degli Stati e delle conseguenti politiche

²¹ A. BERNARDI, Il Fattore culturale nel sistema penale, cit., p. 24.

²² A. BERNARDI, Il Fattore culturale nel sistema penale, cit., p. 24-26.

²³ Il principio di territorialità, ad esempio, in origine affermazione della sovranità nazionale e dell'indipendenza del diritto da ogni influsso esterno, di fronte alla sempre maggiore libertà di circolazione degli individui, consente a costoro una molteplicità di soluzioni giuridico-penali che da un lato esaltano la capacità di autodeterminazione del singolo, dall'altro compromettono l'autorevolezza e la cogenza delle opzioni penali accolte nel sistema giuridico nazionale. Il principio di personalità attiva, inizialmente correttivo del principio di territorialità, tende a rendersi indipendente da esso, consentendo, in determinati casi, la rinuncia all'applicazione delle proprie leggi da parte dello Stato in cui il reato è stato commesso. Si pensi in particolare a tutte quelle condotte, considerate reato in base al diritto del *locus commissi delicti*, poste in essere da stranieri in danno di altri stranieri e considerate lecite in base al diritto dello Stato di appartenenza di costoro, A. BERNARDI, Il Fattore culturale nel sistema penale, cit., p. 26.

criminali. Ciò è vero solo in parte, in quanto tali oscillazioni sono spiegabili anche alla luce del tipo di autore culturalmente motivato. In dottrina il riferimento è alla distinzione tra gli “autoctoni” (altrimenti detti originari, nativi, nazionali, indigeni), membri di gruppi etnico-culturali stanziati su un territorio storicamente proprio, e i “non nazionali”, vale a dire gli immigrati²⁴. Con riferimento ai primi si è imposta una crescente politica di tolleranza culturale basata sul c.d. diritto all’autodeterminazione dei popoli e sulla consapevolezza dell’esistenza di diritti ancestrali legittimamente esercitabili da costoro, a tutela delle proprie tradizioni culturali. Una politica improntata dunque ad una concezione multiculturalista, sebbene in alcuni casi si tratti di pratiche culturali confliggenti con le regole proprie dell’ordinamento nazionale. Con riferimento agli immigrati il discorso è diverso. A causa dell’asimmetria innata nel rapporto tra Stato ospitante ed immigrato (che non sussiste con riferimento agli autoctoni), l’attenzione alla tutela delle loro tradizioni è fortemente diminuita. Le minoranze immigrate, proprio perché convivono a contatto con la cultura di maggioranza, manifestano teoricamente una minore resistenza all’integrazione. Se ciò non si verifica costoro vengono percepiti come una fonte di pericolo maggiore rispetto agli autoctoni, fedeli alla loro cultura originaria. L’osservanza dei precetti penali, sia per le minoranze native che per quelle immigrate, viene compromessa sia dall’esistenza di una norma culturale antagonista sia dalla mancata conoscenza della stessa. Senonché va precisato che il vincolo del gruppo etnico di appartenenza nei confronti delle norme culturali assume una minore coerenza al di fuori del territorio in cui tali pratiche sono storicamente nate. Del pari il dovere di conoscenza della legge penale viene valutato con maggior rigore nei confronti degli immigrati, rispetto ai nativi che continuano a vivere in contesti sociali e culturali di matrice tribale. Pertanto in relazione agli immigrati il riconoscimento dell’insussistenza della colpevolezza (ovvero di una sua minore intensità) risulta più complesso rispetto alle minoranze autoctone²⁵. L’atteggiamento mutevole relativo alla rilevanza penale del fattore culturale risulta dipendente infine dalle differenze riscontrabili nelle varie tipologie di reato culturale consumato²⁶. Basti pensare alla

²⁴ Si tratta di una distinzione pressoché pacifica nella letteratura specialistica sul tema. Vedi A. BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 34 ss. e *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 63 ss.

²⁵ A. BERNARDI, *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 37.

²⁶ A. BERNARDI, *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 38 ss.

maggiore o minore conoscibilità della norma incriminatrice (e di conseguenze alla minore o maggiore scusabilità dell'*error iuris*), al tipo di bene giuridico leso dalla condotta offensiva, alle modalità nonché all'intensità dell'aggressione, al diverso allarme sociale provocato dai singoli reati (in considerazione della loro frequenza statistica, della difficoltà di contrastarli con gli strumenti tradizionali di diritto penale, della loro maggiore o minore capacità di diffondersi in altri Stati). Secondo Bernardi i diversi tipi di reato culturale possono essere presi in considerazione, in certi casi, anche per valutare il movente culturale nella duplice prospettiva, positivista e classica. Secondo la prima bisognerebbe considerare questo particolare movente per individuare le misure più idonee per contrastarlo, per opporsi all'antisocialità di questo particolare delinquente. Nella prospettiva classica invece il movente dovrebbe essere considerato in termini di colpevolezza. La prima tipologia di reati culturali comprende condotte considerate non offensive, anche alla luce della cultura di maggioranza. Si tratta di comportamenti che non ledono alcun bene/interesse significativo, né per gli altri membri dello stesso gruppo etnico, né per gli appartenenti a gruppi etnici antagonisti, né per gli appartenenti al gruppo culturale di maggioranza né infine per la società nel suo complesso. Criminalizzare queste condotte equivarrebbe ad utilizzare il diritto penale come "spada" per colpire il modo di essere degli appartenenti a gruppi minoritari, in altre parole per censurare la diversità in quanto tale. Tutto ciò per garantire esclusivamente una piena conformità delle tradizioni culturali della collettività²⁷. La seconda tipologia riguarda i reati c.d. artificiali. In relazione ad essi ben può accadere che la diversità culturale dell'imputato determini un'ignoranza non colpevole, e dunque scusabile, della norma incriminatrice²⁸. In questi casi il diritto penale dovrebbe svolgere la funzione di "spada" nei confronti di questi soggetti e dei loro diritti fondamentali (in particolare della libertà personale, che viene compromessa sempre dalla sanzione penale) per non contrastare il ruolo di "scudo" nei confronti dei beni tutelati dalle norme penali. In alternativa dovrebbe essere "scudo" di queste minoranze, ma sacrificando i beni

²⁷ Si tratterebbe di una finalità che solo uno Stato assolutista e assimilazionista in eccesso potrebbe perseguire, A. BERNARDI, *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 39.

²⁸ Evidente è la difficoltà di comprendere il significato dei testi normativi da parte non solo delle minoranze immigrate e marginalizzate, ma anche dei nativi, isolati nella società, A. BERNARDI, *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 40.

giuridici protetti dalle norme stesse²⁹. Si potrebbe ovviare a questa alternativa così radicale mediante forme di attenuazione della responsabilità penale, utilizzando una concezione graduale della colpevolezza. La quantificazione della colpevolezza e la personalizzazione della risposta punitiva potrebbero realizzarsi utilizzando lo strumento normativo dei “motivi a delinquere”³⁰. Il terzo tipo di reati culturali comprende una pluralità di condotte differenti: quelle costituenti solo reati di pericolo, oppure lesive di beni/interessi non ritenuti di livello primario o ancora offensive di beni di primaria importanza ma considerati disponibili da parte dell'imputato culturalmente orientato. Infine comportamenti lesivi di beni di rilievo primario, ma ammessi in Paesi culturalmente affini a quello di commissione del fatto, nel quale la legittimità è fortemente discussa. Con riferimento a questa tipologia di reati sono molteplici le soluzioni in merito alla questione se far prevalere il diritto alla diversità culturale o il bene giuridico tutelato dalla norma violata. Soluzioni affidate alla discrezionalità del legislatore o del giudice, che non si limitino alla mera liceità o illiceità, ma che comprendano anche una serie di opzioni intermedie (ad esempio la depenalizzazione ovvero la mitigazione della pena)³¹. La quarta tipologia di reati comprende comportamenti culturalmente motivati e lesivi di beni giuridici rilevanti nello Stato di consumazione del fatto. In questi casi non è ammissibile alcun bilanciamento tra questi beni/interessi offesi e il diritto alla diversità culturale. Accogliere una concezione del diritto penale quale “scudo” di queste pratiche culturali, significherebbe sacrificare diritti fondamentali sull'altare dell'istanza multiculturalista. Anche in queste ipotesi il fattore culturale dovrebbe limitarsi ad incidere sulla quantificazione della pena applicabile agli imputati³². La quinta tipologia di reati culturali infine comprende tutte quelle condotte che ledono beni giuridici di rilevanza primaria e che suscitano particolare allarme sociale in considerazione della loro attualità, della frequente reiterazione e della massima pericolosità. Queste condotte devono essere contrastate severamente, non essendo pensabile riconoscere alcun significativo ruolo al fattore culturale a favore dell'imputato (si pensi soprattutto alle mutilazioni genitali, ai delitti connessi

²⁹ Parla di “scomoda alternativa” A. BERNARDI, *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 41.

³⁰ A. BERNARDI, *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 42.

³¹ A. BERNARDI, *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 43-44.

³² A. BERNARDI, *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 44-45.

all'immigrazione clandestina, agli atti terroristici di matrice culturale e religiosa). In queste ipotesi nessuna indulgenza può derivare dall'accertamento della motivazione culturale alla base della condotta criminosa. L'approccio liberale e multiculturalista dei sistemi penali di molti Stati dovrebbe manifestarsi esclusivamente nel mancato inasprimento delle pene e nella mancata eliminazione di garanzie processuali in relazione a tali delitti³³.

³³ A. BERNARDI, Il Fattore culturale nel sistema penale, cit., p. 45-47.

§2. Il modello assimilazionista-integrazionista.

I presupposti del modello c.d. alla francese (in passato denominato assimilazionista, ma oggi meglio definibile integrazionista), possono rintracciarsi nelle politiche coloniali del paese adottate nel corso della storia³⁴. Si ravvisa un'omogeneità di impostazione, quanto a modalità di gestione della politica e di organizzazione istituzionale, nei rapporti tra amministrazioni coloniali e popolazioni locali e, nella madre patria, tra amministrazione centrale ed immigrati provenienti da quelle stesse colonie. Durante il periodo del c.d. secondo colonialismo francese, che avviò la corsa all'Africa, la politica d'azione mirava ad una vera e propria missione civilizzatrice, con l'obiettivo dichiarato di annullare qualunque struttura di potere locale, uniformando ogni società secondo i parametri definiti dall'amministrazione centrale. Nei confronti degli immigrati la Francia ha adottato una linea d'azione analoga, consistente in una politica di inclusione nella cultura francese, cercando di imporre un'omogeneità culturale e di sostituire le culture originarie. Secondo questo modello l'esistenza di comunità culturali di minoranza costituisce un ostacolo alla libertà dell'individuo e alla sua integrazione e l'appartenenza a queste comunità è solamente fonte di isolamento e di autoghettizzazione. La politica francese distingue tra sfera privata e sfera pubblica: solo nell'ambito della prima l'individuo è libero di seguire la propria matrice culturale, che rimane del tutto irrilevante in quella pubblica. Non è prevista alcuna disciplina giuridica speciale per le minoranze o i gruppi etnici³⁵. Alla base del modello alla francese dunque vi è un principio di uguaglianza formale, intesa come identità di trattamento, che trova corrispondenza nella neutralità e laicità dello Stato, che chiude ogni dialogo con la diversità culturale nell'ambito della sfera pubblica³⁶. Cristina De Maglie al riguardo parla di modello penale assimilazionista-

³⁴ E' A. FACCHI che fornisce sinteticamente questa prospettiva storica, in *I Diritti nell'Europa multiculturale*, cit., pp. 12-13.

³⁵ A. FACCHI nel suo lavoro cita al riguardo un rapporto dell'Haut Conseil à l'Integration, organismo governativo creato nel 1990 con il compito di pubblicare annualmente un rapporto sull'integrazione degli immigrati in Francia e di elaborare direttive d'azione, da cui risulta come fondamento della concezione francese d'integrazione sia un principio di uguaglianza e non la logica delle minoranze. In particolare in un rapporto pubblicato nel 1991 viene testualmente scritto che lo straniero "conserva i suoi particolarismi ma nessuno di essi viene preso in considerazione per l'esercizio dei suoi diritti e per l'adempimento dei suoi obblighi", in *I Diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 14.

³⁶ Negli ultimi anni tuttavia anche questo modello, anticomunitario e non multiculturale, ha conosciuto delle forme di attenuazione, soprattutto in relazione alle comunità islamiche, dettate dalla

egualitario, che trova una propria legittimazione forte nell'interpretazione formale del principio di uguaglianza, in base alla quale l'autore di un reato culturalmente motivato viene trattato allo stesso modo di colui che consuma un reato senza motivazione culturale³⁷. A questo contrappone il modello assimilazionista-discriminatorio, in base al quale la mancata considerazione del fattore culturale da parte del sistema giuridico dello Stato ospite determina reazioni iperpunitive. Come esempio cita proprio il sistema penale italiano nel quale il legislatore ha introdotto nel codice penale l'art. 583 bis rubricato "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili". Si tratta di un'ipotesi "ipercriminalizzante" che vuole punire più severamente rispetto alle fattispecie di lesioni di cui agli artt. 582 e 583 codice penale³⁸. Testimonianza di questo modello teorico di integrazione sono le riserve di non applicabilità di specifici articoli che la Francia ha formulato in sede di ratifica del Patto Internazionale sui diritti civili e politici (adottato a New York il 16.12.1966) e della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 20.11.1989, in entrambi i casi in quanto disposizioni contrastanti con gli obiettivi della politica assimilazionista-integrazionista. Nel primo caso la legge di ratifica del 4.11.1980 ha escluso l'applicabilità nel territorio francese dell'art. 27 del Patto³⁹. Analoga esclusione, nel secondo caso, si è avuta con la legge di ratifica del 2.07.1990 in relazione all'art. 30 della Convenzione⁴⁰.

Un modello di immigrazione analogo a quello c.d. alla francese è stato il c.d. "anglo-conformismo" che fino agli anni sessanta dello scorso secolo ha caratterizzato le politiche di immigrazione in Australia, Canada e Stati Uniti (che presentano i più alti tassi di immigrazione pro capite al mondo). Questo modello si basava sulla convinzione che gli immigrati abbandonassero la propria matrice culturale

necessità di mediare con le tradizioni ed il diritto islamico. Questa linea di tendenza ha portato a forme di sincretismo che si sono anche tradotte in testi scritti, in parte ancora oggi applicati, A. FACCHI, in *I Diritti nell'Europa Multiculturale*, cit., p. 13.

³⁷ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 32.

³⁸ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 32.

³⁹ L'art. 27 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici stabilisce che "in quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo".

⁴⁰ L'art. 30 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia prevede con riferimento specifico ai minori che "negli Stati in cui esistono minoranza etniche, religiose o linguistiche, oppure persone di origine autoctona, un fanciullo autoctono o 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 far uso della propria lingua insieme agli altri membri del suo gruppo".

assimilandosi completamente a quella dello Stato ospitante. L'assimilabilità delle minoranze immigrate era considerato un requisito essenziale per la stabilità politica, giustificato peraltro da un atteggiamento etnocentrico che denigrava l'identità culturale degli altri. Ad alcuni gruppi etnici era perfino negato l'accesso in quanto giudicati non assimilabili (ad esempio la politica statunitense e canadese escludeva l'immigrazione dalla Cina, oppure quella australiana basata sul principio dei "soli bianchi")⁴¹. Successivamente a partire dal 1970 questi tre Stati hanno abbandonato la politica assimilazionista, adottandone una più tollerante e pluralista. Anche per effetto delle numerose pressioni esercitate dai gruppi di immigrati, le nuove linee di orientamento politico miravano a fare in modo che gli stranieri fossero liberi di conservare alcuni aspetti della propria cultura originaria, concernenti soprattutto l'alimentazione, l'abbigliamento e la religione, e soprattutto di esercitare la libertà di associarsi al fine di esercitare queste pratiche⁴². Alessandro Bernardi evidenzia tre criticità nelle politiche sociali immigratorie a sfondo assimilazionista⁴³. Innanzitutto questa metodologia di approccio trascura tutte le difficoltà che nella pratica si incontrano in un processo di assimilazione coatta. Non viene presa nella dovuta considerazione il fatto che nella natura umana la capacità di adattamento convive con l'attaccamento al proprio gruppo etnico di appartenenza. Anzi questo gruppo assolve il delicato compito di agevolare l'adattamento alle nuove condizioni di vita, arginando il senso di estraneamento dell'immigrato dalla compagine sociale. Secondariamente le politiche assimilazioniste si basano su una pretesa di integrazione forzata, quanto meno dubbia circa la sua legittimità, violando il principio della libertà di scelta ed implicando un profilo di intolleranza che male si concilia con il modello liberale degli Stati occidentali. Un modello che dovrebbe al contrario accogliere le differenze essenziali per il mantenimento dell'identità individuale. Infine queste politiche, basate su un principio di astratta uguaglianza, non possono considerarsi neutrali, ma in realtà sono lo specchio delle convinzioni e dei valori della cultura nazionale dominante. Il rischio dell'assimilazionismo è quello di discriminare gli appartenenti alle minoranze etniche che non hanno voluto o

⁴¹ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 27.

⁴² W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 28.

⁴³ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 96 ss. e *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., 29.

potuto aderire ai modelli culturali dominanti. Non garantirebbe né l'emancipazione degli immigrati né una loro equiparazione agli appartenenti alla maggioranza. Al contrario è solo attraverso l'accettazione delle diversità culturali che possono appianarsi le profonde disuguaglianze di base che caratterizzano queste diverse categorie di soggetti. Bernardi analizza gli aspetti negativi di un approccio assimilazionista anche dal punto di vista politico-criminale. Innanzitutto la messa in crisi della funzione preventiva della pena. In primo luogo di quella preventiva generale negativa. La funzione intimidativa e deterrente del precetto penale si vanifica in presenza di un'eventuale ignoranza della norma stessa (molto frequente tra gli immigrati, soprattutto clandestini) ma anche dell'adesione a valori culturali differenti da quelli tutelati dall'ordinamento giuridico. Con riferimento ai reati artificiali, se l'oggettiva impossibilità di conoscere le norme incriminatrici da parte dei soggetti immigrati ne annulla comunque l'effetto deterrente, allora il riconoscimento dell'inescusabilità della mancata conoscenza delle norme da parte di costoro non assolve ad alcuna funzione sul piano preventivo⁴⁴. In secondo luogo di quella preventiva generale positiva, qualora l'effetto di orientamento culturale implichi la negazione di tradizioni e comportamenti differenti, lasciando il campo a rischi di deriva autoritaria⁴⁵. Infine di quella special-preventiva. Se in deroga al concetto di un diritto penale minimo, la pena sanzionasse condotte non solo lesive di beni giuridici fondamentali, ma anche solamente espressive di una cultura diversa da quella di maggioranza, significherebbe in questo secondo caso voler modificare il patrimonio culturale del soggetto, costringendolo ad assimilare regole non sue e non indispensabili, ad una vera e propria "riconversione culturale". Sarebbe del tutto snaturata la funzione rieducativo-risocializzatrice della pena che in sistemi penali di impronta liberale dovrebbe consentire al condannato di riappropriarsi della propria cultura (maggioritaria o minoritaria che sia), spingendolo solamente a non tenere condotte culturalmente motivate che ledano la stabilità sociale, contrastando con

⁴⁴ A. BERNARDI, Il Fattore culturale nel sistema penale, cit., p. 32.

⁴⁵ Questi ultimi soprattutto quando la scelta di criminalizzare un comportamento culturalmente motivato non deriva dall'impossibilità di coesistenza con gli stili di vita della maggioranza, ma dalla mera preferibilità dei paradigmi comportamentali della cultura dominante, A. BERNARDI, Modelli penali e società multiculturale, cit., p. 100.

valori e principi dell'ordinamento nazionale⁴⁶. L'unica funzione preventiva a cui potrebbe assolvere una politica criminale improntata all'assimilazione è quella discutibile di c.d. prevenzione generale "integratrice". Una funzione diretta ad ottenere la fiducia e il consenso del corpo sociale attraverso scelte sanzionatorie che tutelino i valori socio-culturali di maggioranza, stigmatizzando quelli appartenenti a culture diverse⁴⁷. Altro aspetto negativo da considerare con riferimento ad una politica criminale di impronta assimilazionista riguarda la mancata considerazione della storia personale dell'imputato, con conseguente lesione del principio di uguaglianza inteso in senso sostanziale⁴⁸. In particolare tale approccio non terrebbe conto, ad esempio, di situazioni riconducibili a scriminanti come lo stato di necessità, la legittima difesa, ovvero di un'eventuale insussistenza dell'elemento volitivo (in particolare della mancanza di coscienza dell'offensività del fatto) o della non evitabilità dell'ignoranza della legge penale. Il tutto con palese violazione dei principi di proporzione e colpevolezza, ormai strettamente correlati alle caratteristiche personologiche del reo. Anche la De Maglie evidenzia i punti deboli del modello assimilazionista dal punto di vista della politica criminale. Sul piano della funzione preventiva della pena, il rischio è di vanificare sia quella generale che quella speciale. Sotto il primo aspetto infatti l'obiettivo di una forzata integrazione, anziché spingere le minoranze di immigrati ad assimilare i valori culturali della società ospitante, può spingerli sempre di più alla chiusura e alla ribellione. Quanto al secondo aspetto, una pena subita dal soggetto che non riesce a comprendere il disvalore della propria condotta, determina solo aggressività e ribellione nei confronti dell'ordinamento giuridico dominante, che viene percepito come intollerante⁴⁹. L'autore parla di fallimento dei modelli assimilazionisti che dietro

⁴⁶ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 100 e *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 33.

⁴⁷ A. BERNARDI, *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 33. Si tratterebbe peraltro di una stabilizzazione della società e delle relative tradizioni culturali del tutto artificiosa, A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 100.

⁴⁸ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 101 *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 33.

⁴⁹ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 70-71.

L'autore sotto questo profilo considera il modello italiano anacronistico.

l'obiettivo apparente dell'omogeneizzazione celano forme molto gravi di discriminazioni⁵⁰.

§3. Il modello multiculturalista.

Anche il fondamento di questo modello teorico di integrazione, delineatosi soprattutto in Inghilterra, già si ravvisa nelle linee direttrici della politica colonizzatrice, che non esercitava tendenzialmente alcuna ingerenza nei rapporti interni, nel diritto e nelle consuetudini locali delle popolazioni autoctone. Queste politiche premevano affinché si costituissero delle comunità etniche in modo da poter avere dei referenti politici affidabili che controllassero la popolazione⁵¹. Tale impostazione della politica britannica è stata mantenuta anche a partire dai primi anni del 1960. Il modello c.d. all'inglese si proponeva di raggiungere una vera e propria "armonia razziale" e di imporre un trattamento paritario delle minoranze. L'impegno era quello di mantenere le specificità, le identità culturali ed etniche presenti sul territorio. Da questo punto di vista la politica britannica poteva definirsi multiculturalista, ma anche "comunitarista", attribuendo un ruolo importante nella sfera sociale e politica alle comunità etniche e alle associazioni di immigrati. Le numerose comunità etniche si rapportavano con lo Stato interloquendo con il governo, esercitando forme di partecipazione politica soprattutto a livello locale⁵². Principale conseguenza di quest'impostazione è che l'appartenenza ad un determinato gruppo etnico può giustificare l'adozione di un trattamento giuridico differenziato, sia sul piano giudiziario che su quello legislativo, in deroga al diritto comune. Pertanto il modello multiculturalista, a differenza di quello assimilazionista-integrazionista, si basa su un principio di uguaglianza sostanziale, aprendosi al dialogo, al riconoscimento e all'accettazione della diversità culturale, non assumendo quindi

⁵⁰C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 71. Specifica che attualmente le politiche assimilazioniste si concretizzano nell'alternativa dell'integrazione ovvero dell'emarginazione. Ma l'integrazione consente un accesso uguale alle risorse fondamentali dell'esistenza (lavoro, istruzione e casa) solo alle classi socialmente elevate, mentre per la maggioranza significa sottomissione ai valori della società dominante.

⁵¹ A. FACCHI, I Diritti nell'Europa multiculturalista, cit., p. 14.

⁵² A. Facchi parla di una istituzionalizzazione di questi gruppi etnici e religiosi, in I Diritti nell'Europa multiculturalista, cit., p. 15.

un'identità nazionale unica. La strategia multiculturale è molto varia e coinvolge molti settori della vita pubblica⁵³. A livello legislativo il modello d'integrazione britannico trova espresso riconoscimento in alcuni importanti disposizioni normative, tra le quali il *Race Relations Act* del 1976. Si tratta di una legge che rendeva illegale ogni forma di discriminazione (basata sulla razza, colore della pelle, nazionalità, origine nazionale od etnica) nell'ambito del lavoro, dell'istruzione, formazione, alloggio e fornitura di beni e servizi. Consentiva ai soggetti discriminati, che avevano subito un trattamento meno favorevole, di instaurare dei procedimenti giudiziari. Istituiva poi la *Commission for Racial Equality* (CRE) con l'obiettivo di eliminare ogni forma di discriminazione, di garantire la parità di opportunità e le buone relazioni tra persone appartenenti a gruppi razziali diversi, nonché di monitorare gli effetti dell'applicazione della legge, proponendo eventuali emendamenti se necessari. Il monitoraggio etnico era consentito unicamente allo scopo di valutare l'eventuale disparità di trattamento su base etnica⁵⁴. In questo testo normativo vengono fissati anche i criteri per individuare una condotta discriminatoria. Peraltro è proprio sulla base di questa legge, spesso riformata, che si è sviluppata una copiosa giurisprudenza su questioni legate all'appartenenza culturale. Il caso più noto è quello *Mandla vs. Dowell Lee*, risalente al 1983, in cui si riconosceva ad un ragazzo sikh il diritto di portare il turbante a scuola, considerando il divieto stabilito dalle autorità scolastiche una discriminazione indiretta. Nella circostanza la Corte Giudiziaria (House of Lords) ha elaborato anche i criteri (i c.d. *Mandla criteria*) per definire un gruppo etnico, l'appartenenza al quale giustifichi una tutela giuridica a richiesta. Tra questi i principali sono una lunga storia condivisa (che il gruppo percepisce come peculiare e distintiva rispetto ad altri gruppi e di cui tiene viva la memoria) ed una tradizione

⁵³ F. BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 61, elenca a titolo esemplificativo alcuni settori di intervento suggeriti da Kymlicka nella sua opera *Teoria e pratica del multiculturalismo d'immigrazione*, in E. Caniglia e A. Spreafico (a cura di), *Multiculturalismo o Comunitarismo?*, Roma, 2003, pp. 123-157. Tra questi vi è la riforma dei curricula scolastici (al fine di garantire tra l'altro lo studio della storia e dei contributi culturali delle minoranze), l'adattamento istituzionale (come quello dei piani di lavoro e dei codici di abbigliamento alle festività e agli usi religiosi degli immigrati), l'adattamento dei programmi di pubblica istruzione (come i corsi di formazione alle diversità culturali per gli agenti di polizia), l'adozione di programmi di sviluppo culturale (come l'offerta di corsi di alfabetizzazione nella propria lingua madre per immigrati adulti), l'adozione di azioni positive (come il trattamento preferenziale per garantire alle minoranze accesso all'istruzione, alla formazione o all'impiego).

⁵⁴ Marco Lombardi e Laura Davì, in *Alcune politiche di integrazione nazionale*, in http://www.lavoro.gov.it/AreaLavoro/Immigrazione_SpostatoInAreaSociale/Documents/03_Primaparte_Percorsi_Integrazione_2.pdf

culturale autonoma (compresi costumi e tradizioni sociali e familiari, spesso associati anche ad un'osservanza religiosa). Ma sono considerati rilevanti anche l'origine geografica o etnica, la lingua, la religione od una letteratura comune e l'essere una minoranza all'interno di una maggioranza⁵⁵. Con riferimento a questo modello Cristina De Maglie opera un'ulteriore suddivisione tra un modello multiculturale debole (che definisce anche come modello intermedio) ed un modello multiculturale forte. Nel primo la risposta sistematico-sanzionatoria alla motivazione culturale viene ricercata nell'ambito delle categorie dogmatico-penalistiche tradizionali, soprattutto mediante lo strumento ermeneutico, in modo da accogliere la sfida lanciata dai conflitti culturali. Nel secondo invece il modello penale è così tollerante e aperto che cede completamente di fronte alla diversità culturale. In questo caso il problema della collocazione sistematica del fattore culturale nell'ambito del sistema in vigore non si pone neppure. Basta pensare al sistema anglosassone e all'istituto della *cultural defense*, in applicazione della quale si può arrivare anche ad escludere la responsabilità penale del *cultural offender*⁵⁶. Alessandro Bernardi mette in luce le ragioni politiche e politico-criminali poste a base del rigetto di una politica generale a carattere multiculturale in materia d'immigrazione⁵⁷. Con riferimento alle prime evidenze innanzitutto che la valorizzazione delle differenze insite in siffatta politica comporta il rischio di etnocentrismo fondato sulla convinzione di un'oggettiva superiorità del proprio gruppo etnico, e quindi di forti rivendicazioni di ogni tipo di particolarismo, con conseguenti processi di reciproca chiusura tra le diverse culture coesistenti all'interno dello Stato, di sfaldamento e conflittualità sociale (che tenderebbero addirittura a sfociare nel "separatismo etnico"⁵⁸). In secondo luogo l'autore sottolinea come una politica multiculturalista determini, per i membri dei gruppi etnici minoritari, la difficoltà di svincolarsi dalle proprie origini culturali e quindi di rapportarsi alla società e alla cultura maggioritaria. Di conseguenza, una complessiva perdita di libertà nella scelta dello stile di vita da adottare, del modello culturale cui aderire, con il rischio di innescare processi di autogheizzazione. In

⁵⁵ A. FACCHI, I Diritti nell'Europa Multiculturale, cit., p. 16.

⁵⁶ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 32-33.

⁵⁷ A. BERNARDI, Modelli penali e società multiculturale, cit., p. 87 ss. e Il Fattore culturale nel sistema penale, cit., p. 28 ss.

⁵⁸ W. KYMLICKA, Teoria e pratica del multiculturalismo d'immigrazione, cit., p. 124 (citato da A. BERNARDI, Modelli penali e società multiculturali, cit., p. 89).

terzo luogo, il riconoscimento di diritti speciali a favore delle etnie minoritarie, quale caratteristica di questa politica, rischia di confliggere (qualora non vengano concessi per compensare pregresse ed effettive situazioni di discriminazione), con quel principio di uguaglianza che si vorrebbe invece perseguire attraverso tali diritti, suscitando peraltro reazioni negative nei confronti delle suddette etnie. In quarto luogo, si afferma che la tolleranza multiculturale nei confronti di soggetti immigrati determinerebbe, per reazione, l'affermarsi di stereotipi negativi nei confronti delle relative minoranze, cioè un vero e proprio processo di etichettamento. In base a questa semplicistica standardizzazione, verrebbero attribuiti gli stessi caratteri e comportamenti a tutti gli appartenenti a questi gruppi. Infine l'approccio multiculturale teso alla valorizzazione delle differenze comporterebbe un decadimento generale del senso etico, minando i principi posti a base del sentimento di appartenenza alla collettività nazionale, con relativa compromissione dei legami solidaristici. A livello di politica criminale le ragioni a base dell'irrelevanza penale del fattore culturale per le minoranze immigrate sono fondamentalmente tre⁵⁹. La prima è che la valorizzazione della diversità culturale, attraverso l'ammissibilità di esimenti o attenuanti "culturali", e la consapevolezza di questa possibilità da parte degli appartenenti alle minoranze etniche, pregiudicherebbero la funzione preventiva della norma incriminatrice. Sia nell'ottica della prevenzione generale negativa (funzione di vera e propria deterrenza) che della prevenzione generale positiva (funzione di orientamento culturale), essendo funzioni strettamente dipendenti dalla vigenza uniforme delle norme nei confronti di tutti i soggetti che si trovano sul territorio nazionale. Anche la funzione precettiva della legislazione vigente ne risulterebbe condizionata in considerazione del fatto che la prospettiva di un'esenzione di responsabilità per motivi culturali potrebbe spingere l'individuo, membro di gruppi etnici minoritari, a disinteressarsi della conoscenza delle norme. La seconda ragione è che la valorizzazione del fattore culturale in ambito penale, attraverso il riconoscimento di diritti collettivi culturali (cioè la cui titolarità appartiene al gruppo minoritario), potrebbe comportare un'inevitabile compromissione di beni giuridici individuali anch'essi meritevoli di tutela (vita, salute, libertà, dignità, autodeterminazione in campo sessuale, etc.). In particolare i

⁵⁹ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 92 ss. e *Il Fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 31 ss.

diritti culturali negativi, che si basano sull'astensione dello Stato dal punire comportamenti culturalmente motivati, potrebbero determinare un'attenuazione della tutela della persona offesa dal reato e dei suoi diritti fondamentali. Ciò in tutti i casi in cui il giudizio di bilanciamento tenda a privilegiare i primi rispetto agli altri. Ma atti di prevaricazione del gruppo nei confronti dei propri membri o di altri gruppi (atti di prevaricazione individuale e collettiva) potrebbero senz'altro verificarsi anche nel caso di diritti culturali positivi, implicanti viceversa l'intervento dello Stato ai fini della tutela della diversità culturale. Infine va considerata la ripercussione dell'approccio multiculturalista sul principio di legalità e sul corollario della tassatività-determinatezza. Le prescrizioni legali attributive di rilievo penale al fattore culturale e le conseguenze sanzionatorie scaturenti dalla loro violazione, avrebbero un ambito applicativo ambiguo ed impreciso, presentando un tasso di chiarezza e precisione molto basso. Si consideri infatti la difficoltà di delineare con precisione i confini del motivo culturale, i gruppi di immigrati che possono beneficiare di questo fattore culturale ed il tempo necessario, dal momento dell'ingresso nello Stato ospite, per poterlo invocarlo.

§4. La posizione dell'Italia.

La gestione della diversità culturale delle minoranze immigrate da parte dello Stato italiano, rispetto a questi modelli teorici di integrazione, è piuttosto difficile da definire. La ragione di ciò si ravvisa soprattutto in due motivi. Innanzitutto il nostro Paese non ha aderito esplicitamente ad alcuno di tali modelli; in secondo luogo le direttrici della politica in tema di immigrazione sono mutevoli, essendo strettamente dipendenti dal succedersi dei governi, nonché dalle contingenze economiche e soprattutto dalle tornate elettorali⁶⁰. Da un lato vi sono alcune disposizioni normative da cui è possibile desumere un'adesione dell'Italia al modello multiculturalista⁶¹. Tra di esse vi sono in particolare gli artt. 42, 43 e 38 (quest'ultimo con riferimento solo alla comunità scolastica) del T.U. Immigrazione (d.lgs 286/1998). L'art. 42 comma 1 lett. c) attribuisce 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”. L'art. 43 invece vieta ogni discriminazione diretta o indiretta a danno degli immigrati. Quanto all'art. 38 comma 3 infine “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 all'accoglienza, alla tutela della cultura e della lingua d'origine e alla realizzazione di attività interculturali comuni”. Un'apertura verso tale modello è ravvisabile anche nella recente Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione. Adottata il 23 aprile 2007 con decreto del Ministero dell'Interno (pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 15 giugno 2007), in alcune sue parti (tra cui il prologo e i punti 1 e 3) utilizza espressioni come “accoglienza e regolazione del fenomeno migratorio in un quadro di pluralismo culturale e religioso” oppure “cammino di integrazione per i giovani immigrati rispettoso delle identità di

⁶⁰Fabio BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 63 che si sofferma sulla posizione dell'Italia definendola in bilico tra i due modelli.

⁶¹ Il riferimento è sempre all'opera di F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 63-64. L'autore tuttavia sottolinea che da tali norme può desumersi esplicitamente l'appartenenza dell'Italia al modello c.d. all'inglese, ma egli definisce tale adesione debole.

ciascuno”⁶². Nell’introduzione del commento al documento, a cura del prof. Carlo Cardia, presidente del Consiglio Scientifico presso il Ministero dell’Interno, si legge che “la Carta dei valori tende a dare un concetto unitario di cittadinanza e di convivenza tra le diverse comunità nazionali, etniche e religiose, che si sono radicate negli ultimi anni sul territorio italiano, e può essere considerata come un patto tra cittadini e immigrati in vista di una integrazione che vuole conciliare il rispetto delle differenze di cultura e di comportamento legittime e positive con il rispetto dei valori comuni”⁶³. Rilevanti sono anche alcuni pareri del Comitato Nazionale per la bioetica⁶⁴. In particolare rivestono importanza i pareri del 16 gennaio 1998 sui Problemi bioetici in una società multiculturale e del 25 settembre 2008 sulla circoncisione. Nel primo si evidenzia come la crescente rilevanza del fenomeno sociale dell’immigrazione coinvolge necessariamente anche la bioetica, che oramai deve analizzare le varie questioni non solamente all’interno di uno specifico ambito culturale, ma prendendo in considerazione anche altre culture, all’interno e fuori del territorio di appartenenza. Il confronto tra culture diverse si presenta come un’esigenza sempre più avvertita. Le riflessioni e la prassi bioetica devono basarsi sul principio del riconoscimento del rispetto dell’essere umano, indipendentemente dall’appartenenza culturale od etnica. Il principio dell’uguaglianza dell’uomo in quanto uomo deve essere integrato con il principio di differenza, ossia del rispetto della specificità di ogni cultura, riconoscendo valore all’identità della cultura di appartenenza⁶⁵. Il secondo parere, dopo aver analizzato le pratiche di circoncisione femminile e maschile, conclusivamente stabilisce che “l’accettazione del carattere multietnico dell’attuale società italiana, implica un profondo e doveroso rispetto nei confronti di tutti gli aspetti religiosi e culturali specifici di ciascun popolo. Le singole

⁶² La Carta, non vincolante, ha valore di direttiva generale per l’Amministrazione dell’Interno. Viene infatti stabilito che il Ministero nei rapporti con le comunità di immigrati e religiose deve ispirarsi ai valori e ai principi contenuti nella Carta, con l’unico obiettivo della integrazione e della coesione sociale.

Il documento si sofferma proprio sulle problematiche che la multiculturalità pone alle società occidentali, http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/speciali/altri_speciali/carta_dei_valori/

⁶³ http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/speciali/altri_speciali/carta_dei_valori/

⁶⁴ Istituito con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri il 28 marzo 1990 presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

⁶⁵ http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/speciali/altri_speciali/carta_dei_valori/

culture religiose e i singoli gruppi etnici, peraltro, debbono accettare i valori e le norme che regolano la vita della società di cui fanno parte, che li ospita o che li ha integrati, e in particolare quelli espressamente indicati nel testo della nostra Costituzione”⁶⁶. Altro parere da cui si evince un’apertura dell’Italia verso il modello multiculturale è quello su Alimentazione differenziata e interculturalità. Orientamenti bioetici, del 17 marzo 2006. In questo documento viene affrontata la questione se meritino rispetto le diversità alimentari connesse alle origine etniche e alle convinzioni religiose o filosofiche. Si ravvisa indubbiamente uno stretto nesso tra alimentazione e cultura, esprimendo la prima l’insieme di principi e valori nonché l’identità culturale di una persona o di un gruppo di persone, che devono essere considerati per raggiungere l’integrazione tra le culture, evitando l’assimilazione o la separazione, che determinano come possibile conseguenza la marginalizzazione discriminante. Dunque le politiche alimentari adottate nelle istituzioni pubbliche (come scuole, ospedali, carceri, caserme) devono muovere da un approccio simpatetico a queste diversità, garantendo il diritto a mantenere inalterate le proprie tradizioni alimentari (ed anzi proponendole come elemento di arricchimento culturale per tutta la comunità)⁶⁷. Vi sono poi tutta una serie di altre disposizioni specifiche che prevedono deroghe, o regimi giuridici speciali, in relazione all’appartenenza di immigrati ad una minoranza culturale, le quali sono rilevanti anche in ambito penale⁶⁸.

Dall’altro lato si rinvencono disposizioni legislative o interventi programmati che sembrano perseguire lo scopo opposto della repressione, o quanto meno della disincentivazione, di ogni manifestazione di matrici culturali diverse da quelle di maggioranza. *De iure condito*, si pensi al nuovo reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili di cui all’art. 583 bis codice penale (introdotto nel nostro ordinamento con legge 9.01.2006 n. 7). *De iure condendo* invece, si pensi alla recente proposta di modifica dell’art. 5 della c.d. legge Reale (legge 22 maggio 1975 n. 152) in materia di tutela dell’ordine pubblico e di identificabilità delle persone. Lo scopo della proposta di legge è proprio quello di vietare l’uso, in luogo pubblico o

⁶⁶ http://www.governo.it/bioetica/pdf/La%20circoncisione_profili%20bioetici_ok.pdf

⁶⁷ http://www.governo.it/bioetica/testi/Alimentazione_differenziata.pdf

⁶⁸ Ciò avviene anche nei Paesi di radicata tradizione multiculturalista. Basile cita come esempio l’art. 5 del d.lgs 333 del 1998, che consente la macellazione secondo il rito islamico, in Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 64.

aperto al pubblico, degli indumenti indossati in ragione della propria affiliazione religiosa. Nel testo che accompagna la proposta si chiarisce che il riferimento è agli indumenti propri della tradizione islamica, come il burqa afghano e lo chador persiano, nonché a tutti gli altri capi che la tradizione impone di indossare alle donne allo scopo di nascondere le proprie fattezze⁶⁹. La natura assimilazionista-discriminatoria del modello italiano per contrastare la criminalità culturale è desumibile, secondo altra parte della dottrina, proprio dall'orientamento della giurisprudenza, dai contributi della letteratura specialistica sul tema e dagli interventi del legislatore (soprattutto si pensi all'introduzione del reato di mutilazioni genitali femminili)⁷⁰.

Anche Bernardi evidenzia l'indifferenza del sistema penale italiano rispetto al fattore culturale⁷¹. Nessun istituto di parte generale e nessuna norma di parte speciale sembrano attenuare le sanzioni applicabili agli autori di reato frutto di conflitti normativi, indotti cioè dal fattore culturale. Secondo l'autore le ragioni a sostegno di questo atteggiamento di chiusura non sono ravvisabili né nel generico atteggiamento di diffidenza nei confronti di ogni cultura diversa da quella occidentale, né tanto meno nel fatto che l'ordinamento penale, rispecchiando il patrimonio culturale dominante, non possa prendere in considerazione valori culturali differenti. Al contrario il fatto che il sistema penale rifletta il pensiero dominante indica che tale pensiero è sensibile al tema della diversità, al problema delle culture minoritarie e quindi alla questione multiculturale. In particolare, prosegue l'autore, per quanto riguarda il ruolo condizionante della cultura etnica sulla formazione della personalità dell'individuo e sul rilievo di tale influsso a livello penale. A sostegno dell'atteggiamento di indifferenza del sistema penale italiano rispetto al fattore culturale, possono ravvisarsi in realtà ragioni di ordine storico, politico e politico-criminali. Da un punto di vista storico, la "concezione monolitica" del diritto penale

⁶⁹ F. BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 65.

Gli indumenti riconducibili alla tradizione islamica possono distinguersi in quattro tipi: *foulard*, si tratta di un fazzoletto che lascia libero il volto; *chador*, che copre la fronte, le guance e il mento; l'*hijab*, che lascia scoperti solo gli occhi; *bourka*, copre completamente il viso, permettendo alla donna di vedere attraverso una grata di stoffa, ed il corpo della donna, L. MANCINI, *Simboli religiosi e conflitti nelle società multiculturali*, nota 15, in E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁷⁰ Il riferimento è a C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 70.

⁷¹ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 59 ss.

riflette la società italiana presentata da Alfredo Rocco in occasione dell'approvazione del testo definitivo del codice penale nonché l'ideologia assolutista che lo permeava. Benché pluralista sul piano delle singole soggettività, delle ideologie e dei modelli politici, la società italiana ha sempre avuto una matrice culturale omogenea ed è stata caratterizzata, fino a pochi anni fa, da una divisione per fasce socio-economiche e non per gruppi etnico-culturali. Il patrimonio culturale comune, condiviso dalla popolazione, veniva protetto da leggi che poca attenzione prestavano alle culture minoritarie. Senonché, a fronte dei numerosi flussi migratori provenienti soprattutto dal Nord-Africa, Medio-Oriente e Balcani, la tendenziale omogeneità culturale del Paese si è andata progressivamente erodendo. A fronte di questi fenomeni il diritto penale non può continuare a rimanere indifferente alla diversità culturale⁷². Quanto alle ragioni di ordine politico e politico-criminali, queste sono riconducibili al tradizionale scetticismo che da sempre circonda il modello sociale multiculturale, in particolare sul piano preventivo-punitivo. L'autore nell'affrontare la questione della rilevanza giuridico-penale delle differenze culturali accoglie la distinzione delle minoranze in due tipologie: quelle c.d. nazionali (dette anche native, originarie, autoctone, indigene), vale a dire i gruppi etnici stanziati in territori storicamente propri, e quelle non nazionali, cioè i gruppi immigrati. Questi ultimi impongono una valutazione giuridica differente, in considerazione della loro diversa propensione all'integrazione, del diverso impatto delle loro tradizioni culturali rispetto ai valori dominanti e soprattutto del diverso potere loro attribuito di autodeterminare le regole di vita⁷³. La diversità culturale derivante dall'appartenenza a minoranze nazionali autoctone assume una rilevanza penale crescente, a differenza delle minoranze di immigrati. Ciò si deve in particolare a due motivi: innanzitutto una loro maggiore resistenza all'integrazione; in secondo luogo essi costituiscono un pericolo minore per la stabilità della cultura dominante. Rispetto ad essi non vi è quel rapporto asimmetrico che sussiste tra Stato ospite ed immigrati e che giustifica un livello minore di tutela delle tradizioni culturali di questi soggetti⁷⁴. Gli autoctoni possono

⁷² A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 63.

⁷³ In questo senso A. Bernardi si riporta alla distinzione proposta da Kymlicka tra società multiculturale di tipo multinazionale e di tipo polietnico, vedi *supra* Cap. I par. 4.2.

⁷⁴ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 71-72.

L'autore fa riferimento alla realtà nordamericana (comunità Inuit e Pellerossa), sudamericana (Perù, Cile), africana ed asiatica. Per quanto concerne invece le minoranze autoctone dell'Europa

esercitare veri e propri diritti ancestrali (tra cui il diritto all'autodeterminazione) che sono preclusi agli immigrati. Tuttavia anche nei confronti degli immigrati il fattore culturale, già a partire dagli anni 70, ha iniziato ad avere un ruolo significativo in ambito penale, soprattutto nei Paesi occidentali ad alto tasso di immigrazione (in Europa, l'Inghilterra, l'Olanda, la Svezia). Con il diffondersi di modelli sociali a sfondo pluralista, la diversità culturale ha ottenuto sempre maggiori riconoscimenti sia a livello legislativo che interpretativo, anche se numerose ed importanti sono state le eccezioni a questa tendenza (basti pensare al modello sociale assimilazionista francese, tedesco o spagnolo, basati proprio sull'irrelevanza penale delle peculiarità culturali delle minoranze immigrate)⁷⁵.

Un fattore che Fabio Basile evidenzia essere un ostacolo ad una politica in tema di immigrazione che possa essere chiara e coerente è costituito dall'illegalità di una quota significativa del fenomeno immigratorio nel nostro Paese. È logico che nei confronti degli immigrati clandestini lo Stato non potrà mai adottare una politica che punti all'integrazione nella società ospitante. Del resto ogni intervento di politica che miri ad una qualsivoglia forma di riconoscimento della diversità culturale, sarebbe bloccato o frustrato dal timore (effettivo o solo percepito nell'opinione pubblica) che possa avere effetti positivi anche per gli immigrati illegali, considerati a tutti gli

occidentale, si tratta di gruppi etnici che non hanno specificità culturali tali giustificare differenziazioni sul piano penale. Nonostante ciò si rinvengono comunque casi di "privilegio penale" a sfondo culturale. È sufficiente pensare alle popolazioni Inuit dei Paesi nordici, alle popolazioni residenti in alcune regioni circoscritte caratterizzate da pratiche culturali ben radicate, ai gruppi etnici rom.

⁷⁵ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 74 e 113 ss.

Rispetto alle politiche sociali di matrice assimilazionista accolte da tutti i principali Paesi Europei (Francia, Germania, Spagna, Italia) si contrappone molto spesso l'orientamento della giurisprudenza, basato su una maggiore o minore tolleranza verso i reati culturali. In completa distonia con il dato normativo, molte sentenze non recepiscono il dato della completa irrilevanza sul piano penale del dato culturale. Non si tratta certamente di una tendenza generalizzata, di una linea comune. Dato costante della giurisprudenza è che si tende a coniugare il rispetto della legge con una certa indulgenza nella prassi, finalizzata al raggiungimento di un'equità sostanziale degli esiti processuali. I vantaggi di questo metodo sarebbero duplici. Da un lato evitare un'applicazione delle fattispecie astratte senza alcuna considerazione del contesto sociale e culturale dell'imputato. Dall'altro prescindere dall'introduzione di disposizioni legislative ad hoc, in presenza di situazioni conflittuali e variabili dal punto di vista interpretativo. Rimane alto il rischio di risposte giurisprudenziali assai divergenti in relazione a casi analoghi. Non si vuole affrontare in questa sede un'analisi comparata, per la quale si rinvia alla lettura del contributo dell'autore.

effetti come non meritevoli di integrazione, in quanto costituenti il maggior pericolo per la sicurezza pubblica⁷⁶.

Alessandro Bernardi evidenzia come nelle società contemporanee globali alle tradizionali diseguaglianze individuali di carattere endogeno si affianchino diseguaglianze individuali di carattere esogeno, prodotte dagli attuali e sempre più numerosi flussi migratori, ben più ampie ed importanti delle prime⁷⁷. Di fronte a questa complessa situazione di fatto, l'autore ritiene che la pluralità di culture debba essere accettata, al pari delle differenze sociali, intellettuali e di comportamento rinvenibili all'interno di uno stesso gruppo etnico. E ciò anche se la trasposizione della cultura diversa in un contesto socio-culturale differente da quello di origine, provochi inevitabilmente una serie di problemi. Da questo punto di vista l'autore critica l'etnocentrismo, vale a dire l'assolutizzazione dei valori di una data cultura, considerata ottimale e custode di verità assolute e come tale assunta a parametro di giudizio, ad unità di misura, di ogni altra cultura⁷⁸. Senonché, il rispetto delle singole culture non equivale necessariamente ad una loro acritica accettazione, dovendo pur sempre sussistere la possibilità di sindacare la legittimità dei comportamenti imposti da una certa cultura. Sarebbe certo da risolvere il problema della scelta dei criteri di giudizio da adottare per questa valutazione. Criteri puramente filosofici (di tipo razionale ovvero giusnaturalistico) o criteri ispirati alla necessità di garantire una convivenza pacifica all'interno del singolo Stato?⁷⁹ In base a questi ultimi, che il giurista non può ignorare, il giudizio sulla legittimità di condotte culturalmente motivate dovrà avvenire verificando se tali pratiche ledano o meno i valori fondamentali tutelati dallo Stato. Per garantire la protezione di questi valori saranno ammissibili e legittime misure restrittive di alcune forme particolari di manifestazione di una data cultura. Il diritto penale deve costituire lo strumento per fornire risposte e soluzioni alle questioni e ai problemi sollevati dal

⁷⁶ F. BASILE, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 65-66.

⁷⁷ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 37-38.

⁷⁸ Parla di "spessore di ingenuità che si racchiude nell'etnocentrismo" F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit, p. 34.

⁷⁹ I criteri filosofici di tipo razionale basano la valutazione di legittimità di una data cultura non attraverso il parametro di un'altra cultura, ma verificandone la coerenza interna, F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit., p. 46.

I criteri filosofici di tipo giusnaturalistico sono ispirati a parametri oggettivi ed universali, A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 39.

multiculturalismo. Bernardi utilizza l'espressione "diritto penale quale strumento di convivenza nella diversità"⁸⁰. Sarebbero comunque soluzioni di compromesso delle diverse esigenze in conflitto, condizionate peraltro dai diversi obiettivi di volta in volta perseguiti: tutela della differenza, affermazione dell'uguaglianza ovvero mantenimento dell'unità-identità. Secondo le concezioni giuridiche attualmente dominanti nella cultura occidentale, il diritto penale non è chiamato a tutelare innanzitutto le idee della maggioranza. La funzione del mantenimento dell'unità-identità della cultura nazionale viene sostituita dall'affermazione del principio di uguaglianza. Considerato principio-base della convivenza sociale, favorisce l'affermazione dei diritti individuali universali a prescindere da ogni differenza (anche di etnia, lingua, religione e cultura). Sembra pertanto affermarsi il concetto di coesistenza mediante l'accettazione dei particolarismi, la cultura della diversità, l'idea della tolleranza, il diritto alla diversità che tende a coniugarsi con il principio di uguaglianza.⁸¹ Se necessarie per garantire la propria identità culturale sarebbero quindi ammissibili eventuali divergenze di trattamento, dovute proprio a motivi culturali. Vi sarebbe in ogni caso il rischio di legittimare forme di trattamento così diverse tra individui, da provocare sul piano sociale pericolose reazioni di rigetto. D'altro canto a livello giuridico questa diversità potrebbe porsi in contrasto con principi e valori imposti da fonti normative nazionali e sovranazionali. A questo proposito Bernardi segnala che sia la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo che la Costituzione prevedono deroghe esplicite o implicite alle libertà, per mezzo delle quali gli individui possono manifestare e rivendicare la propria identità culturale⁸². Si tratta di tecniche normative che comunque non garantiscono certezza nella soluzione di molti conflitti culturali. Presso i penalisti, ma anche i filosofi del diritto, le posizioni tendono infatti a diversificarsi notevolmente. Da ciò ne consegue che la scelta di criminalizzare comportamenti tipici di gruppi etnico-culturali minoritari è molto complessa, coinvolgendo non solo l'attività di interpretazione della norma penale, ma anche giudizi di bilanciamento di interessi che non hanno alcun punto di contatto con l'attività ermeneutica in senso stretto. Bernardi ribadisce che dinanzi a

⁸⁰ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 40 (titolo del paragrafo n. 9).

⁸¹ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 41-42.

L'autore cita come esempio gli artt. 2 e 27 del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici

⁸² In questa sede non si intende approfondire questo aspetto per il quale si rinvia alla lettura del contributo di A. BERNARDI, *Modelli Penali e società multiculturali*, cit., p. 43-46.

contesti sociali multiculturali e multietnici bisognerebbe limitare al massimo qualsiasi divieto a pratiche imposte da culture diverse, consentendone al contrario l'esercizio (ed eventualmente in luoghi ben precisi). Ciò, a maggior ragione, per quanto concerne la repressione penale, dovendo pur sempre essere considerata un'*extrema ratio*. Occorre poi sottolineare un altro aspetto rilevante. La repressione penale di comportamenti culturalmente motivati, tipici di gruppi etnici e culturali minoritari, determina inevitabilmente una crisi funzionale della stessa pena⁸³. Innanzitutto a livello di prevenzione generale negativa, in quanto la capacità intimidativa della sanzione è compromessa da una serie di fattori di frequente verificazione negli appartenenti a tali gruppi minoritari. Si pensi in particolare alla mancata conoscenza della disposizione penale o all'adesione a valori culturali antagonisti rispetto a quelli protetti dall'ordinamento di accoglienza. In secondo luogo, e in modo più evidente, a livello di prevenzione generale positiva. L'autore evidenzia il rischio di una "deriva antidemocratica" insita nell'impiego della sanzione penale allo scopo di orientamento culturale dei consociati (c.d. convalida normativa) e di rafforzamento dei valori tutelati. Un rischio in parte neutralizzabile se la scelta di criminalizzare condotte improntate a pratiche culturali differenti costituisca l'esito di un ponderato giudizio di raffronto tra contrapposti valori culturali di riferimento. L'esito di questa comparazione non dovrà essere la certezza della superiorità del patrimonio culturale dominante rispetto a quello di minoranza, ma quantomeno dell'impossibilità di una loro convivenza per ragioni di carattere costituzionale. Infine a livello di prevenzione speciale. Sotto questo angolo visuale una pena indifferente alla diversità culturale sarebbe discutibile sotto il profilo della neutralizzazione del reo. Si tratterebbe di una pena che non punta ad una risocializzazione del condannato attraverso la riappropriazione dei valori culturali propri, seppure di minoranza. Scopo della sanzione sarebbe una vera e propria "riconversione culturale" del soggetto, costringendolo ad introiettare le regole di una società che accoglie una propria visione unitaria delle tradizioni e dei modi di vita. Bernardi conclude affermando che in contesti sociali multiculturali l'utilizzo della sanzione penale nei confronti di appartenenti a gruppi etnico-culturali minoritari debba essere circoscritta a quei comportamenti che ledono i diritti fondamentali dei

⁸³ A. BERNARDI, Modelli penali e società multiculturale, cit., p. 51-53.

consociati ovvero gli interessi superiori dello Stato. Solamente rivalutando il ruolo di *extrema ratio* della repressione penale, sarà possibile salvare il rapporto di circolarità tra culture/valori e fattispecie/sanzioni, anche se in presenza di società multiculturali e multiethniche. Egli auspica pertanto l'affermarsi di uno spirito di tolleranza destinato a cedere il campo solo al cospetto di condotte gravemente lesive della stabilità sociale⁸⁴.

⁸⁴ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 53.
Tutto ciò dovrebbe essere frutto di processi interpretativi e giudizi di bilanciamento svolti con spirito aperto e tollerante. Con tutte le incertezze che questo tuttavia comporta.

§5. L'interazione tra il fenomeno immigratorio, il localismo e la non neutralità culturale del diritto penale.

Fondamentale per l'inquadramento del problema della gestione del fattore culturale nell'ambito del sistema penale e per l'individuazione di una soluzione soddisfacente è senza dubbio il contributo fornito da Fabio Basile⁸⁵. L'autore nell'affrontare la questione di come deve reagire il diritto penale di fronte ai reati culturalmente orientati analizza in modo molto approfondito quali sono le interazioni tra le due caratteristiche fondamentali del diritto penale, vale a dire il localismo e la non neutralità culturale, e la motivazione culturale alla base di condotte penalmente rilevanti. Le suindicate peculiarità devono necessariamente confrontarsi con le nuove società multiculturali di tipo polietnico, potendo entrare in attrito con i nuovi contesti sociali⁸⁶. Punto di partenza delle riflessioni di Basile è la considerazione del carattere locale del diritto penale. Ogni ordinamento giuridico penale presenta le proprie caratteristiche e soprattutto il proprio catalogo di reati. Oramai in dottrina si parla pacificamente di variabilità del diritto penale nello spazio e nello tempo⁸⁷. La

⁸⁵ Il riferimento è alla più volte citata monografia di F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 75 ss..

⁸⁶ Anche Francesco ANTOLISEI sottolineava la relatività storica degli illeciti penali, affermando che "essi mutano con i tempi ed i luoghi, essendo strettamente connessi col grado di civiltà, con l'indole di ciascun popolo, con quel complesso di fattori che determinano le concrete scelte di politica criminale". Egli evidenziava che non si ravvisa nessun fatto che sia stato considerato penalmente rilevante in ogni tempo e luogo. È sufficiente pensare a quei fatti che in passato erano puniti ed oggi non lo sono più, come ad esempio l'eresia, le pratiche di stregoneria, la magia etc., in *Manuale di Diritto Penale – Parte Speciale – I*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 8.

⁸⁷ A questo proposito parla di carattere marcatamente provincialistico e nazionalistico del diritto penale, A. Bernardi in *Modelli penali e società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2006. Anche George P. Fletcher sottolinea l'accentuata provincializzazione del diritto penale, parlando di frammentazione e disarmonia complessiva eclatanti, in *Grammatica del diritto penale*, a cura di M. Papa, Bologna, Il Mulino, 2004. Entrambi gli autori sono citati da F. Basile in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 77-78.

La frammentazione localistica del diritto penale è stata brillantemente messa in evidenza da Blaise Pascal che così scriveva nel 1670: "nulla si vede di giusto o d'ingiusto che non muti qualità col mutar del clima. Tre gradi di latitudine sovvertono tutta la giurisprudenza; un meridiano decide della verità; nel giro di pochi anni le leggi fondamentali cambiano; il diritto ha le sue epoche; l'entrata di Saturno nel Leone segna l'origine di questo o quel crimine. Singolare giustizia, che ha come confine un fiume! Verità di qua dei Pirenei, errore di là...il furto, l'incesto, l'uccisione dei figli o dei padri, tutto ha trovato posto tra le azioni virtuose. Si può dar cosa più spassevole di questa: che un uomo abbia il diritto di ammazzarmi solo perché abita sull'altra riva del fiume e il suo sovrano è in lite con il mio, sebbene io non lo sia con lui? Ci sono senza dubbio leggi naturali, ma questa bella ragione ha corrotto ogni cosa...Nulla secondo la pura ragione è per sé giusto: tutto muta col tempo", in *Pensieri*, n. 294, citato da F. Basile in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 79. Nel 1967 Giuseppe Bettiol in un convegno tenutosi sull'argomento "Prospettive per un diritto penale europeo" parlava di

relatività del reato veniva accolta anche dalla scienza criminologica che, a partire da Sutherland, sottolineava la grande varietà del catalogo dei reati, mutevole dal punto di vista geografico e storico. Nel corso della storia il processo di frammentazione localistica del diritto, ed in particolare del diritto penale, si è imposto sempre di più come conseguenza della nascita degli Stati, prima assoluti e poi nazionali. Durante l'Illuminismo molti autori hanno fornito contributi significativi per l'affermazione di questo processo⁸⁸. Nel periodo dei Lumi localizzazione del diritto significava statualizzazione del diritto, e questa a sua volta significava legalizzazione del diritto, cioè una sua identificazione con la sola legge (considerata l'unico strumento per conferire certezza e determinatezza alle norme giuridiche e per consentire la trasformazione e l'evoluzione del diritto stesso). Secondo il pensiero illuminista se il diritto deve identificarsi con la legge, e se la legge origina necessariamente dallo Stato, ne consegue che alla pluralità di Stati deve corrispondere una pluralità di leggi e quindi di diritti locali. Questo processo risulta particolarmente accentuato nell'ambito del diritto penale, che costituendo la principale espressione della "violenza fisica legittima", e dunque della sovranità nazionale, deve necessariamente comportare, come affermava Max Weber, la monopolizzazione del potere coercitivo in capo allo Stato. All'inizio del XX secolo quindi ogni Stato europeo era caratterizzato da un proprio sistema penale, espressione della realtà locale e destinato ad applicarsi all'interno dei propri confini. Attualmente il carattere frammentario e localizzato del diritto penale continua a permanere, ancora di più se lo si considera a livello globale, benché negli ultimi decenni, soprattutto a livello di Unione Europea, vi siano stati molti sforzi per pervenire ad un'armonizzazione degli ordinamenti giuridico-penali degli Stati membri, ad un riavvicinamento delle legislazioni nazionali nel settore penale. Va tuttavia messo in evidenza che, nonostante questo carattere frammentario, i sistemi penali occidentali dei vari Stati presentano

"un mosaico penalistico europeo che non rivela alcun disegno unitario ma costituisce solo una serie autonoma di pietruzze colorate", insistendo quindi sul carattere di frammentazione localistica del diritto penale, Sull'unificazione del diritto penale europeo, in Prospettive per un diritto penale europeo, Cedam, Padova, 1968, citato da F. Basile in Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 80. Certamente sono stati fatti significativi progressi verso l'armonizzazione del diritto penale degli Stati Europei, ma senza dubbio l'originaria frammentarietà localistica non è ancora stata ricondotta ad unità.

⁸⁸ Si pensi soprattutto a Montesquieu e alla sua opera *De l'esprit des lois* del 1748. A quasi un secolo di distanza da Pascal e dal suo atteggiamento diffidente nei confronti della frammentazione localistica del diritto penale, l'autore illuminista invece scrive approvando e supportando questo processo.

comunque punti di contatto e linee guide evolutive comuni, concetti e problemi affini. La seconda caratteristica approfondita da Basile è la non-neutralità culturale del diritto penale, fortemente condizionato e influenzato dalla cultura diffusa nello Stato che elabora le prescrizioni penali. La sussistenza di un legame tra cultura e diritto in generale era stata espressa in maniera efficace già nei primi anni dell'Ottocento, da F. Carl Von Savigny, fondatore della Scuola Storica del Diritto. Opponendosi al positivismo egli sosteneva che lo strumento della codificazione avrebbe cristallizzato il fenomeno giuridico, che per sua natura non poteva comprimersi in schemi precisi. Il diritto doveva considerarsi naturalmente dipendente dai costumi e dallo spirito di ciascun popolo e considerarsi pertanto in continua evoluzione e trasformazione⁸⁹. Esprime efficacemente l'esistenza di questo forte nesso tra cultura e diritto in generale, ma anche con riferimento al diritto penale in particolare, Gustav Radbruch. Ministro di Giustizia al tempo della Repubblica di Weimar ed uno dei maggiori filosofi del diritto e teorici del diritto penale dell'epoca, egli conia la famosa espressione "*Recht is Kulturerscheinung*": il diritto è una manifestazione, un fenomeno della cultura. Radbruch peraltro fu il primo giurista ad utilizzare il concetto del reo per convinzione, motivato cioè da convinzione, coscienza e cultura, in relazione al problema di un suo trattamento speciale. Secondo Radbruch il delinquente per convinzione viola una disposizione penale consapevolmente, ritenendo tuttavia di esserne autorizzato in quanto vincolato ad agire da una norma superiore in cui egli ripone la sua convinzione. In questo tipo di delinquente domina la riflessione, la ragione e la consapevolezza, ma anche il contrasto e l'antinomia tra la norma penale e la norma che appartiene al mondo interiore del soggetto. Hanno evidenziato la capacità della cultura di plasmare il diritto, soprattutto quello penale, anche storici del diritto (pensiamo ad Ugo Spirito), filosofi (Hoffe) e criminologi (in Italia Gian Luigi Ponti e in America David Garland). La dottrina penalistica italiana ed europea peraltro condivide ampiamente

⁸⁹ Carl Von Savigny elabora questo concetto nel "Manifesto" della Scuola storica, intitolato "Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza", pubblicato nel 1814 in risposta alla tesi di Anton Thibaut formulata nello scritto intitolato "Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania" secondo la quale era necessaria una codificazione sul modello napoleonico con lo scopo di unificare il diritto nel mondo germanico, in F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 93.

la sussistenza di questo intenso legame⁹⁰. Il collegamento tra le norme penali e le norme culturali viene messo in correlazione con la funzionalità sociale del sistema penale stesso. Maggiore sarà il grado di congruenza tra i due corpi normativi, maggiori saranno le probabilità che le prescrizioni penali vengano rispettate dai destinatari, rispecchiando la coscienza collettiva e la loro cultura⁹¹. La dimostrazione della sussistenza di questo rapporto direttamente proporzionale può essere fornita secondo tre angoli di visuale: la prevenzione generale c.d. positiva e la prevenzione speciale (intesa come rieducazione) della pena nonché la possibilità di conoscere la norma penale violata⁹². Nell'ambito della funzione general-preventiva della pena, accanto allo schema logico basato sull'intimidazione (c.d. funzione di prevenzione generale "negativa"), si è andata affermando un'interessante evoluzione che tende a superarne la struttura intimidativa, valorizzando componenti general-preventive di tipo moralizzativo-educativo (c.d. funzione di prevenzione generale "positiva"). Si tratta di un'impostazione che, pur continuando ad identificare la funzione della pena in un'utilità rivolta alla generalità dei consociati, persegue l'obiettivo di mettere in evidenza ulteriori dinamiche della sua incidenza sui destinatari. In base a questa concezione positiva della funzione general-preventiva, la pena agisce come contropinta all'agire delittuoso non solo attraverso l'effetto intimidativo, ma esplicando anche una funzione morale-pedagogica e di orientamento culturale. La minaccia, ma anche l'effettiva applicazione della sanzione penale, stigmatizzando i comportamenti criminosi, determinano un effetto di accreditamento sociale dei valori tutelati dall'ordinamento giuridico, sollecitandone un'intima acquisizione da parte dei consociati e favorendo una loro astensione spontanea dai comportamenti vietati. Il timore di subire una sanzione punitiva di tipo penale agisce, seppure inconsapevolmente, da fattore che facilita in ogni individuo la formazione di un Super-io (coscienza morale) che osserva i dettami della legge⁹³. In quest'ottica il diritto penale assolve una funzione di socializzazione, al pari di istituzioni come la

⁹⁰ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 94-96.

⁹¹ Questo assioma è ampiamente condiviso nel panorama dottrinale penalistico (lo esprimono in modo chiaro Pedrazzi, Pulitanò, Marinucci-Dolcini ed in tempi diversi anche Beccaria, Mayer, Levi, Antolisei, Hassemer).

⁹² Approfondisce questo aspetto F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 120ss.

⁹³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 712. Questi Autori qualificano tale funzione come di c.d. convalida normativa.

famiglia, la scuola, il gruppo, la comunità⁹⁴. Questa particolare funzione della pena contribuisce a formare e fortificare il codice morale della generalità dei consociati⁹⁵. Affinché possa determinarsi questo effetto e le prescrizioni penali non siano arbitrarie e vessatorie, è necessario che esse rispecchino il più possibile i valori culturali del sistema sociale. In caso contrario l'applicazione della sanzione penale determina negli individui solo sentimenti di rabbia, risentimento, reazioni violente, un vero e proprio effetto di rigetto, di repulsione. In altri termini la disapprovazione sociale e quella legale devono tendere ad una convergenza. Solo se il sistema penale nel suo complesso è vicino alle valutazioni culturali dei destinatari, allora anche eventuali norme penali contrastanti con tali valutazioni, emanate per correggere e modificare l'atteggiamento diffuso presso i consociati, ovvero emanate in contesti culturalmente indifferenti (in relazione ai quali cioè la cultura non ha ancora elaborato norme di comportamento) potranno penetrare e stabilizzarsi nel tessuto sociale. L'adesione del sistema penale alla cultura deve riguardare l'ordinamento nel suo complesso, nel senso che non si richiede che tutte le singole norme penali, in quanto giuridiche, debbano coincidere con corrispondenti norme di civiltà, le *Kulturnormen*. Si tratterebbe della teoria della coincidenza, o dei cerchi concentrici, formulata da Max Ernst Mayer nel 1903. Una teoria che non può essere accolta, definita da Binding come "la più detestabile creazione di una dogmatica giuridica sociologicamente snaturata e completamente deviante rispetto al vero diritto", e che lo stesso Mayer indirettamente confuta⁹⁶.

⁹⁴G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto Penale, Parte Generale, cit., p. 712.

⁹⁵ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 121; F. MANTOVANI, Diritto penale, Parte generale, cit., p. 703. Secondo parte della dottrina tuttavia questa funzione di positiva prevenzione generale della pena potrebbe favorire un uso discutibile ed illiberale del diritto penale, che tenderebbe a forzare le coscienze dei consociati. Si pensi ad una situazione di sussistenza di una pluralità di ideologie riguardo all'importanza di un certo valore. Ebbene in questi casi il legislatore potrebbe sfruttare l'effetto persuasivo della minaccia della sanzione penale proprio per introiettare quel valore, piuttosto che lasciare libero il dibattito pluralistico con conseguenze eventualmente anche differenti, F. PALAZZO, in Corso di diritto penale. Parte generale, Torino, Giappichelli, 2011, p. 20.

⁹⁶ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 103, in cui cita anche Binding.

Le argomentazioni proposte da Mayer, che indirettamente vanno a confutare la teoria da lui propugnata, sono tre. Innanzitutto egli sottolinea come il diritto deve atteggiarsi, nei confronti della cultura, non solo in termini recettivi, ma anche produttivi. In altri termini può accadere che vengano emanate norme giuridiche, considerate buone, che impongono ai consociati nuovi obblighi, che poi verranno recepiti dalla cultura. Pertanto, anche secondo Mayer possono esserci norme giuridiche che, al momento della loro emanazione, non rispecchiano il contenuto di alcuna *Kulturnorm*.

In secondo luogo, possono esservi norme giuridiche c.d. cattive, che non solo non coincidono con norme di cultura al momento della loro emanazione, ma che anche successivamente non riescono ad

La funzione di prevenzione speciale della pena persegue l'obiettivo di impedire, a chi si è reso responsabile della commissione di un reato, di tornare a delinquere in futuro, e ciò attraverso differenti tecniche sanzionatorie, tra cui la neutralizzazione (o incapacitazione) e il condizionamento della personalità del reo. Ma il criterio-guida che si è imposto nei tempi moderni con riferimento alla special-prevenzione è quello della rieducazione concepita come risocializzazione (proprio in quest'ottica è stata interpretata la funzione rieducativa della pena prevista dall'art. 27 comma 3 Costituzione). L'idea rieducativa non può essere concepita in chiave eticizzante (che sarebbe alla base del concetto della emenda morale): uno Stato democratico di diritto non può aspirare al pentimento interiore di un delinquente⁹⁷. La funzione di rieducazione implica un processo di risocializzazione, inteso a favorire nel condannato il recupero della capacità di apprezzare i valori tutelati dall'ordinamento giuridico, quei valori che sono alla base della convivenza, che sono fondamentali per la vita sociale. Affinché la rieducazione raggiunga il suo scopo, è necessario peraltro che il condannato accetti psicologicamente il trattamento risocializzante, prestando la propria collaborazione e disponibilità⁹⁸. Anche in prospettiva special-preventiva può affermarsi che quanto maggiore è l'ancoraggio del sistema penale ai valori culturali propri del contesto sociale, tanto maggiori saranno le probabilità che la pena comminata ed inflitta venga percepita come giusta dal condannato, perseguendo una funzione rieducativa e risocializzante del medesimo⁹⁹. Infine terzo punto di vista che Basile mette in evidenza per dimostrare il necessario collegamento tra norme penali e culturali è quello della possibilità di conoscere la norma penale violata. Non richiede molto impegno argomentativo l'affermazione secondo cui il contenuto delle prescrizioni penali è maggiormente conoscibile da parte del soggetto appartenente alla cultura in cui tali norme sono in vigore, se esso rispecchia le norme di civiltà ed il sistema di valori diffusi nel medesimo contesto sociale, e se tali prescrizioni

inserirsi nel tessuto socio-culturale, in quanto da esso troppo distanti. Oppure norme giuridiche, pur sempre cattive, che pur coincidendo con norme culturali al momento dell'emanazione, per un difetto sopravvenuto finiscono per essere superate dallo sviluppo successivo della cultura.

Infine vi sono norme giuridiche che impongono obblighi dal contenuto culturalmente indifferente, pertanto non contrastanti né coincidenti con *Kulturnormen*.

⁹⁷G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto Penale, Parte Generale, cit., p. 705.

⁹⁸G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto Penale, Parte Generale, cit., p. 704.

⁹⁹F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 124.

sanzionino violazioni di norme sociali universalmente riconosciute¹⁰⁰. In questo caso difficilmente l'autore di un reato potrà invocare un'*ignorantia legis* inevitabile. Questo assunto è accolto anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988 sull'art. 5 codice penale. Qui si afferma che lo Stato per garantire la conoscibilità dei contenuti delle norme penali dovrebbe assolvere l'obbligo di formulare precetti che possano essere "percepiti anche in funzione di norme extrapenali, di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare"¹⁰¹. I giudici di legittimità sottolineano che l'originaria formulazione dell'art. 5 codice penale si basava su una precisa impostazione ideologica, secondo cui l'ordinamento giuridico era sorretto da una "coscienza comune". In base a questo assunto si poteva sostenere la regolare conoscenza, da parte dei consociati, dell'illiceità di fatti violatori di leggi penali le quali incriminavano condotte basate su violazioni di norme sociali universalmente riconosciute. Oggi invece il legislatore prevede reati per violazione di particolari e spesso imprevedibili valori, che riguardano settori che nulla hanno in comune con i delitti c.d. naturali, di comune riconoscimento sociale. Può correttamente affermarsi che lo Stato non è più sorretto da questa coscienza comune. La Corte quindi accetta la presenza, all'interno del sistema giuridico, di norme penali che non coincidono con norme culturali (o di civiltà), ma in relazione ad esse riconosce la scusabilità della loro eventuale ignoranza inevitabile¹⁰². Se le prescrizioni penali vengono applicate a soggetti che da sempre abitano e si sono formati in quel contesto socio-culturale, introiettandone i relativi valori, le caratteristiche naturali del localismo e della non neutralità culturale non subiranno alcuna tensione o crisi. Le conclusioni saranno diverse se le suddette peculiarità vengono considerate in relazione ai nuovi contesti sociali multiculturali dovuti all'immigrazione. Per gli immigrati presenti nel paese ospitante, ma formati all'interno di contesti sociali e culturali diversi, il connubio tra le norme culturali e quelle penali vigenti nel luogo di arrivo non può avere la stessa efficacia, e non può quindi trasmettere lo stesso messaggio, che presenta per tutti coloro che fanno parte integrante del contesto sociale-culturale di riferimento. Nei confronti dei primi le capacità di successo dell'ordinamento penale,

¹⁰⁰F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 125.

¹⁰¹ C. Cost., sentenza 364/1988, punto 17 della motivazione "in diritto".

¹⁰² F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 126.

basate sull'intersecazione tra norme penali e norme culturali sono notevolmente inferiori, in quanto per costoro le norme culturali non hanno alcun significato o, addirittura, hanno un significato opposto, essendo estranei alla cultura di riferimento del paese ospite. La diversità culturale dell'immigrato, la sua estraneità alla cultura di cui sono impregnate le norme penali, può portarlo a scontrarsi con tali norme. Sono proprio il localismo e la non neutralità culturale del diritto penale a creare il terreno fertile per la commissione di reati culturalmente motivati. La diversità culturale che caratterizza gli immigrati rende concreta una prospettiva che per gli autoctoni rimane solo teorica, quella secondo cui ciò che è reato nel Paese ospitante potrebbe non esserlo nel Paese di origine¹⁰³.

¹⁰³ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p.152 ss.

CAPITOLO III

LA CRIMINALITA' C.D. CULTURALE NELLA PROSPETTIVA DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA: ANALISI DI FATTISPECIE SIGNIFICATIVE

§1. Introduzione: l'obiettivo dell'adozione di una prospettiva giurisprudenziale.

Oggetto di questo capitolo è lo studio degli orientamenti della giurisprudenza italiana di fronte alla criminalità motivata dal fattore culturale. Verranno analizzate alcune fattispecie di reato che risultano particolarmente significative per l'indagine sull'interazione tra cultura e diritto penale. In particolare ci si soffermerà su determinate figure di reato che destano notevole allarme sociale, non solo per la crudeltà e la violenza che le contraddistinguono, ma anche per il fatto che nella maggior parte dei casi vengono consumati in contesti familiari e domestici, coinvolgendo soggetti, in qualità di vittime, in condizioni di forte debolezza rispetto all'autore del reato (soprattutto donne e minori). Nella maggioranza dei casi si tratta di condotte di violenza lesive della vita, dell'incolumità o della dignità altrui. Oltretutto si tratta di forme di criminalità degli immigrati che determinano due effetti: in primo luogo suscitano reazioni fortemente emotive, spesso incontrollate e tendenti al razzismo. Ciò in considerazione del bene giuridico offeso, dei rapporti tra autore e vittima e del movente dell'azione. In secondo luogo la tematica in questione è oggetto di facile strumentalizzazione da parte dei mass-media e della politica, che ben sanno di poter fare pressione sul *quisque de populo*¹. La ragione di questo approfondimento nasce dal fatto che i giudici italiani, ma anche europei, hanno affrontato molteplici casi di conflittualità culturale, in cui sono imputati immigrati che hanno consumato reati per veri o presunti motivi culturali. Come afferma Basile questi fatti non costituiscono più una *quantité négligeable*. Si tratta di ipotesi in cui si ritiene necessario da parte dell'organo giudicante estendere le acquisizioni

¹ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 162.

processuali anche al background culturale, alla mentalità, alle tradizioni di origine degli imputati, al fine di una migliore ricostruzione dei fatti e di una più corretta risposta sanzionatoria. Nonostante ciò, le Corti non hanno mai riconosciuto, a differenza della dottrina, la nuova categoria giuridica dei reati culturalmente motivati, nella quale ricondurre le varie manifestazioni della criminalità culturale². Questo mancanza di presa di posizione dei giudici ha avuto importanti ripercussioni in dottrina³. Fabio Basile in particolare ritiene che tutti i reati per la cui commissione assume rilevanza la diversità culturale siano da qualificare come reati culturalmente motivati. Egli considera la tipologia di questi reati un numero chiuso, essendo ricollegabili quasi esclusivamente alle relazioni familiari ed interpersonali, alle concezioni in materia di onore e ai comportamenti nella sfera sessuale e riproduttiva⁴. Si tratta di settori peraltro in cui maggiore è l'incidenza delle tradizioni e delle regole culturali proprie dei vari gruppi etnici di riferimento. Si è già anticipato che l'impostazione di Basile viene fortemente criticata dalla De Maglie il cui ragionamento si basa sulla distinzione tra semplice "motivo culturale" e "fatto culturalmente motivato"⁵. La ricerca deve fare riferimento al panorama giurisprudenziale per una migliore comprensione e delimitazione della categoria dei reati culturalmente motivati. Ma soprattutto perché influenza in modo determinante il problema della nozione di reato culturale, per la cui soluzione si contrappongono il motivo culturale dell'agente, da un lato, e la cultura del gruppo, dall'altro.

² Evidenzia questo aspetto anche C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 54.

³ Tali conseguenze sono già state esposte nella presente indagine, vedi *supra* Capitolo I, paragrafo 3.

⁴ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 161.

Richiamando espressioni tipiche della criminologia, Basile afferma che i reati culturalmente motivati sono reati espressivi e quasi mai reati strumentali. Questa terminologia è stata utilizzata anche nell'ambito di una relazione sulla criminalità degli stranieri redatta dal Ministero dell'Interno. In essa si distingue appunto tra reati strumentali, "che costituiscono mezzi per raggiungere fini economici (come ad esempio i furti, le rapine, la ricettazione di beni rubati)" e reati espressivi "che sono determinati da passioni, conflitti o dal desiderio di soddisfare bisogni personali fini a se stessi (come l'omicidio, l'aggressione violenta, il vandalismo, le violenze sessuali)", in Rapporto sulla criminalità in Italia. Analisi, Prevenzione, Contrasto, Roma, 2007, p. 353 (ww.interno.it), citato da F. BASILE in Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 161.

⁵ Vedi *supra*, Capitolo I, paragrafo, 3.

§2. Alcune fattispecie significative di criminalità c.d. culturale

Autorevole dottrina propone una rassegna molto vasta di giurisprudenza concernente reati commessi da immigrati per fattori culturali. Si tratta di fattispecie che vengono ricondotte espressamente alla categoria dei reati culturalmente orientati. Tale inquadramento trova una giustificazione soprattutto nel mancato riconoscimento di questa tipologia di reati da parte della giurisprudenza⁶. Tenendo conto del bene giuridico offeso, dei rapporti tra autore e vittima e del movente dell'azione, Fabio Basile raggruppa i singoli reati in varie categorie delittuose⁷. In particolare:

- *violenze in famiglia*, che si concretizzano in maltrattamenti (art. 572 c.p.), sequestri di persona (art. 605 c.p.), ma anche violenze per imporre alle figlie matrimoni combinati con uomini prescelti dalla famiglia, in modo da garantire che esse rimangano fedeli alla matrice culturale di origine⁸. La violenza, che nei casi più tragici sfocia nell'omicidio, viene esercitata anche per punire il membro della famiglia che tenta di sottrarsi al rispetto delle regole culturali e del codice etico di origine⁹. In genere mentre le vittime si identificano con i membri deboli della famiglia, l'autore ne è invece il componente forte (nella maggioranza dei casi è il capofamiglia). Questi reati vengono consumati in contesti culturali che attribuiscono particolari poteri al capofamiglia, o in genere ai genitori, e che sono profondamente differenti da quelli italiani ed europei.

⁶ Il riferimento è a F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 157- 260.

⁷ Come si è anticipato in conclusione del precedente paragrafo, nel presente lavoro verrà acquisita la classificazione proposta da Basile.

⁸ In questi casi F. BASILE cita casi tratti non solo dalla giurisprudenza italiana ma anche da quella inglese e tedesca, con la particolarità in quest'ultima che per imporre alla giovane donna il matrimonio combinato i reati (sequestro di persona ed anche violenza sessuale) sono stati consumati dallo sposo e non dai genitori della vittima, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 178-182.

⁹ Nella giurisprudenza italiana tra i casi che hanno avuto ampio risalto tra i mass-media Basile cita l'omicidio di Hina Saleem. Ma l'autore presenta casi analoghi di omicidio tratti anche dalla giurisprudenza tedesca ed uno persino da quella svizzera. Nell'omicidio trattato dalla giurisprudenza svizzera, il giudice di merito per una migliore ricostruzione del fatto e comprensione della personalità dell'imputato aveva persino disposto una perizia etno-culturale eseguita poi dall'Institut für Ethnologie dell'Università di Berna in collaborazione con uno psichiatra. La convinzione dell'organo giudicante è che i valori culturali dell'imputato sono rilevanti per una valutazione complessiva del fatto, se hanno una relazione diretta con esso. Secondo Basile questa tipologia di perizia evita un affidamento incondizionato sulle affermazioni dell'imputato (che potrebbe invocare in modo opportunistico la propria matrice culturale per ottenere un trattamento più favorevole) e soprattutto evita stereotipi o pregiudizi sulla cultura dell'imputato, F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 182-193.

- *reati a difesa dell'onore.*

Si segnalano soprattutto per il numero e la varietà, e presentano l'elemento comune che colui che li consuma pone l'onore, secondo quanto prevede la propria cultura di origine, al massimo livello nella gerarchia dei suoi valori di riferimento. L'onore viene considerato in una triplice accezione: onore familiare o di gruppo, onore riferito alla sfera sessuale e onore personale (inteso come autostima, reputazione, rispettabilità)¹⁰.

Con riferimento alla prima accezione vengono in rilievo le c.d. vendette di sangue, considerate vere e proprie forme di giustizia privata, tipiche di modelli sociali arcaici. Poiché l'onore che viene in considerazione in caso di sua lesione è quello della famiglia, ne consegue che è tutto il gruppo che deve ristabilire l'onore offeso, pena l'ulteriore disonore del gruppo colpito. Secondo queste concezioni culturali l'intervento della giustizia statale non assicura necessariamente una riparazione soddisfacente per l'offesa subita¹¹.

- *reati di riduzione in schiavitù*, soprattutto nei confronti di soggetti minori (siano essi membri o estranei alla famiglia)¹²;
- *reati contro la libertà sessuale.*

Nello specifico l'autore cita casi di violenze sessuali consumate nei confronti di ragazze minorenni (tratti dalla giurisprudenza italiana, tedesca ed inglese); di donne maggiorenni, che secondo le concezioni sociali e culturali del Paese di origine degli imputati avrebbero una libertà di autodeterminazione in ambito sessuale notevolmente inferiore rispetto a quella maschile (anche qui casi giudicati da giudici italiani, tedeschi e svizzeri). Basile fa riferimento anche a casi di violenze sessuali intra-coniugali, consumate da immigrati nei confronti della propria moglie, spesso sua connazionale, considerata in

¹⁰ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 193 ss.

¹¹ Basile cita due casi di omicidio per vendetta di sangue tratti dalla giurisprudenza tedesca, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 194 ss.

L'autore presenta anche dei casi di omicidi consumati da immigrati per tutelare l'onore sessuale, proprio del soggetto attivo o di un suo familiare, tratti dalla giurisprudenza tedesca ma anche da quella inglese, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 197 ss.

Infine presenta dei casi di omicidi consumati per tutelare l'onore inteso come sentimento di autostima e di propria reputazione, tratti dalla giurisprudenza italiana, tedesca e svizzera, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 205 ss.

¹² F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 208 ss.

posizione subordinata rispetto al marito (casi esaminati da giudici italiani e tedeschi)¹³;

- *mutilazioni genitali femminili, circoncisioni maschili rituali e tatuaggi ornamentali 'a cicatrici' (c.d. scarificazioni).*

Quanto alle prime due fattispecie, Basile presenta casi tratti dalla giurisprudenza italiana. Per le c.d. scarificazioni a scopo ornamentale, cioè lesioni personali della cute (cicatrici) praticate o fatte praticare dai genitori sui figli per segnare l'appartenenza del soggetto ad una determinata tribù, l'autore illustra un caso giudicato da giudici inglesi¹⁴.

- *reati in materia di sostanze stupefacenti.*

Si tratta dell'utilizzo da parte di alcuni gruppi culturali di sostanze stupefacenti o psicotrope per rituali religiosi o cerimonie. Basile si riferisce a due casi tratti dalla giurisprudenza italiana e tedesca, e a casi giudicati in Inghilterra¹⁵.

- *inadempimento dell'obbligo scolastico da parte dei genitori*¹⁶;
- *reati concernenti l'abbigliamento rituale.*

La giurisprudenza italiana ha affrontato alcuni di questi casi alla luce di una loro possibile rilevanza penale rispetto ad ipotesi di reato concernenti la sicurezza pubblica. Basile cita casi tratti anche dalla giurisprudenza statunitense e canadese¹⁷;

- *altri reati consumati dagli immigrati in una situazione di errore sul fatto che costituisce il reato (art. 47 codice penale) ovvero di errore sulla legge che prevede il fatto come reato (art. 5 codice penale), scaturendo l'errore proprio dalla differenza di cultura tra Paese di origine e Paese ospitante*¹⁸.

Basile specifica che non possono inquadrarsi nella categoria dei reati culturalmente motivati altre tipologie, come i reati contro la personalità dello Stato, contro la

¹³ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 208 ss.

¹⁴ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 224 ss.

¹⁵ F. BASILE, *immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 229 ss.

¹⁶ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 237.

L'autore fa riferimento ad un caso tratto dalla giurisprudenza inglese. Quanto alla giurisprudenza italiana Basile evidenzia che l'inosservanza all'obbligo scolastico rileva all'interno della più ampia fattispecie dei maltrattamenti in famiglia.

¹⁷ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 237 ss.

¹⁸ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 159 ss., citando casi tratti dalla giurisprudenza italiana ed uno da quella tedesca.

Pubblica Amministrazione, contro l'amministrazione della giustizia, contro la fede pubblica, contro l'economia pubblica, contro l'ambiente, contro il patrimonio. Si tratta pertanto di reati dal numero chiuso riconducibili a tre macro aree fortemente impregnate e dominate dalla cultura: le relazioni familiari ed interpersonali, le concezioni in materia di onore e i comportamenti nella sfera sessuale e riproduttiva¹⁹. Obiettivo dei prossimi paragrafi non sarà una disamina esaustiva ed approfondita di tutta la giurisprudenza sul tema, con un'analisi dettagliata delle pronunce di merito e di legittimità. L'attenzione sarà rivolta a singoli casi, ritenuti particolarmente significativi per evidenziare gli aspetti problematici dei reati culturalmente orientati e per fornire al lettore una prospettiva prasseologica sufficiente ad una migliore comprensione del tema della ricerca.

¹⁹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 161-162.

§2.1 Violenze in famiglia che sfociano in omicidio: il caso Hina Saleem.

Tra i casi più drammatici di criminalità culturale che si concretizzano in violenze all'interno della famiglia, vi sono gli omicidi di quei familiari che decidono di non rispettare più le regole religiose, etiche ed in genere i valori culturali di origine. Soggetti passivi di questi reati sono i membri deboli della famiglia (quasi sempre le figlie), mentre gli autori ne sono i membri forti (nella quasi totalità dei casi i padri). Nell'ambito delle culture di appartenenza, i responsabili di questi omicidi ritengono che la violazione delle regole imposte dalla cultura di origine sia di una gravità tale che in caso di mancato ravvedimento deve necessariamente essere sanzionata con la morte del soggetto interessato. Anche in considerazione del fatto che in caso contrario tale violazione causerebbe disonore e vergogna per tutta la famiglia (ed in certi casi addirittura per tutto il gruppo appartenenza)²⁰. Un caso che ha avuto molta eco mediatica e che ha suscitato molto interesse nell'opinione pubblica italiana ed internazionale è stato l'omicidio della giovane pakistana Hina Saleem²¹. Nel 1989 Mohammed Saleem, unitamente alla propria famiglia, abbandona il Pakistan per immigrare in Italia. Qui stabilisce la propria residenza a Sarezzo, un comune in provincia di Brescia, nella Bassa Val Trompia, dove vive svolgendo una regolare attività lavorativa. Nel clima tranquillo che caratterizza la famiglia pakistana, una delle giovani figlie, Hina, sembra rappresentare l'unico problema. È una giovane ragazza di venti anni che non obbedendo a quanto le impongono i genitori, vive sottraendosi al codice etico e alle regole di comportamento della cultura di origine, a cui la famiglia era rimasta profondamente radicata. Hina ha scelto uno *modus vivendi* "all'occidentale", andando peraltro a convivere con un ragazzo italiano, rinnegando tutte le regole della tradizione culturale di provenienza. L'11 agosto 2006 Mohammed Saleem, con l'aiuto dei due generi (cognati della vittima) Khalid Mamhood e Zahid Mamhood, uccide brutalmente la figlia. Prima le ha inferto

²⁰F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 182-183.

²¹ Tribunale di Brescia 20 gennaio 2008; sentenza n. 11/2008 Corte di Assise d'Appello di Brescia (udienza del 5 dicembre 2008); Cassazione Prima Sezione Penale, sentenza n. 6587/2010 (udienza del 12 novembre 2009 – depositata in cancelleria il 18 febbraio 2010). Il testo della sentenza è consultabile all'indirizzo web: www.penalecontemporaneo.it/area/3-/26-/171-aggravante_dei_motivi_abietti_e_reati_culturalmente_motivati
F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 185; C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 57 ss.

ventotto ferite con un coltello, poi le ha tagliato la gola. Successivamente tutti e tre, con l'ausilio di uno zio, Muhammad Tariq, occultano il cadavere seppellendolo nel giardino di casa con la testa rivolta verso la Mecca. La motivazione alla base dell'omicidio consumato si ravvisa nella necessità di punire Hina per il fatto che non fosse una "buona musulmana", avendo essa scelto uno stile di vita occidentale. Il corpo della giovane donna verrà trovato il giorno seguente dalle forze dell'ordine, allertate dal fidanzato di Hina. Ciò che caratterizza la fase processuale, svoltasi con rito abbreviato, è che le posizioni dell'accusa e della difesa si contrappongono non tanto sul merito dei fatti, quanto sul movente dell'agire delittuoso. Incontestata risulta la responsabilità penale degli imputati in merito alla realizzazione materiale della condotta criminosa. Controversa è proprio la rilevanza da attribuire ai fattori culturali nella valutazione della *mens rea* e nella commisurazione giudiziale della pena. Al termine del processo di primo grado Mohammed Saleem, Khalid Mahmood e Zahid Mahmood vengono condannati per concorso in omicidio doloso pluriaggravato, nonché, unitamente a Tariq Muhammad e in concorso tra loro, per la soppressione del cadavere della ragazza. Nonostante il riconoscimento del vincolo della continuazione e la diminuzione per la scelta del rito abbreviato, la pena viene determinata in trent'anni di reclusione per i primi tre imputati, e in anni due e mesi otto di reclusione per Tariq Muhammad. Nei confronti del padre della ragazza viene riconosciuta la sussistenza di una serie di circostanze aggravanti²². In appello la Corte di Assise di Brescia, in parziale riforma della sentenza emessa dal G.U.P. del Tribunale, ritiene nei confronti di Khalid Mahmood e Zahid Mahmood le già concesse attenuanti generiche equivalenti alle aggravanti, per questo riduce la pena irrogata a costoro ad anni diciassette di reclusione. Per il resto conferma la sentenza impugnata. Avverso la sentenza di appello propongono ricorso Mohammed Saleem, Khalid e Zahid Mahmood articolando ben otto motivi di ricorso che la Corte di Cassazione rigetta integralmente, confermando la sentenza di secondo grado.

²² In particolare vengono riconosciute a Mohammed Saleem le seguenti aggravanti: aver commesso il fatto a danno di un discendente (art. 577 comma 1 n. 1 c.p.); la premeditazione (art. 577 comma 1 n. 3 c.p.); aver approfittato della minorata difesa e del rapporto di ospitalità nella propria abitazione (art. 61 nn. 5 e 11 c.p.); aver promosso e organizzato la cooperazione nel reato (art. 112 comma 2 n. 2 c.p.); aver agito per motivi abietti e futili (art. 61 n. 1 c.p.). Aggravanti in parte analoghe sono state riconosciute anche nei confronti dei due generi, ritenute prevalenti rispetto alle circostanze attenuanti generiche riconosciute comunque loro.

Secondo la tesi sostenuta dalla pubblica accusa, l'omicidio di Hina deve essere considerato un delitto d'onore commesso per motivi culturali, il cui proposito nasce nell'ambito di un contesto culturale fortemente patriarcale²³. Questa interpretazione dei fatti viene riproposta anche dai mass-media e fatta propria dall'opinione pubblica. Sulla base di questa chiave di lettura dell'omicidio l'accusa considera sussistente, tra le altre, la circostanza aggravante dei motivi abietti e futili a carico dei responsabili. In primo grado il G.U.P., dott.ssa Silvia Milesi, respinge la tesi difensiva (che ricostruiva l'omicidio come delitto d'impeto, senza alcuna premeditazione o movente culturale) accogliendo la ricostruzione dei fatti e la sussistenza del movente culturale proposta dall'accusa. Pertanto applica a Mohammed Saleem, Khalid e Zahid Mahmood il massimo della pena che poteva comminarsi in sede di giudizio abbreviato, riconoscendo tra l'altro proprio la circostanza aggravante dei motivi abietti e futili. Il giudice di primo grado tuttavia ritiene che non sussista alcun nesso causale tra il movente dell'azione delittuosa e l'influenza del contesto culturale e sociale degli imputati. Al contrario il giudice nella sentenza scrive che "anche parametrando il motivo del delitto, così come ricostruito, alle connotazioni culturali del soggetto e al contesto in cui si è verificato l'evento, (il) motivo appare futile: alla stessa comunità pakistana il fatto è apparso privo di proporzione". La sentenza in esame, non attribuendo alcun rilievo al fattore culturale d'origine, si considera indubbiamente espressione di quell'orientamento generale della giurisprudenza italiana che esige il rispetto dei parametri culturali e dei valori italiani, ma soprattutto dei diritti costituzionalmente garantiti, indipendentemente dalla diversità culturale. Con riferimento ad alcuni reati commessi nei confronti di

²³ In un'intervista pubblicata sul quotidiano La Repubblica in data 14 novembre 2007 il Sostituto Procuratore Dott. Guidi afferma infatti che "Hina con il suo comportamento all'occidentale dava scandalo, ma finché la cosa si sapeva solo in famiglia Saleem riusciva a gestirla. Ma la ragazza era andata a lavorare in una pizzeria, e si era sparsa la voce nella comunità pakistana che faceva la cameriera, portava la minigonna, si comportava da italiana, conviveva con un ragazzo. In pizzeria ormai ci andavano tanti pakistani, da quando ai tavoli c'era lei. E questo ha fatto traboccare il vaso». Alla domanda posta dal giornalista circa l'importanza delle motivazioni religiose nel delitto, il Pubblico Ministero risponde: «In modo relativo. Il delitto d'onore in Pakistan è antichissimo e ha pure un suo termine preciso, Karo-Kari, pre-musulmano».

Anche il Procuratore del Tribunale di Brescia all'epoca dei fatti, Giancarlo Tarquini, commentava in questo modo la sentenza di primo grado "Un pieno risultato da parte della Procura. Una sentenza giusta. Anche gli imputati sono unanimemente delle vittime, ma giustamente da condannare. È stata spezzata una giovane vita in modo inammissibile per qualsiasi cultura. In questa vicenda onore e cultura religiosa si sono intrecciati e diventati una realtà unica". Articolo consultabile all'indirizzo web:<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2007/11/14/hina-condanna-trent-anni-per-il-padre.html?ref=search>

prossimi congiunti da membri di gruppi etnici di origine islamica, autorevole dottrina ritiene necessario accertare se le condotte delittuose poste in essere siano realmente espressive dell'orientamento culturale del gruppo etnico di riferimento ovvero se il riferimento alla "cultura dell'imputato", da parte del giudice, sia solamente indicativo di tutti quei parametri previsti dall'art. 133 c.p., che l'organo giudicante deve valutare per stabilire la gravità del reato e la capacità a delinquere del reo, nell'ambito del potere commisurativo della pena²⁴. Nella monografia dedicata al tema Cristina De Maglie si sofferma su alcune sentenze considerate paradigmatiche, criticandone l'impianto motivazionale. Al fine di verificare se le condotte criminose siano inquadrabili in una criminalità culturale di tipo islamico ovvero siano da considerare forme di criminalità comune, la De Maglie ritiene necessario ricostruire in modo approfondito il *background* culturale del soggetto agente. Approfondimento che le sentenze considerate non hanno effettuato, considerando la scarsità di dati e di informazioni sul gruppo etnico di appartenenza del reo. Ne consegue, conclude l'autrice, che nella maggioranza dei casi risulta arbitraria ed azzardata l'affermazione dei giudici che si sia in presenza di reati culturalmente motivati.²⁵ Per ritenere sussistente questa tipologia di reati occorre espletare in sede processuale una consulenza antropologica, necessaria per fare luce sul retroterra culturale del gruppo etnico dell'imputato ed evidenziare la sussistenza o meno di un conflitto culturale²⁶. La scarsità di questo tipo di indicazioni, tipica delle sentenze, potrebbe essere in parte compensata dal patrimonio di informazioni acquisibili dalla letteratura specialistica. Ad esempio, con riferimento alle condotte di maltrattamenti consumate dall'uomo all'interno di contesti familiari, nello specifico nei confronti della moglie, dalla letteratura specialistica si evince come nella cultura islamica vengano di fatto rispettati dei principi generali, sovraordinati alle usanze dei singoli gruppi etnici, relativi alla regolamentazione dei rapporti all'interno del nucleo familiare. Nonostante ciò le indicazioni fornite non sono considerate sufficienti né per poter concludere circa l'esistenza di un reato culturalmente orientato, né per poterla

²⁴ C. DE MAGLIE in i Reati culturalmente motivati, cit., p. 54 ss..

²⁵ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 58.

L'autore specifica che nella stesura delle sentenze i giudici si limitano a fare riferimento alla provenienza geografica del reo, alla religione professata (la fede islamica) o alla differente disciplina legislativa tra il paese di provenienza del soggetto e il sistema giuridico italiano.

²⁶ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 58.

escludere. Secondo la De Maglie quindi sarebbe stato meglio astenersi dal pronunciare giudizi sulla qualificazione di questa tipologia di reati²⁷. Ancora, relativamente ad un caso di violenza sessuale commessa da un immigrato di origine marocchina e di religione islamica nei confronti della moglie, sua connazionale, la De Maglie ritiene invece che il fatto possa qualificarsi come reato culturalmente motivato²⁸. In primo grado l'imputato viene condannato alla pena di tre anni di reclusione per il reato di violenza sessuale di cui all'art. 609 bis comma 1 codice penale, con le attenuanti generiche e la riduzione per la scelta del rito abbreviato. In secondo grado la Corte d'Appello, ritenendo integrata l'ipotesi della minore gravità di cui all'art. 609 bis comma 3 codice penale, riduce la pena inflitta ad un anno e mesi quattro di reclusione. L'imputato ricorre in Cassazione e tra i motivi di ricorso

²⁷ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 58-59. Le sentenze citate sono Cass. Sez. VI 8 gennaio 2003, CED 223192 (caso Khouider) e Tribunale Arezzo, 27 novembre 1997.

Con riferimento allo ius corrigendi del marito nei confronti della moglie all'interno della famiglia secondo la concezione islamica, l'autore cita due contrapposte correnti dottrinali. La prima parte dal presupposto che l'uomo e la donna sono uguali di fronte a Dio, pur avendo ruoli e responsabilità differenti. L'uguaglianza di valori si basa peraltro su una corretta interpretazione del Corano, in quanto l'uomo e la donna sono opera dello stesso Creatore (sura 4,1). Da un lato le donne devono obbedire al proprio coniuge; dall'altro il marito può esercitare lo ius corrigendi verso la moglie infliggendo anche sanzioni di tipo corporale. Ma la facoltà di percuotere la donna è limitata solo ai casi di manifesta immodestia, potendo tradursi esclusivamente in percosse lievi. Anche il Corano cita la punizione corporea della donna nella sura 4,34 "...ammonite quelle di cui temete l'insubordinazione, lasciatele sole nei loro letti, battetele". Si tratta di una vera e propria forma di punizione maritale da eseguire solo in casi estremi, come l'illecito da adulterio, a condizione di risparmiare il volto e che i colpi vengano inferti con un fazzoletto o con il siwak (il bastoncino che si usa per la pulizia dei denti), in http://www.corano.it/corano_testo/4.htm Tuttavia la condotta di maltrattamento fu largamente abusata dalla teologia islamica. Va comunque ricordato che nel suo insieme il Corano vieta ogni forma di violenza contro le donne, considerata una disobbedienza verso Dio: "O voi che credete, non vi è lecito ereditare delle mogli contro la loro volontà. Non trattatele con durezza nell'intento di riprendervi parte di quello che avevate donato, a meno che abbiano commesso una palese infamia. Comportatevi verso di loro convenientemente. Se provate avversione nei loro confronti, può darsi che abbiate avversione per qualcosa in cui Allah ha riposto un grande bene" (sura 4,19), in http://www.corano.it/corano_testo/4.htm

La seconda corrente dottrinale, che negli ultimi anni ha finito per dominare, denuncia la violenza all'interno della famiglia islamica come un fatto molto diffuso: percosse, lesioni e maltrattamenti non sono eventi eccezionali, ma vengono commessi quotidianamente nei nuclei familiari.

In assenza di una perizia antropologica sulla cultura di origine del soggetto agente, la De Maglie ritiene che sia meglio astenersi da ogni giudizio.

²⁸C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 59-60.

Il riferimento è al caso su cui si è pronunciata la Cassazione sezione III con sentenza del 17 settembre 2007 numero 34409. Con riferimento a quest'ipotesi la conclusione cui perviene Cristina De Maglie è conforme a quella di Fabio Basile che cataloga il suddetto caso tra i reati contro la libertà sessuale, nello specifico tra le violenze sessuali intra coniugali (F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit, p. 220). Entrambi gli autori si contrappongono pertanto all'orientamento restrittivo espresso al riguardo dalla Cassazione.

deduce proprio la violazione dell'art. 29 della Legge 218/1995²⁹. Egli ritiene che nel caso di specie non troverebbe applicazione l'art. 609 bis codice penale, poiché il matrimonio tra l'imputato e la persona offesa è disciplinato dal diritto marocchino, che non ritiene penalmente rilevante la violenza sessuale intra-coniugale³⁰. La

²⁹ Si tratta della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Il Capo IV disciplina i rapporti di famiglia e l'articolo 29 i rapporti personali tra coniugi. La norma stabilisce che "i rapporti personali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale comune. I rapporti personali tra coniugi aventi diverse cittadinanze o più cittadinanze comuni sono regolati dalla legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata".

³⁰ In effetti il codice penale del Marocco contiene diverse disposizioni considerate inadeguate ad affrontare i fatti di violenza sessuale. Basti pensare al fatto che in linea generale la violenza sessuale è ancora inquadrata tra i reati contro la "decenza" e "l'onore" piuttosto che tra i reati contro la persona. L'art. 486, che definisce lo stupro, non tiene conto del fatto che spesso avviene in circostanze coercitive che non si basano necessariamente sulla violenza fisica e che può verificarsi anche all'interno di un matrimonio. La durata della pena inflitta a seguito di uno stupro viene posta in relazione alla verginità o meno della vittima (art. 488). È solo di recente, nel mese di gennaio 2014, che il Parlamento del Marocco ha abolito l'art. 475 codice penale secondo cui l'autore di uno stupro nei confronti di una minorenne poteva evitare la reclusione in carcere sposando la sua vittima, in <http://lepersoneeladignita.corriere.it/2014/01/23/marocco-abolita-la-norma-sul-matrimonio-riparatore-ora-chi-stupra-va-in-carcere/>

In un comunicato dell'Ufficio Stampa di Amnesty International (il numero 022 del 01.03.2013) testualmente si legge: "Nel marzo 2012 Amina Filali, 16 anni, si uccise ingerendo veleno per topi. Era stata costretta a sposare l'uomo che l'aveva stuprata. Una storia tragica ma non rara in Marocco, a causa dell'articolo 475 del codice penale che consente a chi ha commesso uno stupro di evitare la condanna se sposterà colei che ha stuprato.

Il suicidio di Amina provocò un'ondata d'indignazione nella società civile marocchina, che nel gennaio 2013 ha spinto le autorità a proporre una modifica a quel vergognoso articolo.

Le organizzazioni per i diritti umani, Amnesty International inclusa, hanno apprezzato la proposta ma hanno sottolineato che molti altri articoli del codice penale dovrebbero essere modificati per proteggere dalla violenza e dalla discriminazione le donne e le ragazze.

Uno di questi articoli è il 486, che include lo stupro tra i reati contro la decenza, che punisce "la relazione sessuale di un uomo con una donna contro la volontà di quest'ultima" con pene da cinque a 10 anni di carcere. Se lo stupro è compiuto nei confronti di una minorenne, di una disabile o di una donna incinta, la pena sale da 10 a 20 anni.

L'entità della pena può dipendere da ulteriori fattori, quali lo stato civile o la verginità.

L'articolo 488 prevede pene ancora più severe se lo stupro e "l'attentato al pudore" determinano la perdita della verginità: da 10 a 20 anni in questo caso, da cinque a 10 anni nel caso opposto.

Le attiviste per i diritti umani ritengono che la definizione di stupro debba essere modificata, in modo da essere resa neutra dal punto di vista del genere e da comprendere altre forme di coercizione che non necessariamente prevedono la violenza fisica. Lo stupro coniugale dovrebbe essere riconosciuto come reato specifico.

"Il fatto che lo stupro sia catalogato nella sezione dei reati contro la decenza pone l'enfasi sulla moralità e sullo stato coniugale piuttosto che evidenziare che si tratta di un attacco contro l'integrità di una persona" - ha dichiarato Hassiba Hadj Sahraoui, vicedirettrice del Programma Medio Oriente e Africa del Nord di Amnesty International. "Temiamo che la proposta di modifica dell'articolo 475 conterrà ancora la distinzione relativa alle donne vergini e a coloro che non lo sono, una distinzione discriminatoria e degradante".

Altri articoli del codice penale dovrebbero essere emendati per contribuire a proteggere le donne dalla violenza.

L'articolo 496 afferma che offrire riparo a una donna sposata, "che è venuta meno all'autorità cui è legalmente sottoposta", è punibile con una multa e con una pena detentiva da uno a cinque anni.

"Questo articolo significa che chi offre protezione alle donne che fuggono dalla violenza domestica

Cassazione non accoglie questo motivo di ricorso, ritenendo “palesamente irrilevante” che secondo il diritto del Marocco, che civilisticamente disciplina il matrimonio, la violenza sessuale intra-coniugale non sia considerata reato. Richiamando il principio di obbligatorietà e territorialità della legge penale italiana, di cui all’art. 3 del codice penale, i giudici di legittimità ritengono che al caso in questione debba applicarsi unicamente la legge penale italiana, trattandosi di comportamenti tenuti nel territorio italiano. Con riferimento a questo caso la De Maglie evidenzia che nella letteratura specialistica si fa riferimento ad una serie di principi di ordine generale, validi quindi per tutto l’Islam a prescindere dal gruppo etnico di riferimento, relativi proprio al matrimonio tra musulmani. Tra questi si ravvisano alcune regole che disciplinano la sessualità nel matrimonio, secondo le quali la moglie si trova in una posizione subordinata nei confronti del marito, anche per quanto concerne la sfera sessuale. L’uomo ha la precedenza assoluta nel campo della sessualità. La conclusione per cui l’ipotesi in esame venga qualificata come reato culturalmente motivato suscita pertanto minori perplessità³¹.

Per il caso Hina Saleem bisogna fare una considerazione a parte³². Nelle società islamiche l’onore rappresenta uno dei valori sociali fondamentali, occupando i vertici

rischia una sanzione penale. La norma pone l'accento sulle donne che vengono sottratte all'autorità di qualcun altro" - ha sottolineato Sahraoui.

L'articolo 490 criminalizza le relazioni sessuali consensuali tra persone non sposate, con pene da un mese a un anno di carcere.

"Rendere reato le relazioni tra adulti consenzienti, a prescindere dal loro stato civile, viola il diritto alla riservatezza e alla libertà d'espressione. Inoltre, questo articolo pregiudica la possibilità di presentare denuncia da parte di una donna che ha subito uno stupro, la quale rischierebbe di essere processata" - ha commentato Sahraoui.

Nel luglio 2011, il Marocco ha adottato una nuova Costituzione che garantisce l'uguaglianza tra uomo e donna. Tuttavia, Amnesty International ritiene che questo possa non bastare a proteggere le donne e le ragazze dalla violenza e dalla discriminazione.

"Per garantire i diritti delle donne, è fondamentale che il Marocco riformi le leggi in modo da renderle conformi agli standard internazionali. Ma neanche questo potrebbe essere sufficiente. In una società in cui le donne non hanno lo stesso status degli uomini, non sono solo le leggi ma le radicate attitudini sociali a produrre discriminazione. Tra le misure fondamentali da adottare, riteniamo debba esservi la formazione del personale di polizia e di quello giudiziario su come trattare in modo sensibile le denunce di violenza contro le donne e le ragazze e proteggere le donne come persone, non il loro cosiddetto onore o la loro moralità" - ha concluso Sahraoui.

FINE DEL COMUNICATO

Roma, 1 marzo 2013.

Comunicato consultabile sul sito web: <http://www.amnesty.it/marocco-codice-penale-basato-su-pregiudizio-mette-in-pericolo-donne-e-ragazze>

³¹ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 60.

³² C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 60 ss.

della scala gerarchica ed essendo strettamente legato alla figura della donna e alla sua rispettabilità. Il concetto di onore è variabile in base alla cultura e alla regione geografica, ma rinvia anche (se non esclusivamente) alla figura femminile. La figura della donna ed il concetto di onore sono due nodi da sciogliere per una migliore comprensione delle culture islamiche (soprattutto del Medio Oriente)³³. La separazione della condizione della donna da quella dell'uomo, a partire dalla particolare gioia con cui in famiglia è accolta la nascita di un bambino maschio e al contrario dall'apparente indifferenza che accompagna la nascita di una bambina, fino alle pratiche di mutilazione genitale femminile, la separazione spaziale dei sessi, c.d. distinzione degli spazi di genere (caratteristica tipica delle società islamiche medio-orientali), la poligamia maschile, il diritto dell'uomo al divorzio, l'uso del velo, la sottovalutazione del ruolo sociale delle donne, l'attribuzione all'uomo della sfera pubblica e alla donna di quella domestica, familiare e privata, sono tutte usanze che ruotano intorno al concetto di onore femminile³⁴. La perdita dell'onore da parte della donna, anche se dipendente da fattori esterni e non da una condotta posta in essere volontariamente, e il fallimento sociale che ne consegue, investono tutta la famiglia che viene travolta dalla vergogna. Molto spesso per ristabilire l'onore perduto si ricorre proprio all'omicidio. Questa matrice culturale assume un'importanza significativa nel contesto sociale del Pakistan, uno dei paesi più conservatori del mondo islamico. In questa nazione la società è improntata ad un regime fortemente patriarcale, i rapporti familiari sono rigidi, la figlia femmina è completamente sottoposta al controllo della famiglia, in modo particolare del padre, di cui è considerata proprietà prima del matrimonio. Il prestigio di tutta la famiglia, a livello sociale, è strettamente collegato all'onore della donna, e quest'ultimo dipende dal suo comportamento sessuale. Questo comporta che ogni violazione del corpo della donna incida sull'autorità, sul decoro e sulla virilità degli uomini della famiglia, imponendo una reazione forte, simbolica, che non si limiti a punire il trasgressore, ma che sia idonea a ristabilire l'onore violato di tutto il nucleo familiare. La forma più diffusa di reazione è il c.d. *honour killing*, diffuso con differenti nomi in tutte e

³³ Esprime questo concetto Ugo FABIETTI, in *Culture in bilico. Antropologia del Medio Oriente*, Paravia Bruno Mondadori Editori, Milano, 2002, p. 139 ss.

³⁴ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 60 ss.; U. FABIETTI, *Culture in bilico*, cit., p. 148 ss. Quest'ultimo, con riferimento alla condizione femminile, parla di "realtà separata".

quattro le province del Pakistan³⁵. Questo tipo di omicidio è così radicato nella cultura pakistana che anche a livello legislativo riceveva un trattamento favorevole. Fino al 1990 la causa d'onore nell'ambito dell'omicidio era considerata un'ipotesi che poteva configurare una *defense*. La prova di aver agito per una "grave ed improvvisa provocazione" comportava la derubricazione del reato dalla forma più grave di *murder* a quella meno grave di *manslaughter*, mandando impunito l'agente (non sarebbe stata emessa la pena capitale). Benché la causa d'onore ed il connesso trattamento favorevole per l'omicidio siano stati formalmente eliminati dal sistema (con la *Quisas* e la *Diyat Law* del 1991 e il *Criminal Law Amendment Bill* del 2004), la pratica dell'*Honour Killing* sopravvive tuttora, ben radicata nella cultura dei gruppi etnici di tutto il paese³⁶. In base ad una legge del 2006, che ha modificato il

³⁵ Belucistan, Khyber Pakhtunkhwa, Punjab, Sindh.

La Commissione dei diritti umani del Pakistan (HRCP), fondata da Asma Jahangir, nota attivista e avvocato per i diritti umani, ha stimato che nell'anno 2007 le donne uccise per causa d'onore sono state 280, C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 61.

³⁶ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 61.

Nel 1979 sotto la dittatura del generale Mohammad Zia-ul-Haq vennero emanate varie ordinanze Hudud (punizioni coraniche), nel quadro di un programma di islamizzazione del paese, che prevedevano la lapidazione o la pena di cento frustate per varie condotte, tra cui la fornicazione. Una disposizione peraltro prevedeva che una donna doveva provare di essere stata stuprata presentando quattro testimoni; in caso contrario rischiava l'incriminazione per adulterio.

Il 1.12.2006 Pervez Musharraf firmò una serie di emendamenti alla legge sull'adulterio e sullo stupro, che, tra l'altro, prevedevano la possibilità per i magistrati di trattare i casi di stupro dinnanzi ad un tribunale civile piuttosto che islamico, abolivano nei tribunali civili la pena di morte e le frustate per i rapporti sessuali extraconiugali (sostituendola con una detenzione per cinque anni o una multa di 10000 rupie).

Nonostante la legge del 2006, in alcune aree rurali del paese dove sono ancora attivi e dominanti sistemi tribali e feudali, continua ad operare la *jirga* (giuria) tribale, a cui la popolazione ricorre, in alternativa alle forze di polizia, in caso di dispute inter-tribali e in materie relative all'onore. Secondo una pratica arcaica fortemente radicata nelle usanze di queste società tribali, un'accusa di infedeltà nei confronti della donna è punita con la morte. Si tratta del c.d. delitto d'onore, di tradizione pre-islamica, chiamato anche *Karo-Kari* ("donne e uomini adulteri"). Si tratta di una pratica tipica del Belucistan e delle province del nord-ovest ma molto diffusa anche in Punjab e Sind. Una donna sospettata di relazioni extraconiugali è denominata *Kari* (peccatrice) e l'onore impone che un membro della famiglia la uccida. In genere l'esecutore del delitto deve essere un maschio della famiglia; tuttavia spesso i concili tribali decidono di affidare a uomini del luogo tali esecuzioni. Si registra comunque un incremento dei delitti d'onore, mentre i colpevoli delle esecuzioni raramente vengono puniti. Altro aspetto rilevante è che l'onore prescinde dalla realtà dei fatti: l'uomo si considera leso nel proprio onore da ciò che percepiscono gli altri, anche se la donna è solo sospettata di relazioni adulterine. La testimonianza della donna non ha alcun peso nei tribunali tribali. I delitti d'onore vengono commessi anche all'estero, proprio per confermare la tradizione ed evitare sovvertimenti dell'ordine sociale, in

<http://www.nessunotocchicaino.it/bancadati/schedastato.php?idcontinente=8&nome=pakistan> e Antonella Battiato, in *Il Teatro che riscatta. L'altra metà del Pakistan*, Italia Caritas, mensile della Caritas Italiana, Organismo Pastorale della CEI, Anno XXXVII, numero 3, Aprile 2004, pp. 31 ss. Una ricerca della Caritas Pakistan condotta nell'anno 2004 denuncia proprio il permanere nel paese di profonde discriminazioni nei confronti della donna. In particolare si sofferma su tre tradizioni fondamentali: la sottomissione all'uomo (padre, fratello o marito), il concetto di donna-proprietà (che

codice penale, l'omicidio d'onore è stato equiparato all'omicidio aggravato, ma in pratica riceve un trattamento più mite rispetto all'omicidio³⁷. Secondo la De Maglie, sulla base dei dati forniti dalla letteratura specialistica ed in mancanza di una perizia antropologica che faccia luce sul retroterra culturale del reo, l'omicidio di Hina Saleem può qualificarsi come delitto culturalmente motivato³⁸. L'autore, nell'intento di delimitare con maggiore precisione i confini del reato motivato culturalmente, conclude che devono escludersi dalla categoria in esame tutti quei delitti che non sono espressione di un conflitto etnico-culturale. Si riferisce in particolare ai reati collegati al mero *status* di straniero del reo, a quelli dovuti ad una sua insufficiente socializzazione o ad una differente disciplina legislativa vigente nell'ordinamento ospitante rispetto a quello di origine, ai reati di terrorismo internazionale³⁹. La de Maglie conclude affermando che la mancata presa di posizione della giurisprudenza italiana sulla categoria dei reati culturalmente motivati, non autorizza a dedurre la sussistenza di questo tipo di reato da un generico riferimento al *background* culturale dell'imputato da parte del difensore o del giudice. Ciò comporterebbe un duplice rischio. Innanzitutto quello di catalogare come reato culturale un fatto che non lo è. Ma il rischio maggiore è quello di trasformare in categorie giuridicamente rilevanti generalizzazioni, stereotipi e pregiudizi sociali, i più disparati. Pur trattandosi di strumenti necessari per svolgere un ragionamento razionale e trarre delle conclusioni,

entra in gioco soprattutto nelle trattative di matrimonio ed è anche alla base del c.d. "denaro del sangue": cioè la donna può costituire parte del prezzo pagato per una pacificazione tra clan) ed infine i delitti d'onore.

³⁷ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 62. L'autore evidenzia come ciò sia anche l'effetto della prassi di giudici, avvocati e personale degli istituti penitenziari, che contribuiscono al mantenimento della situazione vigente. Molto spesso gli autori di *honour killing* nelle carceri ricevono un trattamento speciale e di favore, essendo rispettati proprio perché hanno ucciso per salvare il proprio onore.

³⁸ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit, p. 62.

³⁹ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 62-63.

L'orientamento espresso dall'autore si contrappone criticamente al pensiero di Fabio Basile che cataloga i suddetti tipi di reati tra quelli culturalmente motivati. La De Maglie evidenzia ancora una volta che l'elemento qualificante un delitto come motivato culturalmente è solo la valutazione delle differenze che emergono tra la cultura del sistema ospitante e la cultura del gruppo etnico di riferimento dell'imputato.

Quanto ai reati di terrorismo internazionale la De Maglie specifica che non possono considerarsi culturalmente motivati in quanto le organizzazioni terroristiche islamiche cui appartengono i responsabili di questi delitti, come ad esempio Al Qaeda, il Gruppo Salafita per la Predicazione ed il Combattimento, Ansar Al Islam, non sono gruppi etnici. Inoltre dal fatto che gli imputati siano di nazionalità araba e di fede musulmana non può desumersi automaticamente la sussistenza di una motivazione culturale del reato. Sarebbe come sostenere, prosegue l'autore, che tutti gli arabi di fede musulmana sono terroristi.

è fondamentale tuttavia distinguere tra le generalizzazioni c.d. universali (basate cioè su una buona base statistica) e quelle statisticamente invalide (i c.d. pregiudizi) in base alle quali si esprime un giudizio su un soggetto per il solo fatto di essere membro di un gruppo, oppure si censura un intero gruppo a causa del comportamento di una sola persona o comunque di una minoranza. La tecnica argomentativa per stereotipi o pregiudizi può portare pertanto a conclusioni false, soprattutto nelle questioni dubbie ed oggetto di discussioni⁴⁰.

⁴⁰ C DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 63-64.

§2.2 Il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio.

Dottrina autorevole ritiene che il delitto di “impiego di minori nell'accattonaggio” sia qualificabile come reato culturalmente motivato⁴¹. Questo reato è stato introdotto dall'art. 3 della legge 15 luglio 2009 n. 94 (c.d. pacchetto sicurezza) nell'ambito delle iniziative volte a tutelare le vittime deboli in nome della sicurezza pubblica⁴². Non si tratta peraltro di una novità all'interno del codice penale. Questa attività era sanzionata come reato contravvenzionale dall'ormai abrogato art. 671 codice penale⁴³. Bene giuridico tutelato dalla fattispecie contravvenzionale era la moralità pubblica e il pubblico decoro ovvero il sentimento di pietà altrui, mentre in seconda battuta emergeva il problema della tutela del minore⁴⁴. Per questo la giurisprudenza ha sostanzialmente disapplicato questa norma, riconducendo le condotte di impiego di minori nell'accattonaggio alle fattispecie di maltrattamenti in famiglia o di riduzione in schiavitù, sicuramente più idonee a tutelare l'integrità fisica e psichica del minore vittima degli abusi⁴⁵. La novità maggiormente rilevante del nuovo

⁴¹ Tra gli autori che giungono a questa conclusione vi sono C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 49 ss. e F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 165 e 208.

⁴² La De Maglie evidenzia che anche in questo caso trattasi di una legislazione dell'emergenza in vista della sicurezza pubblica, espressione generica ed omnicomprensiva che racchiude una molteplicità di fenomeni diversi tra loro ma accomunati dal fatto di generare allarme sociale e un forte senso di insicurezza (come, ad esempio, l'immigrazione, la criminalità da strada o la criminalità organizzata), in *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 49-50.

⁴³ L'art. 671 c.p. era collocato sistematicamente nel Libro III “Delle contravvenzioni in particolare” – Titolo I “Delle contravvenzioni di polizia” - Capo I “Delle contravvenzioni concernenti la polizia di sicurezza” – Sezioni I “Delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica” – Paragrafo 3 “Delle contravvenzioni concernenti la vigilanza sui mestieri girovaghi e la prevenzione dell'accattonaggio”.

L'art. 3 della legge 15 luglio 2009 n. 94, entrata in vigore l'8.8.2009, contestualmente ha abrogato l'art. 671 codice penale ed ha introdotto la nuova fattispecie di delitto di cui all'art. 600-octies c.p., collocato sistematicamente nel Titolo XII “Dei delitti contro la persona” - Capo III “Dei delitti contro la libertà individuale” – Sezione I “Dei delitti contro la personalità individuale”.

⁴⁴ Manzini in *Trattato di diritto penale*, vol. X, p. 378 ss., definisce l'accattonaggio come un fenomeno da reprimere con sanzione penale in quanto “ausiliario della delinquenza e del vizio”. Ritiene che la norma di cui all'art. 671 c.p. tuteli la probità, il decoro della civile convivenza e l'assenza di cause di pubblica molestia, beni-interessi esposti a pericolo dalla mendicizia in genere, e prevenga gli abusi della inferiorità altrui quale causa di perturbamento dell'ordine pubblico, citato da C. DE MAGLIE in *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 50 e da G. Bonilini – M. Confortini, in *Codice Penale commentato*, a cura di Mauro Ronco – Bartolomeo Romano, Milano, UTET Giuridica, 4 ed., 2012, p. 3500.

⁴⁵ Sulla sostanziale disapplicazione della fattispecie contravvenzionale in esame da parte della giurisprudenza si sofferma C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 50 che cita alcune sentenze della Cassazione. In dottrina anche Alessandro SIMONI, in un articolo scritto nel 2008, sottolinea come la mendicizia praticata da minori rom sia inquadrabile legislativamente in tre diverse fattispecie di reato collocabili in una progressione scalare: l'impiego di minori nell'accattonaggio (art. 671 c.p.), i maltrattamenti (art. 572 c.p.) e la riduzione in stato di schiavitù o servitù (art. 600 c.p.).

articolo 600 octies codice penale, oltre alla trasformazione della fattispecie da contravvenzione a delitto, si ravvisa proprio nella collocazione sistematica, da cui si evince che il bene giuridico tutelato diventa l'inviolabilità del diritto del minore. Il legislatore ha voluto contrastare la mendicizia in modo maggiormente incisivo, considerandola una pratica che rischia di deviare il minore da tutte quelle attività formative necessarie per un corretto sviluppo della sua personalità, come lo studio, lo sport e il gioco. Obiettivo del presente paragrafo non è analizzare la fattispecie delittuosa in esame e approfondirne gli elementi costitutivi, ma evidenziando il forte radicamento di questa pratica nella cultura dei gruppi etnici ROM, giungere alla conclusione che si tratta di condotte motivate culturalmente. Il termine ROM deriva dal sanscrito *Dom* e significa "uomo", più esattamente "uomo libero"⁴⁶. Comunemente ci si riferisce a questo gruppo etnico utilizzando il termine "zingaro"⁴⁷. Storicamente il popolo ROM, diffuso in Europa, si è suddiviso in due gruppi etnici. Innanzitutto i Sinti, di cittadinanza italiana e di antico insediamento. In secondo luogo i Rom di origine slava, provenienti dalla ex-Jugoslavia e da altre zone dell'Europa dell'est, che però non sono nomadi ma sedentarizzati, avendo vissuto per anni in condizioni di stanzialità. In questo si differenziano dai Sinti, che essendo

Nella maggioranza dei casi tuttavia le pronunce dei giudici hanno oscillato tra il riconoscimento dell'art. 572 o dell'art. 600 c.p. L'evoluzione giurisprudenziale non sembra comunque tenere in considerazione la complessità del fenomeno in questione. Nella letteratura specialistica si mette in evidenza come la mendicizia praticata dai minori rom abbia una frequenza, una funzione economica, una valenza culturale e delle modalità molto variabili a seconda dei gruppi etnici riconducibili alla cultura rom. Secondo l'autore tuttavia anche la giurisprudenza di legittimità non approfondisce adeguatamente i "fattori culturali", limitandosi ad un generico richiamo alla "tradizione rom", considerata come omogenea identità culturale in contrasto con la cultura della società maggioritaria. Egli sostiene che bisognerebbe dare maggiore importanza al dato antropologico, valutando la mendicizia nella prospettiva culturale dello specifico gruppo di appartenenza del minore e non facendo generico riferimento alla cultura rom, A. SIMONI, La qualificazione giuridica della mendicizia dei minori rom tra diritto e politica, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, Franco Angeli, Bologna, n. 1/2009 p. 99 ss.

⁴⁶ Si consulti il lavoro di ricerca svolto in equipe dall'Osservatorio Provinciale sull'Immigrazione di Brindisi e Lecce. L'attività di ricerca è stata coordinata dal Prof. Luigi Perrone, professore di II fascia (associato) presso la facoltà di Scienze della Formazione, Scienze Politiche e Sociali dell'Università del Salento, docente di Sociologia delle migrazioni e culture e coordinatore scientifico dell'OPI di Lecce e Brindisi. Articolo consultabile in:

https://www.unisalento.it/c/document_library/get_file?folderId=22473607&name=DLFE-120863.pdf

Con questo termine si indica esattamente uno dei gruppi etnici in cui si articola la popolazione zingara. Ma nel linguaggio comune è utilizzato per indicare qualunque appartenente a tale popolo. Evidenzia questa particolarità Letizia MANCINI, I ROM tra cultura e divanza, in *Diritto Penale e Processo*, Ipsoa editore, Milano, n. 6/1998, p. 770.

⁴⁷ Si tratta di un termine eteronimo, imposto cioè dall'esterno, che viene comunemente utilizzato per esprimere un giudizio etico negativo su tutti i gruppi rom o sinti, in https://www.unisalento.it/c/document_library/get_file?folderId=22473607&name=DLFE-120863.pdf p. 3. Evidenzia questo aspetto anche C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 51

dediti per tradizione ad attività di giostre e spettacoli per bambini, si spostano da un luogo all'altro durante lo svolgimento di queste attività. L'espressione "zingaro" non esprime pertanto una presunta indifferenziazione interna (si tratta di uno stereotipo comune). Nella realtà vi sono diversi gruppi rom ognuno dei quali caratterizzato da valori culturali e sociali così diversi tra di loro da rendere molto difficoltosa, se non impossibile, ogni forma di generalizzazione. Ciascun gruppo rom ha una denominazione e caratteristiche proprie⁴⁸. Negli ultimi anni si sono registrate anche migrazioni delle popolazioni rom, che hanno abbandonato i Paesi della ex-Jugoslavia, la Bosnia, la Serbia, il Kosovo, la Macedonia, il Montenegro, fuggendo da persecuzioni e da guerre. Benché i Rom siano un popolo di migranti e siano stati definiti "popolo senza stato", essi conservano e tutelano il loro tradizionale modo di vivere, la loro cultura e soprattutto la loro lingua, il *Romanes*, che si articola in una molteplicità di varietà linguistiche accomunate da una matrice indiana (la lingua peraltro costituisce un elemento di forte coesione). La scelta di abbandonare le loro terre di origine per dirigersi verso l'Occidente, la mobilità e lo stile di vita itinerante dei rom deve farsi risalire alla necessità di combattere la povertà e la fame, di sfuggire ai conflitti con le popolazioni confinanti e di trovare condizioni di vita migliore. L'Europa è stata teatro di queste migrazioni dei rom già a partire dal XV secolo. Queste popolazioni tuttavia sono state di frequente emarginate socialmente⁴⁹. Basti pensare al rapporto tra le comunità dei Rom e le comunità dei *Gadjé* che hanno sempre cercato di liberarsi in tutti i modi della presenza dei primi⁵⁰. Il carattere nomade delle popolazioni Rom è stata la causa della mancata acquisizione di diritti

⁴⁸ Con riferimento al nostro Paese è possibile elencare i Rom napoletani (di Napoli), i Rom abruzzesi, i Sinti piemontesi, lombardi, veneti, teich (tedeschi), marchigiani, emiliani, i Roma Harvati (detti anche istriani o sloveni). Tutti gruppi di rom cittadini italiani almeno dal Secondo Dopoguerra, in

https://www.unisalento.it/c/document_library/get_file?folderId=22473607&name=DLFE-120863.pdf. 4. Anche L. Mancini sottolinea che in Italia i gruppi rom presenti sono due: i Sinti e i Rom, i quali a loro volta sono divisi in numerosi sottogruppi, I Rom tra cultura e devianza, cit., p. 771.

⁴⁹ I rom infatti vengono considerati dall'opinione pubblica come stranieri, diversi. La peculiarità è che questa diversità non viene intesa in senso culturale (considerando il patrimonio culturale dei rom inteso come gruppo minoritario), ma come devianza rispetto ai modelli comportamentali e ai valori di riferimento della società ospitante. Evidenzia questo aspetto L. Mancini, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 770.

⁵⁰ Il termine *Gadjé* è utilizzato dai Rom per indicare coloro che non sono Rom, che non appartengono alla dimensione romanà. I *Gadjé* sono "gli altri per definizione" e identificano tutti quei gruppi con cui sono entrati comunque in contatto. I Rom sono una minoranza che vive dispersa fra i *Gadjé*. Esprime questi concetti L. Piasere, in I rom d'Europa. Una storia moderna, Editori Laterza, Bari, 2004, citato da C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 51.

nei territori occupati anche per anni o per secoli, delle difficoltà nei rapporti con le popolazioni stanziali e soprattutto dei sentimenti di sospetto ed ostilità nutriti nei loro confronti dagli autoctoni⁵¹. Nell'opinione pubblica la cultura rom viene pacificamente qualificata come cultura nomade. Secondo Letizia Mancini la cultura rom in realtà può essere definita come ciò che rimane di una cultura che nel corso della storia era espressione di un *modus vivendi* nomade ma che, a causa del crescente fenomeno di sedentarizzazione che ha investito queste popolazioni, ha perso i propri caratteri di cultura funzionale⁵². L'adattamento della cultura al nomadismo ha comportato, nel corso della storia, una serie di conseguenze. Innanzitutto la diversificazione degli usi, costumi ed abitudini dei vari gruppi rom, conseguenza naturale delle diverse vicende storiche e dei diversi contatti avuti da questi gruppi con le varie popolazioni stanziali con cui sono entrati in contatto. Un fattore molto importante, che deve essere valutato per comprendere le ragioni dei comportamenti devianti dei rom rispetto alle norme e alla cultura del paese ospitante⁵³. In secondo luogo l'importanza attribuita alla famiglia. Nella cultura rom la famiglia costituisce il nucleo fondamentale della struttura sociale, il nucleo economico in cui si svolge attività lavorativa ed il nucleo educativo che garantisce la conservazione della stirpe e la protezione dei singoli individui⁵⁴. Proprio la famiglia, considerata non solo come famiglia nucleare ma anche secondo una concezione allargata, la famiglia estesa (comprendente diverse coppie con i loro figli e diverse generazioni), costituisce l'unico fattore di stabilità nell'ambito di uno stile di vita che si basa sul cambiamento continuo. Una famiglia che si basa su una solidarietà reale. A livello sociale i rapporti non sono autoritari, i poteri non sono detenuti da una minoranza e

⁵¹ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 51.

⁵² L. MANCINI, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 770.

⁵³ L. MANCINI, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 770.

L'autore evidenzia questo aspetto e sottolinea che alcune condotte considerate illecite nel nostro Paese non sono poste in essere genericamente da tutti i rom, ma sono tipiche solo di alcuni gruppi e non di altri. Cita come esempio il manghel (l'accattonaggio) svolto dai minori, oppure le attività di sfruttamento della prostituzione o di tratta dei minori, che riguardano in particolare i rom jugoslavi di recente immigrazione (i c.d. Rom Khorakhanè e i Rom Kanjara), ma non i Rom e i Sinti presenti in Italia da moltissimi anni.

⁵⁴ La famiglia assume un ruolo fondamentale proprio con riferimento al processo educativo dei minori. Nella cultura rom i bambini non vengono inseriti nei percorsi formativi delle istituzioni scolastiche, considerate aliene e fattori di disturbo ed interruzione del percorso educativo che deve avvenire, per tradizione, esclusivamente nell'ambito del gruppo familiare, C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 52. Sul valore della famiglia quale perno attorno al quale ruota tutta la vita sociale dei rom si sofferma anche L. MANCINI, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 770.

non vi sono capi, ma tutta la struttura sociale si basa su un consenso molto ampio. A livello territoriale l'unica forma di struttura sociale di tipo comunitario conosciuta dai rom è la *Kumpania*. Si tratta di una comunità stanziata in un certo luogo, per un periodo di tempo determinato e per motivi economici o familiari (ad esempio per svolgere un determinato lavoro o per riunire una o più famiglie per eventi familiari importanti)⁵⁵. La struttura organizzativa sociale ed economica si basa sul gruppo familiare. L'appartenenza di un singolo ad una famiglia, nucleare od estesa, determina l'appartenenza dello stesso al gruppo. La posizione sociale nell'ambito della famiglia estesa e all'interno del gruppo è determinata dall'anzianità dello stesso nella famiglia. I forti sentimenti comunitari e di solidarietà che caratterizzano la cultura rom hanno due importanti conseguenze. In primo luogo pongono l'interesse del gruppo in posizione preminente rispetto all'interesse individuale. In secondo luogo tendono a far chiudere il gruppo nei confronti dell'esterno, consentendo di alimentare i propri valori culturali attraverso questa continua opposizione con esso⁵⁶. Anche la concezione che i rom hanno dello spazio è frutto del collegamento tra la cultura e il nomadismo⁵⁷. Nella cultura nomade lo spazio e il territorio non esprimono un'identità sociale (al pari delle culture sedentarie). Sono considerati elementi estranei nei quali dominano modelli culturali fortemente diversi, per questo da sfruttare per il solo mantenimento della cultura nomade. Lo spazio e il territorio non hanno un significato in quanto tali, ma sono funzionali alle esigenze contingenti del momento⁵⁸. Può ravvisarsi uno stretto collegamento anche tra la cultura nomade e le attività di lavoro svolte tradizionalmente dai rom, come la lavorazione dei metalli, l'allevamento e il commercio di cavalli, la raccolta della frutta, degli stracci, della carta, dei ferri vecchi, gli spettacoli viaggianti, l'intreccio dei canestri. Le

⁵⁵ L. MANCINI, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 770.

L'autore ritiene tuttavia che attualmente la struttura e il significato della *Kumpania* siano profondamente modificati a causa dei cambiamenti inerenti la possibilità di condurre uno stile di vita nomade. La struttura territoriale dei rom oggi si identifica con il "campo sosta" nel quale si riuniscono famiglie appartenenti a diversi gruppi etnici, fatto che incide sul mantenimento dei valori e dell'identità.

⁵⁶ L. MANCINI, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 771.

⁵⁷ Questa particolare concezione costituisce il maggiore ostacolo ad una integrazione dei rom nella nostra società, L. MANCINI, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 771.

⁵⁸ L. MANCINI, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 771. Vanno fatte salve tuttavia alcune eccezioni. Basti pensare a quei luoghi che rivestono una certa importanza anche per i rom in quanto legati ad eventi particolari. Ad esempio vi è una credenza religiosa secondo la quale una famiglia deve abbandonare il luogo, non potendo farvi ritorno, nel quale sia deceduto un proprio parente per morte non accidentale.

attività lavorative in questione sono accomunate dal fatto di essere tutte prestazioni di servizi nei confronti della popolazione stanziale con cui entrano in contatto. Peculiarità che consente ai rom di potersi mantenere senza entrare a far parte del mondo lavorativo delle società ospitanti⁵⁹. Poiché nella cultura rom il lavoro non è un fine ma un mezzo deve lasciare l'individuo libero. Per questo le popolazioni rom si adattano a svolgere qualsiasi attività lavorativa, a seconda del momento, dell'occasione e del luogo in cui si trovano. Molte di queste attività sono tipiche di una società rurale, ma ormai inutili per un contesto sociale industrializzato e anche difficoltose da poter svolgere, essendo ormai subordinate al rilascio di provvedimenti autorizzativi che presuppongono il possesso di documenti ed un grado di inserimento sociale incompatibili con lo stile di vita scelto da queste popolazioni⁶⁰. L'emarginazione e l'alto tasso di criminalità sono fenomeni riconducibili in primo luogo ad una commistione di fattori interni ed esterni alla cultura rom⁶¹. I caratteri della cultura nomade hanno subito infatti numerosi ed incisivi cambiamenti dovuti ad una serie di fattori esterni. Tra essi innanzitutto il mutamento sociale ed economico delle società ospitanti, che da rurali sono divenute sempre più industrializzate, determinando la difficoltà di continuare a svolgere le tradizionali attività lavorative e spingendoli verso quelle illegali. Ma anche, come già detto, le normative disciplinanti l'esercizio dei mestieri tradizionali (ad esempio la necessità di ottenere licenze, permessi e documenti che presuppongono un grado di istruzione sconosciuta ai rom). In secondo luogo vi sono i divieti di fermarsi e soprattutto gli obblighi di sostare in certi luoghi (il riferimento è ai campi nomadi che nella quasi totalità dei casi sono collocati nelle periferie delle città dove dominano condizioni di degrado ambientale e fattori di forte contagio criminale)⁶². L'insieme di tutti questi fattori comporta che i gruppi rom continuino a sfruttare lo spazio e il territorio non più attraverso i mestieri tradizionali, ma in maniera illecita. Essi percepiscono lo spazio

⁵⁹ L. MANCINI, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 771.

⁶⁰ L'economia rom è un'economia di sussistenza. Non esiste il concetto di benessere futuro e dunque di arricchimento e di proprietà, considerati mezzi idonei al perseguimento e al mantenimento di tale benessere. Il benessere è considerato esclusivamente in relazione al presente, L. MANCINI, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 771.

⁶¹ Esprime questo concetto L. MANCINI, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 771.

⁶² C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 53.

Anche L. Mancini evidenzia che i numerosi divieti a condurre una vita nomade rendono impraticabili molte delle attività lavorative tradizionali dei rom. L'autore sottolinea inoltre che la regolamentazione molto severa delle soste e l'ubicazione degli stessi campi nomadi, rendono inevitabile un loro coinvolgimento in attività devianti ed illegali, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 772.

non più in modo funzionale, ma solamente ostile, contrapponendosi e limitando il mantenimento della propria cultura⁶³. Le tipologie di reato che più comunemente vengono commesse dai rom per questo sfruttamento dello spazio sono il furto e l'impiego di minori nell'accattonaggio (il c.d. *manghel*). Per quanto concerne il furto, sottrarre beni appartenenti ai *gadjé* non costituisce reato. Secondo la cultura rom infatti poiché i *gadjé* sono ricchi e i rom poveri, se costoro sottraggono beni ai primi la loro condotta è giustificata dalla necessità di poter vivere, considerando anche che i *gadjé* non per questo diventano poveri⁶⁴. Al pari del furto, alla base del *manghel* vi è sicuramente uno stato di necessità ma anche un fattore etnico-culturale: l'attività di accattonaggio è frutto del conflitto tra la cultura itinerante dei rom e la cultura stanziale del nostro paese, dell'incapacità di queste popolazioni di abbandonare la propria cultura per integrarsi ed assimilare quella del paese ospitante. Bisogna tenere conto del fatto che nella cultura nomade i figli, essendo parte integrante della famiglia, devono contribuire al mantenimento economico della famiglia. Pertanto forniscono il loro contributo anche a questo tipo di attività. Va anche considerato che trattandosi di una cultura nomade, è naturale per i genitori, ma soprattutto per la madre, portare con sé i propri figli (in modo particolare se neonati) e unitamente ad essi svolgere qualsiasi attività (dunque anche l'accattonaggio⁶⁵). Considerando la letteratura specialistica relativa alle tradizioni culturali dei rom si può concludere che l'impiego di minori nell'accattonaggio sia un reato culturalmente motivato⁶⁶. Alla luce di questa affermazione si dubita in dottrina dell'efficienza politico-criminale della scelta di incriminare questa condotta nei confronti dell'etnia rom. Incriminando condotte fortemente radicate nella tradizioni culturali il rischio che questo delitto sia inutile è molto alto, sia sul piano della general-prevenzione che su quello della special-prevenzione. Sotto il primo aspetto il nuovo delitto potrebbe determinare una maggiore chiusura delle comunità rom ed un aumento del sentimento di ostilità nei confronti del paese di accoglienza. Quanto alla prevenzione speciale la nuova

⁶³ L. MANCINI, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 772.

⁶⁴ Il furto è un reato che nella coscienza comune viene ricollegato al rom. L. Mancini sottolinea questo aspetto evidenziando come in inglese il termine zingaro si traduca con *the gypsy* e il verbo *to gyp* significhi appunto "rubare", in I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 772.

Sicuramente alla base delle condotte illegali dei rom vi è un divario con le popolazioni stanziali, profondo e difficilmente superabile, soprattutto se i *gadjé* rispondono a queste condotte illecite esclusivamente attraverso lo strumento della sanzione penale.

⁶⁵ L. MANCINI, I ROM tra cultura e devianza, cit., p. 772.

⁶⁶ C. DE MAGLIE; I reati culturalmente motivati, cit., p. 53.

fattispecie delittuosa comporterebbe, in caso di condanna, che la pena verrebbe solo subita dal condannato, alimentando in lui sentimenti di vendetta e ribellione⁶⁷.

⁶⁷ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 53-54.

L'autore ritiene che la scelta di incriminare questa condotta da parte del legislatore esprime non la preoccupazione di tutelare il minore, come vittima debole, ma quello di contrastare lo straniero, il culturalmente diverso. Anche L. Mancini sottolinea che la repressione penale delle condotte illecite dei rom non ha alcun effetto rieducativo né di avvicinamento alla cultura e ai modelli normativi della società ospitante. Secondo l'autore bisognerebbe puntare su politiche istituzionali diversificate e multidirezionali che permettano ai rom di mantenere integra la propria cultura nel rispetto di quella della società di accoglienza. In particolare sarebbe opportuno diversificare gli interventi a seconda dei gruppi etnici e tenendo conto delle diverse fasce della popolazione (adulti e bambini). In secondo luogo gli interventi dovrebbero riguardare i vari aspetti della vita dei rom, L. MANCINI, *I ROM tra cultura e devianza*, cit., p. 773.

§2.3 *Le mutilazioni genitali femminili.*

Le mutilazioni genitali femminili (MGF) sono un fenomeno vasto e complesso che include pratiche rituali tradizionali e che rientra nel più ampio *genus* delle mutilazioni sessuali⁶⁸. In etnologia le mutilazioni possono definirsi come una “alterazione artificiale del corpo umano con l’asportazione totale o parziale di determinate parti (organi genitali, falangi delle dita, denti) praticata presso diverse popolazioni”⁶⁹. La mutilazione sessuale sugli organi genitali esterni maschili e femminili viene praticata non solo per ragioni terapeutiche ma in genere per scopi ornamentali o rituali. In quest’ultimo caso può costituire un rito di passaggio ed essere un marchio visibile di un mutamento di status⁷⁰. Secondo l’antropologo francese Arnold Van Gennep nell’ambito dei riti di passaggio devono includersi i riti di iniziazione alla pubertà sociale, differente da quella fisica, che comprendono dapprima i riti di separazione dell’uomo o della donna dal mondo “asessuato” e poi i riti di aggregazione⁷¹. In questo modo si consente l’accesso dell’individuo al mondo sessuale. Gennep al riguardo distingue poi tra i mezzi di differenziazione definitiva, nei quali rientrano le mutilazioni, e quelli di differenziazione temporanea, tra cui indossare un costume ovvero una maschera particolare, ovvero una pittura corporale, che hanno la peculiarità di essere ripetibili ad ogni mutamento dello *status* sociale dell’individuo⁷². Al pari delle mutilazioni sessuali le pratiche rituali sul corpo sono atti dal valore simbolico forte, preciso e dalla finalità rituale. Anch’esse

⁶⁸ MARIA CARMELA VENUTI, Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile, in Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè editore, Tomo I, 2011, p. 657 ss.

⁶⁹ In <http://www.treccani.it/enciclopedia/mutilazione/>

⁷⁰ In <http://www.treccani.it/enciclopedia/mutilazione/>

⁷¹ A. GENNEP, I Riti di passaggio, Torino, Bollati Boringhieri, 1987, 57 ss. citato da M. C. Venuti, in Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile, cit., p. 657.

Gennep sostiene che molti riti di passaggio sono articolati in tre fasi. La prima fase è definita della “separazione”. Si distinguono i riti di separazione dalla condizione precedente (si pensi ad esempio al rito dell’Estrema unzione o alla veglia funebre, prima della celebrazione del funerale vero e proprio, che segnalano il distacco del defunto dal mondo dei vivi). La seconda fase è definita “margine” o fase “liminare” (dal latino *limen*: soglia, passaggio): si tratta di riti connessi ad uno stato di transizione tra la condizione precedente e quella futura. Si pensi al periodo del lutto con tutte le sue particolarità (indossare certi abiti o evitare alcuni cibi) ovvero al fidanzamento o alla gravidanza. La terza fase è quella dei riti di aggregazione, cioè i riti di entrata nella nuova condizione (il funerale, ad esempio, sancisce l’ingresso del defunto nel mondo dei morti, il matrimonio invece il definitivo passaggio al mondo degli adulti e la costituzione di un nuovo nucleo familiare), in <http://www.treccani.it/enciclopedia/passaggio/>

⁷² M. C. VENUTI, Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile, cit., p. 658.

contribuiscono a definire l'identità sociale e culturale di un gruppo etnico. Tuttavia a differenza delle prime non comportano alcuna mutilazione sessuale in senso stretto, pur incidendo sul corpo della persona⁷³. La pratica delle mutilazioni genitali femminili è diffusa soprattutto nell'Africa Subsahariana ed è tipica di società islamiche ma anche di comunità non musulmane. Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità il fenomeno ha assunto dimensioni impressionanti, essendo circa 150 milioni le donne che subiscono queste pratiche mutilatorie in età peraltro molto variabile a seconda delle etnie e della tipologia di mutilazione (in molti Paesi viene praticata anche su neonate)⁷⁴. A livello geografico le MGF vengono commesse in 28 Paesi dell'Africa, in Asia, nel Medio Oriente e, a seguito delle immigrazioni, anche in Occidente⁷⁵. Nel continente africano, dove hanno carattere endemico, 18 Paesi hanno varato leggi per contrastare queste pratiche, prevedendo non solo sanzioni a carico di chi esegue queste mutilazioni, ma anche strumenti di supporto

⁷³ M. C. VENUTI, Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile, cit., p. 658-659.

⁷⁴ Articolo consultabile sul sito Web:

<http://www.senato.it/application/xmanager/projects/senato/file/Mutilazioni%20genitali%20femminili.rivisto%20ocx.pdf>

La diffusione del fenomeno è sottolineata anche in un articolo consultabile in <http://www.amnesty.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/535> Secondo Amnesty International ogni anno circa 2 milioni di donne (circa 6000 al giorno) rischiano di subire mutilazioni genitali femminili (le cifre fanno riferimento all'anno 2002).

Le pratiche di mutilazione vengono commesse principalmente su bambine in genere tra i 4 e i 14 anni, ma in alcuni paesi anche con meno di un anno di vita (in Eritrea ciò avviene nel 44% dei casi) o persino neonate di pochi giorni (come nello Yemen), in <http://www.unicef.it/doc/371/mutilazioni-genitali-femminili.htm>

Ad esempio nelle Tribù Masai vengono eseguite fino ai venti anni, poco dopo il matrimonio, G. LA MONACA – F. AUSANIA – G. SCASSELLATI SFORZOLINI, Le mutilazioni genitali femminili, cit., p. 643.

⁷⁵Le MGF sono diffuse soprattutto nella parte centrale del continente africano, in particolare nei seguenti paesi: Somalia, Gibuti, Sudan, Etiopia e alcune regioni o gruppi etnici del Kenya, Nigeria, Mali, Mauritania. In Medio Oriente sono diffuse in Egitto, Oman, Emirati Arabi Uniti. In Asia sono praticate in Indonesia, India, Malaysia, e Sri Lanka, in

<http://www.amnesty.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/535>

L'incidenza del fenomeno in questa aree geografiche è molto alta toccando il 90% della popolazione femminile (soprattutto in alcuni stati del corno d'Africa come Gibuti, Somalia ed Eritrea, ma anche in Egitto e Guinea. In altri paesi, Ghana, Togo, Zambia, Uganda, Camerun e Niger, le MGF riguardano una minoranza delle donne (secondo le statistiche si tratta di quote dell'1-4% della popolazione), in <http://www.unicef.it/doc/371/mutilazioni-genitali-femminili.htm>

Quanto alle MGF registratesi in Europa, Canada, Stati Uniti e Australia, in modo particolare tra gli immigrati provenienti dall'Africa e dall'Asia sud-occidentale, si tratta di fenomeni che si svolgono nell'illegalità, pertanto molto difficili da censire a livello statistico, in <http://www.unicef.it/doc/371/mutilazioni-genitali-femminili.htm>

alle vittime, di comunicazione e di formazione degli operatori sociali. Si tratta senza dubbio di un presupposto fondamentale per il cambiamento sociale⁷⁶. Nella letteratura specialistica queste pratiche vengono definite in vari modi, a dimostrazione dell'intensità del dibattito intorno ad esse. Si parla di "ablazione genitale femminile", termine omnicomprensivo e neutro dal punto di vista valutativo, oppure di "circoncisione femminile", come concetto più specifico, ma anche di "mutilazione genitale femminile" secondo un'accezione negativa, evocativa di

⁷⁶ Gli Stati Africani che non hanno ancora adottato leggi in tal senso sono: Mali, Sierra Leone, Sudan, Gambia, Liberia, Costa d'Avorio, Guinea Bissau, Camerun e Uganda, in <http://www.senato.it/application/xmanager/projects/senato/file/Mutilazioni%20genitali%20femminili.rivisto%20ocx.pdf>

I Paesi Africani che hanno legiferato in materia sono Repubblica Centro Africana (1966), Djibouti ((1994), Ghana (1994), Burkina Faso (1996), Egitto (1996), Costa d'Avorio – Tanzania – Togo (1998), Senegal (1999), Guinea (2000), Kenya (2001), Mali (2002), Benin – Chad – Nigeria (2003), Etiopia (2004). Nella maggior parte di questi Paesi le normative introdotte hanno inserito fattispecie ad hoc nel codice penale. A livello generale è possibile constatare che la vittima tutelata dalle norme è esclusivamente la donna (in Djibouti sono incriminate le mutilazioni genitali genericamente intese). Solamente in Tanzania si fa espresso riferimento alla vittima-donna minore di anni 18. Alcuni autori ritengono che le previsioni normative che identificano il soggetto passivo nella donna in generale e non solo nelle minori sia espressione di un atteggiamento "paternalistico" del legislatore secondo cui l'ambiente chiuso, proprio di molte comunità di immigrati cui appartengono le vittime potenziali, non permette alle donne (nemmeno se adulte) di prestare liberamente il proprio consenso in merito a queste pratiche. Dal punto di vista sanzionatorio le pene sono piuttosto contenute, in genere il massimo edittale oscilla tra i 3 e i 5 anni (salvo che in Tanzania dove è previsto un massimo di 10 anni). Sono poi previsti aggravamenti di pena in caso di recidiva (in Togo). Le norme di Costa d'Avorio e Togo sanzionano anche i parenti coinvolti fino al IV grado. I Paesi che hanno adottato strategie normative differenti sono l'Egitto, Guinea, Madagascar, Mali e Uganda. In Guinea e Madagascar le mutilazioni genitali praticate senza consenso sono considerate illecito deontologico medico.

Per quanto concerne le altre nazioni è possibile individuare tre aree. Il Nord America: USA, dove vi sono norme federali e statali e Canada. L'impianto del Nord America ricalca quello dell'area australiana. In Canada la condotta non integra gli estremi di reato se non deriva un danno fisico e limitatamente al soggetto maggiore di età. L'area australiana: Australia e Nuova Zelanda. E' la più omogenea. La vittima è identificata nel soggetto femminile, il consenso non ha rilevanza scriminante, salvo che per i casi con finalità terapeutica rispetto ai quali vi è un'espressa riserva di liceità. In Nuova Zelanda le norme puntualizzano che le credenze religiose ovvero antropologiche non hanno alcun rilievo scriminante. Sono considerate illecite anche le condotte di allontanamento del minore dallo Stato per eseguire o far eseguire la mutilazione ed anche l'opera di incitamento o di favoreggiamento. Il trattamento sanzionatorio è piuttosto severo. Infine l'Europa, dove la situazione si presenta molto articolata. L'impostazione di base è che queste condotte sono sanzionate introducendo fattispecie ad hoc nel codice penale relative alle lesioni personali. In Francia e Svizzera sono considerate anche illecito deontologico medico. A livello europeo vanno comunque considerate le 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", nonché la risoluzione del Consiglio d'Europa n. 2035/2001 con cui si chiede agli Stati membri di "considerare qualunque forma di mutilazione genitale femminile come un reato autonomo, indipendentemente dal fatto che la donna abbia prestato qualunque forma di consenso. A. GENTILOMO, Mutilazioni genitali femminili. La risposta giudiziaria e le questioni connesse, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio, 2007; C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 39.

violenze e torture⁷⁷. Quest'ultima definizione è stata utilizzata in occasione della "Terza Conferenza sulle pratiche tradizionali rilevanti per la salute di donne e bambine/i" organizzata dal Comitato Inter-africano ad Addis Abeba e dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, che tra queste pratiche include tutti quegli interventi che comportano la rimozione totale o parziale degli organi genitali femminili esterni nonché ogni altra lesione degli organi genitali femminili per ragioni non mediche⁷⁸. La dicitura "mutilazione" non viene utilizzata da nessuna delle popolazioni che le praticano, proprio per l'intrinseca connotazione negativa del termine. Si tratta peraltro di un vocabolo che prescinde completamente dalla dimensione sociale e culturale sottesa al fenomeno e che esprime un pregiudizio c.d. etnocentrico⁷⁹. Nella letteratura sul tema, le MGF sono state inquadrare nella macro categoria degli interventi di "modificazione", praticati in modo definitivo e per scopi non terapeutici su tutto il corpo della donna⁸⁰. Dal punto di vista della salute queste

⁷⁷ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 37.

I popoli di lingua araba indicano la circoncisione con il termine "*khifad*", riduzione, o con il più colloquiale "*tahara*", stato di purificazione di colui che si accinge alla preghiera, sottolineando il carattere sacrale del rito, G. LA MONACA – F. AUSANIA – G. SCASSELLATI SFORZOLINI, Le mutilazioni genitali femminili. Aspetti socio-antropologici, giuridici e medico-legali e contributo casistico, in Rivista Italiana di Medicina Legale, Milano, Giuffrè ed., XXVI, 2004, p. 641 ss.

⁷⁸ In <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/fr/>

Secondo l'O.M.S. le mutilazioni genitali femminili possono suddividersi in quattro categoria:

- a) Clitoridectomia: ablazione totale o parziale della clitoride e, più raramente solamente del prepuzio;
- b) Escissione parziale o totale della clitoride e delle piccole labbra, con o senza escissione delle grandi labbra;
- c) Infibulazione: restringimento del canale vaginale con la creazione di una chiusura realizzata tagliando e riposizionando le labbra interne, e a volte esterne, con o senza ablazione della clitoride;
- d) Altre: tutte le altre pratiche nocive per gli organi genitali femminili per scopi non medici, come per esempio, la punzecchiatura, la foratura o l'incisione della clitoride o delle labbra, lo stiramento/allungamento della clitoride e/o delle labbra, la cauterizzazione mediante bruciatura della clitoride e dei tessuti circostanti, la raschiatura dei tessuti intorno all'orifizio vaginale (taglio c.d. *angurya*) o incisione della vagina (taglio *gishiri*), introduzione di sostanze corrosive nella vagina per provocarne il sanguinamento o di erbe per restringerla o chiuderla.

Nella classificazione operata dall'O.M.S. va comunque tenuto conto del fatto che i vari tipi di MGF si differenziano non solo in base alle conseguenze clinico-patologiche, ma anche all'area geografica e al contesto socio-culturale. Sono possibili inoltre forme intermedie. Sottolineano questo aspetto GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., in Le mutilazioni genitali femminili: problematiche definitorie, fattori culturali e psicosociali, richiami normativi, in Rassegna Italiana di Criminologia, PensaMultimedia Editore, Lecce, 2/2009 p. 267

⁷⁹ I problemi di definizione sono stati affrontati anche da GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., in Le mutilazioni genitali femminili, cit., p. 266 ss.

⁸⁰ Utilizza questo termine M. FUSASCHI, I segni sul corpo. Per un antropologia delle modificazioni dei genitali femminili, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

pratiche comportano una pluralità di conseguenze negative. Nella letteratura clinica sono state evidenziate patologie immediate e a lungo termine, di tipo fisico e psicologico. Tra le prime vi sono emorragie, infezioni alle vie urinarie, incontinenza, infezioni pelviche, incapacità di completare il rapporto sessuale, formazione di ascessi, cisti e calcoli, crescita abnorme del tessuto cicatriziale, forti dolori nelle mestruazioni e nei rapporti sessuali, vulnerabilità maggiore all'infezione da HIV/AIDS, epatite⁸¹. Il rischio di infezioni peraltro è molto elevato in quanto le mutilazioni vengono compiute con strumenti del tutto inadeguati (coltelli, lame di rasoio, forbici, pezzi di vetro) ovvero senza che vengano sterilizzati prima dell'intervento. L'anestesia, oltre tutto, non viene quasi mai praticata, salvo che nelle strutture ospedaliere. Va anche considerato che tradizionalmente le mutilazioni vengono effettuate dalle donne più anziane, in genere levatrici locali, per le quali costituiscono anche una fonte di reddito. Nelle aree urbane di alcuni Paesi tuttavia le operazioni vengono realizzate anche da medici all'interno di strutture ospedaliere (nonostante i divieti posti da leggi locali). Le conseguenze di natura psicologica consistono in disturbi depressivi di varia entità (soprattutto depressione maggiore e distimia), disturbi d'ansia, irritabilità cronica, frigidity, psicosi, senso di incompletezza, perdita di fiducia nei genitori o tutori. Dal punto di vista psichiatrico possono verificarsi disturbi di personalità, disturbo acuto da stress e disturbo Post-Traumatico da Stress⁸². Possono insorgere poi tutta una serie di complicanze psicologiche in riferimento al vissuto corporeo. In particolare le donne che hanno subito MGF vedono compromessa la relazione con esso, il senso di fiducia in sé e nel mondo. Le origini storiche delle MGF non sono identificabili con certezza, non essendovi testimonianze su come e quando siano iniziate queste pratiche e in che

Si tratta senza dubbio di un termine più neutro rispetto a quello di "mutilazioni" e sicuramente maggiormente rispettoso del substrato sociale e culturale in cui sono radicate queste pratiche.

⁸¹ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 38;

<http://www.unicef.it/doc/371/mutilazioni-genitali-femminili.htm>

⁸² C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 38; D. SCOLART, Riflessioni sulle mutilazioni genitali femminili, in D'Agostino (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato. Nuove forme di rilevanza giuridica del corpo umano*, Milano, Giuffrè ed., 2003, p. 144. Si soffermano sulle conseguenze di carattere psichico e sessuale delle MGF anche GUALCO B., RENSIR., BARBIERI C., in *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 270. In particolare questi autori evidenziano che tutte le diagnosi psichiatriche sono state redatte utilizzando parametri medici occidentali, quindi culturalmente diversi, da quelli del contesto di origine delle MGF. Si fa costantemente riferimento cioè alla concezione della malattia mentale tipica della cultura Occidentale. E questo crea inevitabilmente dei problemi di raffronto con le diverse concezioni tipiche di altre realtà sociali e culturali.

modo si siano poi diffuse⁸³. Alcuni le fanno risalire all'età delle dinastie faraoniche egiziane (2850-525 a.C.), altri all'antica Roma. Le teorie sull'origine di queste pratiche sono due: una sostiene che nacquero in un luogo preciso (la penisola araba o l'Egitto) per poi diffondersi in altri Paesi; la seconda ritiene che queste pratiche sono così varie e diverse che non è possibile identificarne una comune origine. Secondo questa teoria le MGF hanno avuto origine in luoghi e momenti storici differenti. Già Erodoto (484-424 a.C.) scriveva che la recisione era praticata dai Fenici, dagli Ittiti e dagli Etiopi, come pure dagli Egiziani (intorno al 25 a.C. Strabone narra che gli Egiziani praticavano la circoncisione maschile e la recisione femminile). Del resto segni evidenti di operazioni di clitoridectomia sono stati rinvenuti anche sulle mummie egiziane. Gli storici ritengono che la recisione fosse diffusa tra le classi governanti e costituisse un segno distintivo delle donne appartenenti alle famiglie reali nonché della casta dei sacerdoti dell'Antico Egitto. Poiché le donne erano ritenute le uniche detentrici dell'arte magica, si riteneva che le MGF costituissero un modo per tenere sotto controllo questo potere. Altre testimonianze si trovano nella letteratura medica antica. Soranus, medico greco che svolse la propria attività nell'8 d. C. presso Alessandria d'Egitto e Roma, descrive dettagliatamente l'intervento e le tecniche utilizzate, affermando che esso veniva eseguito per diminuire il desiderio sessuale femminile⁸⁴. Nel 500 e nel 700 d.C. Aetius e Paolo d'Egina descrivono in modo analogo questi interventi, affermando che la clitoride dovesse essere rimossa per evitare il coito lesbico⁸⁵. Successivamente alle conquiste dell'Egitto e del Medio Oriente i Romani sono venuti a conoscenza di queste pratiche. Il termine infibulazione deriva proprio dalla tradizione romana di inserire un anello, fibula o fibia, attraverso le grandi labbra dei genitali delle schiave, ma secondo alcuni anche delle mogli, per evitare il rischio di gravidanze a seguito di rapporti sessuali illeciti in assenza del padrone o del marito. Alcuni storici ritengono che gli Ebrei e gli Arabi conobbero le pratiche della clitoridectomia e dell'infibulazione proprio in Egitto (gli

⁸³ Si soffermano sulle origini storiche delle MGF G. LA MONACA – F. AUSANIA – G. SCASSELLATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 644 e GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 271.

⁸⁴ GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 272.

⁸⁵ GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 272.

Arabi in particolare durante la conquista del Nord Africa)⁸⁶. Nel 1882 la rivista scientifica di ambito medico *The Lancet* riporta il caso di un chirurgo tedesco, Graefe, che avrebbe curato una ragazza affetta da masturbazione eccessiva e ninfomania praticandole la clitoridectomia. Si tratterebbe di una mutilazione terapeutica e preventiva giustificata dall'opinione, molto diffusa soprattutto in Inghilterra, che la masturbazione causerebbe disturbi funzionali al cervello e al sistema nervoso (dall'epilessia alla follia). Tra il 1860 ed il 1870, proprio in Inghilterra la clitoridectomia e le MGF erano molto diffuse, trasformando la questione morale della masturbazione in una condizione medica. Successivamente in Francia, Germania e Inghilterra la clitoridectomia si è molto diffusa per curare non solo la ninfomania e la masturbazione eccessiva, ma anche disturbi mentali come l'isteria, l'epilessia, la catalessi, la melanconia e la follia⁸⁷. Benché gli studi antropologici sul fenomeno siano numerosi e molto approfonditi, non è ravvisabile una teoria univoca che ne giustifichi l'affermazione e la rilevante diffusione. Alla base delle mutilazioni genitali femminili vi sono una pluralità di fattori culturali, religiosi e sociali, tipici dei diversi gruppi etnici all'interno dei quali vengono praticate. L'O.M.S. fornisce un elenco dettagliato delle motivazioni delle MGF⁸⁸. In particolare:

- la forte pressione prodotta da una convenzione sociale presente all'interno di un determinato gruppo etnico spinge i membri a perpetuare queste pratiche, conformandosi alla convenzione stessa. Le MGF sono considerate parte integrante del percorso educativo di una ragazza, necessarie per la sua preparazione al matrimonio e dunque per il passaggio all'età adulta. Secondo le credenze di molte comunità riducendo la libido femminile garantiscono un comportamento sessualmente corretto da parte delle donne, la verginità prima del matrimonio e la fedeltà coniugale, aiutandole a resistere agli impulsi di atti sessuali illeciti. In molte comunità la verginità ha un valore sociale molto elevato. In antropologia è pacifico che per la maggioranza

⁸⁶ Non è stata dunque la cultura islamica ad introdurre le MGF in Africa, trattandosi di usanze indigene radicate nelle società locali già molto tempo prima della penetrazione dell'Islam nell'Africa sub-sahariana, iniziata a partire dal 1050, e poi strutturate nel corso del tempo, G. LA MONACA – F. AUSANIA – G. SCASSELLATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 645.

⁸⁷ GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 272-273.

⁸⁸ In <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/fr/>

delle popolazioni che le praticano le MGF costituiscano dei riti di passaggio, dei rituali di iniziazione attraverso i quali vengono sanciti i cambiamenti di *status*, di ruolo o di età delle persone. Attraverso queste pratiche si diventa “uomo” o “donna”. Rientrano in un percorso ben preciso che si conclude con l’identificazione di genere. Nelle società africane questo percorso si svolge su un piano metaforico e di manipolazione fisica, consistendo nell’asportazione chirurgica di quelle parti anatomiche maschili (prepuzio) o femminili (clitoride) che non sono considerate come attributi propri del genere e che quindi possono generare una confusione di ruoli. In tal modo si realizza una semplificazione dell’identificazione dei ruoli. È possibile affermare che le MGF costituiscono dei marcatori sessuali che hanno lo scopo di collocare socialmente un individuo, il quale anche anatomicamente venga riconosciuto con certezza nel suo ruolo. Le mutilazioni genitali, necessarie per eliminare i segni anatomici più evidenti della dualità sessuale originaria, sono quindi necessarie per la definizione sociale del sesso di un individuo e per l’affermazione dell’identità del genere⁸⁹. Il forte valore simbolico delle mutilazioni genitali emerge con maggiore evidenza se analizzato in riferimento al contesto sociale e culturale nell’ambito del quale vengono eseguite, acquistando significato e legittimazione⁹⁰.

Il fondamento delle mutilazioni genitali si identifica anche in un sistema complesso di strategie matrimoniali che si basa sul *bride price* (ossia nel prezzo della sposa) e su altri presupposti, quali il matrimonio combinato, l’età prematura della sposa e quella avanzata dello sposo, la poligamia, il matrimonio per ratto, e una serie di regole per mantenere la verginità. Il *bride*

⁸⁹ G. LA MONACA – F. AUSANIA – G. SCASSELLATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 646-647; GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 275.

⁹⁰ Dal punto di vista antropologico basta pensare alle comunità etniche dei Bambara e dei Dogon in Mali. Queste popolazioni ritengono che nei bambini convivano un’anima femminile ed una maschile. Nel ragazzo la prima risiederebbe nel prepuzio, nelle ragazze la seconda risiederebbe nella clitoride. I bambini pertanto sono considerati “impuri” in quanto possiedono aspetti anatomici afferenti ad entrambi i generi sessuali. La circoncisione maschile è considerata necessaria per eliminare l’aspetto femminile dell’anatomia del ragazzo, così come la clitoridectomia per eliminare l’aspetto fallico dell’anatomia sessuale della donna. Il prepuzio e la clitoride inoltre sono considerati come sede della forza demoniaca del disordine, che chiamano *Wanzo*, la quale impedisce la fertilità e l’accesso al mondo degli adulti. Gli interventi di mutilazione hanno anche lo scopo di eliminare questo potere malefico, GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 275.

price è la compensazione patrimoniale versata dallo sposo, o dal suo gruppo familiare, al gruppo familiare della sposa. È un rapporto di negoziazione inverso rispetto alla dote. Viene versato come risarcimento dovuto alla famiglia della sposa per compensarli della perdita subita a seguito del trasferimento del potere produttivo e riproduttivo della sposa dalla famiglia di origine a quella del marito. Dal punto di vista antropologico questa compensazione riveste un'importanza fondamentale per la creazione di legami sociali ed alleanze tra gruppi familiari diversi. Condizione fondamentale per questo *bride price* è che la donna sia vergine, altrimenti viene restituita e lo sposo deve essere risarcito. Per questo viene sottoposta alle MGF⁹¹.

- queste pratiche mutilatorie rispecchiano precisi ideali culturali di femminilità, secondo i quali le ragazze sono più femminili in caso di ablazione di parti anatomiche considerate maschiline. Si attribuisce importanza all'aspetto estetico dei genitali femminili che secondo alcune culture possono crescere durante lo sviluppo della pubertà, al pari di quelli maschili, ma in modo smisurato. Pertanto una zona anatomica piatta e liscia senza ingombri di carne appare esteticamente più attraente alla vista e al tatto. La clitoride molto spesso è considerata sporca (soprattutto in Paesi dell'Africa orientale come Egitto, Sudan, Somalia ed Etiopia), spesso vi è la convinzione che essa produca sostanze sgradevoli o maleodoranti, sia assomigliante al pene maschile, sia causa dell'impotenza maschile, espressione del diavolo, contenitore di sostanze inquinanti e pericolose per la salute del feto durante il parto⁹².

⁹¹ G. LA MONACA – F. AUSANIA – G. SCASSELLATI SFORZOLINI, Le mutilazioni genitali femminili, cit., p. 647-648; GUALCO B., RENZI R., BARBIERI C., Le mutilazioni genitali femminili, cit., p. 278-279. Occorre comunque precisare che le MGF hanno ormai perso questa forte valenza simbolica, venendo spesso eseguite in contesti privi degli originari significati antropologici. Si conservano piuttosto come rispetto di una norma o come strumento di controllo sociale sulla donna.

⁹² D. SCOLART, Riflessioni sulle mutilazioni genitali femminili, cit., p. 144-145.

In Egitto una donna non circondata è chiamata *nigsa*, vale a dire impura; nel Sudan invece la circoncisione è indicata con il termine *tahur*, cioè purificazione, G. LA MONACA – F. AUSANIA – G. SCASSELLATI SFORZOLINI, Le mutilazioni genitali femminili, cit., p. 648. Ancora in Sudan la ragazza che deve subire la mutilazione viene chiamata *arusa*, cioè “giovane sposa”, termine che allude al futuro matrimonio nonché al ruolo sessuale di moglie. L'intervento è accompagnato da un rituale molto elaborato. La giovane donna è vestita da sposa, indossa gioielli d'oro ed è truccata utilizzando l'*henna* (una tinta rossa, estratta dall'omonima pianta, che viene applicata sui capelli e per decorare la pelle). Altre donne partecipano alla cerimonia ed eseguono lo *zagarid* (un ululato per un evento lieto).

- nella maggior parte delle comunità in cui vengono eseguite vi è la convinzione che alla base vi sia un fondamento religioso, sebbene non vengano direttamente prescritte da nessuna delle tre religioni monoteiste (Giudaismo, Cristianesimo e Islamismo) e dunque nessun testo sacro le preveda. Alcuni ritengono che questa convinzione circa il sostrato religioso delle MGF sia dovuto ad una serie di fattori susseguitisi nel corso della storia, tra cui in particolare insegnamenti inadeguati e comprensione errate dei testi religiosi⁹³. Rispetto ad esse comunque le autorità religiose adottando posizioni diverse: i capi spirituali delle diverse comunità (non solo musulmane, ma anche cristiane ed ebraiche) non solo non le ostacolano ma addirittura le raccomandano. Altre autorità le considerano estranee alla religione ovvero contribuiscono alla loro eliminazione. Spesso, anche se erroneamente, le MGF vengono considerate un obbligo religioso prettamente islamico. In effetti è proprio nelle tradizioni musulmane che risiede tutta la forza delle pratiche di mutilazione, sia perché alcuni *hadith* incoraggiano la clitoridectomia, sia perché l'islamismo ritiene che la sessualità femminile sia espressione di un istinto lussurioso da controllare, tenuto conto dell'importanza di qualità come la modestia e la castità delle donne⁹⁴. La loro diffusione nei paesi musulmani contrasta però con il silenzio del Corano in merito alla circoncisione sia maschile che femminile⁹⁵. In questi Paesi a giustificazione di queste pratiche vengono richiamati alcuni *hadith* secondo

Subito dopo la mutilazione la donna viene distesa su un letto e adornata con fili rossi, una collana di perle ed uno scarabeo, che secondo le credenze della comunità serve per accelerare il processo di guarigione e proteggere dal male. In Somalia il rituale è molto meno elaborato, includendo tè, dolci e porridge con burro. In concomitanza con l'operazione i parenti e le donne che partecipano alla cerimonia cantano e gridano per coprire le urla della vittima e per offrirle un sostegno morale. Successivamente la ragazza deve rimanere in casa per quaranta giorni, per evitare influenze malefiche che le comunità ritengono possano scatenarsi dopo un evento molto importante (come un matrimonio, un funerale, una nascita, una circoncisione). Il dolore è necessario ma non può essere manifestato. Deve essere sopportato anche per dimostrare agli uomini del gruppo che possono affrontare prove difficili in tutto l'arco della vita, GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 275-276.

⁹³ GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 276

⁹⁴ *Hadith* letteralmente in arabo vuol dire "racconto", "narrazione". Acquista però un significato più importante essendo parte integrante della c.d. *Sunna*, che è la seconda legge islamica dopo il Corano. *Sunna* letteralmente in arabo significa "costume" o "codice di comportamento" e comprende gli atti o i detti del Profeta, che sono stati trasmessi negli *hadith*, GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 277.

⁹⁵ È tuttavia difficile trovare un fondamento religioso della circoncisione maschile e femminile anche in ambito ebraico e cristiano, D. SCOLART, *Riflessioni sulle mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 147

cui la circoncisione sarebbe da considerare *sunnah* (“tradizionale”, cioè conforme alla tradizione di Maometto) per l’uomo e *makrumah* (“meritoria”, il termine si può tradurre in “atto d’onore”) per la donna⁹⁶. Dal punto di vista antropologico è accertato che nei Paesi in cui le mutilazioni vengono praticate queste sono il frutto del perpetuarsi di tradizioni ed usi già esistenti in epoca preislamica e che l’Islam ha semplicemente ereditato⁹⁷. Nella comunità musulmana vi sono tuttavia movimenti che si oppongono alle MGF, basandosi su alcuni passi del Corano che impongono la tutela dell’integrità del corpo e il divieto di alterare in alcun modo la creazione. Secondo Deborah Scolart assume rilevanza anche la confusione terminologica intorno ai vocaboli utilizzati per definire le varie tipologie di mutilazione genitale femminile. Proprio a causa di questa confusione nell’impiego dei termini, spesso anche l’escissione e l’infibulazione ricadono nella generale tolleranza per la circoncisione⁹⁸.

- nella maggior parte dei contesti sociali sono considerate una tradizione culturale, per questo vengono perpetuate nel tempo. Il valore fondante della tradizione spiega il persistere nel tempo di queste pratiche. In alcune società vengono eseguite solo per imitare le tradizioni culturali dei gruppi etnici confinanti. In altre invece queste pratiche sono poste in essere dai nuovi gruppi etnici che si insediano in zone in cui la popolazione locale le pratiche da tempo⁹⁹.

⁹⁶ D. SCOLART, Riflessioni sulle mutilazioni genitali femminili, cit., p. 147.

L’autore sottolinea anche la differente concezione che i giuristi hanno della circoncisione femminile. Secondo alcuni è qualificabile come atto di volontà della donna che aumenta in tal modo la propria dignità. Secondo altri è un atto obbligatorio (come la circoncisione maschile). Per altri ancora è un atto neutrale, come tale non obbligatorio ma soltanto permesso dalla *shari’a* (la legge religiosa islamica stabilita dalla divinità e conosciuta dall’uomo grazie alla rivelazione).

L’*hadith* che più di frequente viene invocato a sostegno delle MGF riguarda un dialogo tra Maometto ed una tagliatrice di clitoridi nel quale il Profeta avrebbe detto alla donna: “taglia leggermente e non esagerare”. E ancora “La circoncisione è *sunnah* per gli uomini e *makrumah* per le donne. Sforate e non sfibrate. Il viso diventerà più bello ed il marito resterà estasiato”, GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., Le mutilazioni genitali femminili, cit., p. 277.

⁹⁷ GUALCO B., RENSI R., BARBIERI C., Le mutilazioni genitali femminili, cit., p. 278.

⁹⁸ D. SCOLART, Riflessioni sulle mutilazioni genitali femminili, cit., p. 147-148.

⁹⁹ Anche l’Unicef classifica le motivazioni alla base delle MGF in sessuali (riduzione della sessualità femminile), sociologiche (ad esempio iniziazione delle giovani all’età adulta, integrazione sociale delle giovani, mantenimento della coesione nella comunità), igieniche ed estetiche (secondo alcune culture i genitali femminili sono considerati osceni e causa di infezioni), sanitarie (favorendo, secondo

In considerazione delle conseguenze patologiche che ne derivano, le MGF sono considerate a livello internazionale come una violazione dei diritti umani. Per questo sono proliferate iniziative nazionali ed internazionali volte a contrastarle, non solo in alcuni Paesi dell’Africa ma anche in vari sistemi occidentali europei ed extraeuropei, dove le MGF si sono diffuse a seguito degli ingenti flussi migratori. In Italia è stata varata una normativa ad hoc, la legge 9 gennaio 2006 n. 7 “Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile”. La novella legislativa opera su tre fronti: informazione e sensibilizzazione degli immigrati, in particolare delle donne in gravidanza; formazione degli operatori sanitari e sociali; repressione giudiziaria con l’introduzione di fattispecie di reato specifiche. In dottrina viene evidenziata l’opzione ideologica alla base della normativa: la forzata integrazione. Il legislatore tuttavia non considera il fatto che le mutilazioni genitali possano essere frutto di una scelta, di un’adesione libera e volontaria di una donna adulta alla propria cultura d’origine. Più in generale anche il diritto alla cultura non viene considerato affatto come un diritto fondamentale da tutelare¹⁰⁰. Dall’impianto normativo nel suo complesso emerge mancanza di tolleranza e di rispetto verso la diversità culturale¹⁰¹. Obiettivo del presente paragrafo non è analizzare la nuova fattispecie incriminatrice nei suoi elementi costitutivi, ma illustrare le linee generali della riforma, cercare di individuare le ragioni della scelta legislativa, interrogandosi sulla relativa efficacia a livello politico-criminale. In prospettiva *de iure condendo* il fattore culturale alla base di una condotta offensiva può essere valorizzato creando apposite fattispecie di reato culturalmente

certe culture, la fertilità della donna e la sopravvivenza del bambino) e religiose (prevista da testi religiosi), in <http://www.unicef.it/doc/371/mutilazioni-genitali-femminili.htm>

Quanto all’integrazione sociale, all’accettazione da parte della comunità di riferimento e all’ottenimento del consenso sociale, va comunque precisato che queste motivazioni vengono meno nel caso delle donne immigrate che essendo inserite in contesti culturali diversi da quelli di origine sono spinte a considerare le MGF secondo sistemi di riferimento differenti, G. LA MONACA – F. AUSANIA – G. SCASSELLATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 653.

¹⁰⁰ Si Sofferma su questa considerazione C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 39.

La forzata integrazione emerge soprattutto dall’art. 1 della legge che specificando le finalità della legge definisce le MGF come “una violazione dei diritti fondamentali all’integrità della persona e alla salute delle donne e delle bambine”.

¹⁰¹ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 39 ss.

Si consideri l’art. 4 in cui si parla di “riabilitazione delle donne e delle bambine già sottoposte a tali pratiche” e tutta la parte sanzionatoria, molto severa, prevedendo anche una responsabilità da reato per l’ente nella cui struttura è stato commesso il delitto. L’art. 583-ter c.p. peraltro aumenta il rigore sanzionatorio. Il trattamento sanzionatorio è stato poi ulteriormente aggravato dal pacchetto sicurezza del 2009 che ha esteso il complesso delle circostanze aggravanti di cui all’art. 585 c.p. al delitto di MGF. A livello sanzionatorio va anche considerato l’art. 602 bis c.p.

connotate¹⁰². Si tratta di una tecnica normativa che si presta a due opzioni di politica criminale. Da un lato è possibile enucleare fattispecie di reato punite in molto molto rigoroso, in un'ottica conservatrice delle tradizioni culturali della maggioranza. Vi sarebbe tuttavia il rischio che tale opzione assuma connotati etnocentristi, venga percepita come discriminatoria rispetto alle minoranze colpite ed alimenti la clandestinità delle condotte repressive nonché il conflitto culturale. Dall'altro lato vi sarebbe la possibilità di introdurre fattispecie di reato punite meno severamente, per la minore gravità del fatto in sé, per la minore riprovevolezza del reo in quanto culturalmente motivato ovvero per il contrasto tra la norma penale e quella culturale¹⁰³. In dottrina diversi autori hanno evidenziato l'inutilità della nuova fattispecie di reato. Cristina De Maglie sottolinea una serie di aspetti della normativa in relazione ai quali ravvisa delle incongruenze dogmatiche¹⁰⁴. L'art. 583 bis codice penale deve considerarsi una disposizione superflua in quanto già l'art. 583 c.p., che incrimina le lesioni personali gravi o gravissime, avrebbe potuto essere utilizzato per perseguire la maggior parte delle condotte di MGF. Non vi era alcuna lacuna legislativa che doveva essere colmata con una disposizione ad hoc. A seconda delle conseguenze provocate sulla donna si potevano ravvisare infatti lesioni personali gravi (se la malattia fisica o mentale derivatane era di durata superiore ai quaranta giorni, se era stata messa in pericolo la vita della persona offesa, se si fosse verificato un indebolimento permanente di un organo, come quello della funzione sessuale, o riproduttiva o escrettrice, ovvero di una funzione, come quella psichica, a causa dei disturbi mentali provocati). Si poteva configurare una lesione personale gravissima in caso di perdita dell'uso di un organo (come quello sessuale), o della capacità di procreare, oppure una malattia certamente o probabilmente insanabile (ad esempio infezione da HIV). Anche la disposizione prevista dal secondo comma dell'art. 583 bis c.p. suscita molte perplessità, essendo richiesto quale elemento soggettivo il dolo specifico della "menomazione delle funzioni sessuali". Ciò rischia di rendere

¹⁰² Si sofferma su questo aspetto C. GRANDI, *Diritto Penale e Società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 268 ss.

¹⁰³ C. GRANDI ritiene questa seconda opzione meno percorribile considerando la difficoltà di elaborare fattispecie di reati culturali che siano omologhe a quelle corrispondenti comuni e che includano tutte le pratiche tradizionali che diano luogo alla violazione di norme penali, in *Diritto Penale e Società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 268 ss.

¹⁰⁴ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 41-42.

Anche C. GRANDI esprime delle critiche circa la scelta del nostro legislatore riguardo alle MGF, in *Diritto Penale e Società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 268 ss.

inoperativa la disposizione per due ragioni. Innanzitutto questa finalità è molto difficile da provare in giudizio; in secondo luogo i fini che spingono alle MGF sono ben altri, e dominante è sicuramente la motivazione culturale. A questo proposito merita particolare attenzione la sentenza della Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012 (dep. 21 febbraio 2013) n. 1485 che riguarda il primo caso in Italia in cui la giurisprudenza si è dovuta confrontare con l'art. 583 bis codice penale¹⁰⁵. La sentenza ha come oggetto due episodi di MGF, verificatisi a Verona a fine marzo 2006, che vedono coinvolti alcuni cittadini nigeriani, membri del gruppo etnico degli Edo-bini. La pratica in questione è la c.d. *aruè*, consistente in un'incisione superficiale sulla parte antero-superiore del clitoride, della lunghezza di circa 4 mm a decorso pressoché longitudinale, e della profondità di circa 2 mm. I giudici di secondo grado, ribaltando completamente la sentenza impugnata, assolvono tutti gli imputati appellanti con la formula "perché il fatto non costituisce reato" avendo escluso proprio la sussistenza del dolo specifico richiesto dalla fattispecie incriminatrice¹⁰⁶. La Corte d'Appello veneta perviene all'esito assolutorio sulla base di un'approfondita ricostruzione delle motivazioni culturali e di rispetto delle tradizioni che hanno spinto gli imputati a porre in essere la pratica mutilatoria sulle vittime¹⁰⁷. Partendo dal presupposto che il tema delle mutilazioni o lesioni degli organi genitali femminili è strettamente influenzato dalla cultura del gruppo etnico di appartenenza dell'autore, i giudici censurano le motivazioni della sentenza di primo grado, valutando attentamente e scrupolosamente le deposizioni processuali di tre testi qualificati in merito alla pratica della c.d. *aruè*¹⁰⁸. Costoro riferiscono che l'etnia degli Edo-bini, a cui appartengono gli imputati, è localizzata in Africa

¹⁰⁵ La sentenza è commentata da F. BASILE, in Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p., in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 24/2013.

¹⁰⁶ L'esclusione del dolo specifico è considerata corretta da F. BASILE, in 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., cit., p. 13.

¹⁰⁷ A questo proposito va sottolineato come nella sentenza di appello le motivazioni culturali alla base della commissione di un reato sono fattori che vengono considerati *pro reo* non solo in sede di commisurazione della pena, come avvenuto in primo grado, ma proprio in sede di accertamento della sussistenza del reato (in particolare dell'elemento soggettivo), F. BASILE, in 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., cit., p. 4-5.

¹⁰⁸ Si tratta del Prof. Gabriel Maria Sala, docente di antropologia dell'educazione presso l'Università di Verona e di quella della Prof.ssa Rosanna Cima, docente di pedagogia della mediazione presso l'Università di Verona, Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, p. 45 ss.

occidentale e si caratterizza per aver ereditato pratiche ed usanze tipiche degli Egiziani, tra le quali vi è la pratica di iniziazione in esame. Nel linguaggio tipico si chiama *aruè*, mentre nella lingua parlata viene indicata come *circuncision*, e riguarda indistintamente bambini e bambine¹⁰⁹. Le finalità di questa pratica simbolica sono tre. In primo luogo una funzione di umanizzazione, consistente nel riconoscimento di un individuo come uomo o donna all'interno della comunità degli umani; in secondo luogo la funzione di sancire il vincolo di appartenenza alla comunità degli Edo-bini, in modo da garantire la possibilità di vivere in libertà all'interno di questo gruppo; in terzo luogo una funzione di purificazione, garantita dalla fuoriuscita di qualche goccia di sangue¹¹⁰. Dalla deposizione dei testi qualificati è emerso peraltro che l'*aruè* non presenta legami con la sfera della sessualità, né viene praticata per garantire il controllo dell'uomo sulla sfera sessuale della donna, né presenta alcun collegamento con la sfera sessuale in generale. Questa percezione è frutto di un'ossessione degli occidentali¹¹¹. Il coinvolgimento degli organi sessuali maschili e femminili e l'implicazione della pratica sulla vita delle bambine, anche in vista di futuri matrimoni, venivano spiegati in questo modo. Il primo, con il fatto che gli organi sessuali garantiscono la riproduzione, la formazione della discendenza e, metaforicamente, l'identità e la continuità della discendenza. Eseguendo l'*aruè* il genitore garantisce che il proprio discendente, che a sua volta avrà lui stesso dei figli, è "umano, appartiene al gruppo degli umani che è stato umanizzato, e cioè al mio gruppo"¹¹². Il secondo aspetto veniva affrontato dalla Prof.ssa Cima, secondo la quale le conseguenze sul matrimonio per la bambina non sottoposta alla pratica, e dunque non umanizzata, derivano dalla mancanza di identità della medesima. Prima del rito la bambina non era considerata una donna e non era considerata parte del gruppo. I genitori che non avessero sottoposto i bambini alla *aruè* erano considerati degli irresponsabili¹¹³. Nella sentenza in esame si valutano attentamente anche le affermazioni di Padre Joseph, sacerdote di tradizione cristiana, ma di etnia Edo-bini,

¹⁰⁹ Nella sentenza in esame (p. 47) si legge di una "pratica simbolica, praticata nella modernità, frutto di una precisa presa di posizione di gruppi di uomini e donne appartenenti all'etnia di operare una piccolissima incisione in maniera che l'atto simbolico fosse garantito con la fuoriuscita di qualche goccia di sangue".

¹¹⁰ Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, p. 47.

¹¹¹ Si esprime in questo modo il Prof. Sala, Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, p. 47.

¹¹² Si esprime in questo modo il Prof. Sala, Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, p. 48.

¹¹³ Esprime questi concetti la Prof.ssa Cima, Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, p. 48.

abitante a Verona da 18 anni, che conosceva molto bene la pratica e la percezione che ne avevano gli appartenenti al gruppo etnico. Egli attribuisce l'*aruè* anche alla sacre scritture (Bibbia e Nuovo Testamento) collegandovi pur sempre una funzione identitaria¹¹⁴. Alla luce di queste deposizioni i giudici di secondo grado hanno escluso la sussistenza del dolo specifico richiesto dall'art. 583 bis c.p.¹¹⁵ La De Maglie nutre perplessità anche per quanto concerne il trattamento sanzionatorio, improntato alla massima severità¹¹⁶. Un'asprezza sanzionatoria che si rinviene in ipotesi di reato molto gravi, come l'omicidio preterintenzionale o l'associazione con finalità di terrorismo internazionale. L'autore evidenzia anche il mancato coordinamento con le ipotesi di lesioni personali gravi e gravissime di cui all'art. 583 c.p. e la conseguente disparità di trattamento che ne consegue. In assenza dell'art. 583 bis c.p. infatti la maggior parte delle MGF rientrerebbe a pieno titolo nelle ipotesi di cui all'art. 583 c.p. che essendo circostanze aggravanti sono bilanciabili ex art. 69 c.p. con eventuali circostanze attenuanti (essendo sufficienti al riguardo anche circostanze attenuanti generiche). Questo risultato invece non è possibile nel caso dell'art. 583 bis c.p. qualificabile come fattispecie di reato autonomo e non come circostanza aggravante. La severità sanzionatoria si esprime anche nella pena accessoria interdittiva di cui all'art. 583 bis c.p. a carico dell'esercente una professione sanitaria responsabile del delitto. La De Maglie evidenzia carenze della

¹¹⁴ Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, p. 50.

¹¹⁵ La Corte d'Appello di Venezia censura sul punto la motivazione della sentenza di primo grado secondo la quale il dolo specifico del "fine di menomare le funzioni sessuali" della persona offesa era ravvisabile. A giudizio del giudice di prime cure infatti gli imputati avevano sottoposto all'*aruè* le vittime anche per perseguire la predetta finalità, sia pure solo "a livello simbolico". Senonché queste funzioni simboliche sono state attribuite ad elementi costitutivi dell'azione (quali la parte del corpo attinta e il tempo di esecuzione della condotta). Inoltre non è pensabile che integri il dolo specifico in questione un perseguimento della finalità solo a livello simbolico, in assenza di una lesione degli organi genitali idonea in concreto a menomarne le funzioni sessuali. Tale idoneità in concreto non è certamente ravvisabile nella pratica dell'*aruè*, 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., cit., p. 11-14.

¹¹⁶ Le ipotesi di cui all'art. 583 bis I comma c.p. sono punite con la reclusione da quattro a dodici anni. Questa sanzione, per effetto della circostanza aggravante di cui al III comma, può essere aumentata fino ad un terzo arrivando a sedici anni di reclusione.

Sul rigore del trattamento sanzionatorio si sofferma anche Ciro Grandi secondo il quale l'attenuante prevista nel 583 bis secondo comma c.p. ha una concreta operatività molto ristretta, in quanto difficilmente gli effetti mutilanti possono essere considerati come lesioni di lieve entità. Quanto alla circostanza aggravante di cui al terzo comma, applicabile ogni qualvolta la condotta sia commessa ai danni di un minore, va tenuto presente che nella prassi ciò avviene nella quasi totalità dei casi, in Diritto penale e società multiculturali, cit., p. 270.

disposizione anche sul piano politico-criminale¹¹⁷. Dal punto di vista comparatistico emerge che in tutti gli ordinamenti giuridici che hanno varato normative che reprimono le MGF, queste non sono state eliminate né ridotte, rimanendo per la maggior parte occulte, clandestine. Nonostante ciò il legislatore italiano ha voluto inserire una disposizione prettamente simbolica, con lo scopo di affermare ed imporre l'ideologia ed il complesso di valori tipici della nostra cultura¹¹⁸. È la stessa disposizione, benché volta a tutelare l'integrità fisiopsichica della donna, a minacciare il bene vita a causa della propria ineffettività. È evidente infine che il legislatore non ha prestato alcuna attenzione né al fattore culturale, storico e religioso delle MGF né al suo significato (che in effetti non emerge per nulla dalla disposizione). Il termine "mutilazione" utilizzato nella rubrica dell'articolo evidenzia unicamente il carattere primitivo di queste pratiche, non considerando affatto le implicazioni culturali che le MGF presentano. Alla base della scelta operata dal legislatore italiano vi è indubbiamente il concetto di superiorità della razza e della cultura occidentale rispetto alle culture diverse. Vi è la convinzione per cui la concezione occidentale del corpo umano sia razionale, civilizzata e basata su dati scientifici, mentre quella africana, ad esempio, sarebbe basata su superstizioni, riti barbari e credenze incivili¹¹⁹. Secondo la de Maglie dalla scelta iperpunitiva del nostro legislatore emerge una contrapposizione netta tra scienza e cultura. La prima caratterizzerebbe tutte le società occidentali, la seconda invece sarebbe peculiare delle culture africana e musulmana. Sulla scelta legislativa hanno pesato in modo decisivo le conseguenze negative delle MGF. Sugli effetti nocivi per la salute fisica e psichica molto si è discusso e parte della letteratura specialistica ritiene che questi effetti, benché devastanti, siano solo possibili. A questo proposito molto interessante è il saggio scritto nel 1999 da Carla Makhoul Obermeyer, antropologa medica ed epidemiologa dell'Università di Harvard¹²⁰. Nel proprio lavoro la studiosa afferma

¹¹⁷ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 43-44.

¹¹⁸ Parla di intervento penale simbolico suscettibile di produrre effetti indesiderati, come alimentare il sentimento di persecuzione culturale nei confronti di alcune comunità di immigrati ovvero incentivare la clandestinità delle pratiche in questione, anche C. GRANDI, in *Diritto penale e società multiculturali*, cit., p. 271-272.

¹¹⁹ C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 47-48.

¹²⁰ C. Obermeyer, *Femal Genital Surgeries: The Known, the Unknown, and the unknowable*, in *Medical Anthropology Quarterly*, 1999, Medical Anthropological Association. Il riferimento al suddetto studio è contenuto in C. DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 44 ss.

che le argomentazioni a sostegno dei movimenti contrari alle MGF sono prive di fondamento scientifico. Dopo aver analizzato un numero impressionante di pubblicazioni che affrontano l'argomento sotto vari punti di vista, medico, demografico ed epidemiologico, l'antropologo conclude affermando che la maggior parte delle affermazioni contenute negli studi passati in rassegna sono privi di "riscontri probatori". Secondo Obermeyer i risultati delle ricerche, diretti a provare gli effetti negativi delle MGF, sono viziati da un punto di vista metodologico, essendo basati su un numero esiguo di campioni, peraltro non rappresentativi, e non su controlli di gruppo. Le complicanze mediche sono descritte in modo vago ma nonostante questo molte pubblicazioni hanno acquisito un'apparenza di affidabilità attraverso citazioni ripetute ed acritiche. Secondo la studiosa le prove scientifiche invece dovrebbero essere valutate in modo rigoroso, utilizzando indagini epidemiologiche ampie e descrivendo i metodi di campionatura. Alla luce della ricerca condotta la Obermeyer conclude che le complicazioni denunciate sarebbero l'eccezione e non la regola e che le pratiche di circoncisione non sarebbero incompatibili con il piacere sessuale¹²¹. Cristina De Maglie conclude la disamina sulle MGF criticando la soluzione normativa adottata dal sistema italiano, benché condivisibile sia l'intento di tutelare i soggetti più deboli (donne e bambine) da tutta una serie di pratiche che causano sofferenze fisiche e psichiche¹²². Preferibilmente la via da percorrere avrebbe dovuto essere quella di lasciare alle donne la piena libertà di decisione, basandosi sul principio del libero consenso. Bisogna considerare infatti che le MGF possono essere praticate in condizioni tali da garantire l'igiene, l'assenza di dolore e la prevenzione di tutte le complicazioni fisiche e psichiche¹²³. Considerazioni critiche nei confronti della nuova fattispecie di reato sono state espresse anche da Fabio Basile, secondo cui la netta stigmatizzazione dell'illiceità

¹²¹ La De Maglie definisce sconcertanti le conclusioni raggiunte da Obermeyer. Ritiene trattarsi di asserzioni impegnative da considerare con cautela, in *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 45.

¹²² C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 48-49.

¹²³ La De Maglie effettua peraltro una comparazione tra gli interventi di MGF ed altri interventi di chirurgia estetica sul viso e sul corpo delle donne, anche minori, in ossequio a canoni culturali dominanti (ad esempio, piercing, protesi su zigomi e seno, operazioni di riduzione o ampliamento delle labbra, del naso, la liposuzione etc.). Anche per quanto concerne gli organi genitali femminili, attualmente la donna può intervenire chirurgicamente sul proprio organo genitale solo per aumentare il piacere sessuale o per ragioni estetiche (basta pensare alla c.d. DLV, designer Laser Vaginoplasty e alle sue varie tipologie). Ebbene se tutti questi interventi vengono comunemente accettati ed eseguiti in strutture sanitarie, sebbene comportino comunque dei rischi operatori, perché non dovrebbero esserlo le MGF?, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 48-49.

penale delle MGF non ha conseguito affatto l'obiettivo di cancellare le suddette pratiche tra gli immigrati in Italia¹²⁴. Secondo Basile la nuova fattispecie incriminatrice ha aumentato la clandestinità delle pratiche mutilatorie e rafforzato la complicità e l'omertà nell'ambito dei gruppi di immigrati ancora legati a questa tradizione culturale. Non è da escludersi insomma, secondo lo studioso, un elevato tasso di ineffettività della norma.

¹²⁴ 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., cit., p. 19 ss.

PARTE II

CAPITOLO IV.

MOTIVAZIONE CULTURALE E DOGMATICA PENALE. LA COLLOCAZIONE DEI REATI CULTURALMENTE MOTIVATI NELL'AMBITO DELLA TEORIA GENERALE DEL REATO.

§1. Considerazioni preliminari.

Nel corso del presente lavoro si è evidenziato più volte come la tipologia dei reati culturalmente motivati ponga al penalista una serie di interrogativi. Dal punto di vista sostanziale il problema da risolvere è capire quale debba essere la risposta dell'ordinamento penale di fronte alla motivazione culturale. Occorre attribuire rilevanza al conflitto culturale che ha animato la commissione del reato da parte dell'immigrato? E che tipo di rilevanza? Bisogna riservare al delinquente culturale un trattamento sanzionatorio speciale, e nello specifico più mite? O il sistema deve rimanere indifferente al fattore culturale, se non addirittura considerarlo un elemento aggravatore della responsabilità penale? A livello processuale poi le questioni da risolvere sono due. Innanzitutto come debba provarsi in giudizio il fattore culturale; in secondo luogo capirne la rilevanza dal punto di vista della criminogenesi e della criminodinamica¹. A fronte di questi interrogativi le politiche legislative degli ordinamenti dei Paesi occidentali, meta di ingenti flussi migratori, non hanno prodotto norme penali di parte generale rivolte in modo specifico a disciplinare i reati culturalmente motivati². Questa carenza legislativa si riscontra innanzitutto nei Paesi che nella gestione della diversità culturale hanno adottato il modello c.d. assimilazionista-integrazionista. Si tratta di una constatazione che non suscita alcuna perplessità se si considera che il modello in questione è basato su principi di assoluta

¹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 354 ss.

² In ciò differenziandosi dalle società multiculturali di tipo multinazionale, in cui sono presenti minoranze nazionali autoctone. Nei rispettivi ordinamenti giuridici è possibile infatti ravvisare molte norme penali di parte generale volte proprio a disciplinare i reati culturalmente motivati commessi dagli appartenenti a queste minoranze, F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 48 ss.

uguaglianza formale e di neutralità di fronte alle differenze culturali³. L'assenza di rilevanza *pro reo* della motivazione culturale nell'ambito del diritto penale si riscontra anche negli ordinamenti giuridici di quei Paesi che adottano il modello c.d. multiculturalista. Questa carenza tuttavia, sebbene in prima approssimazione possa suscitare molta sorpresa, ad una più attenta considerazione trova legittimazione nel fatto che la tolleranza per la diversità culturale non può essere assoluta ed incondizionata, trovando il proprio limite nel rispetto dei diritti fondamentali della persona. Poiché scopo del diritto penale è quello di tutelare questi diritti fondamentali, il limite in questione assume rilievo soprattutto nell'ambito penalistico. Non sarebbe ammissibile legittimare ovvero attenuare il disvalore della violazione di diritti fondamentali della persona in nome della specificità culturale⁴. Senza dubbio il diritto alla cultura può essere collocato tra i diritti fondamentali e trova un substrato normativo nell'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁵. La qualificazione del diritto alla cultura come fondamentale pone all'attenzione dell'interprete un'ulteriore questione, di difficile soluzione, riguardante l'eventuale conflitto che può insorgere tra il diritto alla cultura e gli altri diritti fondamentali. Sotto questo angolo visuale riesce difficile pensare che il diritto alla cultura non subisca alcuna limitazione e si imponga su tutti gli altri, benché alcune sue manifestazioni possano causarne la violazione. Assume importanza al riguardo quanto sostenuto da Luigi Ferrajoli. In primo luogo egli individua, nell'ambito del *genus* diritti fondamentali, la categoria più importante dei diritti umani, qualificandoli come diritti primari, della persona ed universali, cioè appartenenti a tutte le "persone naturali", in condizione di uguaglianza⁶. In secondo luogo ritiene che anche i diritti di libertà siano riconducibili allo stesso *genus*, garantendo "l'eguale valore di tutte le differenze personali, a cominciare da quelle culturali".⁷ Essi sono tipicamente culturali, basti pensare alla libertà di coscienza, alla libertà

³ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 355-356.

⁴ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 356-357.

⁵ Adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo in Italia con legge 25 ottobre 1977 n. 881 ed entrato in vigore il 15 dicembre 1978.

Nella letteratura contemporanea vi è unanimità di vedute sulla collocazione del diritto alla cultura tra i diritti fondamentali, C. de MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 160 ss.

⁶ Il riferimento al contributo di Luigi Ferrajoli *Principia Iuris*. 1. *Teoria del diritto*, Editori Laterza, 2007, è contenuto nella monografia di C. de MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 161 ss.

⁷ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, cit., 2. *Teoria della democrazia*, 2007, citato da C. de MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 162.

religiosa, a quella di manifestazione del pensiero e a tutte le altre libertà fondamentali, che tutelano l'identità diversa e la differenza culturale di ogni individuo. Secondo Ferrajoli il modello multiculturalista non entra in conflitto con la categoria universale dei diritti fondamentali in generale, e dei diritti di libertà in particolare. Proprio perché garantiscono le differenze personali e culturali essi costituiscono il principale strumento di tutela del multiculturalismo. L'elaborazione teorica di Ferrajoli prosegue affrontando la questione dell'individuazione dei limiti all'esercizio delle libertà fondamentali, e del diritto alla cultura in particolare, nelle situazioni in cui possa derivare la lesione di altrettanti diritti fondamentali. Nel suo studio sui diritti di libertà il filosofo individua quali confini invalicabili nella tutela della persona umana la categoria delle immunità fondamentali, vale a dire delle "libertà da", le quali escludono ogni forma di violazione o limitazione nella loro manifestazione. Egli parla di libertà-immunità per indicare la sfera di protezione intangibile riconosciuta ad ogni persona umana⁸. La conclusione cui giunge Ferrajoli è che il diritto alla cultura, pur essendo fondamentale, può essere esercitato solamente con modalità tali da non violare le immunità fondamentali. In caso di fatto culturalmente motivato dunque, non è possibile attribuire alcuna rilevanza positiva alla motivazione culturale della condotta qualora la sua manifestazione violi una delle immunità fondamentali. In tal caso nel conflitto tra diritti fondamentali quello alla cultura risulta necessariamente soccombente⁹. Nella sola ipotesi in cui il diritto alla cultura non violi le immunità fondamentali, sarà possibile analizzare il fattore culturale a livello sistematico, verificandone la sua collocazione all'interno della

⁸ Le libertà-immunità sono numerose. A titolo esemplificativo basti pensare alla libertà religiosa che include sia la libertà-facoltà di praticare e propagandare il proprio culto religioso, sia la libertà-immunità dinamica. Quest'ultima consiste nella libertà da pratiche religiose svolte da altri che causino lesioni all'integrità fisica o costrizioni psicologiche ovvero siano limitative dell'autodeterminazione e del libero sviluppo della coscienza religiosa. Secondo Ferrajoli dunque oltre che di una libertà di religione si può parlare anche di una libertà dalla religione, addirittura sovraordinata alla prima. Tra le principali immunità il filosofo elenca il diritto alla vita, i diritti di libertà personale tra cui l'esclusione della schiavitù (ancora diffusa in molte culture, soprattutto tra le donne, e manifestatesi tra gli immigrati irregolari e clandestini), l'immunità da torture e da pene corporali, la libertà sessuale, la libertà dalla costrizione fisica a tutela dell'intangibilità del corpo umano. Il complesso di queste immunità delimita un confine invalicabile a tutela della persona umana. Pur essendo diritti fondamentali, al pari di altri, queste libertà non possono essere mai violate, neppure in caso di esercizio di altro diritto fondamentale, C. de MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 163-165.

⁹ Con riferimento all'omicidio di Hina Saleem, ad esempio, la motivazione culturale che ha animato gli imputati non configura un diritto tale da prevalere sull'immunità fondamentale del diritto alla vita e dell'inviolabilità personale. Pertanto il diritto alla cultura in questo caso risulta soccombente, C. de MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 164-165.

teoria generale del reato¹⁰. A ben vedere, il riconoscimento legislativo della diversità culturale *pro reo* attraverso norme di parte generale potrebbe avallare tutti quei comportamenti diretti a reprimere il dissenso interno ai gruppi di minoranza, concedendo ai membri forti quelle che Kymlicka definisce restrizioni interne e legittimando, di conseguenza, numerose ed incontrollabili violazioni di diritti fondamentali. Al contrario l'emanazione di disposizioni legislative singole e specifiche che riconoscano al soggetto un trattamento differenziato di favore in ragione della sua diversità culturale e che abbiano riflessi in ambito penale, si traducono nella concessione di tutele esterne, sempre utilizzando la distinzione operata da Kymlicka. In tal caso la disposizione costituirebbe uno strumento per consentire la migliore integrazione del soggetto culturalmente diverso, senza alcuna lesione di diritti fondamentali altrui¹¹.

Partendo dal presupposto dell'assenza di apposite disposizioni legislative di parte generale la dottrina e la giurisprudenza hanno affrontato il problema del rapporto tra dogmatica penale e fatto culturalmente motivato secondo una linea d'indagine ben precisa. In particolare sul piano del diritto penale sostanziale, l'interprete ha tentato di risolvere la questione della possibile rilevanza della motivazione culturale sulla base di norme ed istituti già presenti nell'ordinamento giuridico, ed in particolare se possa essere collocata sistematicamente all'interno di uno degli elementi in cui è scomponibile il reato secondo la teoria generale: il fatto, l'antigiuridicità, la colpevolezza, la punibilità¹². È stata peraltro affrontata anche la questione di una possibile incidenza del fattore culturale nella fase della commisurazione giudiziale della pena. Secondo Cristina de Maglie questa metodologia d'indagine è definibile, a livello strutturale, come paradigma particolare o pluralistico di soluzioni¹³. Si tratta di una prospettiva di studio frammentaria, caratterizzata da diversità di opzioni sistematico-sanzionatorie. In alternativa la de Maglie afferma esserci un paradigma generale o monotipico di soluzione, omnicomprensivo e adattabile a tutti i reati culturalmente motivati. Sotto il profilo delle fonti, prosegue l'autore, il modello

¹⁰ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 165.

¹¹ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 357-358.

¹² Questa linea d'indagine è unanime in giurisprudenza e anche in dottrina, sebbene vi sia qualche autore che se ne discosta. A questo proposito F. BASILE adotta nel proprio lavoro la teoria quadripartita del reato, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 359.

¹³ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 165

pluralistico è adottato dalla giurisprudenza, mentre parte della dottrina si avvale anche del modello unitario di soluzione. Nell'ambito di quest'ultimo orientamento tuttavia si distingue quella tesi che esclude dalla valutazione *pro reo* della motivazione culturale tutti quei fatti culturalmente motivati che ledono i diritti umani¹⁴. La correttezza dell'opzione sistematica adottata nel singolo caso dipende peraltro dalla sussistenza o meno di una serie di variabili rilevanti che possono qualificare i reati in questione¹⁵. In primo luogo occorre considerare il livello di offensività del reato culturalmente motivato, in relazione al bene giuridico, alla sua eventuale titolarità in capo ad una vittima determinata e al grado dell'offesa (danno o pericolo) alla stessa perpetrata. Infatti mentre nei reati a basso impatto di offensività la valutazione della motivazione culturale potrebbe portare ad un esito processuale assolutorio, in caso di offensività di grado più alto ciò appare improbabile, potendo al più la motivazione culturale influire sulla commisurazione giudiziale della pena. In secondo luogo è necessario considerare la natura della norma culturale posta a base della condotta delittuosa. In particolare bisognerebbe verificare se vi sia sovrapposizione tra la tradizione culturale ed una corrispondente pratica religiosa, in considerazione del fatto che la tutela legislativa riservata a quest'ultima non si estende necessariamente ad ogni pratica culturale. Fondamentale è accertare poi l'eventuale coincidenza tra la tradizione culturale ed una norma di diritto positivo che sia vigente nell'ordinamento giuridico del paese di appartenenza del soggetto agente¹⁶. Molto importante poi è accertare se la pratica culturale, fonte della condotta delittuosa, sia qualificabile come vincolante o piuttosto facoltativa all'interno del gruppo culturale di appartenenza del reo. Bisognerebbe appurare se si tratti di pratiche socialmente o giuridicamente imposte, con sanzioni sociali anche gravi in caso di inottemperanza, ovvero solamente ammesse e diffuse, o da ultimo meramente tollerate, peraltro neppure in modo uniforme, e giustificate da finalità diverse da quelle culturali, ad esempio economiche. In terzo luogo fondamentale è appurare il

¹⁴ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 165.

Secondo l'autore questa divergenza metodologica tra giurisprudenza e dottrina si spiega con il fatto che i giudici hanno affrontato e risolto i conflitti culturali caso per caso, non preoccupandosi di definire il reato culturalmente motivato e di fornire indicazioni generali su questa categoria.

¹⁵ Si sofferma su questo aspetto F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 361 ss.

¹⁶ Tale coincidenza assumerebbe rilievo soprattutto in sede di accertamento dell'antigiuridicità e della colpevolezza del fatto commesso, F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 362.

grado d'integrazione dell'immigrato nel sistema sociale e culturale del paese ospite, nonché il livello della sua perdurante adesione alla cultura di origine. Sussiste infatti un rapporto inversamente proporzionale tra il grado d'integrazione del soggetto nella cultura del paese di accoglienza e le possibilità che la motivazione culturale abbia rilevanza *pro reo*.

§2. La motivazione culturale e la categoria dogmatica della colpevolezza. Le ragioni della scelta.

Nell'ambito della teoria generale del reato la colpevolezza è l'elemento che senza dubbio si presta, più degli altri, a dare rilievo al fattore culturale in modo agevole ed adeguato¹⁷. Ai fini della presente indagine questa categoria dogmatica risulta di particolare importanza. Prestando attenzione ai casi trattati in giurisprudenza emerge come il principale elemento addotto dalle difese dei *cultural agents* sia proprio l'assenza dell'elemento soggettivo. Il campo d'indagine di questa ricerca quindi verterà proprio sulla colpevolezza (intesa secondo la concezione normativa). Per opinione pacifica in dottrina e giurisprudenza si tratta della categoria dogmatica maggiormente in tensione con il fattore culturale, destinata ad assolvere a quella delicata funzione di equilibrio tra esigenze di difesa sociale e diritto alla cultura. Nella dottrina tedesca è diffusa l'opinione secondo cui lo *Schuldprinzip* deve prendere in considerazione anche le diverse concezioni morali e culturali del soggetto agente¹⁸. Stessa linea di pensiero si ravvisa in seno alla dottrina spagnola. Già nel 1986 infatti Zaffaroni, sia pure con riferimento alla criminalità culturalmente motivata degli indigeni autoctoni, e non degli immigrati, riteneva opportuno considerare non colpevoli tutti coloro che non possono conformare la propria condotta alle norme giuridiche o culturali dominanti, dovendo rispettare le norme culturali del proprio gruppo etnico di appartenenza¹⁹. Sebbene consideri questi

¹⁷ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 382.

¹⁸ Si sofferma sull'impostazione di base della dottrina tedesca F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 382-383. L'autore cita a questo proposito Hassemer ed Egeter. Secondo il primo la violazione del diritto penale da parte di un soggetto straniero rispetto al nostro ordinamento, anche dal punto di vista normativo, deve comunque essere considerata oggettivamente. Non può essere giustificata e non considerata un illecito penale solo perché commessa da un soggetto che a livello cognitivo ed emotivo non è stato "raggiunto dall'ordinamento, né poteva esserlo". Di fronte alla violazione oggettiva di un precetto penale sarà solo possibile non attribuirle *sic et simpliciter* allo straniero sul piano soggettivo. Quanto ad Egeter questi afferma che la motivazione culturale rileva a livello di colpevolezza anche nel caso in cui la condotta culturalmente motivata leda diritti fondamentali della vittima. Il limite dei diritti fondamentali può essere utilizzato, secondo il penalista tedesco, come *discrimen* per accertare la sussistenza di un illecito penale dal punto di vista della tipicità e dell'antigiuridicità. Ma non può essere utilizzato per comminare al reo una pena non proporzionata alla sua effettiva colpevolezza.

¹⁹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 383; A. BERNARDI, *Modelli Penali e società multiculturale*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 61. Entrambi gli autori fanno riferimento al contributo di ZAFFARONI, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (informe final). Documento final del Programa de investigación

orientamenti condivisibili, Basile ritiene che debba evitarsi il pericolo di un'eccessiva valutazione dell'influenza del fattore culturale sulla colpevolezza del reo²⁰. Non sarebbe accettabile l'idea di un determinismo culturale che annulli totalmente la libertà di autodeterminazione di un individuo appartenente ad una minoranza culturale²¹. Pur ammettendo l'esistenza di un condizionamento culturale sull'azione umana a livello causale, l'autore ritiene che sussista sempre un margine di libertà volitiva nel soggetto agente. Il grado della forza causale della cultura sulla condotta umana, e di conseguenza il problema di capire se l'individuo utilizzi la cultura o sia utilizzato da essa, non possono essere compresi una volta per tutte in linea teorica ed astratta, ma devono essere affrontati e risolti analizzando il caso concreto²². Considerare la cultura come unica condizione causale della condotta delittuosa, non concedendo quindi alcuno spazio alla libertà individuale sul piano giuridico-penale, determinerebbe peraltro un cambiamento nell'oggetto del giudizio penale. Non più la responsabilità individuale del singolo individuo, ma quella del gruppo etnico di appartenenza del reo. Il giudizio sul nesso tra l'atto delittuoso e la sfera soggettiva dell'imputato si tramuterebbe in un giudizio sulle caratteristiche, positive o negative, della sua cultura di origine, sacrificando il principio cardine del diritto penale: vale a dire la responsabilità individuale²³. Per poter valutare più correttamente la colpevolezza del soggetto agente secondo la concezione normativa, in base alle circostanze concrete dell'agire e al processo motivazionale, occorre verificare attraverso quali istituti giuridici, costituenti altrettanti presupposti della colpevolezza, è possibile riconoscere rilevanza alla motivazione culturale. Ciò anche al fine di effettuare il giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento psicologico tenuto dal reo. Verrà pertanto analizzato il rapporto tra la motivazione culturale e l'imputabilità, il dolo, la conoscibilità della norma penale violata e l'inesigibilità della condotta.

desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), a cura di ZAFFARONI, Buenos Aires, 1986, p. 58.

²⁰ Cautela al riguardo la esprime anche G. FORNASARI secondo cui in un sistema penale laico non è accettabile che il conflitto di coscienza dovuto al contrasto tra norme culturali dello Stato di provenienza e norme giuridiche dello Stato ospite sia sufficiente a rendere inapplicabili i precetti penali di quest'ultimo, in Nuove riflessioni sulle categoria dogmatiche del diritto penale, cit., p. 33.

²¹ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 384.

²² F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 384.

²³ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 385.

§3. La motivazione culturale e l'influenza sulla capacità di intendere e di volere.

Già in passato diversi autori, nell'ambito della dottrina penalistica italiana, hanno sostenuto che la diversità culturale fosse da considerare un fattore idoneo a determinare l'incapacità di intendere e di volere dell'imputato. Si tratterebbe di una causa non codificata di esclusione o diminuzione dell'imputabilità, non appartenente ad alcuna delle due *species* legislativamente previste. Non rientrerebbe né nell'ambito delle alterazioni patologiche dovute ad infermità di mente, azione dell'alcool o sostanze stupefacenti né in quello dell'imaturità fisiologica, per minore età, o para-fisiologica per sordomutismo. Parte della dottrina considerava rilevante la diversità culturale, in quanto incidente sulla capacità di autodeterminazione responsabile del soggetto agente, al pari di altre cause anch'esse non codificate²⁴. In particolare veniva considerato penalmente incapace il c.d. selvaggio che provenendo da contesti culturali profondamente diversi entrava in contatto con la nostra civiltà, e ciò sebbene la qualità di essere primitivo non fosse espressamente prevista dal legislatore quale causa escludente l'imputabilità²⁵. Pietro Nuvolone riteneva che un soggetto appartenente ad una diversa cultura (l'autorevole studioso utilizza l'espressione "sottoculture"), sebbene sano di mente ed adulto, quando entra a contatto con valori con i quali non si riconosce, è incapace di

²⁴ Vi sarebbero soggetti incapaci di intendere i valori espressi dal contesto sociale in cui sono inseriti, sebbene maggiorenni, non infermi di mente né intossicati. Eppure nei loro confronti sussiste la medesima ratio posta a base della non imputabilità, che pertanto va ad essi estesa per analogia. Basti pensare al caso dei c.d. uomini-lupo, ai soggetti tenuti in segregazione fin dall'infanzia o vissuti in un isolamento sociale e culturale impeditivo di uno sviluppo intellettuale normale e appunto al selvaggio. V. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, VI Ed., Cedam, Padova, 2009, p. 631.

²⁵ A questo proposito F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2003 p. 623; VANNINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Firenze, 1947, p. 85; Francesco PALAZZO tra le situazioni di incapacità ravvisa la c.d. *rusticitas*, ossia il difetto di civilizzazione di colui cresciuto in un ambiente selvaggio, *Corso di diritto penale. Parte Generale*. V ed., Giappichelli, Torino, 2013, p. 438.

Con riferimento all'esempio del selvaggio, proposto da Antolisei, Cristina de Maglie esprime delle critiche e ritiene che non si tratti di un'ipotesi da inquadrare nell'ambito dei reati culturalmente motivati. Secondo la de Maglie, egli intendeva riferirsi esclusivamente a situazioni di arretratezza meramente individuale, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 214-215.

Di recente anche Corinna NIGIANI e Jenny VENTURA sostengono che tra le cause incidenti sull'imputabilità vi siano anche quelle "condizioni sociali e culturali in cui sono vissuti certi soggetti tali da non rientrare nei canoni di "normalità" accolti comunemente, normalità intesa in senso lato", facendo proprio riferimento ai selvaggi, in *Capacità d'intendere e di volere*, in <http://www.crimine.it/pagina.asp?ID=7>, citati da A. BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 72.

comprenderli, di assimilarli e di adeguarvisi. Da ciò ne deriverebbe innanzitutto un'incapacità di comprendere il carattere illecito del fatto, ed anzi la convinzione che lazione proibita dalla legge costituisca un valore positivo; in secondo luogo ne scaturirebbe l'azione delittuosa. L'autore mette in evidenza come alcuni soggetti agiscano commettendo delitti in quanto vincolati da codici extrastatali o antistatali, che considerano un valore positivo (facendo riferimento all'omicidio per ragione d'onore e alla esecuzione di una vendetta). Secondo Nuvolone questa incapacità di comprendere il carattere illecito del fatto di per sé non può considerarsi un'infermità, ma in certi casi può essere solo una sua conseguenza (per esempio nel caso di schizofrenia o di paranoia). In realtà si tratta nella sua essenza di uno "status psichico di incomunicabilità tra l'individuo e la società". Se tale incomunicabilità deriva dalla minore età e dalla conseguente immaturità del soggetto, l'imputabilità viene meno; nel caso derivi esclusivamente da un disadattamento del soggetto adulto non vi sarà alcuna conseguenza²⁶. Nel codice penale italiano, a differenza di altri paesi, la capacità di comprendere il carattere illecito del fatto è esclusa dalla definizione di imputabilità. Ciò lo si deduce, secondo Nuvolone, analizzando l'art. 108 del codice penale che definisce il delinquente per tendenza come colui che rivela una speciale inclinazione al delitto derivante da un'indole particolarmente malvagia. Se il delinquente per tendenza è un soggetto imputabile e pericoloso, ciò significa che ai fini del giudizio d'imputabilità il legislatore non ha considerato in alcun modo l'insensibilità morale che non sia conseguenza di una malattia in senso stretto²⁷. La questione dell'incapacità di comprendere il carattere illecito del fatto a causa di una diversità culturale dell'individuo assumeva rilevanza pratica in relazione ai c.d. sudditi coloniali. Si soffermava su questo specifico aspetto Vincenzo Manzini secondo cui negli stranieri appartenenti a "civiltà inferiori" non può ravvisarsi a livello razionale quel "grado di sviluppo intellettuale ed etico", considerato requisito soggettivo necessario di molte norme penali, elaborate per i cittadini di uno "Stato civile". E ciò sebbene gli stranieri debbano considerarsi possibili soggetti attivi di reato e dunque in astratto sia ad essi applicabile la legge penale. Secondo l'autore

²⁶ NUVOLONE, Il sistema del diritto penale, II ed., Cedam, Padova, 1982, p. 258-259.

L'autore è citato da F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 386 e da FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, cit., p. 334.

²⁷ NUVOLONE, Il sistema del diritto penale, cit., p. 259.

l'appartenenza di un individuo a "società primitive" lo renderebbe equiparabile ai "bambini e ai mentecatti" piuttosto che "all'uomo normale appartenente alla nostra civiltà". Da ciò ne dovrebbe derivare l'assoggettabilità di costoro non alle forme di giustizia primitive previste nei rispettivi Paesi di origine, ma alle misure di sicurezza, e quindi la loro non considerazione come soggetti di diritto penale. A livello normativo tuttavia, l'appartenenza di un individuo ad una civiltà inferiore non elimina la soggettività penale né determina diversità di conseguenze sanzionatorie qualora costui si trovi in Italia, ma solo conseguenze giuridiche speciali per il diritto coloniale. Al suddito coloniale si applica il diritto penale per gli indigeni, che è speciale e derogatorio rispetto al diritto penale metropolitano. Infatti il cittadino o suddito coloniale autore di un reato nel territorio delle colonie, secondo il diritto coloniale italiano, era considerato titolare di una personalità giuridica speciale rispetto ai cittadini italiani e stranieri (europei)²⁸. Alcuni autori, anche più recentemente, hanno proposto di attribuire rilevanza alla diversità culturale nell'ambito dell'imputabilità del reo. Basandosi su un'interpretazione estensiva, l'art. 85 codice penale viene considerato una norma espressiva di un principio di portata generale. Di conseguenza le ipotesi codificate di esclusione o diminuzione dell'imputabilità sarebbero da considerare non tassative ma meramente esemplificative. L'incidenza del conflitto etnico-culturale sul piano dell'imputabilità viene analizzato con particolare riferimento alla capacità di intendere, concepita come capacità di valutare il disvalore sociale della propria condotta. È proprio l'appartenenza dell'individuo ad una cultura differente che potrebbe portarlo ad attribuire al proprio comportamento una significato diverso, dal punto di vista sociale, rispetto a quello che gli attribuisce l'ordinamento dello Stato ospite. Evidenzia questo aspetto Lorenzo Miazzi, che concentra la propria riflessione sui minori stranieri, in particolare nomadi, considerando l'imputabilità uno dei primi ambiti in relazione ai quali i giudici hanno avviato una riflessione sulla diversità della condizione non solo giuridica, ma anche sociale e culturale, di costoro e delle famiglie nelle quali sono inserite²⁹. L'autore sottolinea come una parte della

²⁸ MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, vol. I, V ed., Utet, Torino, 1986, p. 594, citato da F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 387 e da A. BERNARDI, Il "fattore culturale" nel sistema penale, cit., p. 71-72.

²⁹ Lorenzo MIAZZI, Immigrazione, regole familiari e criteri di giudizio, in *Questione Giustizia*, Franco Angeli, Milano, n. 4/2005, p. 763.

giurisprudenza, di fronte ad un numero crescente di imputati stranieri minorenni, sia orientata ad attribuire rilevanza al *background* culturale di provenienza del reo, soprattutto quando si tratti di “sottoculture” rispetto alla cultura dominante. E ciò in ragione del fatto che l’ambiente culturale di provenienza influenza in modo rilevante la strutturazione della personalità dell’imputato³⁰. Del resto, già con riferimento ai minori italiani la stessa giurisprudenza aveva elaborato il concetto di “incapacità di intendere e di volere da immaturità” derivante non solo da fattori psichici e patologici ma anche socio-pedagogici, relativi all’età evolutiva. Un’incapacità connessa alla consapevolezza del disvalore sociale dell’atto delittuoso commesso, considerata dai giudici tanto maggiore quanto l’atto illecito leda regole etiche minime, attinenti alla tutela di beni primari della persona (come la vita, l’integrità personale, la libertà)³¹. Nel soggetto pertanto l’imputabilità poteva sussistere o meno a seconda del tipo di reato consumato. Questo stesso criterio venne applicato anche in riferimento ai minori stranieri con la conclusione che l’influenza esercitata dall’ambiente sottoculturale poteva considerarsi causa dell’insorgenza di propositi delittuosi, ma non era certamente idonea ad escluderne l’imputabilità, sub-specie di consapevolezza del disvalore di un’azione. Ciò in particolare con riferimento ai delitti non a struttura complessa (ad esempio i reati contro il patrimonio)³². Tale orientamento restrittivo si ravvisa anche in pronunce più recenti e non riguardanti imputati stranieri³³.

Nell’ambito del nostro sistema penale l’orientamento secondo cui la motivazione culturale troverebbe adeguata collocazione a livello di imputabilità sarebbe teoricamente sostenibile. È sufficiente considerare che in dottrina il concetto di

³⁰ Il riferimento è alla sentenza della Corte d’Appello di Venezia, Sez. Minori, 8 maggio 1998.

³¹ Il riferimento è alla sentenza Cassazione 28 luglio n. 9290 e 6 novembre imputato Rizzotto.

³² L. MIAZZI, *Immigrazione, regole familiari e criteri di giudizio*, cit., p. 763-764.

Il riferimento in particolare è alla sentenza della Cass. 163840/1983, Dellagaren.

³³ Il riferimento è alla sentenza della Cass. 27 maggio 2003 imputato Maddaloni. Nell’ambito della motivazione i giudici di legittimità escludono che “specifiche condizioni socio-ambientali e familiari possano rappresentare una forma di patologia mentale legittimante un giudizio di non imputabilità”.

Con specifico riferimento agli imputati minorenni stranieri Elisabetta PALERMO FABRIS evidenzia come non sia pensabile che costoro, molto spesso vittime di organizzazioni criminali che li hanno introdotti in Italia al solo fine di sfruttarli, siano effettivamente imputabili, capaci di comprendere e di volere ciò che commettono, purché abbiano compiuto i 14 anni. Per poter accertare la sussistenza delle facoltà intellettive e volitive è necessario svolgere indagini mediante strumenti idonei per i minori occidentali ma non valevoli in assoluto per etnie diverse, *Discriminazione e diritto penale minorile*, in *Discriminazione razziale, Xenofobia, Odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di Silvio Riondato, CEDAM, Padova, 2006, p. 229-230.

infermità da cui origina il vizio di mente e la conseguente incapacità intellettuale e volitiva, non deve essere limitato alle sole situazioni patologiche clinicamente accertabili, ma deve essere estesa ad altre situazioni morbose anche se non rientranti in una precisa classificazione nosografica di tipo psicopatologico o se prive di una base organica definita. Sotto questo aspetto anche la giurisprudenza ricostruisce il concetto di malattia mentale discostandosi dal modello medico ed includendovi anche le alterazioni mentali atipiche, a condizione che siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere in concreto sulla capacità intellettuale e volitiva del soggetto agente e che vi sia un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa³⁴. Nell'ambito della dottrina tedesca Fabio BASILE cita Jakobs che pone l'accento proprio sulla diversità culturale dell'immigrato, sostenendo che qualora commetta un reato culturalmente motivato potrebbe essere considerato, in alcune situazioni, in stato di "infermità mentale sociale (o culturale)", da valutare come causa di non imputabilità o di diminuzione dell'imputabilità. Secondo l'autore tedesco in caso di "socializzazione" straniera l'identità della persona non può essere plasmata dai parametri culturali e sociali del sistema in cui viene giudicata. Analogamente si esprimono anche alcuni autori spagnoli identificando come causa escludente l'imputabilità la situazione di "profondo sottosviluppo culturale", di "deficit culturale"³⁵. Contrasta con questo orientamento possibilista Ferrando MANTOVANI, secondo il quale l'ipotesi di sviluppo mentale ritardato non dovuto né a cause patologiche sopravvenute né a carenze congenite, ma solo a fattori ambientali e culturali, deve trovare una soluzione specifica. Secondo l'autore la capacità di intendimento morale di un fatto, cioè di percepirne il valore sociale positivo o negativo, non ne presuppone necessariamente il sentimento morale e neppure l'adesione morale. Egli distingue tra il non sentire moralmente, vale a dire non avere la volontà o la capacità di comprendere il valore normativo del fatto, e il non intenderlo proprio come fatto negativo, illecito. I soggetti privi di sentimento morale, come ad esempio gli appartenenti a "sottoculture" che considerano certi comportamenti come vincolanti sulla base di codici extrastatali, ovvero coloro che dissentono da certi valori, non possono essere considerati solo per questo degli

³⁴ Sul rifiuto della nozione nosografica di infermità si è espressa la Cassazione a Sezioni Unite 25 gennaio 2005 n. 9163, includendovi anche i disturbi della personalità.

³⁵ F. BASILE, cit., Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 388

incapaci di intendere. Secondo l'autore l'incapacità di comprendere il disvalore sociale di un fatto, che egli definisce richiamando Nuvolone, può concretizzarsi nell'incapacità di intendere solo se deriva da minore età o da infermità di mente od altre situazioni equiparate³⁶. Riserve sulla possibilità ed opportunità di includere il fattore culturale tra le cause di esclusione o diminuzione dell'imputabilità sono espresse anche da altri autori. Giovanni Fiandaca ed Enzo Musco distinguono a seconda dell'angolo visuale che l'interprete intende adottare. Qualora si privilegi l'aspetto del rafforzamento della difesa sociale, l'equiparazione delle alterazioni mentali atipiche all'infermità mentale intesa in senso stretto contrasterebbe con gli scopi del diritto penale. Se invece prevale la preoccupazione di rispettare la *ratio* delle norme sull'imputabilità, e di conseguenza il principio di colpevolezza (che presuppone la possibilità di agire diversamente del reo), la suindicata equiparazione sarebbe coerentemente da accogliere³⁷. Anche Alessandro Bernardi esprime critiche nel considerare come cause incidenti sull'imputabilità le forme di estraneamento dal generale contesto sociale, derivanti dall'appartenenza a minoranze culturali. Si tratterebbe di un orientamento estensivo che valorizzerebbe "fenomeni psichici difficilmente afferrabili" con il rischio di incertezze e disparità applicative. Salvo che si giunga ad una totale rivisitazione del concetto di imputabilità, nel senso di una corresponsabilizzazione dei gruppi culturali minoritari nei comportamenti dei singoli individui³⁸. Sulla difficoltà di ricondurre i reati culturalmente motivati ad ipotesi di esclusione dell'imputabilità si esprime anche Ciro Grandi, secondo cui il soggetto che commette un reato spinto da una motivazione culturale non può assimilarsi al c.d. *rusticus*. Significherebbe considerare come selvaggia una cultura caratterizzata da valori diversi rispetto a quelli espressi dal contesto dominante. Inoltre il soggetto penalmente responsabile sarebbe da considerare come incapace di intendere e di volere solo perché custode e rispettoso della propria cultura³⁹. Secondo Grandi

³⁶ F. MANTOVANI, Diritto Penale, VI ed., CEDAM, 2009, p. 633.

³⁷ F. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 340.

³⁸ A. BERNARDI, Modelli penali e società multiculturale, cit., p. 122-123.

³⁹ C. GRANDI, Diritto penale e società multiculturali. Stato dell'arte e prospettive de iure condendo, in De Francesco, Piemontese, Venafro (a cura di), Religione e Religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà, Torino, 2007, p. 359.

Analoga posizione è espressa da Cristina de Maglie secondo la quale il reo culturale non può considerarsi un *rusticus*, ma solo portatore di una cultura diversa. Il selvaggio al contrario non è custode di alcuna cultura. Al pari di altri soggetti, considerati nel corso della storia de-umanizzati, non

tuttavia il conflitto motivazionale generato dal contrasto tra la norma culturale e quella penale potrebbe determinare reazioni di “corto circuito”; così come l’importanza attribuita da certe culture a ben specifici comportamenti (quali l’infedeltà o altri comportamenti offensivi o sacrileghi) potrebbe amplificare gli stati emotivi e passionali rispetto a tali condotte. Senonché si porrebbe comunque il problema dello sbarramento costituito dall’art. 90 codice penale⁴⁰. L’unico modo per attribuire rilevanza al fattore culturale con riferimento all’imputabilità potrebbe essere quello di una rivisitazione integrale della categoria dogmatica⁴¹. Cristina de Maglie ritiene che collocare la motivazione culturale alla base della condotta delittuosa nell’alveo del vizio di mente, totale o parziale, non sia da accogliere né a livello ideologico né sistematico⁴². Si tratterebbe di una soluzione che comporterebbe un duplice effetto negativo. Si avrebbero ripercussioni negative in primo luogo sul gruppo etnico di appartenenza del reo. Alla base del fatto culturalmente motivato infatti vi è l’affermazione che tutta la comunità etnica si sarebbe comportata allo stesso modo. In secondo luogo sul singolo individuo, che sarebbe giudicato non punibile, ma considerato pur sempre un malato di mente con tutte le relative conseguenze a livello sociale. Il soggetto che agisce per una motivazione culturale, conclude l’autore, non può certamente essere assimilato ad un infermo di mente. La de Maglie evidenzia tuttavia come non si possa escludere in assoluto che un conflitto culturale possa incidere sull’equilibrio psichico di un individuo. Il riferimento è proprio a Sellin secondo cui il conflitto tra il patrimonio culturale di origine e quello del nuovo sistema, soprattutto negli immigrati di seconda generazione, può determinare sentimenti di disagio esistenziale, instabilità emotiva, profonda frustrazione e disorientamento psicologico, tali da annullare i meccanismi di autocontrollo dell’individuo. Questo disagio può sfociare anche nell’emarginazione

vive alcuna situazione di conflitto in quanto con riferimento ad esso si considera esistente solo la cultura dominante, I reati culturalmente motivati, cit., p. 215.

⁴⁰ C. GRANDI, Diritto penale e società multiculturali, cit., p. 359-360.

In dottrina si ritiene comunque che questa esclusione costituisca una deroga al principio generale stabilito dall’art. 85 codice penale, al punto da auspicarne l’abrogazione o comunque un’interpretazione meno restrittiva. Si esprimono al riguardo Palazzo e Pulitanò, C. GRANDI, Diritto penale e società multiculturali, cit., p. 360.

⁴¹ Opzione non prevedibile né attuabile allo stato attuale, C. GRANDI, Diritto penale e società multiculturali, cit., p. 360.

⁴² C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 216.

sociale, nella malattia mentale e quindi nella criminalità⁴³. Si tratterebbe tuttavia di conseguenze che riguardano esclusivamente i conflitti interni, riprendendo la classificazione elaborata da Sellin. In realtà ciò che rileva con riferimento al fatto culturalmente motivato è solo il conflitto esterno, che si verifica quando la cultura d'origine è dominante rispetto a quella del sistema ospitante. La de Maglie conclude ritenendo che in ogni ipotesi di conflitto interno debba essere il giudice a valutare se tale conflitto abbia inciso sulla capacità di intendere e di volere, trattandosi di questione appartenente solo a quel singolo individuo⁴⁴. L'autore evidenzia come orientamenti analoghi si ravvisino nell'ambito della letteratura psichiatrica. Roberto BENEDEUCE sottolinea come una consolidata tradizione di studi metta in collegamento sofferenza e disagio psichico con l'esperienza della migrazione. Già nel corso dell'800 si utilizzavano espressioni come *aliéné voyageur* o *migrateur* (Foville, 1875), *emigrante folle* (Mann, 1875), *straniero folle* (Ranney, 1850) proprio per evidenziare la presunta psicopatologia del migrante. La migrazione veniva considerata come condizione di rischio psichico. Nei due secoli trascorsi il soggetto che abbandonava la terra d'origine era considerato instabile dal punto di vista psichico, e ci si sforzava di catalogare a livello nosografico il disagio che manifestava. Beneduce parla di una vera e propria nosografizzazione delle entità erranti. A livello psichiatrico si era imposto l'orientamento secondo cui la personalità schizoide fosse un fattore predisponente della scelta migratoria. Dal punto di vista sociologico anche gli studi basati sul modello della selezione positiva o dell'autoselezione (come quello della socializzazione anticipatoria, secondo cui chi emigra dimostra una maggiore propensione al cambiamento, anticipa il confronto con il nuovo e dimostra di volersi emancipare dai valori culturali tipici della società di appartenenza) considerano il migrante come un soggetto che manifesta tratti di problematicità, di inquietudine, di critica nei confronti del gruppo etnico di appartenenza. Colui che decide di abbandonare il proprio Paese era considerato un

⁴³ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 216-218.

Del resto vari autori nell'ambito della letteratura psichiatrica hanno ribadito il collegamento tra emarginazione sociale e malattia mentale, sottolineando proprio il ruolo patogenico dell'emarginazione. Numerosi sono i disturbi che ne possono derivare sia sul piano psicologico che psichiatrico: psicosi, depressione nervosa, ostilità, rabbia, comportamenti violenti, diminuzione dell'autostima, sentimenti di autodistruzione, paranoia, schizofrenia, C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 217-218.

⁴⁴ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 218.

soggetto con una personalità premorboza, che manifestava segni di malessere nei confronti della condizione vissuta nel contesto sociale d'origine. Questo stato premorbozo si sarebbe poi rivelato completamente nel corso dell'esperienza migratoria o durante il periodo di adattamento nel Paese ospite. Frequentemente si utilizzava l'espressione di "disturbo disadattivo" a fronte di una serie di sintomi e conflitti vissuti dal migrante. Secondo Beneduce "si emigra perché si è inquieti, disadattati rispetto alla propria cultura e ci si ammala perché non abbastanza ci si adatta alla nuova società". Si tratterebbe comunque di un'idea nata più dal senso comune che da una rigorosa ricerca clinica⁴⁵.

⁴⁵ R. BENEDUCE, *Etnopsichiatria. Sofferenza mentale e alterità fra Storia, dominio e cultura*, Carocci editore, Roma, 2007, p. 243 e 257 e *Frontiere dell'identità e della memoria. Etnopsichiatria e migrazioni in un mondo creolo*, Franco Angeli, Milano, 2004, p. 64 ss.

§4. Motivazione culturale e conoscibilità del precetto penale: la questione dell'inevitabilità dell'ignoranza.

Dottrina e giurisprudenza prestano particolare attenzione alla questione della possibile incidenza della motivazione culturale in sede di errore sul precetto. La diversità sociale e culturale del reo potrebbe rilevare quale fattore di natura soggettiva idoneo a condizionare la conoscibilità del precetto penale, la possibile formazione di una volontà colpevole e dunque il giudizio di rimproverabilità, che è alla base del principio di colpevolezza. Secondo questa impostazione l'appartenenza dell'imputato ad una cultura diversa, e i conseguenti casi di conflitti culturali, potrebbero ricondursi a quelle situazioni di non colpevole carenza di socializzazione citate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988 come ipotesi di inevitabilità-scusabilità dell'*ignorantia legis*. In numerose sentenze pronunciate sia in Italia che all'estero, i giudici hanno accolto le linee difensive degli imputati basate sull'assunto che il fatto delittuoso sia stato consumato ignorandone incolpevolmente la natura di reato nel Paese ospite, a causa di un errore sulla legge incriminatrice (ma anche a causa di un erroneo convincimento circa la sussistenza di una scriminante, in realtà non prevista nell'ordinamento di quel Paese)⁴⁶. Numerose pronunce hanno riconosciuto l'inevitabilità dell'ignoranza del precetto da parte di uno straniero in caso di consumazione di reati c.d. artificiali, cioè di pura creazione legislativa. Secondo la de Maglie si tratterebbe di una prospettiva chiaramente errata che non prendendo in considerazione la struttura e i requisiti della categoria dei reati culturali ne estende eccessivamente l'ambito applicativo⁴⁷. Le ipotesi in questione infatti non possono rientrare nella tipologia dei reati culturalmente motivati. La giurisprudenza ha solamente applicato i principi stabiliti dalla Corte Costituzionale con riferimento

⁴⁶ Fabio BASILE presenta un elenco dettagliato di casi giudicati all'estero e in Italia con riferimento ai quali i giudici hanno accolto queste linee difensive. Di contro indica anche sentenze che hanno respinto la richiesta dell'imputato di riconoscere un'ignoranza inevitabile sul divieto, in Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 391-393.

Si sofferma sul tema dell'incidenza del fattore culturale in sede di errore sul precetto anche Alessandro BERNARDI che evidenzia come pur in assenza di una norma ad hoc circa "l'errore di diritto culturalmente condizionato", in giurisprudenza si tende comunque ad attribuire un ruolo rilevante alla cultura del reo per accertare la scusabilità o meno dell'ignoranza della legge penale, in Il "fattore culturale" nel sistema penale, cit., p. 110 ss. Analoghe considerazioni le esprimono anche Ciro GRANDI, Diritto Penale e Società Multiculturali, cit., p. 277 e Cristina de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 233 ss.

⁴⁷ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 235.

all'errore di diritto⁴⁸. Il presupposto errato alla base di quest'impostazione è che gli autori dei reati commessi vengono considerati delinquenti culturali per il solo fatto di essere di nazionalità diversa da quella del Paese ospite e di trovarsi in situazioni individuali di difficoltà. I giudici in realtà avrebbero dovuto tenere conto della struttura e delle caratteristiche specifiche dei fatti culturalmente motivati. Con riferimento ai delitti naturali invece la riconoscibilità di un'*ignorantia legis* inevitabile e dunque scusabile appare più problematica, anche alla luce del fatto che moltissimi delitti culturali sono sanzionati anche negli ordinamenti giuridici dei Paesi di appartenenza degli imputati. Fabio Basile prende spunto dall'analitica ricognizione giurisprudenziale svolta sul tema per evidenziare la diversità di orientamento dei giudici italiani rispetto a quelli esteri proprio in relazione ai delitti naturali⁴⁹. Mentre i primi negano la sussistenza di un'ignoranza inevitabile delle norme incriminatrici che configurano delitti naturali, i secondi invece la ammettono. Da ciò ne deriva, secondo l'autore, che per la giurisprudenza nostrana la tematica dell'ignoranza della legge penale è fortemente condizionata dalla distinzione dei delitti in naturali e artificiali, in linea del resto con quanto stabilito dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988. Se il precetto penale che configura un delitto naturale deve essere considerato espressione delle norme etico-sociali, frutto della coscienza morale e sociale ed impregnato di cultura, difficilmente potrà configurarsi un'ignoranza inevitabile dello stesso da parte del reo. In senso critico si esprime altra dottrina che considera questa conclusione corretta solo in caso si accolga una premessa, vale a dire che ci si riferisca ad un individuo che faccia parte del contesto socio-culturale da cui origini la suddetta norma incriminatrice. Senonché, in un contesto sociale multi-etnico non è possibile escludere a priori la sussistenza di un'ignoranza inevitabile anche di una norma incriminatrice di un

⁴⁸ Nella sentenza 364/1988 la Corte Costituzionale ritiene che debba considerarsi scusabile l'ignoranza di una norma penale che punisca condotte la cui offensività non sia immediatamente percepibile e la cui illiceità non sia facilmente conoscibile da parte di uno straniero, appartenente ad un contesto sociale e culturale differente dal nostro, C. GRANDI, *Diritto Penale e Società Multiculturali*, cit., p. 277.

⁴⁹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 394.

L'autore puntualmente richiama la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988 che nel paragrafo 20 delle motivazioni in diritto recita "è quasi impensabile che un soggetto imputabile commetta i c.d. delitti naturali nell'ignoranza della loro illiceità".

delitto naturale⁵⁰. Secondo quest'orientamento anche con riferimento al c.d. diritto penale classico si pone un problema di conoscenza e conoscibilità della legge penale. La conoscenza delle regole sociali elementari o morali, poste a base dei precetti penali configuranti delitti naturali, è influenzata proprio dal livello di cultura e di socializzazione dello straniero, che ben potrebbe disconoscere quindi il precetto dei reati naturali a causa di un errore inevitabile⁵¹. Anche Alessandro Bernardi evidenzia la crisi della distinzione tra reati naturali ed artificiali di fronte ai nuovi contesti sociali multietnici, al fine del riconoscimento dell'inevitabilità dell'ignoranza della norma penale⁵². Riprendendo un concetto espresso dal Pulitanò l'autore sostiene che nel caso di soggetti appartenenti a culture diverse da quella dello Stato ospite, potrebbe mancare quella "normale formazione della personalità", necessaria ad introiettare tutte le norme fondamentali della convivenza che ne sono parte integrante e che costituiscono la base delle fattispecie concernenti i reati naturali. Ben potrebbe accadere dunque che in caso di mancata socializzazione degli immigrati, un reato considerato naturale per il contesto culturale dominante, per costoro venga ritenuto artificiale, con conseguente possibilità di invocarne l'ignoranza inevitabile. Basile considera anche il grado di eterogeneità tra la cultura del Paese ospite e quella di origine del reo, quale fattore in apparenza idoneo a condizionare il giudizio circa la sussistenza di una *ignorantia legis* inevitabile⁵³. Potrebbe considerarsi sussistente infatti un rapporto direttamente proporzionale tra i due elementi: maggiore è l'eterogeneità tra i sistemi culturali a raffronto e maggiormente plausibile è l'inevitabilità dell'ignoranza del precetto penale. Senonché occorre fare alcune precisazioni. In primo luogo si tratterebbe di una conclusione generale, non basata su considerazioni inerenti la specifica persona dell'imputato, quasi fosse una

⁵⁰ Si esprimono in questo senso Tullio PADOVANI e Roberto BARTOLI, entrambi citati da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 395, ma anche C. de MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 235-236. Secondo la de MAGLIE l'affermazione della Corte Costituzionale dovrebbe essere storicizzata, proprio per non perdere il suo valore di universalità e per adeguarsi alla nuova composizione multietnica del contesto sociale contemporaneo.

⁵¹ R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 159, citato da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 395.

A titolo esemplificativo Fabio BASILE fa riferimento al delitto di pratiche di mutilazione genitale femminile di cui all'art. 583 bis codice penale. Secondo la prospettiva imposta dalla cultura dei gruppi etnici presso i quali vengono tradizionalmente praticate, questi delitti non possono essere considerati come naturali ma artificiali, di mera creazione legislativa.

⁵² A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 125.

⁵³ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 395 ss.

presunzione a favore degli stranieri provenienti da Paesi socialmente e culturalmente diversi da quello ospitante. Ciò rende la tesi inaccettabile. L'*ignorantia legis* non può considerarsi una causa di scusabilità a priori, nemmeno per lo straniero, sul quale grava l'obbligo di informarsi sulle norme vigenti nel Paese in cui soggiorna, soprattutto per quelle aventi natura penale. In secondo luogo bisogna considerare che l'ignoranza potrebbe risultare inevitabile e dunque scusabile non solo quando i contesti culturali a confronto si contrappongono nella loro totalità, ma anche nel caso in cui divergono per singoli aspetti e tale divergenza incida proprio sulla qualificazione di un fatto come lecito o meno. In giurisprudenza peraltro, al fine di accertare la sussistenza di un'ignoranza inevitabile, si fa ricorso non solo al criterio della divergenza tra i sistemi culturali ma anche a quello della loro vicinanza (caso Khediri)⁵⁴. In particolare si afferma che proprio in caso di provenienza del soggetto da un contesto culturale prossimo a quello dello Stato ospite, costui farà affidamento sulla natura lecita di condotte considerate tali nel proprio Paese. Ciò determina un'ignoranza dei precetti che incriminano fatti analoghi nel paese ospite, considerata inevitabile e dunque scusabile. Secondo i giudici di merito sarebbe ravvisabile in questo caso una presunzione di conformità tra le norme dei Paesi a confronto. Al contrario sarebbe proprio la maggiore diversità tra i contesti culturali e sociali ad imporre al soggetto immigrato un particolare e diligente dovere di informazione sulle norme vigenti nel Paese ospite. In questa sentenza dunque il criterio soggettivo della lontananza culturale del soggetto attivo rispetto al contenuto del precetto violato viene capovolto. Bernardi si sofferma sull'impianto argomentativo della sentenza in esame e pur affermandone la sua criticabilità a prima vista, non essendo seriamente contestabile il fatto che la radicale diversità culturale implichi un aumento delle concrete possibilità per il soggetto di versare nell'errore di diritto, ne evidenzia una logica precisa⁵⁵. Già in passato infatti aveva affermato, in linea con tale giurisprudenza di merito, che il principio della libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione Europea, a seguito degli Accordi di Schengen del 14 giugno

⁵⁴ Il riferimento è alla sentenza del Tribunale di Genova 30 maggio 1989, imp. Khediri, citata da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 397-398 e da A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., p. 113.

⁵⁵ A. BERNARDI, *Il "Fattore culturale" nel sistema penale*, cit., p. 113-114.

L'autore fa riferimento ad un suo precedente contributo, *Il Diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2002, p. 506.

1985, era il risultato non solo di rapporti politici non conflittuali, ma anche di un processo di riavvicinamento sociale e culturale tra gli Stati firmatari, che avrebbe avuto riflessi anche sul piano normativo. Sulla base di questa premessa Bernardi concludeva nel senso di considerare le regole giuridiche di un Paese ospite come tendenzialmente omogenee a quelle del Paese di origine di un individuo, se entrambi gli Stati fossero stati aderenti alla Convenzione. In altri termini come fossero norme preconosciute. Ciò avrebbe reso superfluo l'assolvimento al dovere di informarsi sulle norme e sulle tradizioni culturali del Paese in cui il soggetto decide di recarsi. Anche la durata del soggiorno dell'imputato nel Paese ospite è un fattore che viene preso in considerazione dalla dottrina per valutare l'inevitabilità-scusabilità dell'*ignorantia legis*. Fiandaca e Musco, ad esempio, tra i criteri in base ai quali formulare il suindicato giudizio individuano i criteri soggettivi c.d. puri, basati esclusivamente sulle caratteristiche personali del soggetto agente. Tra questi rientrano, ad esempio, il grado di scolarizzazione e di cultura ovvero l'ambiente sociale di provenienza dell'individuo. Secondo questa dottrina tuttavia, per evitare il rischio di giudizi di colpevolezza troppo indulgenti o rigorosi ed in ossequio a quanto suggerisce la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988, il ricorso a questi criteri soggettivi puri deve essere limitato ad ipotesi marginali. Più precisamente ai casi in cui i deficit di personalità degli imputati emergono in modo oggettivo ed incontrastato. Gli autori fanno proprio riferimento al caso degli emarginati o degli stranieri extracomunitari soggiornanti da troppo poco tempo nel Paese ospite per conoscere le numerose disposizioni penali vigenti nell'ordinamento⁵⁶. Basile critica quest'orientamento, pur ritenendo significativo il fattore preso in considerazione. Una situazione di ignoranza inevitabile potrebbe configurarsi anche a carico di stranieri che soggiornano in un Paese da molto tempo, qualora non raggiungano un grado di socializzazione significativo, tale da determinare un cambiamento di mentalità. Secondo l'autore è proprio l'emarginazione degli immigrati la causa principale del legame intenso con le tradizioni culturali di origine, considerate elemento fondante la loro identità⁵⁷. Basile analizza un ulteriore fattore che potrebbe considerarsi per valutare se l'*ignorantia legis* sia inevitabile e dunque scusabile. Si tratta dell'esistenza nell'ordinamento del

⁵⁶ FIANDACA-MUSCO, Diritto Penale. Parte generale, cit., p.402

⁵⁷ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 398-399.

Paese di origine del reo culturale, di una norma penale analoga quanto al contenuto a quella violata nel Paese ospitante⁵⁸. In presenza di tale condizione si potrebbe negare ogni rilevanza *pro reo* alla motivazione culturale dedotta dall'imputato. Senonché di fronte a questo possibile orientamento l'autore elabora due obiezioni. In primo luogo considera il fatto che un qualunque cittadino italiano può invocare, in presenza di determinate condizioni, l'ignoranza inevitabile e dunque scusabile della norma penale violata, benché sia proprio la stessa legge italiana a prevedere quel fatto come reato. Del pari non si capirebbe la ragione per cui alle medesime condizioni, non potrebbe farlo uno straniero, anche se nel Paese di origine quel medesimo fatto sia pur sempre qualificato come illecito penale. In secondo luogo l'autore approccia allo studio dei reati culturali accogliendo una prospettiva di analisi nuova e diversa rispetto a quella positivista-monista dominante nella comunità scientifica giuridica. Si tratta del modello del pluralismo giuridico, che oggi per la scienza giuridica può considerarsi uno strumento indispensabile di adeguamento ai mutamenti socio-culturali che hanno investito negli ultimi decenni lo Stato e il diritto⁵⁹. E' un concetto che senza dubbio mette in crisi il modello giuridico monistico basato sull'identificazione assoluta tra diritto e legge (espressione del potere politico statale) e che può essere utilizzato in dottrina per svariate finalità: tutela dei gruppi minoritari oppressi, dibattito sul multiculturalismo giuridico, diritti umani. Il pluralismo giuridico consente all'interprete di studiare lo stesso fenomeno secondo una prospettiva differente, che tenga conto della dimensione sociale dell'uomo e sia sensibile alle differenze culturali, tutti fattori capaci di influenzare le sue scelte e la sua condotta. A differenza del pluralismo giuridico di tipo istituzionale, teoria elaborata da Santi Romano per evidenziare la pluralità di ordinamenti giuridici vigenti all'interno dello Stato, il pluralismo giuridico di tipo soggettivistico invece focalizza l'attenzione dall'istituzione, dall'ordinamento, al soggetto. Secondo questo modello teorico esplicativo, che può collocarsi sul piano della descrizione dei fenomeni, e non della politica del diritto, l'individuo è considerato destinatario di una

⁵⁸ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 399.

⁵⁹ In questa sede non si vuole condurre un'indagine approfondita sul pluralismo giuridico, ma ne saranno richiamati i concetti fondamentali al fine di meglio comprendere l'obiezione sollevata da Fabio Basile relativa al fattore preso in considerazione per l'accertamento della inevitabilità dell'*ignorantia legis*.

A questo proposito si consulti: <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/rom/marchi/cap1.htm>

pluralità di norme, che hanno fonti e contenuti eterogenei e spesso contrastanti tra loro. Sacco scrive: “Il pluralismo giuridico porta la sua attenzione sui sottogruppi sociali, sull’interazione tra l’ordine delle comunità locali e l’ordine normativo superiore, sui trattamenti diversificati dei conflitti che si presentano entro il gruppo ristretto e di quelli che intervengono tra gruppi diversi; contrappone il diritto ufficiale e quello non ufficiale e prende a bersaglio l’identificazione del diritto con lo Stato”⁶⁰. Nell’ambito di questo paradigma può parlarsi di pluralismo c.d. culturale, che si verifica qualora il diritto di fonte extra-statuale sia espressione non solo di una certa comunità ma anche di una cultura (c.d. *Falk-Law*). In molti soggetti immigrati, appartenenti a contesti culturali diversi da quello dello Stato ospite, è indubbiamente riscontrabile questo pluralismo giuridico di tipo soggettivistico. Costoro nel loro Paese di provenienza sono soggetti ad un complesso di regole contrastanti tra loro, non solo diritti positivi, ma anche religiose, etniche, di origine spontanea o consuetudinaria, non necessariamente riconosciute a livello statale, ma ugualmente efficaci. A queste norme si aggiungono poi quelle vigenti nei Paesi dove gli stessi emigrano. Di fronte a questa situazione lo sforzo della scienza giuridica dovrebbe essere quello di prendere coscienza di questa complessità. Secondo Basile questo pluralismo giuridico soggettivistico deve essere utilizzato dall’interprete per studiare e risolvere le situazioni di conflitto tra diritto positivo e norme conformi alla cultura di origine, che si verificano a seguito dei numerosi flussi migratori. Egli ritiene che anche se nel Paese di origine dell’immigrato quel medesimo fatto, commesso nel Paese ospite, venga incriminato da disposizioni penali locali, non solo per questo può essere considerato un fattore che dimostri in modo certo ed inequivocabile la conoscibilità della norma penale dello Stato ospitante⁶¹. L’opzione sistematica dell’ignoranza inevitabile dovuta ad una non colpevole carenza di socializzazione, quale soluzione per risolvere le problematiche sollevate dai reati culturalmente motivati, non viene considerata praticabile sul piano politico criminale da una parte

⁶⁰ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Il mulino, Bologna, 2007, p. 83

⁶¹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 402.

L’autore cita Domenico Pulitanò che già molti anni fa, nel suo lavoro *L’errore di diritto nella teoria del reato*, affermava che un problema di *error iuris* non era proponibile in strutture sociali omogenee, ma solo in società divise “secondo concezioni di valori diverse o addirittura antagonistiche”. Non vi è dubbio che questo tipo di società sono ravvisabili a seguito dei numerosi flussi migratori che caratterizzano i contesti sociali contemporanei.

della dottrina⁶². *Punctum dolens* di quest'orientamento è l'equiparazione tra la carente socializzazione e la diversità etnico-culturale. L'insufficiente socializzazione esprime in realtà una condizione di inferiorità che non si ravvisa necessariamente nel reo culturale e che non costituisce un requisito strutturale dei reati culturalmente motivati. Sul contenuto di questa carenza di socializzazione e sulla sua concretizzazione come condizione soggettiva di inferiorità si è avuta una cospicua elaborazione dottrinale, emergendo del resto anche dalla decisione della Corte Costituzionale n. 364/1988. Secondo la Corte l'inevitabilità-scusabilità va accertata non in base a criteri soggettivi puri (attinenti cioè esclusivamente alle caratteristiche personali dell'agente), ma a criteri oggettivi puri (vale a dire a cause di impossibilità di conoscenza della legge per tutti i consociati) ovvero a criteri misti (relativi alle particolari circostanze in cui si è formata la deliberazione criminosa). La c.d. spersonalizzazione dell'errore deve essere controbilanciata da un'indagine accurata sulle condizioni soggettive del singolo, tenendo conto delle sue particolari abilità o condizioni di inferiorità. Anche la giurisprudenza successiva al 1988 identifica la carenza di socializzazione esclusivamente in una condizione soggettiva di inferiorità e non in una diversità culturale, facendo riferimento a situazioni di difficoltà umana ed emarginazione sociale. Secondo la de Maglie identificando le due situazioni ne conseguirebbe di fatto una denigrazione a priori dei soggetti appartenenti a gruppi culturalmente differenti. Il deficit di socializzazione dovrebbe più correttamente essere accertato caso per caso, applicando i principi generali in tema di *error iuris*, ma non può collegarsi automaticamente alla tematica dei fatti culturalmente motivati. Se così fosse il reo culturale dovrebbe essere considerato un selvaggio da educare. Identificare il soggetto "culturalmente diverso" con quello "insufficientemente socializzato" significherebbe poi esprimere un giudizio valutativo sfavorevole, che attribuisce un'etichetta al singolo individuo. Ma soprattutto sarebbe espressione di un atteggiamento assimilazionista, secondo il quale non tutte le culture sarebbero sullo stesso piano, ma vi sarebbero culture superiori (come quella occidentale) e culture inferiori, le quali dovrebbero integrarsi alle prime⁶³. A sostegno dell'impraticabilità

⁶² Esprime una critica alla suindicata soluzione sistematica C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 236 ss.

⁶³ C. de MAGLIE critica anche il fatto che il parametro della carenza di socializzazione venga integrato con il criterio della durata del soggiorno nel Paese ospitante. È impensabile che il tempo

della soluzione in esame, la de Maglie inoltre ritiene che nella maggior parte dei casi il reo culturale è ben consapevole della natura illecita della condotta posta in essere. Egli tuttavia agisce ugualmente perché pressato dalla propria cultura, che sulla psiche del soggetto ha un'influenza maggiore rispetto all'efficacia general-preventiva della norma penale⁶⁴. A conclusione della disamina riguardante il rapporto tra motivazione culturale e ignoranza della legge penale non può non evidenziarsi un aspetto di non secondaria importanza⁶⁵. È un dato certo che i casi di ignoranza evitabile-inescusabile (e dunque colpevole) siano quelli statisticamente più frequenti⁶⁶. In queste ipotesi il giudizio di rimproverabilità si basa su un duplice fondamento. Il dolo, con riferimento al fatto tipico, ed un elemento soggettivo, riferito alla mancata conoscenza del precetto penale, che strutturalmente presenta i caratteri della colpa. In questo senso infatti si rimprovera al soggetto di non aver evitato un'*ignorantia legis* che avrebbe potuto e dovuto evitare. Questo atteggiamento psicologico può definirsi complessivamente doloso-colposo, costituendo una figura intermedia di responsabilità soggettiva che si colloca, a livello di gravità, tra il dolo e la colpa⁶⁷. Questi casi si verificano frequentemente anche con riferimento ai reati culturalmente motivati, qualora il soggetto immigrato ignori di fatto la legge penale, pur avendo avuto in concreto la possibilità e le occasioni per conoscerla. Per queste ipotesi il legislatore italiano non prevede alcuna disciplina specifica. Di fronte a questo vuoto normativo una parte della dottrina propone di utilizzare la categoria delle attenuanti generiche proprio per attribuire la giusta considerazione a questa situazione di ignoranza, che se non è idonea ad escludere la colpevolezza, ne determina quanto meno una concreta diminuzione⁶⁸. Il ricorso all'art. 62 bis c.p. sarebbe peraltro una soluzione da adottare in attesa che il legislatore futuro valuti l'opportunità di introdurre una circostanza attenuante *ad hoc* (obbligatoria o facoltativa) per i casi di

trascorso in un Paese possa cancellare il patrimonio di cultura e tradizione proprio di un individuo, in I reati culturalmente motivati, cit., p. 237.

⁶⁴ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 237-238.

L'autore, citando testualmente Rodolfo SACCO, fa riferimento ai casi in cui "l'ottemperanza difetta anche là dove la legge è nota".

⁶⁵ Sul quale si sofferma F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 451 ss.

⁶⁶ Sottolinea questo aspetto G.FIANDACA-E.MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 407.

⁶⁷ G.FIANDACA-E.MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 407.

⁶⁸ In questo senso, ad esempio, F. MANTOVANI, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 417.

L'autore evidenzia che non è possibile un'elencazione delle circostanze attenuanti generiche. A titolo esemplificativo esse possono riguardare, oltre alla gravità oggettiva del reato e la capacità a delinquere, anche la colpevolezza (ad esempio: l'ignoranza evitabile).

ignoranza evitabile. Si tratterebbe del resto di una norma invocata da gran parte della dottrina⁶⁹. Ma prospettata anche nella sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988, nella quale i giudici scrivono che è compito del legislatore stabilire se l'ignoranza evitabile della legge penale meriti un'attenuazione di pena⁷⁰. Questa soluzione del resto è stata già adottata nel codice penale tedesco ed austriaco. Sarebbe possibile in conclusione utilizzare *de iure condito* l'art. 62 bis c.p., e *de iure condendo*, una circostanza attenuante *ad hoc*, per attribuire rilievo ai casi di ignoranza evitabile della legge penale da parte di soggetti immigrati. Si tratterebbe di ipotesi in cui la loro colpevolezza sarebbe in concreto diminuita per effetto di tale ignoranza colpevole⁷¹.

⁶⁹ Ne parlano G.FIANDACA.E.MUSCO, facendo proprio riferimento alle ipotesi di ignoranza evitabile caratterizzati da dolo del fatto e *culpa juris*, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 407.

⁷⁰ Punto 29 della motivazione in diritto della sentenza n. 364/1988.

⁷¹ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 453.

L'autore peraltro approfondisce la tematica delle circostanze attenuanti generiche nell'ambito dei reati culturalmente motivati, studiando le possibilità di prendere in considerazione la motivazione culturale in sede di determinazione del quantum della pena applicabile all'imputato. Vale a dire nel processo di commisurazione della pena, non solo in senso stretto ma anche in senso lato. In quest'ultimo ambito Basile analizza la possibilità che la motivazione culturale possa essere presa in considerazione ai fini della non applicazione di alcune circostanze aggravanti, ma anche per l'applicazione di alcune circostanze attenuanti, ovvero delle circostanze attenuanti generiche, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 424 ss.

In questa sede tuttavia non si vuole approfondire questo aspetto, per il quale si rimanda alla lettura del suindicato contributo.

§5. Motivazione culturale: dolo, coscienza dell'offesa ed errore sul fatto.

Analizzando le possibili interazioni del fattore culturale nella prospettiva dell'imputazione soggettiva, dottrina e giurisprudenza non si sono limitate ad analizzare il profilo dell'*ignorantia legis* e della sua inevitabilità (art. 5 codice penale), ma hanno considerato anche il rapporto del movente culturale con il requisito della coscienza dell'offesa, qualora lo si ritenga necessario ai fini della sussistenza del dolo⁷². La questione, considerata una delle più problematiche della teoria del dolo, concerne l'inquadramento del suindicato requisito all'interno dell'oggetto del dolo. Secondo la dottrina dominante il concetto di offesa, nel contesto del dolo, assume due accezioni. Può indicare l'antigiuridicità o illiceità penale del fatto, in relazione alla specifica norma incriminatrice di cui si presuppone la conoscenza; ovvero può fare riferimento alla generica consapevolezza di ledere o esporre a pericolo beni-interessi meritevoli di tutela, indipendentemente dalla conoscenza di un contrasto formale con la legge⁷³. Alla luce dell'art. 5 codice penale nella sua formulazione originaria, antecedente alla sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988, poiché non vi era possibilità di attribuire rilevanza ad alcuna ipotesi di ignoranza della legge, anche se inevitabile e dunque scusabile, ne derivava per logica conseguenza che nell'oggetto del dolo non poteva in alcun modo rientrare la conoscenza dell'illiceità in quanto tale. La norma in questione era considerata una vera e propria norma di sbarramento. Per contrastare l'eccessiva rigidità dell'art. 5 codice penale tuttavia, a partire dagli anni '60, parte della dottrina elabora una nozione di offesa distinta da quella di antigiuridicità penale in senso stretto ed identificabile nella lesione del bene protetto, considerata in una dimensione sostanziale, fattuale, pregiuridica. Concepita in tal senso, l'offesa deve rientrare nell'oggetto del dolo. Il soggetto agente deve rappresentarsi esclusivamente la lesione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice, non la tutela che

⁷² C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 218 ss.; A. MASSARO, I reati a movente culturale o religioso, cit., p. 43 e 71 ss., secondo cui sarebbero queste essenzialmente le due sfere che, per quanto concerne l'elemento soggettivo, devono essere prese in considerazione a fronte di un reato culturalmente motivato. La Massaro evidenzia peraltro che si tratta di due aspetti strettamente connessi, con una non infrequente sovrapposizione dei relativi piani di indagine.

⁷³ G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 363-364.

l'ordinamento accorda all'interesse leso. Deve trattarsi di una rappresentazione relativa a momenti di fatto, non concernente il valore giuridico o la qualifica discendente dalla norma incriminatrice⁷⁴. Secondo questa tesi, nella struttura del reato acquisiscono rilevanza non solo gli elementi naturalistici ma anche momenti di disvalore, come l'antigiuridicità sostanziale, la lesione dell'interesse, l'antisocialità del comportamento, il contrasto con norme etiche e di civiltà. Da ciò ne consegue che nel soggetto agente possono coesistere la consapevolezza di ledere l'interesse protetto dalla norma e la convinzione, per *error iuris*, di porre in essere una condotta lecita⁷⁵. La valutazione dell'antisocialità però non si sarebbe dovuta basare sulle opinioni e sui convincimenti personali del soggetto agente, ma avrebbe dovuto tenere conto dei parametri di valutazione dominanti nel contesto sociale di riferimento⁷⁶. Quest'impostazione tuttavia si riallaccia ad opzioni ideologiche che vengono decisamente respinte in quanto negano "l'autonomia concettuale dei sistemi normativi"⁷⁷. Presupposto fondamentale di questa tesi è che alla base del giudizio di disvalore penale vi sia sempre una forma di manifesta antisocialità o di disapprovazione sociale, con conseguente sovrapposizione tra norme giuridiche e norme culturali e sociali. In realtà partendo dal presupposto dell'autonomia della sfera giuridica rispetto a quella etico-sociale, ne deriva che il contrasto con norme etiche, sociali o di civiltà non costituisce presupposto necessario per la configurazione di un illecito penale. Altra parte della dottrina ha individuato nella concezione realistica del reato il fondamento dogmatico della tesi per cui il dolo include la coscienza dell'offesa, concepita in una dimensione fattuale-concreta. Secondo quest'impostazione un illecito può considerarsi di rilevanza penale a condizione che la sua realizzazione non si limiti alla completa integrazione degli elementi tipici, ma integri altresì l'offesa al bene tutelato. In assenza di quest'ultima non può parlarsi di fatto tipico penalmente rilevante. A livello normativo la tesi

⁷⁴ M. GALLO, Appunti di diritto penale, Vol. II, Il Reato, Parte II, L'elemento psicologico, Giappichelli editore, Torino, 2001, p. 104-105.

Secondo l'autore il soggetto agente deve rappresentarsi la lesione di un interesse tipico, non quella della tipicizzazione di questo interesse.

⁷⁵ M. GALLO, Appunti di diritto penale, Vol. II, Il Reato, Parte II, L'elemento psicologico, cit., p. 104-105.

⁷⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 365, che richiamano a questo proposito Francesco Antolisei.

⁷⁷ Si esprime in questo modo PULITANO', L'errore di diritto nella teoria del reato, 1976, p. 139, citato da C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 220.

sarebbe supportata, sul piano dell'elemento oggettivo del reato, dall'art. 49 comma 2 codice penale, che avrebbe la funzione di integrare la tipicità formale del fatto con il principio di necessaria offensività, concetto che attiene all'aspetto sostanziale del reato e non a quello formale-tipico. Sul piano dell'elemento soggettivo vi sarebbe poi l'art. 43 codice penale che, facendo riferimento all'evento dannoso o pericoloso, inteso non in senso naturalistico bensì giuridico, confermerebbe che nell'oggetto del dolo non rientrerebbero solo gli elementi tipici del fatto, ma anche l'offesa dell'interesse protetto⁷⁸. Sebbene si tratti di un orientamento che tenti di ampliare la componente psicologica del dolo includendovi anche la consapevolezza dell'offesa, questa tesi non ha avuto molta presa in giurisprudenza⁷⁹. A seguito della dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 5 codice penale (sentenza Corte Costituzionale n. 364/1988), la questione dei rapporti tra dolo ed offesa è stata in parte ridimensionata. Anche nel nostro ordinamento infatti l'ignoranza della stessa antigiuridicità penale, se considerata inevitabile e dunque scusabile, esclude la colpevolezza e quindi la responsabilità penale del soggetto agente⁸⁰. In ogni caso se l'offesa concepita in senso formale esula dall'oggetto del dolo, vi è invece spazio per l'offesa in senso sostanziale. Quest'impostazione pone un problema di compatibilità con l'attuale bipartizione dei reati in naturali e artificiali⁸¹. Con riferimento alla prima tipologia, che per la quasi totalità si identifica con i tradizionali reati ad evento naturalistico, la lesione al bene tutelato è talmente integrata nel fatto materiale che la coscienza del disvalore è immediatamente percepibile dal soggetto agente. La consumazione dolosa di questi reati implica anche la coscienza di arrecare pregiudizio al bene tutelato. Si può affermare che in questi reati la dimensione formale e materiale dell'antigiuridicità si fondono. Coscienza dell'offesa e coscienza dell'antigiuridicità penale coincidono, finendo per sovrapporsi⁸². Nei delitti di

⁷⁸ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 220; A. MASSARO, I reati a movente culturale o religioso, cit., p. 71-72.

⁷⁹ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 221.

⁸⁰ G. FIANDACA – E. MUSCO evidenziano comunque che le ipotesi di ignoranza inevitabile-scusabile non riguardano la questione specifica del dolo, ma quella più ampia della colpevolezza, in Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 364.

⁸¹ Si sofferma su questo problema G. FIANDACA-E. MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 222. Si ricorre a questa contrapposizione per fare luce sui rapporti tra coscienza dell'offesa e art. 5 codice penale, A. MASSARO, Reati a movente culturale o religioso, cit., p. 73.

⁸² C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 222.

Entrambi i requisiti possono considerarsi *in re ipsa*, qualora il soggetto agente sia psichicamente sano e maturo, A. MASSARO, Reati a movente culturale o religioso, cit., p. 73.

creazione legislativa invece, sganciati dal consenso dei destinatari, la percezione del disvalore non è automatica, né evidente e ricollegabile alla mera realizzazione della condotta, ma richiede la conoscenza della norma incriminatrice violata. Si tratta di reati che non si basano sulla disapprovazione sociale ed il cui disvalore non è percepibile da tutti. In queste ipotesi la coscienza dell'offesa presuppone necessariamente la conoscenza della norma penale violata. I due piani di conoscenza vengono a coincidere⁸³. Se la coscienza dell'offesa non può prescindere dalla coscienza dell'illiceità penale, si incorrerebbe necessariamente nella norma di sbarramento di cui all'art. 5 codice penale. In altre parole se si riconoscesse efficacia scusante alla mancata rappresentazione dell'offesa anche nei reati artificiali, il principio di cui all'art. 5 codice penale sarebbe di regola derogato⁸⁴. In precedenza già si è evidenziato come sul piano politico-criminale la classificazione tra reati naturali e reati artificiali non possa adattarsi ai contesti sociali contemporanei, sempre più multietnici e multiculturali. Sarebbe una distinzione frutto di una concezione etnocentrica della società e di un'ideologia assimilazionista.⁸⁵ La tematica della criminalità culturale costituisce terreno fertile per dimostrare la non attualità di questa bipartizione e soprattutto la criticabilità della sovrapposizione tra coscienza dell'antigiuridicità e coscienza dell'offesa nei reati di creazione legislativa. Il reo culturale infatti ben potrebbe essere cosciente dell'illiceità penale della condotta posta in essere nello Stato di accoglienza, ma non avere contezza del disvalore della medesima, considerata giusta e spesso imposta dai dettami della propria cultura di origine⁸⁶. Secondo la de Maglie con riferimento ai fatti culturalmente motivati bisogna abbandonare questa classificazione, astratta e artificiosa, e privilegiare il terreno probatorio. Solo la prova dell'elemento della c.d.

⁸³ C. de MAGLIE sostiene che nei reati di creazione legislativa vi è un "capovolgimento della dinamica cognitiva" rispetto ai reati naturali. Solo la conoscenza del precetto penale violato rende percepibile da parte del soggetto agente l'offensività della condotta, I reati culturalmente motivati, cit., p. 223.

⁸⁴ A. MASSARO, Reati a movente culturale o religioso, cit., p. 73.

⁸⁵ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 224.

Una distinzione che rischia di rivelarsi fuorviante in quanto orientata secondo il modello culturale dominante tipico dello Stato di accoglienza. Vi sono infatti delitti considerati naturali ma solo in riferimento al parametro culturale dello Stato ospite. Alla stregua del modello culturale di origine dell'imputato, può accadere che con riferimento a determinate condotte l'accertamento della coscienza dell'offesa, quale requisito autonomo rispetto alla coscienza dell'antigiuridicità, si riveli particolarmente problematico, A. MASSARO, Reati a movente culturale o religioso, cit., p. 74.

⁸⁶ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 224-225.

coincidenza di reazione può fornire un contributo decisivo per affermare l'assenza di consapevolezza dell'offesa da parte dell'imputato culturalmente motivato. Secondo l'autore è proprio con riferimento ai delitti culturalmente motivati che il fattore della coscienza dell'offesa assume rilevanza nell'ambito dell'oggetto del dolo. Al contrario non va attribuita alcuna importanza all'atteggiamento di ribellione o contrasto manifestato dal reo nei confronti dei valori tutelati dal sistema giuridico di accoglienza. Ciò in quanto alla base della condotta dolosamente consumata dall'individuo non vi è la volontà di opporsi al complesso dei valori accolti dalla società ospitante, non è ravvisabile un atteggiamento di mera ostilità. Il contrasto che oggettivamente consegue dalla condotta connotata culturalmente è la conseguenza inevitabile di una mancata percezione del relativo disvalore⁸⁷. Sulla base di questo orientamento è possibile considerare la motivazione culturale quale causa escludente il dolo. La mancanza di coscienza dell'offesa, derivante dall'appartenenza del reo ad un gruppo etnico la cui cultura considera lecito o impone quel determinato comportamento lesivo, può condurre ad un'esclusione della colpevolezza dell'autore culturale⁸⁸.

La coscienza dell'offesa è un requisito condizionato senza dubbio da valutazioni di tipo culturale. La percezione del bene giuridico tutelato e leso, da parte di un soggetto, presuppone necessariamente la sua appartenenza al modello culturale dominante di riferimento. Del resto la questione della necessaria consapevolezza del disvalore del fatto, come elemento strutturale del dolo, viene affrontata dalla dottrina su un piano di indagine che presuppone un concetto di dolo "prenormativo"⁸⁹. Secondo quest'impostazione il dolo non si limita ad una rappresentazione e volizione del fatto tipico, ma deve arricchirsi di un elemento ulteriore: la consapevolezza del

⁸⁷ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 225.

⁸⁸ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 226.

L'autore cita come esempio la pratica del *coining*. Trattasi di un'antica pratica medica, molto diffusa in Vietnam nel gruppo etnico dei Viet (detto anche Kinh), che consiste nel curare il mal di testa attraverso lo sfregamento ripetuto del bordo di una moneta sul dorso del soggetto. È proprio lo scopo di cura del paziente che porta ad un'esclusione di colpevolezza del reo.

⁸⁹ Evidenzia questo aspetto M. GALLO, Appunti di Diritto Penale, Vol. II, Il Reato, Parte II, L'elemento Psicologico, cit., p. 79-80, citato da A. MASSARO, I reati a movente culturale o religioso, cit., p. 74-75.

male che si arreca⁹⁰. Senonché la conoscenza dell'offensività del fatto secondo una prospettiva laica presuppone necessariamente che l'individuo abbia introiettato il complesso dei valori culturali posto alla base della fattispecie di reato. Con riferimento ai reati artificiali pertanto non può attribuirsi alcuna rilevanza alla motivazione culturale. Tutelando interessi esclusivamente creati dal legislatore, senza corrispondenza alcuna nella prospettiva "laica", questi reati possono considerarsi "culturalmente neutri" per l'ordinamento stesso che li ha introdotti. *A fortiori* non può ipotizzarsi, né logicamente né giuridicamente, alcun contrasto culturale qualora questi delitti vengano commessi da soggetti il cui modello di riferimento culturale è diverso da quello dello Stato di accoglienza⁹¹. La rilevanza della motivazione culturale è logicamente ammissibile solo con riferimento ai reati naturali. Tutelando interessi che hanno una diretta rispondenza nel contesto sociale e culturale di riferimento, ne consegue che il *cultural offender* potrà avere coscienza dell'offesa, a prescindere da quella dell'antigiuridicità penale, solo nel caso in cui abbia assimilato i modelli e le aspettative di comportamento generalmente riconosciute in quell'ordinamento⁹². In materia di reati culturalmente motivati è possibile ipotizzare sostanzialmente tre situazioni, per quanto concerne il dolo e la coscienza dell'offesa⁹³. Può accadere che il reo sia consapevole che la condotta posta in essere sia penalmente vietata nell'ordinamento dello Stato di accoglienza. In tal caso tuttavia la coscienza dell'offesa potrebbe anche difettare. Qualora invece il soggetto non sia consapevole di realizzare un comportamento penalmente rilevante, a causa di ignoranza inevitabile, è l'applicazione dell'art. 5 codice penale a risolvere la questione della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato. Non si pone alcun dubbio in riferimento al requisito della coscienza dell'offesa. Diversamente accade qualora l'ignoranza del soggetto agente sia evitabile e dunque non scusabile. In questo caso l'assenza della consapevolezza del disvalore del fatto, quale requisito

⁹⁰ Si tratterebbe di un *quid pluris* che ne esprime l'essenziale natura, la cui volontà per tradizione è considerata intrinsecamente cattiva o maliziosa. A differenza della colpa che è mera leggerezza, M. GALLO, *Appunti di Diritto Penale*, cit., p. 80.

Certamente questo requisito ulteriore deve essere percepito dal soggetto agente alla luce di una "valutazione parallela nella sfera del laico", che ricalchi quella compiuta in forma giuridica dal legislatore.

⁹¹ A. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso*, cit., p. 76.

⁹² A. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso*, cit., p. 76-77, secondo cui i piani della coscienza dell'antigiuridicità penale e della coscienza dell'offesa devono considerarsi distinguibili.

⁹³ A. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso*, cit. 78 ss.

negativo, potrebbe escludere il dolo, ma operando su un piano distinto da quello dell'art. 5 codice penale. Sono ipotesi in cui non è invocabile a propria scusa la mancata conoscenza della legge penale, trattandosi di errore sul precetto non scusabile in quanto evitabile. Purtuttavia è possibile pervenire all'esclusione della responsabilità penale proprio sulla base della mancata rappresentazione dell'offesa⁹⁴.

La matrice culturale dell'imputato potrebbe condizionare il processo formativo della volontà dell'imputato, determinando un'ipotesi di errore escludente il dolo. L'appartenenza del soggetto ad un gruppo etnico culturalmente diverso potrebbe sfociare infatti in un evento mentale causa della rappresentazione, e conseguentemente della volizione, di una situazione di fatto non corrispondente al vero, di una "falsa immagine di quello che è il nostro ordinamento", di una "non conoscenza di ciò che il soggetto effettivamente pone in essere"⁹⁵. Si tratterebbe quindi di un errore di fatto sul fatto. L'errata rappresentazione di uno degli elementi essenziali del fatto, vale a dire del fatto costitutivo di reato considerato nella sua essenza naturalistica, è dovuta esclusivamente a motivi fattuali. Ai sensi dell'art. 47 I comma c.p. questa tipologia di errore esclude sempre il dolo, salvo deroghe espressamente previste dal legislatore. Fabio Basile effettua un'approfondita ricognizione giurisprudenziale relativa alla questione del rapporto tra motivazione culturale, dolo ed errore sul fatto⁹⁶. L'autore cita varie sentenze, concernenti fatti di elevata offensività, nelle quali giudici italiani, seppure con diverse motivazioni, hanno escluso che la matrice culturale possa determinare un errore sul fatto, rilevante per dimostrare la mancanza di dolo generico. Per contro vengono elencati anche altri

⁹⁴ A. MASSARO cita come esempio il caso della donna vietnamita che pratica sulla figlia il c.d. *coining*. L'autore specifica come sia possibile configurare una mancanza di dolo accogliendo una nozione clinica della malattia richiesta dall'art. 582 codice penale. In questo caso la madre che pratica il *coining* non si rappresenta di cagionare alla figlia un processo patologico determinante una menomazione funzionale dell'organismo. Lo scopo della condotta è proprio la cura della minore. Al contrario se si adottasse una concezione giuridica della malattia, come mera alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, l'esclusione dell'elemento soggettivo sarebbe più problematica. Bisognerebbe basarsi proprio sulla mancanza di coscienza dell'offesa, provando che la donna abbia agito rispettando modelli comportamentali diffusi e imposti nell'ambito del proprio gruppo etnico di appartenenza, senza rappresentarsene la diversità rispetto ai modelli diffusi nel contesto sociale e culturale dello Stato ospitante, I Reati a movente culturale o religioso, cit., p. 79-81.

⁹⁵ Così si esprime M. GALLO che evidenzia come non sempre la concreta volizione sia determinata da una falsa rappresentazione della realtà. È tuttavia un "dato costante", prosegue l'autore, che in presenza di tale rappresentazione vi sia la relativa volizione, in *Appunti di Diritto Penale. Vol. II, Il Reato. Parte II, L'elemento Psicologico*, cit., p.175.

⁹⁶ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 408 ss.

arresti giurisprudenziali, questa volta concernenti fatti di minore offensività, nei quali i giudici italiani hanno riconosciuto che la diversità culturale può condurre il soggetto ad una errata percezione della realtà, tale da integrare un errore sul fatto costituente reato, rilevante ai sensi dell'art. 47 I comma c.p. Prestando attenzione anche alla giurisprudenza americana, si ravvisano casi in cui l'imputato viene assolto ottenendo il riconoscimento della *defense* del *mistake of fact* (errore sul fatto). Emblematiche al riguardo sono le sentenze sui casi Jones (1985) e Kong Moua (1994)⁹⁷. Nel primo caso Jack Jones, un eschimese appartenente all'etnia Inuit, viene imputato di abusi sessuali su minori, per aver toccato i genitali di un bambino non eschimese durante una lotta ingaggiata per gioco⁹⁸. Egli assume come linea difensiva di essere caduto in un errore di fatto, per aver "letto" i dati della realtà con gli "occhiali" della sua cultura di origine. Attraverso la testimonianza di un esperto di lingua Inuit, di due antropologi specialisti della cultura eschimese e di altri membri del suo gruppo etnico, l'imputato riesce a provare in giudizio che la condotta posta in essere è accettata nella cultura di origine ed è priva di qualsiasi valenza sessuale. Quest'argomentazione difensiva viene accolta dalla Corte che assolve l'imputato. La seconda vicenda giudiziaria ha per protagonista un giovane immigrato del Laos che viene imputato per *kidnapping and rape* (sequestro di persona e violenza carnale) ai danni della fidanzata, anch'essa laotiana. Nello specifico Kong Moua mette in pratica il rito dello *zij poj niam* (*marriage by capture*), una forma di matrimonio tipica della cultura laotiana. Si tratta di un rito risalente ad un'antica tradizione Hmong che consente agli uomini di realizzare il "matrimonio mediante cattura", considerato una fuga d'amore. Le fasi del rito, nella tradizione laotiana, sono ben delineate: deve esserci un corteggiamento della donna, una serie di incontri con l'uomo sorvegliati dalla famiglia della donna, regali, lettere d'amore. A questa fase deve seguire il rapimento della promessa sposa nel giorno del matrimonio, la sua conduzione presso la casa dell'uomo dove le nozze devono essere consumate. Secondo la tradizione la donna deve opporre un rituale rifiuto, una falsa resistenza all'unione sessuale, a

⁹⁷ Entrambe citate da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 410 ss.

⁹⁸ Con il termine eschimese vengono chiamati genericamente i popoli indigeni dell'artico e del subartico, ricomprendendo in esso varie etnie: gli Inuit, gli Yup'ik stanziali dell'Alaska sud-occidentale, gli Inupiat stanziali dell'Alaska settentrionale (a loro volta suddivisi in due gruppi, i Tagiugmiut o popolo del mare e gli Nunamiut o Nunatamiut, popolo della terra) e gli Aleutini. Ogni comunità Inuit ha le proprie tradizioni culturali, usi e costumi, in http://www.biologiamarina.eu/Inuit_1.html#.VPmw9vmG_C8

dimostrazione della propria verginità e integrità morale. A fronte di questo rifiuto però l'uomo non deve desistere, per dimostrare a sua volta la propria virilità e passione. Concluso il rituale la donna si considera unita in matrimonio⁹⁹. Nei fatti però la donna oppone una resistenza reale e Kong Moua viene processato per i reati di sequestro di persona e violenza carnale. In sede dibattimentale la difesa invoca la buona fede dell'imputato. Producendo una consistente documentazione sui riti matrimoniali Hmong, unitamente alla deposizione di antropologi culturali, vengono evidenziati i due principali elementi del rito laotiano: l'insistenza dell'uomo (che deve raggiungere la consumazione del rapporto) e la resistenza della donna. Quest'ultimo elemento è ciò che erroneamente si è rappresentato Kong Moua. La Corte accoglie la tesi dell'*error facti (mistake of fact excuse)* riducendo l'imputazione da *rape* (violenza sessuale) a *false imprisonment* (la forma più lieve di restrizione della libertà personale secondo il diritto penale statunitense)¹⁰⁰. Basile ritiene condivisibile la considerazione per cui i soggetti provenienti da culture diverse potrebbero percepire la realtà in modo talmente diverso da coloro che appartengono alla cultura di maggioranza, che la loro valutazione di una situazione di fatto potrebbe determinare un errore di fatto sul fatto¹⁰¹. Anche il III comma dell'art.

⁹⁹ Si sofferma sul caso Kong Moua e sul rituale *zij poj niam* C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 83-85.

¹⁰⁰ C. de MAGLIE evidenzia come la sentenza Moua sia paradigmatica dell'efficacia della strategia processuale della *cultural evidence*. Non vuole essere questa la sede per approfondire la tematica della *cultural evidence* nella giurisprudenza statunitense, tuttavia alcuni dati sono fondamentali per una migliore comprensione della sentenza sul caso Kong Moua. Per questo argomento si rimanda a C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 73 ss..

Nella società multi-etnica statunitense le Corti hanno adottato un modello intermedio di controllo della criminalità c.d. culturale che tende a mediare tra due opposte esigenze. Da un lato l'intangibilità del sistema penale espresso dal gruppo culturale dominante; dall'altro la necessità di apertura a fronte di una società multiculturale. In questo contesto si inserisce la suddetta strategia processuale che intende dare rilevanza alla diversità etnico-culturale avendo cura di rispettare però i principi cardine del diritto penale dell'ordinamento di accoglienza. Nelle aule di tribunale si inizia a parlare quindi di *cultural offenses* e di *cultural evidence*. In dottrina invece si utilizza l'espressione *cultural defense*. Attraverso la *cultural evidence* la difesa intende escludere o diminuire la responsabilità dell'imputato, valorizzandone il fattore culturale di origine. Questa strategia processuale può concretizzarsi in una difesa tradizionale (*insanity defense, diminished capacity, mistake of fact*), in una circostanza attenuante (ritenuta rilevante dal *prosecutor* in fase di accusa o di *plea-bargaining*), o ancora può assumere rilevanza nel momento del *sentencing* (della determinazione della pena). Questa tattica processuale viene svalutata dai sostenitori della formalizzazione della *cultural defense*, secondo i quali i giudici sono impermeabili alla considerazione dei fattori culturali che non si specificano in una *defense ad hoc*. La de Maglie evidenzia tuttavia che negli Stati Uniti la *legal research* viene svolta sulle sentenze d'appello, le uniche che vengono pubblicate. Poiché è raro che un imputato proponga appello quando la strategia difensiva ha avuto successo, le possibilità di acquisire dati su tali strategie diventano molto difficili, in I reati culturalmente motivati, cit., p. 73-75.

¹⁰¹ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 411.

47 c.p. disciplina un'ipotesi di errore sul fatto, cioè su uno degli elementi costitutivi dell'illecito. A differenza del I comma si tratta però di un errore di diritto, vertente su una norma extrapenale¹⁰². Nell'ambito dei reati motivati culturalmente acquista interesse la tipologia di errore su legge extrapenale, incidente sulla esatta conoscenza del fatto di reato, che si converte in un errore sui c.d. elementi normativi della fattispecie penale. Nella tecnica legislativa della "normazione sintetica", contrapposta a quella "descrittiva", l'etero-integrazione necessaria per la definizione dei suindicati elementi può rinviare ad una norma giuridica ovvero extragiuridica. In questo secondo caso il rinvio sarà a norme culturali (moralì, sociali, di costume)¹⁰³. Queste ipotesi di errore extrapenale sono simmetriche, quanto ad essenza psicologica, a quelle dell'errore di fatto sul fatto. Sono ontologicamente identiche per gli effetti psicologici ultimi che determinano nel soggetto agente. In entrambi i casi colui che agisce si rappresenta e vuole un fatto diverso da quello vietato dalla norma penale, agendo senza la coscienza dell'offensività-illiceità del fatto. Peraltro non è neanche rimproverabile, in quanto irrilevante, l'eventuale ignoranza evitabile e dunque scusabile della legge¹⁰⁴. In presenza di elementi normativi culturali il parametro di valutazione deve trovare riscontro necessariamente nella cultura dello Stato ospite ovvero anche alla luce della diversa cultura del soggetto agente? La questione in linea generale non ha trovato adeguato approfondimento in dottrina (salvo con riferimento a singoli elementi normativi culturali presenti in specifiche

¹⁰² FIANDACA e MUSCO utilizzano l'espressione errore c.d. di valutazione per definire l'errore su legge extrapenale che si converte in un errore sul fatto materiale idoneo ad escludere il dolo, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 380.

¹⁰³ In dottrina vengono definiti elementi di natura "etico-sociale", G. FIANDACA-E. MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 385.

In questa sede non si vuole approfondire l'indagine sugli elementi normativi quale tecnica di legiferazione. Basile evidenza come in dottrina si ammette pacificamente che la presenza di elementi normativi culturali all'interno di norme penali sia una chiara testimonianza del fatto che il diritto penale è fortemente impregnato di cultura. L'autore effettua una ricognizione approfondita delle norme incriminatrici che impiegano elementi normativi culturali. Si rinvia alla relativa monografia per un approfondimento di questo aspetto, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 132 ss.,

¹⁰⁴ In dottrina vedi per tutti F. MANTOVANI, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 370 e G. FIANDACA-E. MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 383. Questi autori sottolineano l'identità delle conseguenze psicologiche tra colui che erra sul fatto a causa di una inesatta interpretazione di una legge extrapenale (qualificatrice di un elemento del fatto di reato) e chi agisce basandosi su una falsa percezione della realtà. Cambia solo la fonte dell'errore: nel primo caso dipende da una errata valutazione giuridica; nel secondo caso da una falsa rappresentazione della realtà concreta.

fattispecie criminose¹⁰⁵). A livello giurisprudenziale si ravvisano orientamenti contrastanti, mutevoli a seconda dei casi e degli elementi presi in considerazione¹⁰⁶. Secondo Basile qualora nella struttura della fattispecie criminosa vi sia un elemento normativo culturale, bisogna distinguere tra due ipotesi. Se nella valutazione di questo elemento si adotta il parametro culturale del reo è possibile pervenire ad una sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto, qualora alla luce della diversa cultura dell'*offender* non risulti integrato il fatto tipico. Se invece per l'accertamento della tipicità del fatto si adotta il parametro della cultura del legislatore, la valutazione del medesimo elemento secondo la diversa cultura del reo dovrà avvenire nella successiva fase dell'accertamento della colpevolezza. In particolare dovrà accertarsi se per effetto di una divergenza tra culture, costui non versi in uno stato di errore su un elemento normativo extragiuridico, produttivo di un errore sul fatto rilevante ai sensi dell'art. 47 III comma c.p.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Basile cita come esempio paradigmatico l'elemento normativo culturale "comune sentimento del pudore", utilizzato dal legislatore per definire la nozione di atti e oggetti osceni (art. 529 comma 1 c.p.). E' chiaro che per accertare la sussistenza delle fattispecie criminose di cui agli artt. 527 e 528 c.p., il giudice deve utilizzare come parametro di valutazione le norme culturali che in quel tempo e in quel luogo individuano il "comune sentimento del pudore", Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 134-135 e 369-370 e relativa bibliografia.

FIANDACA e MUSCO affermano che con riferimento agli elementi normativi di natura "etico-sociale" debba estendersi la medesima soluzione adottata per gli elementi normativi di natura giuridica. Alla base delle due ipotesi vi sarebbe la medesima ratio dell'art. 47 III comma c.p., in Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 385.

¹⁰⁶ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 369-370.

¹⁰⁷ Questa alternativa è considerata più corretta da F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 370.

§6. *Fattore culturale e normalità del processo motivazionale: la c.d. inesigibilità.*

In dottrina gli autori che si sono occupati dei reati culturalmente motivati hanno tentato di inquadrare sistematicamente il fattore culturale tra le cause di esclusione della colpevolezza o scusanti¹⁰⁸. Secondo la concezione normativa, che peraltro è quella maggiormente diffusa nella dottrina, non solo italiana, il concetto di colpevolezza viene prospettato su un duplice piano. Quello della sistematica del reato (colpevolezza come elemento costitutivo dell'illecito penale, accanto alla tipicità e all'antigiuridicità, secondo la concezione tripartita della struttura del reato) e quello della graduazione della responsabilità penale (colpevolezza come criterio di commisurazione giudiziale della pena). Sviluppatesi per rimediare soprattutto alle obiezioni mosse sul piano dogmatico e funzionale alla contrapposta teoria psicologica, la concezione normativa intende adeguarsi alle nuove esigenze imposte al diritto penale a seguito della crisi dell'impostazione retributiva-liberale classica, che circoscriveva la colpevolezza solo all'atto di volontà relativo al singolo reato e dunque al disvalore oggettivo del fatto commesso¹⁰⁹. Rispetto alla concezione psicologica ciò che progressivamente si impone in dottrina è la valutazione, nell'ambito della colpevolezza, del peso che assumono i motivi dell'azione e le circostanze in cui essa si realizza¹¹⁰. Viene fatta risalire a Frank la teorizzazione della colpevolezza in senso normativo. In una famosa prolusione tenuta nel 1907 il penalista specifica che la colpevolezza è un "concetto complesso" che include una serie di elementi in presenza dei quali l'ordinamento può rimproverare al soggetto di aver commesso il fatto. L'autore ne indicava tre: l'imputabilità, il dolo o la colpa, la normalità delle circostanze concomitanti all'azione. Negli anni successivi Frank ribadisce che il giudizio di colpevolezza presuppone il suddetto triplice accertamento

¹⁰⁸ In questa sede non si vuole approfondire la tematica delle cause di esclusione della colpevolezza, ma solo la possibilità dell'inquadramento della "motivazione culturale" nella cornice offerta da questa categoria dogmatica.

¹⁰⁹ Evidente è l'ispirazione liberal-garantistica della concezione psicologica. Fortemente influenzata dal liberalismo dominante nella seconda metà dell'Ottocento e sostenuta dalla dottrina penale classica (tra cui Francesco Carrara) che gli attribuisce una valenza garantistica, G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 318-319.

¹¹⁰ Secondo Fiandaca e Musco questo tipo di valutazione rispecchia peraltro l'effettivo modo di operare dei giudici nella commisurazione della pena. Questi autori molto chiaramente scrivono che "non ogni fatto volontario merita lo stesso rimprovero; come pure tra i fatti involontari ve ne sono di più gravi e meno gravi", *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 320.

e specifica che le situazioni da cui origina un processo motivazionale anormale del soggetto sono qualificabili come cause di esclusione della colpevolezza o come cause scusanti¹¹¹. Secondo la concezione normativa la colpevolezza si traduce nella valutazione normativa di un elemento psicologico, cioè nel giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà dell'agente, presente sia nei reati dolosi che colposi¹¹². Il concetto stesso di rimproverabilità permette una graduazione dei giudizi di disvalore penale in rapporto al tipo di elemento psicologico che lega l'autore al fatto di reato¹¹³. Secondo questa concezione, per poter muovere un rimprovero di colpevolezza al soggetto è necessario che abbia agito in assenza di circostanze anormali, concomitanti all'azione, capaci di coartarne la volontà e la sfera psicologica, rendendo necessitata la condotta delittuosa. Sotto la pressione di siffatte circostanze sarebbe difficile esigere dalla persona un comportamento diverso conforme a quanto prescrive l'ordinamento giuridico. Il processo motivazione dell'agente ne sarebbe influenzato, determinando senza dubbio un condizionamento psicologico. Presupposto fondamentale del giudizio normativo di rimproverabilità sarebbe dunque l'esigibilità della condotta conforme a quanto prescrive l'ordinamento. Al fine di considerare il condizionamento prodotto da queste circostanze anormali, parte della dottrina ha elaborato la categoria dell'inesigibilità, quale causa generale di esclusione della colpevolezza¹¹⁴. Secondo la prevalente dottrina italiana, l'inesigibilità può costituire senza dubbio il fondamento di molte scusanti codificate, e solo una parte minoritaria della dottrina la considera suscettibile di applicazione analogica rispetto ad ipotesi non previste espressamente dalla legge, ma meritevoli di essere considerate dall'ordinamento giuridico¹¹⁵. Si tratterebbe di un criterio aperto, di un canone extra legislativo di giudizio. In prima battuta l'inesigibilità potrebbe apparire un criterio utile a fornire una soluzione sistematica per alcuni casi di reati culturalmente motivati. La diversità

¹¹¹ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 226-227

¹¹² G.FIANDACA-E.MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 321.

¹¹³ G.FIANDACA-E.MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 321

¹¹⁴ Come sottolinea C. de MAGLIE, si deve a Freudenthal la concettualizzazione dell'esigibilità, come quarto elemento strutturale della colpevolezza, autonomo ed ulteriore rispetto ai tre teorizzati da Frank, in I reati culturalmente motivati, cit., p. 227.

¹¹⁵ Con riferimento alla categoria dell'inesigibilità e delle scusanti la bibliografia è molto vasta, ma non può non evidenziarsi il riferimento alle fondamentali opere di G. FORNASARI, Il principio di inesigibilità nel diritto penale, Padova, Cedam, 1990 e L. SCARANO, La non esigibilità in diritto penale, Napoli, Jovene, 1948.

o il conflitto di culture, tipico delle società contemporanee, sempre più multirazziali e multiculturali, determinano inevitabilmente un condizionamento psicologico nel soggetto membro di un gruppo etnico di minoranza. Costui si trova in bilico tra due sistemi normativi: quello giuridico-penale dello Stato ospite (al quale è soggetto per il principio di territorialità) e quello culturale (cui è soggetto in quanto appartenente al quel determinato gruppo culturale). A seconda della sensibilità del singolo individuo, può accadere che costui subisca la pressione delle norme culturali in misura maggiore e più intensa rispetto alle norme di condotta imposte dal sistema giuridico-penale. Percepibile come maggiormente cogenti, sentendole più intensamente a livello emotivo, l'immigrato potrebbe osservare le norme culturali anche se dovessero spingerlo ad agire in contrasto con quelle giuridico-penali¹¹⁶. Ciò potrebbe incidere sul rimprovero di colpevolezza, nel senso di escluderlo o di attenuarlo¹¹⁷. Sulla necessità od opportunità di inquadrare il conflitto culturale nella categoria dell'inesigibilità, configurandolo come una causa di esclusione della colpevolezza si oppongono tuttavia alcune considerazioni. In primo luogo alla categoria dell'inesigibilità, secondo la dottrina maggioritaria, non può riconoscersi un ruolo talmente scusante da escludere la colpevolezza anche in ipotesi prospettate in via analogica. Sarebbe un procedimento ermeneutico basato su un principio vago, quello dell'inesigibilità di una condotta diversa, che attenterebbe alla certezza del diritto nonché al principio di legalità. La soluzione che ne conseguirebbe, la positivizzazione del contenuto e dei confini del principio di inesigibilità, si rivelerebbe del resto un'operazione alquanto complessa. Si tratterebbe di definire una scusante capace di ricomprendere tutte le ipotesi nelle quali un conflitto di doveri turbi il processo motivazionale di un soggetto. Sarebbe una scusante dagli inevitabili contorni incerti, il cui accertamento concreto sarebbe consegnato nelle mani del

¹¹⁶ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, p. 417-418, che richiama a questo proposito M.C. FOLETS, *Cultural Delicts: the Ripercussion of Cultural Conflicts on Delinquent Behaviour. Reflections of Legal Anthropology to a Contemporary Debate*, in *European Journal of Crime, Criminal Law, and Criminal Justice*, 6 (1998), n. 3, pp. 193.

¹¹⁷ Anche C. GRANDI si sofferma sull'inesigibilità, quale categoria concettuale in grado di coniugare il giudizio di rimproverabilità con le valutazioni sulle circostanze concrete che hanno inciso sul processo di formazione della volontà del reo. Richiamando Fiandaca-Musco e Palazzo, *Grandi evidenzia come nell'alveo di questa categoria possano farsi rientrare proprio i casi di c.d. conflitti di doveri, derivanti dal contrasto tra regole giuridico-penali e regole culturali*, *Diritto Penale e Società multiculturali: Stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *L'Indice Penale*, Cedam, Padova, 2007, N. 1, p. 279-280.

giudice con conseguente indeterminatezza del giudizio di colpevolezza¹¹⁸. Il catalogo delle scusanti pertanto dovrebbe essere previsto tassativamente dal legislatore, trattandosi di un catalogo chiuso, non suscettibile in alcun modo di estensione analogica. E tra le scusanti codificate nessuna fa riferimento in modo esplicito od implicito al fattore culturale quale spinta all'azione illecita. La spinta culturale ad agire potrebbe essere ricondotta nell'ambito della scusante legale dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. Tuttavia anche questo tentativo si rivelerebbe al limite della compatibilità con il divieto di analogia, oltre ad essere molto incerto e a rischio di arbitrio da parte dei giudici¹¹⁹. In secondo luogo bisogna tenere presente che per opinione diffusa il criterio dell'inesigibilità dovrebbe operare esclusivamente con riferimento a scopi e scelte motivazionali apprezzate dall'ordinamento, in base a criteri di valore e di giudizio tipici della cultura e compatibili con la coscienza sociale della maggioranza. Se questo è il presupposto tradizionalmente accolto, come potrebbe attribuirsi efficacia scusante a scelte motivazionali improntate ad una cultura diversa da quella posta a base dell'ordinamento giuridico ospitante?¹²⁰ Secondo parte della dottrina tuttavia, di fronte a contesti sociali multiculturali non sarebbe teoricamente irragionevole accogliere una prospettiva legislativa di maggiore apertura. In questo senso sarebbe opportuno considerare le situazioni di conflitto motivazionale di origine "mista", caratterizzate cioè dalla relatività contenutistica delle regole extragiuridiche, variabili a seconda delle diverse culture, in rapporto comunque antinomico con le norme giuridiche¹²¹. Rimarrebbe in ogni caso insuperabile il pericolo di costruire una scusante di matrice culturale troppo generica, con conseguente elevata discrezionalità del giudice ed una eccessiva soggettivizzazione del giudizio di rimproverabilità¹²². Un'obiezione in particolare coglie nel segno. Ai fini dell'accertamento dell'esigibilità o meno di una determinata condotta, in presenza di circostanze concomitanti, occorre individuare il soggetto da utilizzare come parametro di giudizio. A questo proposito si evidenzia che se si

¹¹⁸ C. GRANDI, *Diritto Penale e Società multiculturali: Stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 280.

¹¹⁹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 418.

¹²⁰ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 418-419.

¹²¹ In questo senso C. GRANDI, *Diritto Penale e Società Multiculturali: Stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 280-281.

¹²² C. GRANDI, *Diritto Penale e Società Multiculturali: Stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., p. 281-282.

adottasse il modello del soggetto concreto, il rischio sarebbe quello di valutare qualunque stimolo psichico che deriva dalla situazione e quindi di scusare ogni azione criminosa. Al contrario, adottando la figura del c.d. “uomo medio”, come ritengono la maggioranza dei sostenitori della teoria, il quesito se la condotta doverosa fosse o meno esigibile da questo modello evanescente avrebbe soluzioni opposte, finendo per dominare una situazione di incertezza. “Chi mai potrà essere l’uomo medio in un contesto multiculturale?”, scrive la de Maglie¹²³. Pertanto utilizzare la categoria dell’inesigibilità in un’ottica di totale esclusione della responsabilità penale del delinquente culturale appare molto problematico.

Una parte della dottrina tuttavia ritiene che le obiezioni sollevate nei confronti dell’inesigibilità, quale clausola generale di esclusione della colpevolezza da utilizzare nell’ambito dei reati culturalmente motivati, possano essere agevolmente superate¹²⁴. In particolare, la censura riguardante la natura di clausola vuota dell’inesigibilità, non in grado di fornire indicazioni tassative sui parametri idonei a risolvere i casi concreti, può essere contrastata adottando la nozione ristretta di reato culturalmente motivato ed utilizzando i tre gradi di verifica per il relativo accertamento: il motivo culturale, la c.d. coincidenza di reazione, il confronto tra la cultura etnica dell’imputato e quella della maggioranza. Secondo la de Maglie accettando questi presupposti si può comprendere come il reo culturale sia un soggetto che agisce in osservanza di una cultura che non è solo la propria, ma è quella di un determinato gruppo etnico. Costui è membro di questo gruppo, e questo gruppo lo riconosce solo in quanto adempie a questi imperativi culturali. La prova della coincidenza di reazione sarebbe in grado di rendere consistenti e determinati quei concetti inafferrabili di “anormalità/normalità” su cui si basa tradizionalmente la categoria contestata, evitando le obiezioni sollevate sul principio di tassatività. Alla luce di queste considerazioni potrà essere considerato anormale, e dunque scusato, un

¹²³ Confronta per tutti G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 411-412.

Gli Autori specificano che il parametro dell’«uomo medio» è un concetto che anziché fungere da criterio di interpretazione, è esso stesso oggetto di interpretazione. Oltre a contrastare l’aspirazione di costruire un giudizio di colpevolezza sulla figura di un uomo concreto. Anche C. de Maglie considera inadeguato il criterio di concretizzazione fondato sull’«uomo medio». Nell’ambito di contesti sociali multiculturali questo parametro di giudizio si rivela non solo anacronistico sul piano prescrittivo, ma anche un criterio valutativo di tipo etnocentrico, in aperto contrasto con ogni modello di società e di ideologia pluralistica, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 230-231.

¹²⁴ Il riferimento è a C. de MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 229 ss.

comportamento antigiusuridico, ritenuto invece normale nell'ambito di un gruppo etnico di minoranza. Avvalendosi dello strumento processuale della perizia culturale, il giudice potrà capire se la cultura del gruppo etnico di minoranza abbia esercitato sul soggetto agente una pressione tale da incidere sulla sua libertà di scelta, rendendo la condotta non conforme ad un diritto inesigibile. Peraltro solo accettando i suindicati presupposti può ritenersi rilevante la tematica del "conflitto di doveri", che costituisce un'applicazione analogica del principio di inesigibilità¹²⁵. Secondo la de Maglie, alla concezione del conflitto che vede contrapposta una norma incriminatrice ad altra norma giuridica, che appartenga al medesimo ordinamento e sia valida, è preferibile la concezione del c.d. conflitto improprio. Vale a dire un'antinomia tra una norma dell'ordinamento giuridico ed un'altra norma, appartenente ad altro ordinamento ovvero ad un sistema morale. La situazione in cui potrebbe trovarsi un soggetto membro di un gruppo etnico di minoranza è riconducibile proprio alle situazioni di conflitto improprio. L'imperativo giuridico promanante dal sistema penale si contrappone in modo antitetico ad un comando dominante che proviene dalla cultura di quel gruppo etnico. Pertanto il criterio dell'inesigibilità viene utilizzato per tutelare concezioni etiche che non sono solo individuali¹²⁶. Secondo la de Maglie le figure del delinquente culturale e del delinquente per convinzione devono essere tenute distinte¹²⁷. Per quest'ultimo, che agisce seguendo la propria coscienza, l'illegalità costituisce un valore in sé o comunque lo strumento per realizzare un proprio valore interiorizzato. Questo atteggiamento necessariamente ostile del soggetto, non si ravvisa nel reo culturale che può agire senza la convinzione di ledere il bene tutelato e senza voler sovvertire le regole culturali del sistema dominante¹²⁸. Nel caso del delinquente culturale si intende tutelare il diritto fondamentale alla cultura di un individuo appartenente ad un gruppo etnico minoritario e riconoscere l'influenza di questa cultura sul proprio potere decisionale.

¹²⁵ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 231.

¹²⁶ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 232.

¹²⁷ La differenziazione è resa agevole proprio dall'accettazione della nozione ristretta di reato culturalmente motivato e dell'accertamento del fatto culturalmente motivato secondo i tre suindicati gradi di verifica, C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 232.

¹²⁸ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 232.

Inoltre può accadere che il delinquente per convinzione sia membro di un gruppo caratterizzato da una propria cultura. Anche in questo caso però la condotta illecita che pone in essere non può essere qualificata come fatto culturalmente motivato, trattandosi di un concetto che definisce condotte di individui appartenenti a gruppi etnici di minoranza portatori di una cultura in senso etnico.

E non di fare concessioni alle opzioni ideologiche di un individuo che invocando la cultura come spiegazione di una condotta, la concepisce in modo ampio, comprensivo di scelte politiche ed esistenziali¹²⁹. Tutte le considerazioni svolte fino ad ora non escludono tuttavia l'opportunità che nell'ambito dei reati dolosi il giudice penale possa considerare il "potente conflitto motivazionale che tormenta in alcuni casi l'agente"¹³⁰. La considerazione delle circostanze anormali concomitanti potrebbe attenuare la misura della rimproverabilità, incidendo sulla graduazione della pena, in tutti quei casi in cui il comportamento illecito fosse psicologicamente poco esigibile. A condizione però che il fatto "rechi una credibile impronta del conflitto motivazione dell'agente"¹³¹. Secondo quest'orientamento è possibile considerare la motivazione culturale nell'ambito della concezione gradualistica della colpevolezza, quale aspetto caratterizzante la teorica della colpevolezza in senso normativo. Secondo questa prospettiva la colpevolezza è un concetto graduabile secondo un rapporto direttamente proporzionale alla maggiore o minore possibilità di rispettare la prescrizione da parte del soggetto agente. La condotta dunque, oltre ad essere totalmente esigibile ovvero inesigibile, può anche essere esigibile in vario grado. A questo proposito si parla in dottrina di situazioni c.d. quasi scusanti (o di scusa parziale) proprio per indicare quelle circostanze concomitanti anormali tali non da escludere la colpevolezza ma da assumere in ogni caso rilevanza nella determinazione della relativa misura¹³². Basile al riguardo cita Nowakowski, altro esponente della concezione normativa della colpevolezza, il quale tra le circostanze concomitanti anormali capaci di graduare la rimproverabilità annovera proprio i condizionamenti derivanti dall'educazione e dall'ambiente in cui il soggetto agente è cresciuto¹³³. In una prospettiva *de iure condito*, la valorizzazione di queste situazioni che non integrano tutti gli estremi di una scusante, ma che ad esse si approssimano, potrebbe concretizzarsi nel riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche al

¹²⁹ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 232.

¹³⁰ G.FIANDACA-E.MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 413, anche se non con specifico riferimento ai reati culturalmente motivati.

¹³¹ G.FIANDACA-E.MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, cit., p. 413.

¹³² F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 420-421.

Si riferiva a queste peculiari situazioni c.d. quasi scusanti già Frank, padre della concezione normativa della colpevolezza, il quale gli attribuiva rilevanza anche se non tali da escludere la colpevolezza, a condizione, scriveva l'autore, che "si riconosca un libero gioco alla discrezionalità del giudice nel determinare la misura della colpevolezza", citato da F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 421.

¹³³ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 421.

delinquente che abbia consumato un reato spinto, in modo ritenuto cogente, dal complesso di quelle norme culturali cui è soggetto per effetto del condizionamento di cui parlava Nowakowski. Peraltro, seppure al di fuori dello specifico contesto dei reati culturalmente motivati, la valorizzazione delle situazioni quasi scusanti nell'ambito dell'art. 62 bis codice penale è ampiamente condivisa in dottrina. La disposizione in questione costituirebbe l'aggancio normativo per giustificare la diminuzione di colpevolezza conseguente a queste situazioni. L'ipotesi maggiormente presa in considerazione e discussa è proprio quella del conflitto motivazionale, che ben potrebbe riscontrarsi in un delinquente culturale¹³⁴.

¹³⁴ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 450-451.

L'autore evidenzia peraltro come queste situazioni quasi scusanti siano prese in considerazione anche nel codice penale austriaco e spagnolo. Il primo prevede espressamente tra i "motivi speciali di diminuzione della pena" il fatto che "l'azione sia stata commessa in condizioni che si avvicinano ad una causa di esclusione della colpevolezza o ad una causa di giustificazione". Il secondo prevede come circostanza attenuante la realizzazione parziale di una scusante o di una causa di giustificazione.

PARTE III

CAPITOLO V

DE IURE CONDENDO

§1. Quali prospettive per il futuro legislatore?

Non può non prendersi atto dell'evoluzione che le società contemporanee, e dunque anche quella italiana, stanno subendo da un punto di vista sociale. Di fronte alla loro trasformazione in società sempre più multietniche, in cui i vari gruppi di minoranza premono per il riconoscimento delle proprie tradizioni culturali, il legislatore futuro non può rimanere insensibile, evitando di affrontare il problema dei conflitti culturali. Al fine di attribuire rilevanza alla motivazione culturale nella consumazione dei reati, e soprattutto al fine di personalizzare nel miglior modo possibile la risposta punitiva nei confronti dei delinquenti culturali, parte della dottrina ritiene necessaria l'introduzione di nuove disposizioni legislative *ad hoc*. A questo proposito sono state formulate varie proposte. Cristina de Maglie ribadisce la necessità che il legislatore adotti la nozione molto ristretta di reato culturalmente motivato, da essa auspicata, basata sull'accezione etnica di cultura e che la prova del fatto culturalmente motivato debba essere fornita all'esito dei tre gradi di verifica da essa analiticamente descritti. Solo accogliendo questi presupposti l'area dei reati motivati culturalmente viene ad essere circoscritta, limitando le possibilità di concedere agli imputati la possibilità di un trattamento favorevole. Ulteriore restrizione si avrebbe poi accogliendo il presupposto per cui il diritto alla cultura deve necessariamente soccombere in caso di conflitto con le "immunità fondamentali", vale a dire in caso di violazione dei diritti inviolabili (vita, integrità fisica, libertà morale e sessuale)¹. L'autore suggerisce al legislatore di utilizzare la categoria della non punibilità, quale soluzione più adatta per una sensibilizzazione del fattore culturale. Si tratterebbe peraltro di un'opzione coerente a livello sistematico e proficua dal punto di vista politico-criminale². La possibile creazione di

¹ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 245-246.

² C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 246-247.

una “zona di impunità” per il delinquente culturale sarebbe imposta anche dal fatto che nel settore dei reati culturalmente motivati la funzione preventiva della pena è destinata a fallire³. Sul piano della prevenzione generale, senza dubbio la capacità intimidatoria del precetto penale rischia di annullarsi se rivolta a soggetti che hanno introiettato valori culturali diversi, se non addirittura contrastati, con quelli posti a base del sistema di accoglienza. Il rischio del resto è che la repressione penale nei confronti delle minoranze etnico-culturali non le educi al rispetto della cultura dominante, ma le allontani in modo definitivo dal sistema di accoglienza, alimentandone l'emarginazione. Sul piano della prevenzione speciale poi è noto che la pena non percepita come giusta dal condannato viene da costui solo subita, generando in lui insofferenza e ribellione. Secondo la de Maglie nel caso degli autori culturali le modalità di applicazione della pena dovrebbero essere ripensate a favore di altre forme di punizione che da un lato prevengano le recidive e dall'altro facilitino l'inserimento dei rei nel sistema di accoglienza. Al di là delle dispute teoriche concernenti la collocazione sistematica della punibilità, quarto elemento strutturale del reato, ovvero categoria autonoma e distinta dagli elementi del reato, ciò che rileva è la funzione di politica criminale svolta da questa categoria dogmatica (sulla quale peraltro vi è accordo in dottrina)⁴. Alla base delle cause di esclusione della punibilità si ravvisano esclusivamente mere ragioni di opportunità pratica e di convenienza, che inducono il legislatore a rinunciare alla sanzione nei confronti dell'imputato, molto spesso anche per tutelare contro-interessi che risulterebbero lesi in caso di applicazione della pena in concreto⁵. In questi casi si verifica una scissione tra reato e sanzione, rappresentativa della priorità e della prevalenza delle ragioni di politica criminale rispetto alle esigenze imposte dalla dogmatica, fondando anche dubbi sulla violazione dei principi di proporzione e di uguaglianza⁶. Secondo la de

Su questa opzione è d'accordo anche A. BERNARDI secondo cui l'idea stessa alla base della punibilità, cioè l'esistenza di una scelta in merito all'opportunità o meno dell'applicazione di una pena rispetto ad un fatto tipico, anti-giuridico e colpevole, spinge di per sé l'interprete a valutare l'eventualità di creare istituti implicanti una rinuncia alla pena, ovvero una sospensione od una sostituzione della stessa con sanzioni meno afflittive nel caso di delitto consumato per effetto di un fattore culturale, in *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 127-128.

³ C. de MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 246-247.

⁴ Ai fini della presente indagine non verrà presa in considerazione la categoria della punibilità in sé stessa, ma solo la possibile rilevanza della suddetta categoria in relazione alla motivazione culturale.

⁵ Su questo aspetto la letteratura è assolutamente dominante, cfr. per tutti G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 256-257.

⁶ C. de MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 250.

Maglie queste considerazioni non sono accettabili se riferite alle cause originarie di non punibilità, vale a dire a tutte quelle situazioni concomitanti la consumazione di un reato, che riguardano la posizione personale del reo ovvero i suoi rapporti con la vittima. Queste infatti sono ipotesi in cui, a differenza delle cause sopravvenute di non punibilità, non vi è una condotta dell'agente, successiva al reato, che si contrapponga alla condotta offensiva realizzata e sia paradigmatica di un suo ritorno alla legalità. Né si ravvisano quegli elementi indicativi di un ravvedimento, posti a base di alcune cause di estinzione del reato. Nei casi in esame la non punibilità deriva esclusivamente da uno *status* del soggetto attivo. Si basa solo sul tipo d'autore⁷. Nonostante ciò ritiene che una possibile soluzione ai conflitti etno-culturali sia da ricercarsi proprio nelle cause originarie di non punibilità. In particolare, facendo leva sulla *ratio* e sulla tipologia dei destinatari dell'art. 649 c.p., propone la costruzione di una causa di non punibilità "culturale"⁸. Secondo la dottrina dominante, alla base della norma in questione vi è non solo l'esigenza di tutelare la *privacy* e gli equilibri all'interno della famiglia (lettura di tipo privatistico che guarda al lato interno della famiglia) ma anche il lato esterno del gruppo familiare nei suoi rapporti con la società. Sotto questo secondo profilo la famiglia viene vista come un vero e proprio micro-ordinamento, autonomo ed indipendente rispetto allo Stato. L'ordinamento giuridico prende atto del diverso regime che vige all'interno della struttura sociale della famiglia e ne riconosce l'autonomia proprio attraverso una causa di non punibilità. In altre parole attraverso l'art. 649 c.p. il legislatore vuole evitare di esacerbare dei conflitti non solo all'interno del gruppo familiare ma anche tra questo e lo Stato. Per la de Maglie è possibile evidenziare della similitudini tra l'ipotesi di cui all'art. 649 c.p. e la causa di non punibilità costruita a favore dell'autore culturale⁹. In presenza di un reato culturalmente motivato, al completo dei requisiti strutturali sul piano oggettivo e soggettivo, il legislatore potrebbe evitare di inasprire il conflitto tra i gruppi etnici minoritari e la società di accoglienza. Al pari di quanto previsto dall'art. 649 c.p. potrebbe prevedere uno spazio di impunità per le minoranze etniche, in modo da attenuare il conflitto tra i due diversi sistemi culturali (quello dominante e quello minoritario). In

⁷ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 250.

⁸ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 251 ss.

⁹ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 252.

tal modo peraltro il legislatore manifesterebbe un atteggiamento di tolleranza e di rispetto nei confronti di questi gruppi minoritari¹⁰. Questa peculiare causa di non punibilità, costruita sul delinquente culturale, assolverebbe ad una importante funzione politico-criminale: assestare gli equilibri tra i vari gruppi etnici che compongono la società multiculturale e ridefinire i conflitti sociali. Senza tuttavia incidere sul disvalore oggettivo e soggettivo del reato culturalmente motivato¹¹. Entrando più nel dettaglio, la nuova causa di non punibilità culturale dovrebbe avere le seguenti caratteristiche. Innanzitutto dovrebbe essere una causa di non punibilità personale, applicabile esclusivamente all'autore di reati culturalmente motivati. A questo proposito la de Maglie ritiene necessario adottare una nozione ristretta di reato culturale, in cui l'elemento normativo extragiuridico cultura deve intendersi limitato ad una dimensione strettamente etnica. Inoltre la prova dell'esistenza di questa tipologia di reati dovrebbe necessariamente passare attraverso i tre più volte citati gradi di verifica: motivo culturale, coincidenza di reazione e confronto tra cultura del gruppo di appartenenza dell'imputato e cultura dominante. Quanto all'estensione della zona di impunità, tale causa di non punibilità non dovrebbe applicarsi a quei reati culturalmente motivati che ledono le c.d. immunità fondamentali (vale a dire tutta la categoria dei diritti inviolabili della persona)¹². Da ultimo l'applicabilità della suindicata causa di non punibilità dovrebbe essere subordinata al positivo superamento, da parte del soggetto, della c.d. "prova di ragionevolezza" dell'adesione alla cultura di origine: cioè si tratta di verificare se l'affidamento che l'imputato ha fatto sui valori culturali di riferimento del proprio gruppo etnico di appartenenza sia da considerare ragionevole o meno¹³. Questo tipo

¹⁰ C de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 252.

¹¹ Inoltre, trattandosi di una fattispecie di carattere eccezionale, non sarebbe estensibile analogicamente, non sarebbe comunicabile ad eventuali concorrenti nel reato, e soprattutto, riguardando un fattore esterno al reato, l'eventuale errore non potrebbe essere valutato a favore dell'agente, C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 252.

¹² L'impunità è altresì da escludere qualora la condotta offensiva sia posta in essere con violenza fisica ovvero psicologica. Peraltro queste limitazioni di applicabilità non dovrebbero valere qualora la lesione avvenga tra soggetti adulti, consenzienti e capaci di consentire, C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 254.

¹³ Si tratta della seconda fase di verifica per l'accertamento dell'esistenza della *cultural defense*, ossia di una causa di esclusione o di diminuzione della responsabilità penale, invocabile da un soggetto appartenente ad una minoranza etnico-culturale. Si tratta oramai di un tema non più confinato nell'ambito della letteratura americana, ma tipico di tutte le democrazie post-moderne, che stanno evolvendo in società multietniche. Non si vuole in questa sede approfondire la tematica complessa

di indagine si rivela fondamentale in quanto consente di accertare se l'imputato poteva resistere al condizionamento culturale del proprio gruppo, e quindi agire libero da qualunque pressione culturale. Solo in caso di condizionamento rilevante, non avendo il soggetto la capacità e la volontà di non adeguarsi ai dettami della sua cultura, potrebbe invocarsi l'impunità. In caso contrario, accertando la capacità di agire del soggetto a prescindere dagli schemi culturali del suo gruppo, ed appurando che costui abbia solo volontariamente scelto di non farlo, l'affidamento alla cultura di origine sarà considerato irragionevole¹⁴. Alla luce di quanto affermato, la de Maglie ritiene che la causa di non punibilità culturale avrebbe un ambito di applicazione ben delimitato. Innanzitutto dalla nozione ristretta di reato culturalmente motivato, in secondo luogo dalle modalità di accertamento di tale reato, in terzo luogo dalla tipologia di reati culturali a cui verrebbe applicata, ed infine dalla prova della ragionevolezza dell'adesione alla cultura di origine. Il complesso di questi fattori limiterebbe notevolmente l'ambito di praticabilità della causa di non punibilità proposta¹⁵. L'obiezione che potrebbe essere mossa nei confronti di questa soluzione sistematica è basata sulla presunta violazione della nuova causa di non punibilità culturale con il principio di uguaglianza¹⁶. Va precisato innanzitutto che una tale obiezione presuppone l'accoglimento di una concezione formalistica e sostanzialmente assimilazionista dell'uguaglianza, secondo la quale vi sarebbe una specie di "coazione ad essere uguali" e tutte le differenze dovrebbero essere cancellate attraverso un'identità di trattamento (proibizione di essere diversi). Senonché questa concezione dell'uguaglianza non può essere accolta. Il pluralismo sociale, messo in luce dall'antropologia e dalla sociologia, costituisce il mezzo attraverso il quale valorizzare un concetto di uguaglianza costruito su una concezione

della cultural defense, per questo si rinvia al contributo di C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 103 ss.

¹⁴ A questo proposito la de Maglie aderisce alla teoria c.d. intermedia di Sherry Ortner, secondo la quale devono valutarsi quattro requisiti: 1) il grado di assimilazione dell'imputato nel sistema socio-culturale ospitante; 2) il grado di identificabilità del gruppo etnico-culturale di minoranza; 3) il grado di coesione del gruppo minoritario; 4) la grandezza del medesimo. Peraltro l'autore critica il primo di questi requisiti, che misura il grado di assimilazione in base al periodo di tempo di residenza nello Stato ospite. Si tratta infatti di un criterio troppo rigido ed arbitrario, che non tiene in conto le condizioni e le attitudini individuali né quelle della comunità di provenienza, C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 255.

¹⁵ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 255-256.

¹⁶ La de MAGLIE si sofferma su questa possibile obiezione, destituendola di fondamento, I reati culturalmente motivati, cit., p. 256 ss.

antropologica di essere umano che si fonda non sull'idea di un individuo astratto dal contesto socio-culturale, bensì di un soggetto riconducibile ad una dimensione culturale. Da ciò ne deriva una concezione dell'uguaglianza che non nega aprioristicamente le differenze, ma che deve basarsi sul loro riconoscimento. A questo proposito la visione tradizionale-liberale dell'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 comma 2 Costituzione, concepita come deroga a quella formale, deve considerarsi superata. Secondo questa tesi infatti l'art. 3 costituirebbe lo strumento giuridico per mezzo del quale gli Stati liberal-democratici pongono in essere le c.d. azioni positive a tutela di minoranze o gruppi svantaggiati, senza tuttavia violare l'uguaglianza formale. In altri termini il ricorso alle azioni positive non è basato sul riconoscimento e sulla tutela di una diversità culturale in sé stessa, ma solo sul superamento di una discriminazione subita da un gruppo minoritario. L'obiettivo da perseguire sarebbe quello di ristabilire la parità tra i soggetti. Quindi la diversità socio-culturale di un soggetto sarebbe ricollegabile esclusivamente ad un concetto di non discriminazione. La diversità culturale rileva solo in quanto impedisce l'accesso ai diritti, non in quanto valore da perseguire e tutelare di per sé. Si vuole ristabilire l'uguaglianza tra soggetti, concepiti però come astratti dalla propria appartenenza sociale e culturale. La concezione dell'astrattezza del soggetto giuridico viene tuttavia messa in crisi dalla visione antropologica dell'uomo, secondo cui la personalità dell'individuo è frutto della cultura alla quale appartiene. Secondo gli antropologi non vi può essere libertà individuale se il gruppo minoritario a cui appartiene il soggetto non è libero, ed è considerato inferiore al gruppo di maggioranza che detiene il potere e soprattutto se il diritto, espressione di questo potere, è espressione della cultura maggioritaria. Pertanto gli strumenti anti-discriminatori, e le azioni positive, non sono sufficienti a tutelare effettivamente il soggetto. Occorrono modalità più incisive che recepiscano a livello giuridico le peculiarità socio-culturali di cui l'individuo si fa portatore. In particolare la funzione del principio di uguaglianza consiste nella tutela delle libertà fondamentali. Sono i diritti fondamentali di libertà a garantire il medesimo valore di tutte le differenze personali, anche e soprattutto di quelle culturali. Queste considerazioni valgono *a fortiori* in presenza di un contesto sociale multietnico, caratterizzato da gruppi etnici di minoranza. I diritti fondamentali devono essere garantiti da un livello particolare

di tutela, se riferiti proprio a questi soggetti socialmente svantaggiati (come immigrati ed appartenenti a gruppi etnici di minoranza). Sono proprio le differenze etnico-culturali a determinare l'identità delle persone e ad avere bisogno di una tutela forte, soprattutto nei confronti della cultura dominante. Se il principio di uguaglianza viene messo in collegamento con la protezione dei diritti fondamentali, ed in particolare con il diritto all'identità etnico-culturale di ogni persona, ne deriva che non solo esso non impone l'annullamento delle differenze ma ne auspica il riconoscimento e la tutela. I diritti fondamentali universali non solo sono compatibili con le differenze proprie di una società multiculturale, ma ne costituiscono la principale garanzia, assicurandone l'uguaglianza nella protezione. Secondo la de Maglie accettando il presupposto che il principio di uguaglianza si basi sul rispetto e sulla tutela delle differenze culturali, ne consegue che l'eventuale configurazione di una causa di non punibilità a favore del delinquente culturale non debba essere scartata a priori, costituendo uno strumento possibile per il conseguimento degli scopi di tutela. Senza dubbio questa soluzione sistematica introdurrebbe nel sistema una meccanismo di c.d. discriminazione alla rovescia. Senonché va precisato che questa forma di discriminazione costituisce una tecnica normativa efficace nei casi in cui si vogliono tutelare situazioni soggettive che sarebbero gravemente pregiudicate se non si tenessero nel dovuto conto le differenze che le caratterizzano. Queste forme di discriminazione sono considerate necessarie per raggiungere l'uguaglianza sostanziale nella tutela dei soggetti deboli, che a loro volta sarebbero discriminati negativamente da un'applicazione formale del concetto di uguaglianza. Bisogna poi considerare un altro aspetto. L'opportunità di creare una zona d'impunità specifica per l'autore culturale potrebbe spiegarsi anche considerandolo un rimedio al distacco, allo scarto nei rapporti tra culture diverse, derivante anche dallo scarso impegno politico e sociale nel riconoscere la diversità culturale. Se il diritto alla propria identità etnico-culturale si configura, nelle società contemporanee, come diritto dei soggetti più deboli di fronte alla cultura dominante, allora deve considerarsi legittima l'introduzione nel sistema di tecniche di tutela di questo diritto, differenziate e specifiche¹⁷. Anche Basile si sofferma a considerare la possibile rilevanza della

¹⁷ C. de MAGLIE, I reati culturalmente motivati, cit., p. 260.

motivazione culturale a livello di punibilità¹⁸. Partendo dal presupposto che le cause di non punibilità nel nostro ordinamento devono essere espressamente e tassativamente previste dal legislatore, l'autore evidenzia come tra le cause di non punibilità previste nel sistema nessuna faccia riferimento alla motivazione culturale. Tuttavia ritiene che uno spazio al fattore culturale potrebbe essere offerto, in via indiretta, dalle clausole di “particolare tenuità del fatto”, prevista dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace (art. 34 del d.lgs 274/2000) e di “irrilevanza del fatto”, prevista dalla legge sul processo penale minorile (art. 27 D.P.R. 448/1988). Benché siano ipotesi marginali, sono comunque paradigmatiche di un atteggiamento della dottrina che partendo dalla considerazione di quanto sia difficoltoso attribuire un'efficacia preventiva alla sanzione penale in caso di reati generati da conflitti culturali, ritiene che in presenza di reati di limitata gravità, e considerando le circostanze concrete, ci si debba astenere dal punire. Ciò per evitare in particolare di aumentare le potenzialità disgregatrici dei conflitti culturali.

Altre soluzioni sono state avanzate in dottrina per dare rilevanza esplicita alla motivazione culturale. Elemento comune di queste proposte è il suggerimento di introdurre nuove norme *ad hoc* nella legislazione penale positiva. Dalla speciale causa di giustificazione, ad una speciale quasi scriminante, da una speciale quasi scusante ad una speciale causa di non punibilità ed una speciale circostanza attenuante¹⁹. Basile tuttavia ritiene che la soluzione di introdurre nuove norme *ad hoc* non debba essere accolta per una serie di considerazioni. Innanzitutto ritiene improbabile che nell'attuale contesto politico e sociale italiano, il legislatore si assuma la responsabilità di emanare norme speciali di favore per gli autori di reati culturali. Se mai un confronto venisse avviato per individuare una possibile soluzione, si perverrebbe senza dubbio ad un esito opposto, ad una valutazione *contra reum* del fattore culturale. Rappresentative di una logica di esclusione sono ad esempio le novelle legislative che hanno introdotto il nuovo reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-bis codice penale), la circostanza aggravante dell'aver commesso il fatto mentre il colpevole si trova

¹⁸ F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 422 ss.

¹⁹ Elenca le varie proposte F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 463-466. È doveroso ricordare al lettore che il campo d'indagine in questa sede è circoscritto alla rilevanza della motivazione culturale esclusivamente a livello di colpevolezza.

illegalmente sul territorio nazionale (art. 62 n. 11-bis codice penale), nonché il nuovo reato di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato di cui all'art. 10-bis del d.lgs 286/1998²⁰. In secondo luogo questa soluzione inevitabilmente susciterebbe reazioni di rigetto nell'opinione pubblica, risultando del tutto incomprensibili le ragioni per cui la diversità culturale di un imputato dovrebbe rilevare a suo favore. Sarebbe considerata come un privilegio non giustificato e alimenterebbe atteggiamenti di chiusura nei confronti degli stranieri, alimentando una serie di pregiudizi e stereotipi che al contrario si vorrebbero scongiurare. A livello più strettamente giuridico bisogna considerare poi che la categoria dei reati culturalmente motivati si presenta tutt'altro che omogenea, essendo caratterizzata da molteplici variabili (ad esempio, il livello di offensività della condotta, la natura della norma culturale osservata, il grado di integrazione del soggetto agente, etc.). Pertanto risulta arduo immaginare che una norma *ad hoc* possa tenere in considerazione tutte queste variabili, considerando anche il fatto che questa disposizione dovrebbe definire in modo preciso e tassativo il proprio ambito di applicazione oggettivo e soggettivo, oltre a disciplinare la rilevanza del fattore culturale sul reato. Secondo Basile tuttavia, la ragione principale per cui bisogna opporsi all'introduzione di nuove norme *ad hoc* risiede nel fatto che nell'ordinamento penale vi sono già molti istituti permeabili al fattore culturale ed utilizzabili per giungere ad una soluzione dei reati culturalmente motivati. Alla condizione, certo, che la giurisprudenza interpreti questi strumenti alla luce del principio di uguaglianza, non inteso solo nell'accezione formalistica²¹. Va inoltre valutato quale effetto avrebbe un'eventuale disposizione speciale favorevole al reo culturale. Senza dubbio ne deriverebbe una sorta di legittimazione, ovvero di attenuazione del disvalore, di tutte quelle condotte dirette a reprimere i dissensi interni al gruppo etnico-culturale di minoranza. Una giustificazione per le pretese dei membri forti del gruppo di minoranza di imporre ai membri deboli il rispetto dei valori culturali tradizionali, anche contro la loro

²⁰ La Corte Costituzionale con sentenza del 8 luglio 2010 n. 249 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 62 n. 11-bis c.p. Quanto all'art. 10-bis del d.lgs 286/1998, la legge del 28.04.2014 n. 67 recante deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili, delega appunto il Governo ad abrogarlo, trasformandolo in illecito amministrativo (art. 2 comma 3 lett. B).

²¹ A questo proposito Basile richiama il principio di uguaglianza, al pari di C. de MAGLIE. F. BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit., p. 470.

volontà. La disposizione *ad hoc* in altri termini giustificerebbe quelle che Kymlicka definisce restrizioni interne. Alla luce di queste considerazioni Basile ritiene che la via di introdurre modifiche legislative, suggerita al legislatore, debba essere abbandonata. Al contrario bisogna lasciare ampio spazio di manovra ai giudici, in modo che possano trovare la risposta sanzionatoria più equa ed adeguata di fronte alle varie ipotesi di reati culturalmente motivati. Avvalendosi delle norme e degli istituti vigenti nell'ordinamento i giudici possono prendere in considerazione le molteplici variabili legate al caso concreto. Oltretutto, specifica l'autore, una risposta sanzionatoria che sia davvero equa ed adeguata deve necessariamente essere diversificata, potendo incidere su più categorie dogmatiche²². L'obiezione che può sollevarsi a fronte di questa scelta si incentra sul fatto di affidarsi ancora una volta ai giudici per supplire alle carenze di intervento del legislatore. Ma non può essere accolta. Si tratta al contrario di un'opzione che valorizza il rispetto della legge esistente, che deve essere interpretata ed applicata in piena aderenza al principio di uguaglianza. Peraltro imponendo ai giudici l'utilizzo di criteri razionali, trasparenti e controllabili. È proprio valorizzando il ruolo della magistratura che sarà possibile raggiungere l'obiettivo di conciliare il rispetto della diversità culturale da un lato e dell'uniformità e credibilità del sistema penale dall'altro²³.

Bernardi critica l'impiego di questo metodo pragmatico per rispondere alle aspettative di giustizia sottese ai casi concreti²⁴. Le inevitabili oscillazioni che ne deriverebbero, trattandosi di un processo interpretativo basato sul libero apprezzamento del giudice, se è vero che trovano una spiegazione nella difficoltà di trovare la giusta risposta penale a reati condizionati dal fattore culturale, incidono sul principio della certezza giuridica, alterando il sistema penale nel suo complesso. Secondo l'autore questi rimedi interpretativi potrebbero essere utilizzati per manipolare istituti di parte generale o fattispecie di parte speciale per il perseguimento di scopi politico-ideologici. Ad esempio, per affermare modelli

²² F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 472-473.

L'autore ribadisce che le categoria dogmatiche che possono essere coinvolte da questa tematica sono la tipicità, l'antigiuridicità, la colpevolezza (in senso normativo), le scusanti, le circostanze attenuanti. Ben potrebbe accadere che la motivazione culturale non venga presa affatto in considerazione, risultando meramente pretestuosa ovvero ininfluenza per valutare la responsabilità dell'imputato.

²³ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 473.

²⁴ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 114.

multiculturali non previsti a livello legislativo, oppure per disconoscere rilevanza al fattore culturale in presenza di politiche sociali e criminali basate sulla valorizzazione di questo fattore. Ovvero ancora per l'estremizzazione del modello multiculturalista (con la creazione di un sistema parallelo di regole applicabili in giudizio) o al contrario del modello assimilazionista (annullando il principio di personalità della responsabilità, secondo il quale non bisognerebbe mai prescindere dal fattore culturale). Un'altra tipologia di intervento riformista che viene illustrata da Alessandro Bernardi si basa allora sulla possibilità di "rivitalizzare" o "riplasmare" taluni istituti o categorie dogmatiche in chiave di valorizzazione del fattore culturale. Questo metodo sarebbe in grado di offrire ai giudici strumenti adeguati per pronunciare sentenze più convincenti ed uniformi²⁵. Al fine di introdurre una nuova disciplina degli illeciti penali di matrice culturale, e in alternativa a questa soluzione, Bernardi propone di introdurre specifiche fattispecie di reato fondate sul fattore culturale. Secondo l'autore tuttavia l'opportunità di questa ulteriore opzione deve essere limitata alle ipotesi in cui tali fattispecie di reato non abbiano ad oggetto condotte generiche di matrice culturale, ma pratiche ben specifiche. Gli scopi a cui potrebbero assolvere sarebbero molteplici: tipizzare e sanzionare condotte che difficilmente potrebbero essere sussunte in altre fattispecie già previste dall'ordinamento, esprimendone la particolare gravità in un'ottica retributiva; proporzionare la pena al coefficiente di colpevolezza dell'imputato nonché al suo condizionamento dovuto al fattore culturale²⁶; rafforzare la funzione general-preventiva della pena (sia positiva che negativa), prevedendo per tali nuovi specifici reati culturali sanzioni molto severe oltre al principio di extraterritorialità (in modo da applicare la relativa sanzione anche in caso di reati commessi all'estero). Di fronte alle società contemporanee, al contempo globali e multiculturali, il diritto penale costituisce senza dubbio il terreno in cui le istanze multiculturaliste ed assimilazioniste devono necessariamente comporsi per garantire livelli stabili di

²⁵ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 117 ss.

L'autore al riguardo passa in rassegna cinque categorie dogmatiche: l'antigiuridicità, l'imputabilità, l'inesigibilità, la colpevolezza e la punibilità.

²⁶ In tal modo evitando il ricorso da parte del giudice all'interpretazione come strumento per adeguare la risposta punitiva al background sociale e culturale del reo, A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 118.

convivenza sociale²⁷. È necessario stabilire il confine certo al di là del quale condotte conformi a tradizioni culturali di gruppi etnici di minoranza devono essere considerate giuridicamente intollerabili²⁸. Secondo Bernardi in questo specifico ambito bisogna rivalutare la natura di *extrema ratio* del diritto penale, in una prospettiva di intervento minimo (destinata peraltro a generalizzarsi investendo sia il piano oggettivo, tipo di illecito, che quello soggettivo, tipo d'autore). L'orientamento multiculturalista deve considerarsi una "bella ideologia", che deve avere significativi riflessi nel diritto penale. Tuttavia per evitare "scontri di civiltà" bisogna contrastare la naturale tendenza della politica criminale volta ad imporre un'incondizionata omologazione sociale e culturale degli appartenenti a gruppi etnici minoritari, in ossequio a valori culturali propri dello Stato di accoglienza. Nel contempo si impone molta cautela nell'utilizzo degli strumenti giuridici volti a riconoscere le ragioni delle culture minoritarie. Ciò al fine di evitare esiti imprevedibili²⁹. Con riferimento al fattore culturale l'autore esprime forti critiche anche nei confronti del modello sanzionatorio espressione del c.d. diritto penale del nemico. Si tratta di metodi di contrasto alla criminalità che violano i fondamentali principi dello Stato di diritto, con l'unico scopo di perseguire e tutelare la sicurezza nazionale (si pensi in particolare all'assenza o diminuzione delle garanzie giurisdizionali, a pene sproporzionate rispetto alla colpevolezza del reo, al ricorso a veri e propri strumenti di guerra, come sequestri di persona e tortura). Secondo Bernardi questa metodologia di repressione evidenzia un paradosso: basandosi su una spersonalizzazione e su un processo di etichettamento di questi soggetti in ragione della loro diversità culturale, questo metodo non si rivela poi così distante in termini di qualità, di superiorità od inferiorità rispetto a tali culture. Del resto non può considerarsi superiore una società che esercita solo prevaricazione e negazione dei diritti dell'uomo. Richiamandosi ad un ragionamento di Gustavo Zagrebelsky, Bernardi afferma che l'unico presupposto per rendere accettabile un simile diritto penale del nemico è che sia rivolto a soggetti profondamente "altri" rispetto alla maggioranza. Accettando questo presupposto

²⁷ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 128.

²⁸ Già si è evidenziato come in linea generale non sia ammissibile che condotte culturalmente motivate offendano diritti fondamentali dell'individuo. Bernardi sottolinea che comunque vi sono innumerevoli casi dubbi, per la soluzione dei quali occorre fare riferimento alle scelte del legislatore o del giudice, certamente condizionate dal grado di apertura verso la diversità etnico-culturale, in *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 128.

²⁹ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 129-130.

tuttavia emerge come l'utilizzo di questo metodo di contrasto alla criminalità non sia giustificato da ragioni di sicurezza nazionale, ma solo da "discriminazione razzista, religiosa, classista o ideologica"³⁰.

³⁰ ZAGREBELSKY, La guerra al terrorismo e l'immoralità della tortura, in La Repubblica, 18.09.2006, citato in nota da A. BERNARDI, Il Fattore culturale nel sistema penale, cit., p. 52.

§2. *Considerazioni conclusive.*

Nel corso della presente indagine è stata ripetutamente sottolineata l'importanza assunta dalla cultura, non solo sotto il profilo psicologico, quale fattore di influenza sul comportamento dell'individuo, ma anche a livello giuridico e in prospettiva prevalentemente *de iure condito*, come concetto base su cui costruire tutta la categoria dei reati culturalmente orientati. Se è vero che la cultura deve necessariamente essere presa in considerazione dagli organi giudicanti per l'accertamento di un fatto culturalmente motivato, ne deriva che lo studio degli strumenti per mezzo dei quali tale cultura può entrare nel procedimento penale non può essere tralasciato, costituendo un presupposto fondamentale per la sua conseguente valorizzazione. Ciò impone di soffermarsi, sia pur brevemente e a conclusione di questa ricerca, su questo nodo problematico, anche perché l'illecito culturale non può ridursi ad una categoria utilizzata dai penalisti solamente per verificare fino a che punto norme ed istituti già presenti nel nostro ordinamento siano permeabili al fattore culturale. Ovvero per sollecitare una riforma del codice penale, per alcuni aspetti ormai considerato obsoleto. Punto di partenza di queste riflessioni è l'art. 220 comma 2 c.p.p. che stabilisce espressamente il divieto delle perizie criminologiche e psicologiche. Secondo parte della dottrina la *ratio* di questo divieto risiede soprattutto nella convinzione che le scienze sociali o umane siano prive di carattere scientifico. Nella prospettiva dell'integrazione scientifica delle conoscenze del giudice in effetti si pone il problema di definire esattamente il concetto di "scienza", individuando criteri certi per distinguere la "buona scienza" dalla "scienza spazzatura"³¹. La questione da risolvere è stabilire se nel concetto di scienza, utilizzabile in sede processuale, vi rientrino solo le scienze "dure" o "naturali" o anche le scienze sociali o "umane", come peraltro sostengono alcuni autori già da tempo (soprattutto nella dottrina nordamericana). La soluzione a questo problema passa attraverso la distinzione delle scienze sociali o "umane" in due categorie: le scienze della spiegazione, che ricomprendono le scienze empiriche, e le scienze della comprensione, che comprendono le scienze umane, entrambe rientranti nella nozione generale di "scienza". Le prime seguono sempre gli stessi parametri di metodo e di

³¹ Utilizza queste espressioni C. de Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 153.

validità, in ciò differenziandosi dalle seconde. Nonostante ciò, le scienze della comprensione devono farsi rientrare nel novero delle scienze utilizzabili in sede processuale. Con riferimento ad esse va comunque effettuata una distinzione tra pratiche di conoscenza dotate di validità scientifica e pratiche prive di ogni valore scientifico. L'antropologia culturale e l'etnologia sono discipline che devono, a ragione, essere inserite nel catalogo delle scienze sociali o umane³². Il giudice pertanto può ricorrere ad esse per il tramite di un esperto, svolgere un accertamento peritale ed accertare in giudizio la sussistenza della valenza culturale di un fatto. Alle scienze sociali o umane non sono applicabili integralmente le quattro condizioni per valutare l'ammissibilità della prova scientifica, stabilite dal giudice Blackmun nella sentenza pronunciata dalla Corte Suprema sul caso *Daubert* nel 1993. Vale a dire la controllabilità e falsificabilità della teoria alla base della prova scientifica, la determinazione del margine di errore, il controllo sulla teoria da parte degli esperti, l'accettazione da parte della comunità scientifica (il c.d. *Frye test*). Gli unici criteri applicabili sono la serietà del controllo sulle fonti scientifiche, il *Frye test* e il requisito del *fit*, ossia la rilevanza diretta delle conoscenze scientifiche rispetto ai fatti oggetto del giudizio (vanno escluse dal giudice le nozioni eccessivamente generiche che non forniscono alcuna informazione utile per questi fatti). Questi criteri devono essere seguiti dal giudice nel momento della scelta del perito e della valutazione del contenuto della perizia. Benché debba essere ammessa la possibilità di una perizia culturale, non deve essere dimenticato tuttavia che sarà il giudice, rivestendo la qualifica di *peritus peritorum*, a dover decidere valutando l'attendibilità delle conclusioni peritali, controllando la validità e la corretta applicazione del metodo seguito dall'esperto nello svolgimento della perizia. Nonostante ciò bisogna evitare che la risoluzione di vicende giudiziarie complesse sia affidata alla mera intuizione del singolo giudice. Nell'ottica di un potenziamento degli strumenti conoscitivi offerti al giudice, un ruolo molto importante è rivestito anche dai difensori. Mediante le consulenze tecniche di parte e le investigazioni difensive costoro devono contribuire all'accertamento del movente culturale dell'azione delittuosa. Di fronte ad un reato culturalmente motivato, un giudice che rispetti i principi del giusto processo, di uguaglianza nonché il diritto di difesa, ha l'obbligo di ampliare il più

³² C. de Maglie, I reati culturalmente motivati, cit., p. 153-154.

possibile la propria base di conoscenze per motivare la propria decisione in modo adeguato. Ma soprattutto per limitare quel meccanismo, che nell'ambito dell'ermeneutica giuridica si definisce della precomprensione, di cui anche i giudici sono portatori, in quanto esseri umani. Francesco Viola ha bene evidenziato come l'interpretazione giuridica che si esercita all'interno di uno Stato monoculturale si è sempre basata e continua a basarsi su precomprensioni di senso, su presupposti indiscussi e su anticipazioni di significato. Ma in una società pluralistica, dove dominano l'interculturalismo e il multiculturalismo, la precomprensione è volta alla fusione di orizzonti culturali differenti³³. A sostegno dell'ammissibilità di una perizia culturale, bisogna anche considerare che questa tipologia di perizia non rientra nel raggio d'azione del divieto di cui all'art. 220 comma 2 c.p.p. L'oggetto e la finalità della perizia culturale sono diversi da quelli della perizia criminologica o psicologica. Non si vogliono indagare la personalità dell'imputato, le sue tendenze o qualità psichiche. Ma esclusivamente l'esistenza di un gruppo etnico minoritario caratterizzato da una propria cultura, differente da quella dominante, e la corrispondenza tra i comportamenti dell'imputato e quelli ammessi o imposti dalla cultura del gruppo di appartenenza. La perizia culturale dunque non si risolve in un giudizio sull'imputato, ma solo sulla valenza culturale di un fatto consumato, che prescinde totalmente dalle condizioni psicologiche del soggetto. A giudizio di chi scrive la dimensione probatoria è sicuramente l'aspetto principale su cui la dottrina dovrà confrontarsi a fondo nei prossimi tempi per affrontare il tema dei reati culturali. Il conflitto normativo alla base di questa tipologia di reati è un dato, da cui non può prescindere, per individuare la soluzione migliore alla questione dei conflitti identitari e culturali tipici delle democrazie liberali contemporanee. A fronte di una condotta penalmente illecita è necessario confrontarsi con la peculiare identità culturale dell'imputato, riconoscendone valore e facendone discendere conseguenze giuridiche ben precise. In totale accordo con Baldassarre Pastore, ritengo che la modalità di gestione delle differenze e dei conflitti identitari e culturali maggiormente efficace ed efficiente, sia l'intervento giurisdizionale³⁴. La presenza di gruppi etnico-culturali di minoranza all'interno delle compagini sociali e il

³³ Francesco Viola, *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*, in *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006,1 http://www.units.it/etica/2006_1/VIOLA.htm

³⁴ B. PASTORE, *Multiculturalismo e processo penale*, in *Cassazione Penale*, n. 9/2006, p. 3030

conseguente pluralismo normativo, vale a dire la coesistenza, sovrapposizione e mescolanza di sistemi normativi diversi, determinano un numero sempre maggiore di istanze e rivendicazioni particolari. Molte di queste non riescono ad essere oggetto di valutazione e di regolamentazione sul piano politico e legislativo, trattandosi di interventi finalizzati ad elaborare programmi normativi per disciplinare situazioni molteplici, che vengono tipizzate in modo uguale. Rispetto alla legislazione, l'attività giurisdizionale svolge senza dubbio meglio quell'attività di integrazione, tipica del diritto stesso. I pregi dello strumento giurisdizionale sono stati bene evidenziati da Pastore, a cominciare da quello dell'elasticità. La comprensione e la valorizzazione delle esigenze del singolo caso concreto non comportano alcuna modifica della disposizione normativa, ovvero non vi è la creazione di deroghe alla disciplina comune. Inoltre “nella sua attività di tipo prudenziale ed equitativo, nella continua riformulazione attualizzatrice degli enunciati normativi in relazione alle circostanze concrete, nel suo decidere caso per caso e limitatamente alle parti, nella possibilità di mutare orientamento, bilanciando volta per volta gli interessi ed evitando la definitiva esclusione di alcuni di essi, il giudice può realizzare quel riconoscimento pubblico connesso al compito istituzionale di controllare che non prevalgano forme di intolleranza (dovute spesso ad idiosincrasie maggioritarie) verso individui appartenenti a gruppi culturali minoritari, in violazione delle regole e dei principi di un ordinamento pluralista, svolgendo nel contempo la funzione di mediatore imparziale e di elemento di integrazione delle differenze”³⁵. È necessario affidarsi dunque ad una “giurisdizione sensibile alla cultura”, riprendendo una felice espressione di Réaume (*culture-sensitive adjudication*), ripresa in Italia da Belvisi. Una giurisdizione attenta a considerare tutte le culture che entrano in conflitto tra loro e che sono coinvolte nella controversia (non solo dunque quella minoritaria, ma anche quella dominante), con l'obiettivo di pervenire ad una risposta sanzionatoria la più possibilmente equa ed adeguata. In questo modo è possibile affrontare e risolvere il “dilemma giuridico dell'incontro interculturale”. Del resto applicando il principio dell'uguaglianza del trattamento ai membri di gruppi etnici minoritari, si rischia che esso si trasformi in un trattamento disuguale e quindi in una ingiustizia, imponendo a costoro il rispetto delle tradizioni culturali di maggioranza, diverse dalle proprie. In

³⁵ B. PASTORE, Multiculturalismo e processo penale, cit., p. 3034.

ciò differenziandosi dalla popolazione locale a cui è permesso di seguire e rispettare la propria cultura. Pastore evidenzia come nelle scelte sanzionatorie i giudici di tutti i paesi occidentali in effetti abbiano dato la giusta considerazione al *background* culturale dei reati commessi dagli stranieri, diversificando le risposte sanzionatorie rispetto ai casi in cui comportamenti analoghi sono stati tenuti da appartenenti alla popolazione locale. Il fattore culturale in particolare è stato valutato in prevalenza come esimente-attenuante della responsabilità penale. Il processo penale rappresenta dunque lo strumento principale per gestire i conflitti derivanti dal pluralismo culturale e normativo, per tutelare adeguatamente i diritti della persona e per personalizzare il più possibile la risposta punitiva, in modo che il fattore culturale possa essere valutato coerentemente con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. La struttura del processo è finalizzata proprio a stimolare l'interazione discorsiva ed argomentativa tra le parti e tra queste e il giudice, garantendo un dialogo razionale. Mediante il contraddittorio e con la produzione di argomentazioni, ricostruzioni ed interpretazioni, nel rispetto di precise modalità procedurali, si consente agli interessati di introdurre le proprie istanze di riconoscimento e le proprie pretese di validità in uno spazio decisionale pubblico, con la pretesa che siano riconosciute come ragioni. Tutto ciò deve ripercuotersi poi sulla decisione finale, la cui motivazione dovrà avere una struttura argomentativo-discorsiva equa, imparziale e scevra di pregiudizi. Le ragioni a sostegno della sentenza devono caratterizzarsi per la loro neutralità e devono prescindere da specifiche appartenenze culturali³⁶. Scopo precipuo della funzione giurisdizionale è quello di rendere giustizia. Per il raggiungimento di questa finalità, nel processo penale si sovrappongono due aspetti fondamentali, diversi ma strettamente connessi: il giudizio di legalità e l'equità individuale. Il primo è volto ad accertare la sussunzione della situazione concreta nelle fattispecie generali previste dalla legge, la seconda mira alla comprensione e valutazione delle peculiarità specifiche, uniche ed irripetibili, del fatto concreto. Ne deriva che il potere discrezionale del giudice è delimitato non solo da una serie di circostanze previste dal legislatore (attenuanti, aggravanti, scriminanti), ma anche dalla propria comprensione equitativa. Nel valutare le caratteristiche della situazione concreta, il giudice valuta le particolarità dei soggetti coinvolti e i contesti in cui

³⁶ Su questi aspetti B. PASTORE, *Multiculturalismo e processo penale*, cit., p. 3042.

interagiscono. Ciò implica necessariamente un confronto tra le parti, che si concretizza attraverso il riconoscimento del diritto di interloquire e di provare. Attraverso il processo quindi i conflitti vengono istituzionalizzati ed indirizzati verso una decisione, che dovrà tendere a comporli. Nel caso dei reati culturali, il giudice dovrà bilanciare il diritto dell'imputato al rispetto delle tradizioni culturali poste a base dell'identità personale, con i principi istituzionali ed ordinamentali, centrati sui diritti umani fondamentali. Concordo con Pastore che nel processo penale le istanze di riconoscimento della "diversità" culturale da parte dell'imputato devono essere bilanciate con spirito aperto e rispettoso, tenendo conto dei principi cardine della civiltà giuridica, i quali peraltro presentano una valenza interculturale³⁷. Ogni fatto concreto affonda le proprie radici in una dimensione culturale. Un'amministrazione della giustizia sensibile alle istanze multiculturali non può non valorizzare l'idea di un processo decisionale che tenga conto delle caratteristiche personali degli imputati, quali l'etnia, la religione, la cultura, le condizioni socio-economiche (*situated decision-making*, scrive Pastore³⁸). La commissione di reati è senza dubbio qualificabile come azione sociale. Differenziandosi dai meri accadimenti naturali, è espressiva di un senso (di un significato soggettivo) sul piano delle relazioni intersoggettive. Pertanto il giudice nel corso del processo penale deve considerare e valutare adeguatamente le motivazioni alla base della condotta delittuosa, che siano psichiche o meno (sociali, economiche, culturali etc.). Il principio della responsabilità penale non può prescindere dal fattore culturale. Ogni fatto umano del resto è socialmente e culturalmente costruito. La cultura diviene parte integrante del modo di vivere e di comprendere la realtà. Il multiculturalismo e la multietnicità hanno avuto il pregio di evidenziare l'importanza degli elementi culturali nella costruzione del mondo sociale. Certamente queste culture interagiscono tra loro, si confrontano e spesso si scontrano. Ma in ogni caso devono essere interpretate. Ed è qui che si pone il problema dell'alterità, vale a dire della modalità di lettura di una data cultura dal punto di vista di una cultura diversa. Diventa fondamentale allora l'assolvimento di un'attività ermeneutica di primaria importanza, consistente nella traducibilità dei valori culturali propri degli imputati, che ne renda possibile la comprensione. Riprendendo le belle pagine di Pastore "entra in gioco, nell'esercizio

³⁷ B. PASTORE, *Multiculturalismo e Processo penale*, cit., p. 3043.

³⁸ B. PASTORE, *Multiculturalismo e Processo penale*, cit., p. 3044.

di una comprensione interculturale dei problemi, l'uso della facoltà di giudizio, che richiede l'andare oltre i limiti del proprio particolare contesto, prendendo in considerazione i punti di vista degli altri con mentalità allargata. Nel processo, il confronto tra soggetti portatori di valori in conflitto richiede uno sforzo di traducibilità, sempre aperto invero al rischio del malinteso e della distorsione, volto a rendere cose anomale in un linguaggio non troppo anomalo. La diversità dei canoni assiologici implicati nella ricostruzione dei fatti e nella loro valutazione richiede l'obbligo, da parte dell'organo giurisdizionale, di cogliere compiutamente il significato della condotta dell'individuo che deve essere giudicato. Ciò implica un impegno di comprensione di tutti i valori socio-culturali coinvolti nel processo, tanto più importante in contesti mobili e altamente pluralistici quali sono quelli odierni³⁹. Alla luce della profonda disamina elaborata dal citato autore, si può quindi aderire in toto alle sue conclusioni e condividere l'appello che egli fa alla ragionevolezza, definita da Zagrebelsky come la "predisposizione verso soluzioni miti, comprensive di tutte le ragioni che possono rivendicare buoni principi a proprio favore", capaci di soddisfare tutti i soggetti coinvolti, nella misura massima consentita dalle circostanze⁴⁰. In un'ottica di comparazione e bilanciamento la ragionevolezza costituirebbe un punto di riferimento fondamentale per trovare risposte soddisfacenti ai conflitti culturali, valorizzando il rapporto tra giustizia, pluralismo e tolleranza. Di fronte ai conflitti generati dal pluralismo normativo e culturale, il ruolo rivestito dai giudici bene esprime il rapporto che esiste tra la norma generale e la decisione del giudice: non un rapporto puramente logico-deduttivo, ma di integrazione discrezionale. Il diritto non deve essere dominato esclusivamente dalla legge. L'attività ermeneutica deve svolgere una funzione ordinante e costruttiva, imponendo al giudice una *forma mentis* consapevole dei conflitti in gioco e delle questioni di giustizia coinvolte. Che la giurisdizione in questa materia svolga un ruolo ineliminabile lo afferma a chiare lettere Stefano Rodotà, quando auspica la necessità di un diritto omeostatico, vale a dire capace di adeguarsi automaticamente ai mutamenti sociali. E non solo in una prospettiva diacronica, come avveniva in passato, ma valorizzando questa tecnica anche in una dimensione sincronica, consentendo quindi di dare rilevanza a valori diversi nell'ambito dello stesso tempo

³⁹ B. PASTORE, *Multiculturalismo e Processo penale*, cit., p. 3045.

⁴⁰ B. PASTORE, *Multiculturalismo e Processo penale*, cit., p. 3046.

ed organizzazione sociale. Va considerato inoltre il minore effetto delegittimante del diritto *detto* dai giudici rispetto al diritto *detto* dal legislatore. Cito ancora Stefano Rodotà “...la sede giurisdizionale è quella dove nessuno ritiene che la partita sia definitivamente chiusa e perduta. Un altro giudice, in un'altra sede, in un altro momento potrà *dire* il diritto in una maniera diversa”⁴¹. Non si può tuttavia nascondere una criticità rilevante nell'ambito del processo di crescente rilevanza del fattore culturale a livello giurisprudenziale. Se è vero che la cultura deve trovare adeguato spazio nell'ambito della discrezionalità concessa al giudice in sede di valutazione del caso concreto, vero pure è che in Italia, come in tutti i sistemi penali europei, non si ravvisa alcuna norma di parte generale che conceda al giudice quel margine di discrezionalità idoneo a valorizzare questo fattore culturale. Secondo attenta dottrina, questo vuoto normativo non è sintomatico di un atteggiamento inerte verso le nuove esigenze imposte dal pluralismo culturale, quanto di una generica diffidenza verso questo tipo di norma, che potrebbe valorizzare in modo eccessivamente generalizzato la matrice culturale dell'imputato⁴². Nonostante ciò tuttavia, questi spazi di discrezionalità certamente non mancano, e di fatto vengono utilizzati sempre più spesso dal giudice, sia nell'attività di interpretazione delle fattispecie penali, che in sede di commisurazione giudiziale della pena. Non può non evidenziarsi in particolare, come la discrezionalità interpretativa si sia sviluppata notevolmente negli ultimi decenni già a causa della scarsa qualità dei testi legislativi, del basso livello di determinatezza delle fattispecie e della moltiplicazione delle fonti penali, tra di loro in rapporto di concorso reale o apparente. Ma tale incremento si è manifestato anche grazie all'influenza del fattore culturale, che molto spesso ha condizionato l'ambito applicativo della stessa fattispecie penale. Ciò ha comportato esiti decisionali oscillanti, la maggior parte dei quali favorevoli all'imputato, ma a volte anche sfavorevoli. L'attività di discrezionalità interpretativa svolta dal giudice penale infatti può operare *in bonam partem*, attraverso interpretazioni restrittive della fattispecie, tali da escluderne l'applicabilità in certi casi concreti. Al riguardo, a fronte di molti esiti interpretativi da considerare plausibili, se ne rilevano molti altri decisamente meno persuasivi. Da un'analisi della giurisprudenza nostrana, emerge

⁴¹ S. RODOTA', Il Diritto e i Diritti nell'epoca dello “scontro delle civiltà”, in *Questione Giustizia*, Franco Angeli, Milano, n. 4/2005, p. 734-735.

⁴² A. BERNARDI, Il Fattore culturale nel sistema penale, cit., p. 95-96.

peraltro come l'influenza *in bonam partem* del fattore culturale possa riscontrarsi anche nelle ipotesi di convergenza tra più fattispecie penali. In questi casi il giudice esercita una discrezionalità interpretativa favorevole al reo nel senso di escludere il concorso reale di norme, ovvero di applicare la norma incriminatrice più favorevole, o infine di stabilire l'inapplicabilità di tutte le norme in rapporto di convergenza. Ma non si può omettere di considerare che a volte la valorizzazione dalla matrice culturale in sede processuale è avvenuta *in malam partem*, sia sul piano interpretativo, comportando una dilatazione dell'ambito applicativo della norma incriminatrice, sia sulla scelta della fattispecie applicabile in caso di convergenza o interferenza. Del tutto condivisibile tuttavia è quanto affermato da Angela Caputo, con riferimento a questa nuova posizione della giurisdizione nello Stato Costituzionale. Affinché questo meccanismo possa funzionare occorre una precondizione: vale a dire che il giudice interiorizzi il rifiuto dell'idea che davanti a sé possano esistere dei "nemici culturali"⁴³. Si può obiettare che la scelta di valorizzare il fattore culturale sul piano pratico-applicativo, demandando alla sola giurisprudenza la risoluzione di conflitti culturali di cui il legislatore si disinteressa, potrebbe qualificarsi come rinunciataria, ma soprattutto viziata dal fatto che i giudici continuano ad assolvere alla funzione di supplenti del legislatore, come accade nel nostro paese da ormai molto tempo. Come ha evidenziato Rodotà, questo punto chiama in causa il problema della legittimazione stessa del diritto, della sua capacità di affrontare e gestire i conflitti complessi che si presentano nelle attuali realtà sociali. Non di rado accade che a fronte di un intervento legislativo vi sia uno scarto della percezione sociale, che vede il diritto come uno strumento di occultamento, e non di rappresentazione, di valori fondamentali. Si è perfettamente d'accordo con l'autore secondo cui è necessario conformare la politica legislativa secondo questa direzione. Pertanto il ruolo del giudice non può essere ridotto a quello di mera supplenza, si tratterebbe di una mera semplificazione. In una società multiculturale e multietnica non è più possibile circoscrivere l'intervento giuridico alla sola dimensione legislativa. È necessario ormai passare da un "diritto flessibile" ad un "diritto dialogante". La legge non può più essere considerata una regola di supremazia, che effettua una scelta continua tra interessi e valori in campo (che siano

⁴³ A. CAPUTO, La giurisdizione e i conflitti culturali, in *Questione giustizia*, Franco Angeli, Milano, n. 4/2005

valori condivisi ed omogenei, o meno). Una supremazia che si basa sul principio della maggioranza e che si esercita attraverso la sovranità popolare espressa dal Parlamento. È opportuno invece che l'intervento giuridico si concretizzi in regole di compatibilità, che rinuncino a decisioni radicali e tentino di comporre le diverse posizioni contrastanti. E ciò non solo attraverso lo strumento legislativo (diritto flessibile) ma anche valorizzando il ruolo della giurisdizione (diritto dialogante)⁴⁴. Al riguardo vanno ricordate anche le considerazioni svolte da Basile, secondo cui il ruolo sempre maggiore assunto dal fattore culturale nel momento giudiziale rispecchia in realtà un atteggiamento di profondo rispetto per la legge esistente, che deve essere interpretata ed applicata in ossequio al principio di uguaglianza. Si tratta di una scelta inoltre che impone ai giudici l'adozione di decisioni in conformità a criteri razionali, trasparenti e soprattutto controllabili, tali da rendere la sentenza valida e giusta. In linea con quanto evidenziato da Pastore, questa opzione consentirebbe, secondo Basile, di conciliare la diversità culturale con il rispetto della credibilità del sistema penale in modo piuttosto agevole⁴⁵. Condivisibile è l'opinione di Mario Trapani, secondo cui non può utilizzarsi il criterio del c.d. *harm principle* (ovvero della c.d. *offense principle*, nella sua dimensione ampliata) come argomentazione risolutiva per le questioni poste dal pluralismo culturale. Autorevole esponente del liberalismo penale anglosassone, John Stuart Mill già nel 1858 scriveva: "L'unico fine per cui gli uomini sono autorizzati, individualmente o collettivamente, a interferire con la libertà di azione di ciascuno, è l'autoprotezione; l'unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, contro la sua volontà, è quello di prevenire un danno agli altri. Il bene dell'individuo, sia fisico sia morale, non costituisce una giustificazione sufficiente dell'interferenza (...). Il solo aspetto della condotta per cui si è responsabili di fronte alla società 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"⁴⁶. L'approfondimento dello studio sul principio del danno si deve a Joel Feinberg, negli anni '50, che pur condividendo la necessità di limitare l'invasività della sanzione

⁴⁴ S. RODOTA', *Il Diritto e i Diritti nell'epoca dello "scontro delle civiltà"*, cit., p. 730.

⁴⁵ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 473.

⁴⁶ J. S. MILL, *Sulla libertà*, trad. it., Bompiani, 2000, p. 55.

penale, elabora un'impostazione del criterio dell'*harm principle* meno radicale rispetto alla visione di Mill. Purtuttavia valorizza la prospettiva penale minimalista, confermando quale assioma, posto a base della propria teoria, l'idea di una "autonomia personale" intangibile, intesa quale diritto inviolabile della persona, che implicherebbe una sovranità assoluta su sé stessi. Ne conseguirebbe l'illegittimità delle incriminazioni di fatti che comportino danni solo per il suo autore, e, al contrario, la legittimità di incriminazioni di condotte che comportino danni o semplici molestie nei confronti di terzi. Il criterio dell'*harm principle* non può assolvere alla funzione di limite giuridico nella scelta legislativa delle condotte da incriminare, soprattutto di quelle connotate culturalmente, trattandosi di una mera opinione filosofica, espressione di una particolare concezione culturale. Almeno fino a che non si riesca a dimostrare che l'*harm* ovvero l'*offense principle* siano stati assunti come veri e propri limiti normativi, per il legislatore ordinario, da una fonte costituzionale ovvero dichiarata come inviolabile dalla Costituzione⁴⁷. Oltretutto in una realtà sociale multietnica, il criterio dell'*harm principle* lede gravemente l'autonomia personale del soggetto che volontariamente subisce il danno, nel rispetto della propria cultura ed identità etnica (penso soprattutto alle donne che liberamente e volontariamente si sottopongono a pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili). In tal caso la repressione penale sarebbe giustificata esclusivamente da ragioni paternalistiche, non ammissibili in una prospettiva liberale.

Concetto fondamentale e indispensabile, a giudizio di chi scrive, per un approccio corretto al pluralismo culturale, è quello della laicità del diritto penale. Secondo Stefano Canestrari, la laicità deve intendersi come mondanità⁴⁸. In altri termini la potestà punitiva deve tendere non al raggiungimento di ideali trascendenti di giustizia assoluta, di palingenesi totale della società, di riparazione dal male, ma solo a finalità

⁴⁷ M. TRAPANI, Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale, in *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, XIV Colloquio Giuridico Internazionale, a cura di G.L. Falchi – A. Iaccarino, Lateran University Press, 2012, p. 801-802.

Del resto che non si tratti di limiti normativo-giuridici in senso tecnico dello *ius puniendi* è dimostrato dal titolo stesso dell'opera di Joel Feinberg *The Moral Limits of the Criminal Law*. L'autore stesso intende riferirsi solo a limiti di tipo morale e, più ampiamente, di tipo filosofico-politico, capaci di dare una risposta al problema del fondamento morale e politico del diritto penale. Oltre tutto Feinberg non era un giurista ma un filosofo del diritto.

⁴⁸ S. CANESTRARI, Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, Vol. I, *Teoria del diritto penale, Criminologia e Politica Criminale*, Giuffrè Milano, 2006, p. 140.

preventive concrete, generali e speciali. Il diritto penale non deve assolvere a compiti di moralizzazione, di programmazione pedagogica e di orientamento delle opzioni culturali individuali e collettive. Questa sarebbe una prospettiva contrassegnata come paternalistica, nella quale i cittadini non sarebbero considerati soggetti di diritto, ma “sudditi da comandare, ovvero figli da educare e ammaestrare, ovvero incapaci irresponsabili da tenere sotto tutela⁴⁹”. Un diritto paternalista si concretizzerebbe in una tendenza autoritaria, non volta a tutelare il cittadino nella sua sfera di libertà, ma a favorirlo come amico o combatterlo come nemico, contrassegnando modelli giuridici di diritto penale (dell’amico) e del nemico. Il concetto di paternalismo giuridico del resto (*legal paternalism*) veniva considerato un principio illiberale e dunque da scartare già da Mill e Feinberg. Accogliendo pertanto una concezione laica del diritto penale, desumibile anche dai principi di uguaglianza e libertà sanciti dalla nostra Costituzione, ne deriva l’obbligo dell’accettazione del pluralismo delle opinioni di tutti i consociati. Riprendendo le belle pagine di Habermas “il fatto scandaloso del pluralismo ideologico, contrassegno tipico della modernità, porta, in positivo, ad accreditare un modello di riconoscimento democratico tra estranei, fondato sul rispettoso consenso e sulla salvaguardia giuridica delle differenze: compito fondamentale delle odierne comunità pluralistiche è allora quello di rendere possibile la costituzione mentale di una sfera pubblica polifonica”⁵⁰. Da censurare pertanto è l’omologazione del pluralismo in un pensiero unico.

Concludo questo lavoro avvalendomi un’ultima volta del contributo di Stefano Rodotà, che citando due teorici del diritto, Hans Kelsen e Roland Dworkin, evidenzia il passaggio d’epoca delle democrazie contemporanee, di cui dobbiamo prendere atto⁵¹. Kelsen scrive “il compromesso fa parte della natura stessa della democrazia. Compromesso significa risoluzione di un conflitto mediante una norma che non è totalmente conforme agli interessi di una parte né totalmente contraria agli interessi dell’altra”⁵². Secondo Dworkin invece “l’istituzione dei diritti è cruciale perché rappresenta la promessa della maggioranza alla minoranza che la sua dignità e

⁴⁹ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., p. 141.

⁵⁰ J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*. Appendici. *Fede e sapere*, a cura di L. Ceppa, Einaudi, Torino, 2001, p. 107 ss.

⁵¹ S. RODOTÀ, *Il Diritto e i Diritti nell’epoca dello scontro delle civiltà*, cit., p. 726-727.

⁵² H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas Libri, 1980, 293 (citato da S. Rodotà, in *Il Diritto e i Diritti nell’epoca dello “scontro delle civiltà”*, cit., p. 726.

uguaglianza saranno rispettate. Quando le divisioni fra i gruppi sono molto violente allora questa promessa, se si vuol far funzionare il diritto, deve essere ancor più sincera⁵³». Mentre Kelsen parla di interessi, facendo riferimento a qualcosa di negoziabile, Dworkin pone l'accento su valori non negoziabili, emergendo la necessità del rispetto integrale della posizione dell'altro. Da queste affermazioni emergono i due pilastri delle passate democrazie moderne: il principio della maggioranza, come criterio di risoluzione dei conflitti (tirannia della maggioranza) e l'universalismo dei diritti (oggi senza dubbio entrato in crisi).

⁵³ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, 1982, p. 292, (citato da S. Rodotà, *Il diritto e i diritti nell'epoca dello "scontro delle civiltà"*, cit., p. 726).

RINGRAZIAMENTI

A conclusione di questo percorso, è doveroso da parte mia citare tutte le persone che hanno dato il loro personale contributo al raggiungimento di questo importante traguardo.

Ringrazio innanzitutto il Prof. Salvatore Mazzamuto, direttore della Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia “Tullio Ascarelli”, che mi ha permesso di vivere un’esperienza di studio e ricerca di altissimo profilo.

Ringrazio il Prof. Mario Trapani, coordinatore della Sezione Sistemi Punitivi e Garanzie Costituzionali nonché tutor di riferimento, e la Prof.ssa Antonella Massaro, che mi hanno sostenuto in questi tre anni, mostrandosi sempre molto comprensivi nelle difficoltà incontrate, soprattutto per conciliare la ricerca con gli impegni di lavoro. Rivolgo un pensiero anche a tutti i colleghi con cui ho condiviso questo percorso di studi, denso di impegni, ma costellato anche di piacevoli momenti di svago.

Un pensiero non può non andare al Dott. Stefano Passera e al suo impegno costante volto al perfezionamento dei percorsi didattici.

Dedico il raggiungimento di questo traguardo ai miei genitori, punti di riferimento costanti nel corso della mia vita. A loro devo la persona che sono. Un grazie speciale lo rivolgo a mio fratello, il cui coraggio e la cui determinazione nel perseguimento degli obiettivi sono stati sempre un modello di riferimento (a lui un grande in bocca a lupo per la sua nuova avventura!).

Desidero ringraziare colei che all’improvviso e inaspettatamente ha incrociato il mio percorso di vita, rendendomi felice e spensierato. Anche a lei devo il raggiungimento di questo traguardo.

Un grazie infine lo rivolgo a me stesso, alla mia voglia di credere che ce la posso fare, sempre!

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI F.**, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2003.
- BASILE F.**, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2007.
- BASILE F.**, *Panorama di giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), febbraio 2008.
- BASILE F.**, *Localismo e non-neutralità culturale del diritto penale 'sotto tensione' per effetto dell'immigrazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), settembre 2008.
- BASILE F.**, *Diritto Penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), luglio 2009.
- BASILE F.**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), febbraio 2010.
- BASILE F.**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010.
- BASILE F.**, "Il Diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati", in *Polit. Crim.* Vol. 6 n. 12.
(http://www.politicacriminal.cl/vol_06/N_12/vol6N12A4.pdf).
- BASILE F.**, *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, p. 149-212.

- BASILE F.**, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili: Legge 9 gennaio 2006 n. 7*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 678-692.
- BASILE F.**, *Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell’art. 583 bis c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), luglio 2013.
- BASILE F.**, *Motivi futili ad agire: ma futili per chi quando il reato è “culturalmente” motivato?* in *Giurisprudenza Italiana*, aprile 2014, p. 978.
- BASILE F.**, *Sub art. 583 bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – G. Marinucci, II, 2 ed., Ipsoa, Milano, 2006.
- BERNARDI A.**, *Il Fattore culturale nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010.
- BERNARDI A.**, *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2010.
- BERNARDI A.**, *Il Diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Rivista It. Dir. Pen. Econ.*, 2002, p. 477 ss.
- BERNARDI A.**, *Società multiculturale e “reati culturali”. Spunti per una riflessione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, vol. I, *Teoria del Diritto Penale, Criminologia e Politica Criminale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 45 ss.
- BERNARDI A.**, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 1199 ss.
- BERNARDI A.**, *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, in *Quaderni di diritto penale comparato internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, 2006.
- BERNARDI A.**, *L’ondivaga rilevanza penale del “fattore culturale”*, in *“Politica del Diritto”*, Il Mulino, Bologna, 1/2007, pp. 3-48.

- BARBIERI C., RENSI R., GUALCO B.**, *Le mutilazioni genitali femminili: problematiche definitorie, fattori culturali e psicosociali, richiami normativi*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, Pensa Multimedia Ed. srl, Lecce, n. 2/2009, p. 265.
- BARBIERI C., RENSI R., GUALCO B.**, *Le mutilazioni genitali femminili: alcune riflessioni sulla tutela delle vittime*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, Pensa Multimedia Ed. srl, Lecce, n. 3/2009, p. 413.
- BAUMAN Z.**, *Modernità liquida*, XVII ed., Bari, 2011.
- BAUMAN Z.**, *Vite di scarto*, Laterza, Bari, 2007.
- BERTOLINO M.**, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di Diritto Penale. Parte Generale*, diretto da C. F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Vol. III, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2009.
- BIANCHI M.**, *Impiego di minori nell'accattonaggio, (art. 600 octies)*, in *Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, a cura di Cadoppi A. – Canestrari S. – Manna A. – Papa M., Roma, 2011, VIII, p. 573 ss.
- BRUNELLI G.**, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi*, a cura di Bernardi – Pastore – Pugiotto, Giuffrè, Milano, 2008, p. 203.
- CANESTRARI S.**, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, Vol. I, *Teoria del Diritto Penale, Criminologia e Politica Criminale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 139.
- CESAREO V.**, *Società multiethniche e multiculturalismi*, Vita e Pensiero ed., Milano, 2007.
- CORREA Michele M. – MARTUCCI P.**, *Elementi di Criminologia*, Cedam, Padova, 2013.
- CAPUTO A.**, *La giurisdizione e i conflitti culturali*, in *Questione Giustizia*, Franco Angeli, Milano, n. 4/2005.

- CESQUI E.**, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in *Questione Giustizia*, Franco Angeli, Milano, n.4/2005.
- De MAGLIE C.**, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010.
- De MAGLIE C.**, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 215.
- De MAGLIE C.**, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, p. 1088 ss.
- De MAGLIE C.**, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, p. 173.
- DE FRANCESCO G.**, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in *Multiculturalismo, Diritti Umani, Pena*, a cura di A. Bernardi, Giuffrè, Milano, 2006, p. 153.
- EMANUELE P. P.**, *I reati culturalmente motivati tra personalizzazione della responsabilità penale e tutela delle vittime*, in www.neldiritto.it;
- DI PIETRO F.**, *Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, in *Diritto&Diritti* (www.diritto.it), Luglio, 2006.
- FACCHI A.**, *I Diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, GLF Editori Laterza, Milano, 2004.
- FIANDACA G. –MUSCO E.**, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 6 ed., 2009.
- FORNARI U.**, *Trattato di psichiatria forense*, Utet, Torino, 5 ed., 2013.
- FORNASARI G.**, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La magistratura*, 2010, fasc. 1-2, 24.

- FORNASARI G.**, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1990.
- FORNASARI G.**, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in Bernardi – Pastore – Pugiotto (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 179 ss.
- FORNASARI G.**, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Tomo I: Il governo del corpo*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 715-72.
- GALLO M.**, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. II, Il Reato, Parte II, L'elemento Psicologico, Giappichelli, Torino, 2001.
- GATTA G. L.**, *Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, rivista telematica, (www.statoechiese.it), giugno 2009.
- GENTILOMO A.**, *Mutilazioni genitali femminili. La risposta giudiziaria e le questioni connesse*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, rivista telematica, (www.statoechiese.it), maggio, 2007.
- GRANDI C.**, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in L'Indice Penale, Cedam, Padova, 2007, p. 245.
- GRANDI C.**, *A proposito di reati culturalmente motivati. Osservazioni sulle monografie di Fabio Basile, Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano 2010; *Alessandro Bernardi, Il fattore culturale nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010; *Cristina de Maglie, I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010, in www.dirittopenalecontemporaneo.it
- GRANDI C.**, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?* Giolo O., Pifferi M., *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009.

- GROSSO F.**, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Multiculturalismo, diritti umani, Pena*, a cura di A. Bernardi. Giuffrè, Milano, 2006, p. 109.
- HOFFE O.**, *Globalizzazione e diritto penale*, Einaudi, Torino, 2001.
- HASSEMER W.**, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Archivio Penale*, Maggioli Editore, Rimini, n. 1/1982.
- KYMLICKA W.**, *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 2002. Edizione originale: *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- LA MONACA G. – AUSANIA F. – SCASSELLATI SFORZOLINI G.**, *Le mutilazioni genitali femminili. Aspetti socio-antropologici, giuridici e medico-legali e contributo casistico*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, Giuffrè, Milano, XXVI, 2004, p. 641.
- MANCINI L.**, *I ROM tra cultura e devianza*, in *Diritto Penale e Processo*, Ipsoa ed., Milano, n. 6/1998, p. 770.
- MANCINI L.**, *Percezione del diritto e impatto tra culture giuridiche nell'esperienza migratoria*, in *Soc. dir.*, n. 3, 1999, p. 103 ss.
- MANTOVANI F.**, *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, Padova, VI ed., 2009.
- MANZINI V.**, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino, V ed., Vol. I, 1986.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E.**, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2012.
- MAROTTA G.**, *Teorie criminologiche. Da Beccaria al Postmoderno*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2004.
- MASSARO A.**, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, Roma, Aracne ed., 2012.
- MASSARO A.**, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, in *Temi Penali*, a cura di Mario Trapani e Antonella Massaro, Giappichelli, Torino, 2013, p. 113.

- MEZZETTI L.**, *Cultura e culture: paradigmi di tutela e protezione multilivello*, in Stortoni, Cagli (a cura di), *Cultura, culture e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2012.
- MIAZZI L.**, *Immigrazione, Regole familiari e criteri di giudizio*, in *Questione giustizia*, Franco Angeli, Milano, n. 4/2005.
- MICHELETTI D.**, *Diritto Penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in G. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro (a cura di), *Religione e Religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Giappichelli, Torino, 2007.
- MOCCIA S.**, *Vite da scarto*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, n. 2-3/2014, p. 12.
- MOCCIA S.**, *Tolleranza zero. Errori ed orrori nel pacchetto sicurezza*, Il Manifesto, 26 agosto 2009, p. 16.
- MOCCIA S.**, *Immigrazione criminalizzata*, in Il Manifesto, 23 maggio 2008, p. 1.
- MONTICELLI L.**, *Le "cultural defense" (esimenti culturali) e i reati culturalmente orientati: possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in L'Indice Penale, Cedam, Padova, 2003, n. 2, p. 540.
- MONTICELLI L.**, *La Cultural Defense*, in *Cultura, Culture e Diritto Penale*, a cura di Stortoni L. – Tordini Cagli S., Bologna, 2013, p. 148 ss.
- MUZZICA R.**, *I reati culturalmente orientati*, in *La Rivista Nel Diritto*, Nel diritto editore srl, Roma, 9/2003, p. 1580.
- NUVOLONE P.**, *Il Sistema del diritto penale*, II ed., Cedam, Padova, 1982.
- PADOVANI T.**, *Diritto Penale*, Giuffrè, Milano, X ed., 2012.
- PAGANELLI – VENTURA**, *La nuova fattispecie delittuosa: le mutilazioni genitali femminili*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2004, p. 453 ss.
- PALAZZO F.**, *Corso di Diritto Penale. Parte Generale*, V ed., Giappichelli Torino, 2013.

- PALERMO FABRIS E.**, *Discriminazione e Diritto penale minorile*, in *Discriminazione razziale, Xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di Silvio Riondato, Cedam, Padova, 2006.
- PARISI F.**, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010.
- PARISI F.**, *Abbandono di minori e cultura nomade*, nota alla sentenza della Cassazione, 8 gennaio 2009, in "Il Foro Italiano", 2009.
- PARISI F.**, *Colpevolezza attenuata in un caso dubbio di motivazione culturale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2008, p. 1447 ss.
- PARISI F.**, *Stranieri e diritto penale*, nota alla sentenza del Tribunale di Bückeburg, 25 gennaio 2006, Pusceddu, in "Il Foro Italiano", 2008.
- PASTORE B.**, *Multiculturalismo e Processo Penale*, in *Cassazione Penale*, n. 09/2006.
- PONTI G. – MERZAGORA BETSOS I.**, *Compendio di Criminologia*, Raffaello Cortina Editore, Milano, V ed., 2008.
- REMOTTI F.**, *Riflessioni sulla densità culturale*, in *Rivista Italiana di Scienze Transculturali*, "Passaggi", Carocci editore, Roma, n. 10/2005.
- RIONDATO S.**, *Diritto penale e reato culturale tra globalizzazione e multiculturalismo. Recenti novità legislative in tema di opinione, religione, discriminazione razziale, mutilazione genitale femminile, personalità dello Stato*, in *Discriminazione razziale, Xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di Silvio Riondato, Cedam, Padova, 2006.
- RODOTA' S.**, *Il Diritto e i diritti nell'epoca dello "scontro delle civiltà"*, in *Questione Giustizia*, Franco Angeli, Milano, n. 4/2005.
- ROMANO C. A. – BAIGUERA ALTIERI A.**, *La tutela dei ROM nel diritto svizzero ed italiano*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, Pensa Multimedia editore srl, Lecce, n. 2/2008.

- SARTORI G.**, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggi sulla società multi-etnica*, Rizzoli, Milano, 2000.
- SCARANO L.**, *La non esigibilità nel diritto penale*, Jovene, Napoli, 1948.
- SCOLART D.**, *Riflessioni sulle mutilazioni genitali femminili*, in F. D'Agostino (a cura di), *Corpo esibito, Corpo violato, Corpo venduto, Corpo donato. Nuove forme di rilevanza giuridica del corpo umano*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 143 ss.
- SIMONI A.**, *La qualificazione giuridica della mendicizia dei minori ROM tra diritto e politica*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, Franco Angeli, Bologna, n. 1/2009.
- TASSINARI D.**, *“Motivi culturali” e struttura del reato*, in *Cultura, Culture e diritto penale*, a cura di Luigi Stortoni e Silvia Tordini Cagli, Bonomia University Press, Bologna, 2013, p. 127 ss.
- TRAPANI M.**, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, in *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, XIV Colloquio Giuridico Internazionale, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2012, p. 789.
- VIOLA F.**, *La società multiculturale come società politica*, in *Studi Emigrazione/Migration Studies*, XLI, Roma, 2004, n. 153.
- VIOLA F.**, *Diritti Fondamentali e multiculturalismo*, in A. Bernardi (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h.c. a Mireille Delmas-Marty, Giuffrè, Milano, 2006.
- VIOLA F.**, *Diritti umani. Universalismo, globalizzazione e multiculturalismo*, in AA.VV., *Nuova geografia dei diritti umani (Atti Convegno, Palermo 29 aprile 2005)*, Cesvop, Palermo, 2007, pp. 13-26.
- ZANETTI G.**, *Argomenti normativi in tema di escissione*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi – B. Pastore – A. Pugiotto, Giuffrè, Milano, 2008, p. 231.