

Cendon / Book

Collana diretta da Guendalina Scozzafava

NUNCA MAS

6

I REATI CULTURALI

Istanze giuridiche e criticità di una società globale

Maria Novella Campagnoli

Edizione NOVEMBRE 2016

Copyright © MMXVI
KEY SRL
VIA PALOMBO 29
03030 VICALVI (FR)
P.I./C.F. 02613240601

ISBN 978-88-6959-705-3

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione, di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da Furlan Grafica Via Garegnano, 41 Milano 20156

Cendon / Book

Collana diretta da Guendalina Scozzafava

“Nunca Mas”

06

I REATI CULTURALI

Istanze giuridiche e criticità di una società globale

Maria Novella Campagnoli

PARTE I

IMMIGRAZIONE E MULTICULTURALISMO.

NUOVE SFIDE PER IL DIRITTO

Sommario: 1.1. Società globale e stranieri culturali. – 1.2. Cultura: diritto o consuetudine? – 1.3. Fattispecie e principali problematicità. – 1.4. Il ruolo e l'importanza della giurisprudenza.

1.1. Società globale e stranieri culturali

Muoviamo la nostra analisi da un dato che è tanto evidente quanto determinante: la società cambia di continuo e soprattutto negli ultimi anni – complici i continui e massicci flussi migratori – essa ha assunto assetti e configurazioni nuove e, per certi versi, del tutto inattese¹.

Configurazioni ed assetti che, non solo non possono essere sottaciuti o trascurati, ma che necessitano di un'attenzione del tutto particolare da parte del giurista e del diritto.

¹ Oltre al noto lavoro di W. KYMLICKA, *Le sfide del multiculturalismo*, in *Rivista bimestrale di cultura e di politica*, XLVI, 370, 2/97, p. 199 ss.; cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *Una riflessione sul multiculturalismo*, in *I diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, 2007, vol. 18, fasc. 2, p. 8 ss.; E. PARIOTTI, *Multiculturalismo, globalizzazione e universalità dei diritti umani*, in *Ragion Pratica*, 2001, 16, p. 63 ss.; A. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2002, 2-3, p. 485 ss.; P. PAROLARI, *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti Fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2001, p. 529 e ss.

Difatti, se è pur vero che talvolta questi cambiamenti possono non avere ripercussioni di natura giuridica, bisogna riconoscere che il più delle volte essi – oltre a favorire l'emergere di istanze assolutamente nuove – sono forieri di antinomie e conflitti inediti. Questo perché, come è intuitivo, le pratiche e gli usi che via via si diffondono con l'arrivo di individui di nazionalità, etnia o religione diversa, oltre a non essere contemplati dall'ordinamento statale, possono persino collidere – o come vedremo, nei casi più gravi, violare – precetti e principi giuridici ritenuti fondamentali.

Altrimenti detto, gli attuali fenomeni migratori e la configurazione sempre più variegata e multiculturale assunta dalla società costringono i giuristi a misurarsi con problematiche sinora ignote, a porsi domande e soprattutto a cercare di fornire risposte e di individuare soluzioni.

La necessità primaria è infatti quella di armonizzare, accordare e – in una parola – rendere “con-possibili” fra loro i diritti di tutti gli appartenenti a questa nuova società diversificata².

Difatti, la convivenza con persone diverse per nazionalità, religione, etnia, tradizione, costume, cioè con persone che – semplificando al massimo ed in estrema sintesi – potremmo definire “stranieri culturali”³ non può certo essere

² Esigenza questa, che per altro, rappresenta un precipitato della natura relazionale e socioeconomica del diritto, che è volto a rendere possibile (e pacifico) il nostro vivere con l'altro (con gli altri). Nello specifico, il diritto viene definito “socioeconomico” in quanto è intrinsecamente proclive a soddisfare il bisogno esistenziale dell'uomo, che – essendo un ente relazionale – può affermare se stesso unicamente attraverso il rapporto *inter pares* con l'altro e, dunque, attraverso la pacifica coesistenza sociale. Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza, linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano 1991, p. 42.

³ Parlo qui di stranieri culturali mutuando e trasformando la ben nota espressione di H.T. ENGELHARDT JR, che in verità, parla di “stranieri morali” (*Manuale di bioetica*, trad. it., Milano 1999, pp.155-161).

affidata al caso, ma, pur nella difficoltà di soppesare e ponderare le diverse pretese, essa deve comunque essere sempre “regolata”.

Per questo motivo, da un lato, si percepisce il bisogno di conoscere e comprendere le tante diversità, da un altro lato, si avverte la necessità di conservare e, in qualche misura, di “difendere” la propria identità e, da un altro lato ancora, si segnala l’importanza e l’urgenza di ridiscutere e risemantizzare certi istituti e alcune procedure, mutando – laddove necessario – ciò che richiede di essere mutato perché inadeguato rispetto agli scenari contingenti.

In tal senso è necessario ricordare che il diritto, lungi dall’essere una scienza data, rappresenta una realtà ed una dimensione “vivente”, nutrita ed animata dall’orizzonte di attesa degli stessi consociati⁴. Una dimensione che – stante il suo imprescindibile portato antropologico ed essendo teleologicamente orientata a consentire e a regolare la coesistenza (si pensi al celebre broccardo *ubi societas ibi jus*) – non può essere statica, data, chiusa, definita, ma è chiamata ad adattarsi, a rinnovarsi e a rigenerarsi di pari passo con la stessa società che disciplina.

Non a caso, proprio pensando alla necessità del diritto di evolversi in continuazione quasi rincorrendo i mutamenti e le evoluzioni sociali, vi è stato chi⁵ ha paragonato il diritto a quelle case giapponesi, all’interno delle quali le pareti sono

⁴ Circa l’orizzonte d’attesa che contraddistingue i consociati rispetto al diritto e alle pronunce giurisprudenziali, cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it, Milano 1994, J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it., Camerino 2010.

⁵ Mi riferisco, ovviamente, alle acute – e anche se datate sempre attuali – osservazioni di S. COTTA (*La sfida tecnologica*, Bologna 1969).

costituite da *separé*, in modo da permettere all'edificio di adeguarsi alle esigenze di chi vi vive.

Si badi, se quanto sin qui detto vale per il diritto *tout court*, non può certo non valere *a fortiori* anche per il diritto penale. Ovverosia, per quella specifica branca del diritto che, nelle more del discorso sui reati culturalmente motivati, è chiamata in causa perché competente a valutare le condotte poste in essere da individui appartenenti a culture differenti dalla nostra.

Ma non è tutto. Infatti, è opportuno sottolineare sin d'ora che l'aspetto veramente innovativo dei reati culturali, l'aspetto che costituisce la *vexata questio* più perniciosa con la quale i giuristi, ed in particolar modo i giuspenalisti, sono chiamati a confrontarsi – contrariamente a quanto si potrebbe pensare *prima facie* – non si esaurisce nella difficoltà di adeguare i principi dell'ordinamento vigente al caleidoscopio delle istanze proprie della società globale.

Al contrario, la questione maggiormente problematica è rappresentata da una difficoltà anteriore rispetto alla necessità di ricorrere ad un bilanciamento e ad una risemantizzazione dei valori e dei diritti in campo, ed è costituita dalla valenza che – all'interno del nostro ordinamento giuridico – viene attribuita (o, meglio, riconosciuta) alla cultura.

In tal senso, difatti, non v'è chi non s'avveda del fatto che, oggi, la cultura – ancorché rappresenti, almeno in via teorica, un parametro extrasistemico ed extralegale – nei fatti si è tramutata in un termine di raffronto e di giudizio del quale i giudici, sempre più spesso, tengono conto nelle more dell'esame e della valutazione del caso concreto⁶. Cosa che,

⁶ Tendenza che, per altro, è ampiamente dimostrata e che viene sottolineata dalla maggior parte dei penalisti e degli esperti di settore. Cfr. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto*

per altro, traspare in maniera evidente dalla lettura di alcune recenti e note pronunce giurisprudenziali⁷.

1.2. Cultura: diritto o consuetudine?

A fronte di quanto sin qui osservato e nell'intento di chiarire ulteriormente i termini della questione, appare necessario soffermarsi, dapprima, su cosa si intenda quando si parla di "cultura" e, secondariamente, sul valore che ad essa viene attribuito a livello giuridico.

Solo in questo modo, infatti, sarà possibile comprendere il peso che il nostro ordinamento riconosce al condizionamento culturale che orienta l'autore di una condotta penalmente rilevante e cogliere la *ratio* che guida i giudici nel momento in cui (spesso nella più totale assenza di previsioni normative *ad hoc*) sono chiamati a risolvere

nelle società multiculturali, Padova 2010; A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino 2010; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa 2010.

⁷ Fra le tante rinvio, al caso della donna Rom sorpresa a mendicare con il proprio bambino (*Cass. sez. VI penale, sent. 45516/2008*); a quello del Sikh che si era recato al supermercato "armato" in quanto indossava, appeso al collo, il coltello rituale previsto dalla propria religione (*Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15*); alla vicenda riguardante un individuo di religione rastafariana in possesso di marijuana, ovvero di quella che, per il nostro ordinamento, è una sostanza stupefacente vietata e che, invece, per la sua cultura e per la sua religione, è considerata persino un'erba sacra (*Cass. sez. VI penale, sent. 923/2008*); al caso di alcuni genitori nigeriani che avevano applicato la circoncisione al figlio (*Cass. sez. VI penale, sent. 43646/2011*); alla vicenda della donna afgana recatasi in tribunale col burqa (*Cons. Stato, sez. VI, sent. 19 giugno 2008, n. 3076*); sino ad arrivare al più recente diniego della concessione del visto d'uscita dal Marocco – da parte del Consolato italiano – ad un bambino preso in affidamento dallo zio tramite l'istituto della *kafalah* onde aggirare le norme sull'adozione (*Cass. sez. I civile, sent. 1843/2015*).

antinomie e possibili conflitti fra precetti di ordine giuridico e di matrice culturale.

Va detto subito che, all'interno del nostro ordinamento, il termine "cultura" presenta almeno tre diverse accezioni di significato⁸, nello specifico:

1) da un primo punto di vista, la cultura indicherebbe quella particolare forma di conoscenza specializzata che si ottiene attraverso l'espletamento di un determinato percorso scolastico e sarebbe proprio questo il senso che le viene attribuito dall'articolo 33 della nostra Costituzione;

2) in una seconda prospettiva – che muove dal valore che essa assume per un determinato gruppo di individui che in essa si riconosce e che da essa ricava la propria identità – la cultura assommerebbe in sé gli elementi fondanti della "vita intellettuale di una comunità". Accezione, questa, che si rinviene negli articoli 9, 117 e 119 della nostra Carta Costituzionale;

3) infine, se esaminata da una terza angolatura di ordine squisitamente antropologico, la cultura altro non sarebbe che il risultato del combinarsi di informazioni, conoscenze, credenze, tradizioni, costumi, nozioni artistiche, convinzioni morali, principi etico-religiosi e precetti normativi, che ciascun individuo in qualche maniera acquisisce per il solo

⁸ Fra tutti si veda quanto osservato con particolare chiarezza da I. RAGGIU nel suo recente lavoro su *Dis-eguaglianza e identità culturale: tolleranza e multiculturalismo*, Termoli 2015 (testo disponibile online)

fatto di essere membro di un determinato gruppo sociale⁹. In breve, si tratterebbe di un ricco e variegato ventaglio di elementi che conferisce identità e, in un certo senso, “affratella” tutti gli appartenenti alla medesima collettività.

Seguitando nella ricostruzione antropologica – e riprendendo le ben note teorizzazioni di Geertz¹⁰ – la cultura potrebbe essere descritta come una rete di significati. Una rete dotata di un codice comunicativo-assiologico autonomo: noto agli appartenenti e pressoché sconosciuto a tutti coloro che, invece, rispetto ad essa sono estranei.

Di qui, l’importanza del ricorso alla c.d. “traduzione culturale”, soprattutto nelle more di una società come la nostra e a maggior ragione quando è necessario procedere ad una valutazione penale delle condotte. Ovvero, l’importanza di quel particolare procedimento capace di rendere ogni cultura intellegibile anche da parte di coloro i quali non la conoscono o ne sono del tutto avulsi.

Al di là delle questioni definitorie e dei significati che sono stati attribuiti, o che possono attribuirsi, a questa nozione¹¹, in questa sede, è importante evidenziare quegli aspetti che accomunano tutte le culture e ci consentono di individuare una definizione generale in base alla quale può dirsi che la cultura è:

⁹ Così E.B. TYLOR, *Il concetto di cultura. I fondamenti teorici della scienza antropologica*, trad. it., Torino 1975.

¹⁰ *The Interpretation of Cultures*, trad. it., Interpretazione di culture, Bologna 1987.

¹¹ Per cui rinvio al bel lavoro di G. FAMIGLIETTI, *Diritti culturali e diritto della cultura. La voce “cultura” dal campo delle tutele a quello della tutela*, Torino 2010, p. 2.

- un insieme di valori, credenze e tradizioni che ciascuno di noi possiede in quanto appartenente ad un certo gruppo sociale. Un bagaglio di nozioni, di cognizioni e di convinzioni che non deriva e che non ha nulla a che vedere con quegli elementi e con quelle conoscenze che gli vengono trasmesse per via genetica, empatica o tramite l'istinto;
- un patrimonio di conoscenze che si tramanda e che si perpetua intergenerazionalmente;
- un complesso di comportamenti ai quali quel dato gruppo riconosce un particolare valore sociale, ragion per cui, perché si possa parlare di fenomeno "culturale", non è sufficiente il mero ripetersi di un comportamento.

Non a caso – e a conferma di quanto sin qui osservato – il *Preambolo della Dichiarazione universale dell'UNESCO sulla diversità culturale*¹², descrive la cultura come: "l'insieme dei tratti distintivi spirituali e materiali, intellettuali e affettivi che caratterizzano una società o un gruppo sociale e che essa include, oltre alle arti e alle lettere, modi di vita di convivenza, sistemi di valori, tradizioni e credenze".

Esaurito questo rapido *excursus*, che ci ha permesso di individuare quali siano gli elementi indispensabili affinché, a fronte di una pratica o di una tradizione, si possa legittimamente parlare di cultura, è necessario passare ad

¹² Adottata all'unanimità a Parigi il 2 novembre del 2001, durante la trentunesima sessione della Conferenza Generale dell'UNESCO.

esaminare il peso che questo sistema valoriale ha via via acquisito e conquistato a livello giuridico.

A tal proposito è opportuna una precisazione: infatti, nonostante si debba ammettere che l'argomento culturale rappresenta un criterio di condotta e di giudizio a dir poco risalente¹³, va detto che il suo riconoscimento normativo da parte delle legislazioni moderne è abbastanza recente.

In ambito internazionale, ad esempio, il primo riferimento alla nozione di diritti culturali si rintraccia nella *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani* del 1948, che, all'articolo 22, menziona tali diritti senza però fornirne una specifica definizione: "ogni individuo, in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione, attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità".

A ciò, si aggiunga che, perché i diritti culturali assurgessero a tutti gli effetti al rango di nuovi diritti (di quarta generazione), si è dovuto attendere il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966. Quest'ultimo, all'articolo 27, individua indirettamente il loro portato spiegando 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".

¹³ Le cui origini possono – in qualche misura e *mutatis mutandi* – rintracciarsi già nel valore e nell'importanza riconosciuta dagli antichi ai *mores maiorum*.

Prendendo, poi, in considerazione il ruolo assunto dal fattore culturale in sede processuale, è importante ricordare che la previsione e la diffusione di un esplicito ricorso alla c.d. *cultural defence* come argomento penale deve le sue origini alla giurisprudenza anglosassone e americana degli anni '70 ed '80¹⁴.

Sul punto è significativo notare che l'impronta giurisprudenziale che, nei paesi di *common law*, contraddistinse i primi approcci ai reati culturalmente motivati nei paesi, è riscontrabile – pur con tutte le *variatio* del caso – anche nel nostro paese. Infatti, come avremo modo di vedere nel prosieguo dell'indagine, la giurisprudenza in questi anni ha contribuito ad “adeguare” il nostro ordinamento alle trasformazioni della società multiculturale.

Nello specifico, il particolare ruolo svolto dalla giurisprudenza è dovuto al combinarsi di più fattori, fra cui:

1) la difficoltà del diritto penale “classico” – stante il suo intrinseco localismo¹⁵ – ad adeguarsi alle richieste di una

¹⁴ Cfr. S. POULTER, *English law and ethnic minority customs*, Butterworth, London 1986; ID., *Ethnicity, law, and human rights. The English experience*, Clarendon press, Oxford 1998; G.R. WOODMAN, *The cultural defence in English common law: the potential for development*, in M.C. FOBLETS, A. DUNDES RENTELN (a cura di), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford 2009.

¹⁵ Dal momento che rappresenterebbe una specie di “prodotto tipico locale”, destinato [...] ad una consumazione in loco”, ragion per cui “ad ogni singolo Stato corrisponde una determinata [e] specifica legislazione penale”. Così F. BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, in *Polít. crim.*, Vol. 6, n. 12, pp. 339-386.

società che ha ormai perso l'omogeneità e la monoculturalità del tessuto sociale¹⁶;

2) il mancato riconoscimento della cultura come diritto. Riconoscimento che, invece, consentirebbe – soprattutto in fase di giudizio – di procedere ad un vero e proprio bilanciamento tra valori e principi;

3) la tendenza a ricondurre la cultura alla consuetudine. Ragion per cui, anziché poter procedere ad un raffronto fra valori e diritti, i giudici si vedono costretti a seguire le argomentazioni proprie della teoria delle fonti, che – come sappiamo – pone la consuetudine alla base della piramide, assegnandole un'importanza ed un peso decisamente limitati.

Si tratta di fattori che, per un verso, spiegano il particolare ruolo svolto dalla giurisprudenza in questo specifico ambito, ma, per un altro verso, concorrono – seppur involontariamente – a produrre oscillazioni, discontinuità e discrasie applicative¹⁷. Basti pensare che, nonostante la cultura (come consuetudine) all'interno del nostro

¹⁶ A tal proposito, e al fine di meglio comprendere fino a che punto la cultura di un popolo influenzi e permei il suo stesso diritto penale, è sufficiente richiamare alla memoria il dettato e la *ratio* sottesa ad alcune norme, come ad esempio: l'art. 62, n. 1 del c.p. l'“aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale”; l'art. 61, n. 1, c.p. l'“aver agito per motivi abietti o futili”; come pure, l'art. 529 c.p. che rinvia al “comune sentimento del pudore”.

¹⁷ Cfr. sul punto P.P. EMANUELE, *I reati culturalmente motivati tra personalizzazione della responsabilità penale e tutela delle vittime*, il cui testo è disponibile in rete.

ordinamento ricopra una posizione “secondaria” e “soccumbente” (non solo rispetto ai principi, ma anche rispetto alle altre fonti), i giudici tengono comunque conto di tale fattore quanto meno nella valutazione e nella commisurazione della pena.

1.3. Fattispecie e principali problematicità

Come si è già avuto modo di accennare, con i reati culturali siamo dinnanzi a comportamenti posti in essere da un soggetto che, non essendo autoctono ma immigrato, appartiene ad una cultura minoritaria e assolutamente diversa rispetto a quella di cui l’ordinamento giuridico è l’espressione e il precipitato¹⁸.

Nello specifico – come sostenuto da Jeroen Van Broeck¹⁹ – ci troviamo a dover far di conto con comportamenti tenuti da individui appartenenti ad un gruppo culturale di minoranza (che li accetta, li approva o li tollera), che, dall’ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza, sono invece vietati.

Di qui, la necessità di chiedersi se gli immigrati debbano essere *sic et simpliciter* assoggettati ai vincoli giuridici propri dello Stato che li ospita o se, invece, ed essi debba essere riconosciuta una certa specificità in virtù della loro diversità culturale.

Solitamente vengono chiamati in causa tanto il principio di laicità dello Stato, quanto quello del pluralismo religioso.

¹⁸ Rinvio a quanto poc’anzi osservato sull’intrinseco localismo del diritto penale.

¹⁹ Si veda *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9/1, 2001.

Temi che vengono invocati a sostegno della tutela e del riconoscimento della diversità culturale.

Difatti, la questione maggiormente controversa – questione che tuttora è oggetto di ampi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali – è costituita dalla necessità di stabilire se la laicità ed il favore verso il pluralismo religioso possano fungere da argomento utile a determinare l'esclusione o, quanto meno, una rimodulazione ed un ridimensionamento della pena applicata a chi realizzi una condotta giuridicamente illecita ma conforme ai dettami della propria cultura.

In realtà, non si può prescindere da un dato fondamentale, ovverosia dal fatto che, nel nostro ordinamento, il trattamento riservato al fenomeno culturale (che, come si è detto, non appartiene al novero dei diritti costituzionalmente garantiti, ma viene più semplicisticamente ricondotto al *genus* della consuetudine) non è equiparabile a quello che, invece, viene riservato alla libertà religiosa, riconosciuta e tutelata dalla nostra Costituzione ed alla quale è stata spesso attribuita rilevanza penale in termini di causa di giustificazione, di esimente, di errore inevitabile, di causa di non punibilità, come pure in sede di commisurazione della pena.

Tali aspetti sono a loro volta fonte di differenziazione, in quanto prevedono un diverso approccio a seconda che il reato culturalmente motivato sia stato mosso da ragioni esclusivamente culturali o anche da motivazioni religiose; in quanto solo nel secondo caso è possibile procedere ad una vera e propria ponderazione fra diritti.

Com'è intuitivo, la peculiarità e la maggiore criticità di tali condotte è data dalla loro inconsueta ambivalenza. Siamo infatti dinanzi a comportamenti che, in virtù di una singolare

antinomia²⁰ fra ordinamenti assiologico-giuridici, sono al contempo leciti ed illeciti. Sono leciti, se giudicati alla luce dei principi e della cultura del soggetto agente, e nello stesso tempo, sono illeciti rispetto all'ordinamento giuridico dello Stato in cui quello stesso soggetto vive ed esplica l'azione *de quo*.

Di qui, tutta una serie di ricadute e di implicazioni gius-teoretiche, gius-processuali e di politica criminale:

- a) anzitutto, la necessità di salvaguardare e, per quanto possibile, di provare a contemperare principi e valori quali: la neutralità dello Stato e la sua laicità, da un lato, e la tutela delle minoranze e delle differenze, dall'altro; o, ancora, l'autonomia individuale, per un verso, e il rispetto del contesto culturale di riferimento, per l'altro;
- b) la tendenza ad un'estrema variabilità di atteggiamento nei confronti del c.d. fattore culturale e l'adozione di – non sempre ben motivati – atteggiamenti diversificati e differenziati che si accordano ben poco con il principio di uguaglianza proclamato dall'articolo 3 della nostra Costituzione;
- c) il rischio che si incorra in una vera e propria crisi di uno di quegli assiomi che costituiscono il “cardine” del diritto penale, vale a dire quello dell'unità del soggetto

²⁰ Si tratta di una particolare forma di antinomia che parte della dottrina penalistica definisce “impropria”, dal momento che siamo dinanzi ad un conflitto che coinvolge una norma giuridica ed una norma extragiuridica.

di diritto. In ossequio al quale tutti i soggetti dell'ordinamento, senza distinzione alcuna, dovrebbero vedersi riconosciuti gli stessi diritti e attribuiti gli stessi doveri, le stesse libertà, le stesse prerogative; in breve, dovrebbero trovarsi nella stessa posizione nei confronti della legge penale²¹;

d) il diffondersi di atteggiamenti e politiche sempre più orientate ed influenzate dal bisogno di fronteggiare emergenze contingenti e che, stante le loro continue oscillazioni, appaiono “altalenanti” e “ondivaghe”. Talvolta, infatti, esse aderiscono ad un orientamento *multiculturalista* (propenso ad escludere la responsabilità penale del soggetto agente o, quanto meno, incline ad attenuare la risposta sanzionatoria attuata nei confronti di questo genere di reati)²², mentre, talaltra, si conformano all'opposta posizione *assimilazionista* (che non riconosce alcun rilievo penalistico all'elemento culturale, se non per condurre – in certi casi – ad un aggravamento della pena prevista)²³;

²¹ Cfr. quanto osservato da C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, cit., p.1.

²² Esempio di questo modello è l'atteggiamento della cultura anglosassone, che tende a valorizzare una nozione sostanziale di uguaglianza dalla quale deriva un trattamento differenziato, tanto sul piano legislativo, quanto su quello giurisprudenziale, a seconda del “gruppo” cui appartiene l'autore del reato.

²³ Nello specifico il modello assimilazionista è ispirato da una logica di sostanziale indifferenza dello Stato nei confronti delle diversità culturali, che si traduce nell'esclusione di qualsiasi tipo di distinzione in sede di applicazione della legge, compresa quella penale. Paradigmatico di questo modello, l'atteggiamento della Francia..

- e) l'emergere di un crescente disorientamento da parte dei giuristi che vedono, in un certo senso, traballare l'universalità dei diritti fondamentali, che vengono violati in nome della necessità di affermare la propria appartenenza identitaria²⁴.

1.4. Il ruolo e l'importanza della giurisprudenza

Fra gli aspetti che meritano un'attenzione particolare, v'è sicuramente il ruolo giocato dalla giurisprudenza, sempre più spesso chiamata – in assenza di previsioni di carattere generale – a svolgere un ruolo al contempo interpretativo, applicativo e creativo. Non a caso v'è stato chi – con riferimento ai reati culturali – ha parlato di un diritto pretorio perché di matrice prevalentemente giurisprudenziale²⁵.

A riprova di ciò, si osservi che, a dispetto dell'attualità e della centralità della tematica, nessuno Stato europeo fra quelli maggiormente interessati dal fenomeno migratorio ha ancora adottato una disciplina di carattere generale per questo genere di reati.

Nello specifico, in nessun codice penale europeo si riscontra una disposizione che – nella parte generale – tratti la particolare situazione di conflittualità che si dà nei reati culturali, prevedendo un trattamento di favore per il soggetto

²⁴ Si veda in merito quanto osservato da C. GRANDI, *A proposito di reati culturalmente motivati*, disponibile online in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 6.

²⁵ V.d. I. RAGGIU, *Dis-eguaglianza e identità culturale: tolleranza e multiculturalismo*, cit.

che commetta un reato perché mosso dall'intento di conformarsi ai precetti della propria cultura.

Tale lacuna, per altro, non è da attribuirsi al tipo di approccio – multiculturalista o assimilazionista – che viene adottato dagli Stati²⁶. Non a caso, anche quegli Stati che aderiscono ad un approccio di tipo aperto e multiculturalista, all'interno del proprio diritto penale, non prevedono norme e/o istituti volti a considerare e tutelare la particolare situazione in cui viene a trovarsi chi commetta un reato culturalmente motivato.

La ragione di questa mancata previsione è da attribuirsi al fatto che anche la tolleranza che contraddistingue il modello multiculturalista – senza dubbio benevolo verso la diversità e propenso all'accoglienza – presenta comunque dei limiti invalicabili, dati dalla tutela e dal rispetto dei diritti fondamentali. In altre parole, si vuole evitare che un'apertura eccessiva nei confronti delle altre culture possa produrre un'attenuazione o, peggio, una legittimazione di condotte che sono lesive dei diritti fondamentali²⁷.

La *ratio* è semplice: scongiurare il rischio che un riconoscimento incondizionato del pluralismo culturale e religioso apra il varco a costumi e pratiche incompatibili con quei valori che l'ordinamento giuridico dello Stato ospitante ha posto a proprio fondamento. Valori che nel corso dei

²⁶ Cfr., fra gli altri, A. FACCHI, *Immigrazione, libertà e uguaglianza: due modelli politico-giuridici*, in *Teoria politica*, 1996, 12, p. 111 ss.; N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna 2006.

²⁷ Ed in tal senso, si ricordi che la Suprema Corte in più di un'occasione ha sostenuto l'impossibilità di prevedere scriminanti a favore di chi abbia tenuto comportamenti che – ancorché aderenti alla propria cultura o prescritte dalla propria religione – abbia violato tali diritti.

secoli hanno portato al riconoscimento dei diritti inviolabili della persona.

Si osservi, però, che la scelta del legislatore penale di non tipizzare le condotte dettate da ragioni di ordine culturale (se non in alcuni specifici casi, come è avvenuto con le MGF) ha fatto sì che la giurisprudenza venisse investita del difficile compito di valutare quale peso riconoscere al fattore culturale nelle more di una condotta antigiuridica.

Di qui, la *vexata questio* inerente la possibilità, o meno, di ricorrere ad una sorta di *scriminanti culturali*. Questione, questa, sulla quale si segnala per altro un deciso cambio di orientamento. Difatti, mentre le pronunce iniziali apparivano propense a tenere in considerazione il peso e l'influenza che la cultura di provenienza del reo aveva avuto sulla sua condotta²⁸, le attuali decisioni giurisprudenziali sono unanimemente orientate ad adottare – come criterio ponderativo generale – quello del necessario riconoscimento e della prevalente tutela dei diritti fondamentali, pur ammettendo che la diversità culturale possa essere presa in considerazione in sede di commisurazione della pena ex art. 133 c.p., così da irrogare

²⁸ Tra le pronunce più significative e note si ricordi: 1) la vicenda riguardante una coppia di genitori immigrati di origine slava che costringevano i figli minori a mendicare ogni giorno in strada. Vicenda relativamente alla quale il giudice sottolineò il rischio di una prevaricazione culturale del gruppo di maggioranza a svantaggio di quelli di minoranza, pur sottolineando che le origini e convinzioni culturali non potevano legittimare la violazione di beni di rango costituzionale (*Pretura di Torino, 4 novembre del 1991, in Cass. pen. 1992, p. 1647*); 2) un caso di maltrattamenti in cui il giudice optò per la derubricazione dello stesso (*Cass. pen. 7 ottobre 1992, in Giur. it. 1993, II, p. 582*); 3) un noto provvedimento di archiviazione emesso dal Gip presso il Tribunale di Torino relativamente a un caso di mutilazioni genitali femminili. Provvedimento motivato valorizzando la conformità di tale pratica alle tradizioni culturali del Paese di origine degli autori del fatto).

una sanzione che sia quanto più conforme ai criteri di personalizzazione e adeguatezza.