

a cura di Giulio Ubertis

PROCESSO PENALE

| 1278 MULTICULTURALISMO E PROCESSO PENALE

La realtà del multiculturalismo, che in Europa si configura soprattutto a seguito delle ondate migratorie, pone in evidenza la questione dei conflitti identitari. Essi, coerentemente con i principi caratterizzanti gli Stati costituzionali di diritto, vanno affrontati nell'ottica di una inclusione sensibile alle differenze. Peculiare consistenza assumono quei casi in cui i comportamenti, giustificati sulla base di norme riconducibili alle pratiche proprie delle singole etnie e culture, ricadono nella sfera di applicazione del diritto penale. Il tema riguarda i cosiddetti «reati culturali» e la risposta da fornire di fronte alla commissione «culturalmente motivata» di illeciti penalmente rilevanti. Il ricorso alle *cultural defenses* è stato visto, negli ordinamenti di *common law* (soprattutto negli Stati Uniti), come uno strumento idoneo ad affrontare e risolvere casi siffatti attraverso l'esclusione o la diminuzione della pena. L'analisi verte sull'uso processuale delle *cultural defenses*, sulla loro teorizzazione dottrinale, nonché sulla praticabilità di tali esimenti e/o attenuanti nel nostro sistema. Una particolare attenzione merita il processo penale come momento essenziale per la gestione dei conflitti legati al pluralismo normativo al fine di realizzare una comprensione equitativa del caso e la «individualizzazione» della risposta sanzionatoria. Nel processo si valuta la responsabilità dei soggetti che abbiano maturato le proprie scelte conformemente alle convinzioni e alle credenze assunte all'interno delle comunità d'origine, attraverso un impegno di traduzione degli orientamenti assiologici coinvolti, che incidono sulla ricostruzione dei fatti. L'interazione processuale, nella sua strutturazione dialettica, implica il riconoscimento paritario e la legittimazione reciproca delle parti. In questo ambito, si tratta di operare bilanciamenti tra il diritto di vedere rispettate le fonti culturali dell'identità personale e il quadro ordinamentale, centrato sui diritti umani fondamentali.

Sommario: 1. Quale multiculturalismo? - 2. Conflitti normativi, reati culturali e *cultural defenses*. - 3. Equità, riconoscimento e legittimazione nel processo. - 4. Costruzione dei fatti, comprensione delle culture.

di Baldassare Pastore — Ordinario di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Ferrara

1. QUALE MULTICULTURALISMO?

Le sfide che il multiculturalismo lancia alle democrazie liberali sono molteplici. Esse rinviano ai problemi di convivenza fra individui (e fra gruppi) che chiedono il riconoscimento delle proprie differenze ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ È d'obbligo il riferimento a TAYLOR, *La politica Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. del riconoscimento (1992), in HABERMAS-TAYLOR, *it.*, Feltrinelli, 1998, p. 9 ss.

Il dibattito sul multiculturalismo, in Europa, nasce e si sviluppa soprattutto a seguito delle ondate migratorie (in particolare di persone provenienti dal Sud del mondo, diverse per etnia, religione, stili di vita, costumi e portatrici di culture e tradizioni estranee rispetto a quelle dei paesi d'approdo) che pongono in primo piano la questione connessa alla possibilità di conciliare il rispetto delle specificità con l'unità degli ordinamenti politici e giuridici, nell'ottica della garanzia di un certo grado di coesione sociale e di tolleranza.

Si tratta, in sostanza, di fare i conti con l'alterità nel contesto di uno spazio pubblico popolato da individui e comunità che rivendicano la loro identità culturale.

«Multiculturalismo», invero, è termine che connota cose diverse. È possibile assumere, al riguardo, almeno due prospettive.

La prima prospettiva vede il multiculturalismo come semplice coesistenza, all'interno di una società, di più culture che non intrattengono rapporti reciproci. Il pluralismo delle culture — intese come universi simbolici che conferiscono significato alle scelte ed ai piani di vita di coloro che vi partecipano — trova nel modello della neutralità una risposta basata sull'assunto della rilevanza di un apparato procedurale *indifferente* rispetto alle concezioni (individuali e collettive) del mondo e del bene in conflitto. La neutralità viene caratterizzata come cecità di fronte alle differenze e si configura come criterio regolatore che impone limiti ai modi della presenza dei soggetti nello spazio pubblico, sottraendo alla discussione e cancellando dall'agenda pubblica le questioni riguardanti tali concezioni della vita e del mondo ⁽²⁾. Questo significa che gli individui si collocano nella sfera pubblica deprivati delle loro identità particolari. Si tratta solo di trovare delle basi per un accordo ristretto a pochi elementi essenziali propri dell'ambito istituzionale ⁽³⁾. Opera, qui, un orientamento «assimilazionista», che persegue l'inserimento dello straniero nel tessuto nazionale richiedendo la rinuncia alle sue radici etnico-culturali.

Il pluralismo odierno, però, pone l'esigenza di un'inclusione delle richieste identitarie sensibile alle differenze e ciò implica che si sia riconosciuti in quanto individui aventi peculiari identità (il mancato riconoscimento, infatti, sminuendo e umiliando, produce inferiorità e marginalità) ⁽⁴⁾ e non a *dispetto* delle specifiche appartenenze. La sfera pubblica va configurata, pertanto, come «spazio della presenza», che fornisce la «pubblicità» necessaria per la conferma delle identità e che rende possibile la prestazione ermeneutica della riproduzione culturale dei mondi vitali ⁽⁵⁾. Questo esclude che gli aspetti identitari siano eliminati e/o nascosti. La società multicultural, secondo questa seconda prospettiva, può essere raffigurata come una comunità politica la cui identità è il risultato dell'incontro e della comunicazione, implicanti una dinamica discorsiva e dialettica, tra varie identità culturali, da non intendere come mondi chiusi, autosufficienti, incommensurabili e imm modificabili, ma fluidi, disponibili, entro una logica multirelazionale, a generare nuove pratiche di vita comune attraverso il coapprendimento evolutivo all'interno di principi e regole istituzionali preesistenti, che sono quelli propri dello Stato costituzionale di diritto. In questo senso, le società multiculturali possono essere viste come società politiche in cui non vi è una identità culturale dominante o maggioritaria, ma ve ne sono di molteplici, con eguale diritto di riconoscimento ⁽⁶⁾.

⁽²⁾ Sul tema della neutralità e per alcune critiche al modello neutralista rinvio a PASTORE, *Quali fondamenti per il liberalismo? Identità, diritti, comunità politica*, in *Dir. e società*, 1997, n. 3, p. 423 ss. Cfr. anche GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Liguori, 1999, p. 19 ss.

⁽³⁾ J. Rawls parla, in proposito, di un accordo su elementi costituzionali essenziali che forniscono il quadro formale volto a regolare la convivenza tra soggetti guidati da concezioni del bene diverse e così fatto accordo (relativo al piano politico) si forma dal convergere di tante ragioni proprie delle particolari dottrine e famiglie ideologiche e culturali che

popolano la società. Cfr. RAWLS, *Liberalismo politico* (1993), trad. it., Edizioni di Comunità, 1994, in particolare p. 123 ss., 142 ss., 184 ss.

⁽⁴⁾ In argomento, v. HONNETH, *Lotta per il ricodelf conflitto* (1992), trad. it., Il Saggiatore, 2002, p. 86, 116, 158 s.; MARGALIT, *La società decete* (1996), trad. it., Guerini e Associati, 1998, p. 57 s., 85 ss., 90 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto* (1993), in Habermas-Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, cit., p. 89.

⁽⁶⁾ PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, 2003, p. 59 ss., 87 ss.; LANZILLO, *Il multiculturalismo*, Laterza, 2005, p. 19 ss.; VIOLA, *Di-*

L'inclusione è la posta in gioco. Essa implica che nessun individuo possa sentirsi a proprio agio, ed avere stima e rispetto di sé, se non viene socialmente accettato e se vengono negate quelle che costituiscono le componenti essenziali della propria identità personale. Tra queste un posto di rilievo va assegnato alla comunità culturale, entro la quale avviene la sua socializzazione, la formazione della sua personalità, la sua realizzazione in quanto essere umano. La legittimazione pubblica delle differenze richiede che queste componenti siano riconosciute *in quanto* importanti per chi ne è contrassegnato. Il loro accantonamento pubblico si configura come fattore di ingiustizia per chi ne è portatore, negandogli un'eguale considerazione e rispetto. Da questo punto di vista, il multiculturalismo è chiamato a mantenere le promesse di giustizia e di apertura a *chiunque* delle democrazie liberali. Appare evidente, in ogni modo, che il riconoscimento può essere dato a quelle culture che non violano i diritti e non mettono in discussione il principio (di ascendenza milliana) del danno come limite invalicabile alla tolleranza. Va rilevato, però, che, se risulta abbastanza chiaro il riferimento al danno fisico o materiale prodotto da talune pratiche culturali su soggetti terzi, estranei o meno alla cultura stessa, diventa problematico il riferimento al danno, prodotto da componenti di una comunità culturale, che riguarda un suo appartenente e che risulta riconoscibile in quanto tale soltanto alla luce dei valori e delle norme diversi dalla cultura assunta dal gruppo ⁽⁷⁾.

Il principio del danno, dunque, pur nella sua evidenza in astratto, diventa difficile da applicare univocamente in concreto. Si ha a che fare, spesso, con casistiche che rinviano a disposizioni «aperte», elastiche nel contenuto, nelle quali la descrizione della condotta non è in alcun modo definita dettagliatamente. È così inevitabile che l'interpretazione non riesca a fornire orientamenti utili se non in linea approssimativa ⁽⁸⁾. Resta il fatto che, se i soggetti appartenenti a gruppi culturali si appellano alle istituzioni e al diritto dei paesi d'accoglienza per uscire dalla violenza, dallo sfruttamento e dall'oppressione, appartiene ai doveri di ogni Stato di diritto offrire loro quella protezione che è offerta a tutti i soggetti dell'ordinamento, qualora la libertà, la sicurezza personale, l'integrità e la proprietà siano messe in discussione. Sarebbe incoerente che, per una presunta correttezza culturale, si abbandonassero alle norme tradizionali del gruppo i soggetti deboli (di solito i bambini e le donne) che non intendono sottostare a usanze oppressive, a segregazioni, ad abusi ⁽⁹⁾.

Viene in evidenza, in proposito, la prestazione svolta dal diritto, che, nel suo partecipare all'impresa diretta al coordinamento delle azioni, alla regolazione dei conflitti, alla tutela delle identità ⁽¹⁰⁾, assicura la protezione delle aspettative legittime, la riduzione dell'insicurezza, una giusta convivenza, nel rispetto della parità e della dignità delle persone. Tutto ciò può aver luogo sia attivando processi di inclusione simbolica e pratica ⁽¹¹⁾, che forniscano risorse per l'autonomia e la libertà delle scelte individuali, di modo che ci si possa emancipare dal controllo del gruppo d'origine,

ritti fondamentali e multiculturalismo, in *Multiculturalismo, diritti umani, pene*, a cura di Bernardi, Giuffrè, 2006, p. 37 ss.

⁽⁷⁾ V., al riguardo, GALEOTTI, *Genere e culture altre*, in *Ragion pratica*, 2004, 23, p. 460 ss.; RENTELN, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, 2004, pp. 9, 219. Sul principio del danno, cfr. MILL, *Saggio sulla libertà* (1858), trad. it., Il Saggiatore, 1987, cap. IV; FEINBERG, *Filosofia sociale* (1973), trad. it., Il Saggiatore, 1996, p. 49 ss., 67 ss.

⁽⁸⁾ Per alcuni esempi, tratti dai contesti familiari, che riguardano esperienze di vittimizzazione di soggetti minorenni stranieri, rinvio a BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multi-culturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in «dimensione domestica»*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 1, p. 24 ss.

⁽⁹⁾ Seguo, qui, le argomentazioni di GALEOTTI, *Genere e culture altre*, cit., p. 470. Per una critica all'impostazione teorica di alcuni importanti difen-

sori del multiculturalismo, volta a sottolineare la mancanza dell'elaborazione di proposte tendenti ad incidere sulle condizioni di subordinazione alle quali, nell'ambito familiare e domestico (privato), determinate minoranze culturali sottomettono le donne, rinvio a OKIN, *Feminism and Multiculturalism: Some Tensions*, in *Ethics*, 1998, p. 661 ss. Sui casi in cui è in gioco la tutela dei diritti di soggetti particolarmente vulnerabili all'interno dei gruppi culturali minoritari, cfr. FOBLETS, *Les délits culturels: de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain*, in *Droit et Cultures*, 1998, p. 195 ss., 210 ss.; PAREKH, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Palgrave, 2000, pp. 264 s., 273 ss.

⁽¹⁰⁾ HABERMAS, *Fatti è norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it., Guerini e Associati, 1996, p. 378 s.

⁽¹¹⁾ Cfr. GALEOTTI, *Multiculturalismo*, cit., p. 32

senza interventi paternalistici orientati a «costringere alla liberazione», sia generando un clima aperto all'accoglienza, al confronto e al dialogo, tale da rendere possibile anche la reinterpretazione ed il cambiamento interno della propria cultura.

In questo ambito si colloca la questione concernente la possibilità, da assicurare ad ogni individuo, di rivedere le proprie scelte. Ognuno, infatti, ha il diritto di svilupparsi come agente autocosciente con un proprio piano di vita. Ciò avviene attraverso la sua formazione in quanto membro di una qualche comunità particolare, entro la quale si condividono significati, convinzioni, credenze. Ognuno, però, deve poter rivedere tali convinzioni e credenze, ossia deve essere libero di metterle in discussione, cambiando l'orientamento della propria vita, fatti salvi gli impegni contratti con gli altri. A ciascuno, pertanto, deve essere garantito il diritto di uscire dal gruppo culturale di appartenenza.

Va sottolineato, allora, che, se da un lato i gruppi sono liberi di esigere il rispetto di regole e di criteri peculiari ai fini dell'appartenenza, è, dall'altro, ingiusto e illegittimo ogni tentativo di circoscrivere la libertà dei propri membri, violando la condizione — basilare negli Stati di diritto — secondo la quale ogni comunità ha l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali di coloro che ad essa partecipano. Nell'ottica di un rapporto tra singolo e comunità culturale congruente con la dignità della persona umana e con la garanzia delle diversità, si tratta di «subordinare ogni misura protettiva nei confronti dell'integrità di una cultura al fatto che la comunità in questione lasci liberi i suoi membri di andarsene senza vessazioni»⁽¹²⁾.

Il diritto, nelle società multiculturali, può creare la cornice normativa idonea a facilitare l'interazione e la comunicazione sociale, combattendo le discriminazioni e salvaguardando, nello stesso tempo, le specificità distintive senza *livellare* astrattamente, né *confiscare* totalitariamente⁽¹³⁾, anche al fine di evitare forme di conflittualità intollerabili per la tenuta della società, nonché pericolosi fenomeni di disgregazione sociale, che l'assimilazione con perdita d'identità, la segmentazione dissimulata da pluralismo e la coltivazione della reciproca estraneità producono.

2. CONFLITTI NORMATIVI, REATI CULTURALI E CULTURAL DEFENSES

La presenza, nelle nostre società, di gruppi culturali minoritari, che si insediano a seguito dei flussi migratori, mette in moto conflitti identitari che investono l'organizzazione giuridico-politica. Tali conflitti pongono in primo piano, tra l'altro, la questione del pluralismo normativo⁽¹⁴⁾. Si tratta di una prospettiva centrata sulla coesistenza, sovrapposizione, penetrazione, mescolanza di differenti spazi di regolazione.

Di fronte a sistemi normativi diversi (di varia origine, non sempre qualificabili come giuridici) che avanzano, ognuno, pretese di validità ed effettività e tra i quali intercorrono rapporti complessi, il singolo opera delle scelte. Queste, talvolta, sono basate su regole confliggenti con gli ordinamenti dei paesi c.d. «d'accoglienza». Certamente, le norme statali impongono uno sforzo di adattamento da parte dello straniero in quegli ambiti (ordine pubblico, diritto penale, ecc.) in cui hanno la prevalenza interessi e criteri valoriali superiori, in ragione del giudizio di inderogabilità posto in essere dallo Stato. Le istituzioni, comunque, se vogliono prendere sul serio la rilevanza

ss.; MARTINIELLO, *Le società multietniche* (1997), trad. it., Il Mulino, 2000, p. 98 ss.; PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, cit., p. 68 ss.

⁽¹²⁾ FERRARA, *Il multiculturalismo come nuova frontiera del liberalismo*, in *Dem. dir.*, 1996, n. 2-3, p. 53. Sul principio di rivedibilità delle proprie scelte cfr. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Clarendon Press, 1991, p. 58 ss. Dello stesso autore si veda *La cittadinanza multiculturale* (1995), trad. it., Il Mulino, 1999, p. 141 ss., 160 ss., 265 ss. Di un «right to exit» dal gruppo culturale parla RAZ, *Ethics in the*

Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics, Clarendon Press, 1994, p. 166, 172 ss.

⁽¹³⁾ HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), trad. it., Feltrinelli, 1998, p. 55.

⁽¹⁴⁾ Cfr. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, 1987, pp. 288, 297 ss.; FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, 2001, p. 44 ss.

delle culture e rispettarle, sono chiamate ad operare, laddove è possibile, una composizione dei repertori normativi, prendendo consapevolezza che essi vivono nell'esperienza quotidiana delle singole persone, caratterizzando le loro relazioni sociali ⁽¹⁵⁾.

Peculiare consistenza, ovviamente, assumono quei casi in cui i comportamenti, giustificati sulla base delle norme riconducibili alle pratiche proprie delle singole etnie e culture, ricadono nella sfera di applicazione del diritto penale degli ordinamenti occidentali. La questione riguarda i cosiddetti «reati culturali» o «reati culturalmente orientati», che si hanno quando il comportamento, vietato dal diritto penale, è invece tollerato, ammesso, accettato o, in alcune situazioni, persino prescritto come doveroso da norme esistenti nella comunità di appartenenza che sono imposte e fatte valere attraverso forti sanzioni sociali ⁽¹⁶⁾.

I reati culturali sono il frutto di un conflitto normativo. In relazione ad essi, si pone il problema di quale debba essere la risposta dei sistemi penali nei confronti degli autori (nei nostri contesti sociali si tratta di immigrati) inseriti all'interno di gruppi minoritari e che restano fedeli alle norme di condotta del loro gruppo.

Un trattamento che tenga conto del peculiare substrato culturale degli autori di fatti penalmente illeciti non può basarsi sulla richiesta di prerogative speciali a loro favore. Richiede invece di confrontarsi con la loro peculiare identità culturale, riconoscendola e facendo discendere da ciò talune conseguenze giuridiche. La modalità che appare più idonea ad affrontare le questioni che riguardano la differenza e i conflitti identitari risulta essere quella dell'intervento giurisdizionale ⁽¹⁷⁾. Dinanzi ad un orizzonte pluralistico altamente composito e complesso, dove sono in gioco nodi delicati, è sempre maggiore il numero delle istanze particolari che non giungono alla mediazione politica e, dunque, ad una regolamentazione legislativa, per sua natura volta a misurarsi con la generalità, costituendo la formulazione di un programma normativo orientato a disciplinare una molteplicità di situazioni tipizzate in modo eguale. La giurisdizione, più e meglio della legislazione, sta al centro dell'opera di integrazione che il diritto è chiamato a realizzare. Intanto, l'opzione giudiziaria ha il pregio dell'elasticità, posto che la comprensione delle esigenze del caso di specie non implica la modifica della disposizione, attraverso la creazione di eccezioni 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 a 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. Il riconoscimento giudiziario, tra l'altro, «serve anche a far sì che, in attesa dello «sblocco» politico (che spesso corrisponde allo «sblocco» della società) cadano i singoli ostacoli all'entrata di un gruppo nella sfera «superiore» di riconosci-

⁽¹⁵⁾ BOUCHARD, *Identità culturale, uguaglianza e diversità*, in *Questione giustizia*, 2001, p. 475. Dello stesso autore v. *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multicultural*, cit., p. 20 s., 39.

⁽¹⁶⁾ FACCHI, *I diritti nell'Europa multicultural*, cit., p. 66 ss.; FOLETS, *Les délits culturels*, cit., p. 209 ss.; VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, p. 1 ss., 15 ss., 31. Cfr. inoltre, nella letteratura penalistica italiana, MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente*

orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale, in *Ind. pen.*, 2003, p. 540 ss.; DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 185 ss.; BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1193 ss. e, dello stesso autore, *Modelli penali e società multicultural*, Giappichelli, 2006, p. 105 ss.

⁽¹⁷⁾ Concordo, sul punto, con BELVIST, *Società multicultural, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in *Ragion pratica*, 23, 2004, p. 514 ss.

mento. O almeno che venga pubblicamente mostrata l'inconsistenza delle ragioni che sostengono quegli ostacoli»⁽¹⁸⁾.

Viene in rilievo, dunque, l'esigenza di una «giurisdizione sensibile alla cultura», che, invero, è rivolta non solo alla cultura minoritaria, ma a *tutte le culture* in gioco (anche quella maggioritaria o «ufficiale»). Il giudice, in sostanza, dovrebbe fornire eguale considerazione ad *entrambe* le culture coinvolte nella controversia, nella ricerca della soluzione più adeguata del caso, laddove questo riguardi questioni che hanno a che fare con il pluralismo culturale e normativo⁽¹⁹⁾.

Una simile prospettiva mi pare pienamente congruente con il ruolo della giurisdizione in uno Stato costituzionale. La costituzione si configura, infatti, come terreno d'intesa, come risorsa aperta, nello spazio dell'interpretazione, alle esigenze di una sfera pubblica in quanto luogo che realizza lo stare insieme tra diversi. Essa ha il compito di strutturare il processo di integrazione della vita sociale in un'unità il più possibile comprendente le sue varie articolazioni⁽²⁰⁾.

Si tratta di affrontare quello che è stato definito il «dilemma giuridico dell'incontro interculturale»: il principio dell'eguale trattamento rischia, se applicato a stranieri, di trasformarsi in trattamento diseguale e, pertanto, in ingiustizia, perché viene richiesto ad essi di sottomettersi a costumi estranei, quando non contrari, alle loro abitudini, mentre alla popolazione locale è permesso di seguire i propri costumi⁽²¹⁾. In effetti, i giudici, in tutti i paesi occidentali, hanno dato prova di non eludere le valenze culturali dei comportamenti posti in essere da individui influenzati dalle norme di condotta proprie del gruppo di appartenenza, con riguardo alla scelta dei provvedimenti da adottare e delle sanzioni da irrogare, diversificandoli da quelli assunti quando, risultando possibile il paragone, comportamenti simili sono tenuti da individui della popolazione autoctona⁽²²⁾. La via prevalentemente percorsa è stata quella di calibrare la risposta penale valutando la matrice culturale come una esimente-attenuante.

La commissione di taluni illeciti penalmente rilevanti, se «culturalmente motivata», può comportare, secondo i casi, l'esclusione o la diminuzione della responsabilità penale e/o l'esercizio, da parte del giudice, della sua discrezionalità nella determinazione della pena. Attraverso il filtro delle cause «attenuanti» o di «esclusione della pena» culturalmente motivate (*cultural defenses*), così, «l'illecito viene giudicato alla luce della particolare condizione culturale del soggetto attivo: condizione che in talune ipotesi può rivelare l'assenza dell'elemento soggettivo necessario alla commissione del reato, ovvero può suggerire l'attenuazione delle sanzioni che a quest'ultimo dovrebbero di regola conseguire, in ragione della minore rimproverabilità del fatto»⁽²³⁾.

(18) Cfr. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè, 2004, p. 5 ss., 177 ss., 196 ss. (cito da p. 178); FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 68. Sull'effetto più delegittimante del diritto detto dal legislatore rispetto a quello detto dal giudice insiste RODOTÀ, *Il diritto e i diritti nell'epoca dello «scontro delle civiltà»*, in *Quest. giust.*, 2005, p. 734 s. La sede giurisdizionale, infatti, sarebbe 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 maniera diversa». Rimane ovviamente essenziale l'esigenza della giustificazione razionale della decisione al fine di controllarne il fondamento fattuale e giuridico e il relativo supporto argomentativo. Si tratta, attraverso la motivazione, di far sì che la sentenza esibisca la propria validità e giustizia e sia dunque accettabile.

(19) BELVISI, *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, cit., p. 515 s.; RÉAUME, *Moral and Legal Responses to the Multi-cultural, Multi-ethnic State*, in *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*, a cura di M.M. Karlsson et al., Duncker & Humblot, 1993, p. 256 s. Di «apertura cultural-giuridica», con riferimento ai processi (penali) che si ori-

ginano da conflitti tra le culture, parla HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale* (1999), trad. it., Edizioni di Comunità, 2001, p. 121, 122. Cfr. inoltre RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 187, 209.

(20) Sulla concezione «integrazionistica» della costituzione, particolarmente sintonica alle esigenze di funzionamento delle società pluralistiche, cfr. HABERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, 1978 (nuova edizione 1996). Dello stesso autore si veda *Diritto e verità* (1995), trad. it., Einaudi, 2000, p. 85 ss., 105 ss. In questa stessa direzione si situano le riflessioni di ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, 1992, p. 9 s., 169 ss., 203, e di TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge University Press, 1995, p. 2 ss., 34 ss., 54, 177 s.

(21) HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, cit., p. 20.

(22) Cfr. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 67 s.; DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., p. 191 ss.

(23) Così BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, cit., p. 1194. Cfr. anche la nota *The Cultural*

Nei sistemi anglosassoni, il termine «*defense*» (o «*defence*», nella terminologia inglese) comprende le cause di giustificazione, ma anche quelle che giovano al reo, senza escludere l'antigiuridicità o solo attenuando la responsabilità penale. La *defense*, dunque, trova collocazione all'interno del binomio categoriale «*justification and excuse*». Sono *defenses* tutti gli argomenti che un imputato può addurre a propria difesa per confutare l'accusa mossa a suo carico, ma anche quelle cause di non punibilità sollevabili dall'imputato, che introducono una nuova questione nel processo. Vi rientrano, ad esempio, l'errore di diritto, l'errore di fatto, la legittima difesa, lo stato di necessità, il vizio parziale o totale della mente, lo stato emotivo, l'incapacità, la provocazione. Si tratta di elementi che configurano l'assenza della *mens rea*, o ne dimostrano la diminuzione⁽²⁴⁾.

Le *cultural defenses* sono state utilizzate in maniera sempre più frequente dalla giurisprudenza di *common law* (specialmente negli Stati Uniti) soprattutto a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso⁽²⁵⁾. Le Corti statunitensi si sono trovate a dover affrontare e risolvere casi — spesso drammatici — nei quali emergevano profondi contrasti tra particolari usanze di gruppi di immigrati e il sistema penale, decidendo, attraverso un bilanciamento degli interessi, sulla punibilità di comportamenti contrari al *criminal law* ed ai valori etico-sociali ritenuti prevalenti ma valutati come permessi ed accettati da minoranze etniche in ragione della loro conformità alle tradizioni ed alle regole culturali⁽²⁶⁾. La preoccupazione è stata quella di mediare tra l'esigenza della tolleranza e del riconoscimento della cultura minoritaria e la tenuta del sistema penale statunitense, nel quadro dell'impegno dell'ordinamento verso il pluralismo e per l'attuazione del principio di eguaglianza. Sulla base del principio di eguaglianza, infatti, la cultura «di maggioranza» deve rispettare il diritto di ciascuna minoranza culturale di essere tutelata nella propria diversità. Ciò implica che sia considerata, attraverso un approccio culturalmente orientato, la *ratio* del reato e della possibile esimente-attenuante ad esso applicabile, «individualizzando», caso per caso, la responsabilità dell'autore, sulla base dell'idea che un sistema (come quello statunitense), che si fonda sulla nozione di colpevolezza, non può negare un ruolo importante anche ai costumi ed alle credenze di una persona⁽²⁷⁾.

La questione delle *cultural defenses*, che, come si è detto, riguarda la possibile esclusione o diminuzione della responsabilità penale in riferimento alle condotte di cui sia provata la «motivazione culturale», mette in evidenza la crisi del rapporto di circolarità tra culture-valori e fattispecie-sanzioni provocate dal fatto del pluralismo culturale, sempre più presente nelle società occidentali, e la difficoltà di risolvere i

Defense in the Criminal Law, in *Harvard Law Review*, 1986, p. 1293 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. GRANDE, voce *Justification and excuse* (le cause di non punibilità nel diritto anglo-americano), in *Dig. d. pen.*, vol. VII, Utet, 1993, p. 310 ss.; CADOPPI, voce *Mens Rea*, *ivi*, vol. VII, Utet, 1993, p. 621 ss.; GOLDING, *The Cultural Defense*, in *Ratio Juris*, 2002, p. 147 ss., 151 ss.

⁽²⁵⁾ LYMAN, *Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?*, in *Criminal Law Journal*, 1986, p. 87 ss.; MAGNARELLA, *Justice in a Culturally Pluralistic Society: The Cultural Defense on Trial*, in *Journal of Ethnic Studies*, 1991, p. 65 ss. Con riferimento al sistema britannico, v. PHILLIPS, *When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts*, in *The Modern Law Review*, 2003, p. 517 ss.

⁽²⁶⁾ La piena emersione, nel linguaggio della giurisprudenza e della dottrina statunitensi, delle categorie di *cultural offense*, *cultural evidence* e *cultural defense* si ha in relazione ad alcuni casi particolarmente problematici decisi nella seconda metà degli

anni Ottanta. Cfr., tra l'ormai vasta letteratura, la nota *The Cultural Defense in the Criminal Law*, cit., p. 1293 ss.; VOLFF, *(Mis)identifying Culture: Asian Women and the «Cultural Defense»*, in *Harvard Women's Law Journal*, 1994, p. 57 ss.; MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?*, in *New York University Law Review*, 1995, p. 36 ss., 62 ss., 71 ss.; COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, in *Columbia Law Review*, 1996, p. 1093 ss., 1100 ss., 1144 ss.; RENTFELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 5 ss., 23 ss., 185 ss., 201 ss. (anche sull'uso delle *cultural defenses* nel processo civile). V., inoltre, MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*, cit., p. 540 ss.; DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., p. 185 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. la nota *The Cultural Defense in the Criminal Law*, cit., p. 1296 ss., 1307 ss.; RENTFELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 186 ss., 196 ss.; MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*, cit., p. 551.

problemi che da tale crisi discendono, facendo riferimento ai consueti istituti, concetti e principi penalistici ⁽²⁸⁾.

Nell'ambito della cultura giuridica statunitense, la configurabilità di una *cultural defense*, sia come causa di esclusione della responsabilità o della punibilità, sia come causa di attenuazione delle conseguenze sanzionatorie, è stata oggetto di animata discussione ⁽²⁹⁾.

Premesso che non sempre l'incontro tra culture crea situazioni in cui vale il richiamo alla diversità e posto che fare riferimento alla nozione di *cultural defense* non significa, di per sé e sempre, riconoscere che l'autore del reato «culturale» vada assolto, è da sottolineare la sua valenza nell'ambito della considerazione dell'elemento soggettivo del reato. La *cultural defense* muove dalla constatazione che il soggetto agente, in ragione dell'acculturazione conseguita, non è in grado di motivarsi in modo del tutto conforme al precetto penale ⁽³⁰⁾. Invocarla significa addurre a propria difesa la mancanza della *mens rea*.

Il *background* culturale dell'agente è valutato per una migliore considerazione della sua posizione processuale. La *cultural defense*, in ogni modo, non configura ad oggi un'autonoma esimente. Essa agisce all'interno delle altre *defenses* che l'ordinamento prevede. La sua applicabilità va riferita, caso per caso, in relazione alle caratteristiche riconosciute dalla giurisprudenza e consolidate nei precedenti giudiziari. È adoperata, dunque, come *partial excuse* che non garantisce automaticamente la soluzione del caso a favore dell'imputato, non escludendo che la sanzione sia inflitta ⁽³¹⁾.

A favore della configurabilità della *cultural defense* sono stati avanzati diversi argomenti. Lo scopo di tale esimente e/o attenuante — come è stato già evidenziato — è quello di escludere o mitigare la pena in presenza di una *cultural offense*. Per la sua applicazione occorre che l'*humus* culturale dell'agente abbia condizionato in maniera decisiva la sua condotta. Solo di fronte a tale elemento si pone il problema dell'individuazione di limiti alla norma penale, assicurando un giusto equilibrio tra cultura di maggioranza e cultura di minoranza, sì da offrire, in uno spazio pubblico multi-etnico, il riconoscimento delle specificità culturali ⁽³²⁾.

La *cultural defense*, dunque, si caratterizza come (possibile) soluzione che tempera esigenze di tenuta complessiva del sistema e orientamenti di politica del diritto pluralistici e antidiscriminatori, basandosi sul presupposto che ogni pretesa di integrazione forzata rivelerebbe un profilo di intolleranza non coerente con il modello di Stato liberale, volto a trattare con eguale considerazione e rispetto le differenze identitarie.

Una politica criminale assimilazionista, infatti, non sortirebbe l'effetto di garantire la funzione preventiva del diritto penale. In relazione ai «reati culturali», l'effetto deterrente della norma penale sarebbe compromesso dall'adesione dell'autore a valori «altri» rispetto a quelli tutelati dall'ordinamento. Verrebbe snaturata, inoltre, la funzione rieducativo-risocializzativa della pena nei confronti di soggetti «culturalmente diversi» ⁽³³⁾. Poi, soprattutto qualora fossero sottoposti a sanzione penale atti non lesivi di beni e interessi irrinunciabili, ma espressivi di costumi non del tutto in

⁽²⁸⁾ BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 4, 36 ss.

⁽²⁹⁾ Una sintetica e chiara illustrazione dei termini del dibattito si ha in RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 187 ss.

⁽³⁰⁾ MONTICELLI, *Le «Cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*, cit., p. 547. Va evidenziato, comunque, che i condizionamenti culturali influenzano ma non determinano le azioni. Cfr. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 12 s.

⁽³¹⁾ VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes*, cit., p. 31 s.; GOLDING, *The Cultural Defense*, cit., p. 151; MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Violence*, cit., p. 56 s., 69 ss.; MONTICELLI, *Le*

«cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati», cit., p. 540 ss. Cfr. anche RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 6, 188, 191, 196, 200 s., la quale, con riferimento al sistema statunitense, sostiene la tesi dell'utilità di una formalizzazione della *cultural defense* come dimostrazione del rispetto verso i diritti dei gruppi di minoranza etnica.

⁽³²⁾ MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Violence*, cit., p. 48 s.; GOLDING, *The Cultural Defense*, cit., p. 146 s.; RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 187.

⁽³³⁾ BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, cit., p. 1197 s.; RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 188.

linea con il sentire «comune» (*rectius*: dominante), la pena perseguirebbe una sorta di «riconversione culturale», indebita per un sistema penale liberale, congruente solo con la funzione di prevenzione generale «integratrice» della pena, diretta a ottenere la fiducia della maggioranza dei cittadini, attraverso scelte tese al mantenimento dei valori e degli orientamenti sociali consolidati ed alla conseguente stigmatizzazione dei valori e degli orientamenti ad essi alternativi⁽³⁴⁾. Una politica criminale di tal fatta sacrificerebbe in maniera indebita l'autore del reato. La sua vicenda individuale non rilevarebbe in sede di giudizio. Ciò in violazione del principio di eguaglianza, posto che il riconoscimento delle differenze-specificità e la valorizzazione delle identità si pongono come suoi corollari⁽³⁵⁾, di quello di proporzionalità e di quello di colpevolezza, inscindibilmente correlati alla personalità del reo. Vi sono azioni, eventi, comportamenti che non hanno per tutti il medesimo significato personale e sociale⁽³⁶⁾. Il processo penale, al fine di prendere sul serio la parità delle parti, deve tener conto, nei limiti del possibile, di questo dato.

L'uso processuale delle *cultural defenses* e la loro teorizzazione dottrinale sono stati criticati da diversi studiosi⁽³⁷⁾. Le obiezioni si dislocano su vari fronti.

In primo luogo si sottolinea che la previsione di esimenti o attenuanti «culturali» pregiudicherebbe sia la funzione deterrente, sia quella riabilitativa, sia quella di orientamento culturale delle norme penali incriminatrici. Siffatte funzioni si basano sulla vigenza uniforme e indefettibile di queste norme. Ma il riconoscimento di tali esimenti potrebbe incoraggiare gli appartenenti a gruppi costituiti a seguito di processi immigratori «a non conoscere le leggi del Paese in cui vivono e a non educarsi alle regole del sistema ospitante»⁽³⁸⁾.

Inoltre, ricorrere in sede penale al fattore culturale porterebbe al sacrificio, in nome dei «diritti culturali collettivi»⁽³⁹⁾, di beni giuridici individuali meritevoli di tutela, e, invero, protetti negli Stati costituzionali (dignità, vita, salute, libertà, autodeterminazione). Le *cultural defenses* legittimerebbero la violenza sui soggetti deboli (donne e bambini) e finirebbero per corroborare la loro condizione di subordinazione, di inferiorità e di discriminazione all'interno del gruppo minoritario⁽⁴⁰⁾. Il rischio, da questo punto di vista, è quello di scusare sempre più i rei e di proteggere sempre meno le vittime dei reati.

Un'ulteriore obiezione alla dottrina delle *cultural defenses* si concentra sulla promozione degli stereotipi connessi ad una visione statica delle culture che l'utilizzo di tali esimenti produrrebbe. Fare appello a fattori culturali nell'ambito di un processo può condurre a guardare alle identità come elementi rigidi, monolitici, pienamente definiti una volta per tutte, fossilizzati. Ciò presuppone un'immagine essenzialistica e museale delle culture, che esclude ogni possibilità di interazione, confronto, intreccio, trasformazione⁽⁴¹⁾.

⁽³⁴⁾ BARATTA, *Integrazione-prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Teoria dei sistemi e razionalità sociale*, a cura di Forni, Cappelli, 1986, p. 181 ss.

⁽³⁵⁾ «L'eguaglianza tra i differenti gruppi etnici richiede fondamentalmente che ciascun gruppo rispetti il diritto degli altri gruppi ad essere diversi e che la maggioranza non penalizzi un gruppo minoritario solo perché è diverso». Così nella nota *The Cultural Defense in the Criminal Law*, cit., p. 1301.

⁽³⁶⁾ RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 188 ss.; BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, cit., p. 1198; FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 69 s.

⁽³⁷⁾ Per un'efficace rassegna degli orientamenti contrari all'utilizzo delle esimenti culturali v. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 192 ss.; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 92 ss.

⁽³⁸⁾ DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., p. 199. Cfr. anche MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «cultural-*

mente orientati», cit., p. 560; SAMS, *The Availability of the «Cultural Defense» as an Excuse for Criminal Behaviour*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1986, p. 335 ss., 348 ss.

⁽³⁹⁾ Su questa ambigua nozione rinvio al mio *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, cit., p. 71 ss.

⁽⁴⁰⁾ COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism*, cit., p. 1095 ss., 1166; MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Violence*, cit., p. 36 ss., 41 ss., 47 ss.; PHILLIPS, *When Culture Means Gender*, cit., p. 511 ss., 514 ss., 529 ss.; FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 131 ss.; BENEHAB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale (2002)*, trad. it., Il Mulino, 2005, p. 124 s.

⁽⁴¹⁾ RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 193; VOLPP, *Taking «Culture»: Gender, Race, Nation, and the Politics of Multiculturalism*, in *Columbia Law Review*, 1996, p. 1612 s.; VAN BROECK, *Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes*, cit., p. 8 ss.; BENEHAB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., p. 126.

L'applicazione delle *cultural defenses* può anche condurre ad una «balcanizzazione» dell'ordinamento giuridico ⁽⁴²⁾. Esse sarebbero, infatti, il «cavallo di Troia» per il riconoscimento di ogni particolarismo, in una logica di chiusura autoreferenziale tra le diverse culture, con la conseguente messa in discussione di quel legame sociale essenziale per la convivenza civile. Vi è il pericolo che, in nome di appartenenze religiose, etniche, o di altro tipo, si esiga il diritto a «nicchie normative» o ad eccezioni alla regola, o che sia giustificato l'esercizio di una sorta di «doppia morale» ⁽⁴³⁾.

Se poi, infine, ma cosa non meno importante, si ammette la possibilità di sollevare nel corso di un processo penale tale scusa al fine di beneficiare di un trattamento clemente, sarebbe violata una condizione costitutiva del sistema penale, che impedisce di addurre a propria difesa la mancata conoscenza della legge. Si creerebbe, allora, una disparità di trattamento tra i consociati, con conseguente aggiramento dei principi di legalità e di certezza ⁽⁴⁴⁾.

Tutte queste obiezioni conducono a negare che il fattore culturale sia valorizzato in sede giudiziale e, *a fortiori*, che sia necessario creare *ex novo* un'esimente atta a risolvere, nel processo penale, i problemi sollevati dalla convivenza multiculturale. Basta far riferimento alle «tradizionali» *defenses* previste dal diritto positivo. Queste sono ritenute di per sé idonee a consentire eventuali trattamenti favorevoli nei confronti di soggetti (immigrati e/o membri di minoranze) che violano la legge penale in ragione della loro condizione identitaria.

Senza dubbio, le critiche mosse alla *cultural defense* vanno prese sul serio. Vi è il pericolo, invero, di conseguire risultati non accettabili per la tenuta del sistema penale, dell'intero ordinamento giuridico, nonché per la convivenza civile. Va rilevato, però, che il riferimento a tale istituto, non ancora peraltro definito nei suoi tratti formali, trova collocazione entro limiti ben precisi. La *cultural defense* non è mai riconosciuta come causa autonoma, ma è sempre ricondotta, dal punto di vista ordinamentale, nell'ambito di altre fattispecie codificate. Essa, peraltro, difficilmente porta ad escludere la responsabilità penale, sicché il disvalore della condotta criminosa commessa è fatto salvo. Il suo campo di applicazione, come si è già notato, riguarda la *mens rea* ed è dunque mantenuta pienamente l'illiceità oggettiva dell'azione.

La sua utilità consisterebbe nel permettere al giudice di calibrare la commisurazione della pena valutando quei fattori culturali che, in alcuni casi, incidono sulle motivazioni dell'agente. Rappresenterebbe, pertanto, uno strumento idoneo a conseguire, secondo criteri di giustizia individualizzata, un equilibrio tra l'esigenza di reprimere condotte penalmente rilevanti e quella di valorizzare le differenze in uno spazio vieppiù pluralistico ⁽⁴⁵⁾.

Non va dimenticato che il problema dell'eventuale applicazione di un'esimente o di un'attenuante culturale può essere posto soltanto quando la condotta incriminata è direttamente condizionata dal *background* culturale dell'agente. Serve, dunque, la prova dell'esistenza di un «reato culturalmente orientato» come condizione per l'utilizzo di una *cultural defense*. Una siffatta prova implica un accertamento che si articola in (almeno) tre fasi ⁽⁴⁶⁾.

La prima è diretta a stabilire i motivi che hanno spinto il soggetto ad agire. Si tratterà di sottoporre a verifica le giustificazioni addotte dall'agente per spiegare il proprio comportamento, valutando gli aspetti della personalità e della vita del singolo

⁽⁴²⁾ COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism*, cit., p. 1098, 1161.

⁽⁴³⁾ HOFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, cit., p. 131.

⁽⁴⁴⁾ SAMS, *The Availability of the «Cultural Defense»*, cit., p. 337 ss., 341 ss.; COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism*, cit., p. 1096, 1144, 1167; MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*, cit., p. 560 ss.

⁽⁴⁵⁾ RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., pp. 6, 14 s., 196 ss.; MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esi-*

menti culturali) e i reati «culturalmente orientati», cit., p. 546, 556, 562 s.

⁽⁴⁶⁾ Ad un *cultural defense test* accenna RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 207. Questo test è volto a verificare: a) l'appartenenza dell'imputato ad un gruppo etnico; b) la condivisione, nel gruppo, di una tradizione culturale; c) l'influenza di tale tradizione sul comportamento dell'imputato. Cfr., sul tema, VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes*, cit., p. 23 ss.; DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., p. 191 ss.

individuo per vedere se la motivazione psicologica che lo ha condotto ad agire trova sostegno nei valori culturali di cui è portatore. L'emersione della coincidenza tra valori e comportamento integra il coefficiente psicologico della *cultural offense*. Va operata, qui, una valutazione globale del comportamento non limitata alle sole «dichiarazioni espresse», ma estesa agli atteggiamenti del soggetto, alle circostanze in cui ha operato, alle relative interpretazioni fornite. In questa fase sarà onere dell'imputato dimostrare che le «norme di cultura» non sono invocate ad arte come scusa o come giustificazione *ex post*.

La seconda fase dell'accertamento riguarda la dimostrazione della «dimensione oggettiva» della motivazione. La sua oggettivazione è richiesta per verificare che essa si basa su elementi culturali stabilizzati e su un *background* consolidato di pratiche proprie del gruppo di appartenenza dell'imputato. Va accertata l'esistenza di una comune valutazione, tra i componenti del gruppo etnico e il soggetto agente, della situazione concreta. La prova della «coincidenza della reazione» tra imputato e gruppo (almeno nella sua generalità) rappresenta un momento decisivo per l'individuazione di una *cultural offense*. Gioca un ruolo importante, in questa fase, il parere di esperti qualificati (47).

La terza fase dell'accertamento riguarda la comparazione tra la cultura del gruppo di appartenenza dell'imputato e quella (maggioritaria) del Paese ospitante, così da individuare le differenze. L'esistenza di un divario consistente può far concludere per la configurazione di una *cultural offense*.

Tutto ciò richiede che le informazioni «culturali» relative all'imputato siano assunte e vagliate attraverso la *cross-examination* e di esse si dia conto in modo accurato al fine di giustificare la decisione (48).

Seppure ammessa nella maggior parte dei Paesi anglosassoni, e soprattutto negli Stati Uniti, l'applicazione delle *cultural defenses* solleva il problema delle forme di utilizzazione in sede giurisprudenziale dell'elemento culturale anche nei sistemi di *civil law* (49), chiamati sempre più a fare i conti con il pluralismo etnico ed a garantire un'adeguata integrazione degli individui e dei gruppi immigrati. La «tensione interculturale», così, ricade anche sull'amministrazione della giustizia dei Paesi dell'Unione europea e richiede che siano trovate soluzioni idonee a conciliare in concreto le abitudini e le usanze di questi soggetti con l'ordinamento giuridico e i valori etico-sociali delle comunità nazionali (50). Rilevante, al riguardo, è il riferimento all'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che afferma: «L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica» (51).

I principali Paesi dell'Europa continentale, investiti dai flussi migratori (in particolare la Francia, la Germania, l'Italia, la Spagna), continuano, invero, a perseguire una politica più o meno assimilazionista, che conduce a ritenere tendenzialmente ininfluenza il fattore culturale, soprattutto in sede di legislazione penale (52). Tale opzione, in ogni modo, non appare completamente recepita dalla giurisprudenza.

(47) Sull'utilità di «un concreto interscambio tra dogmatica penalistica e quelle scienze empirico-sociali [...] che potrebbero dare un contributo ad una più proficua lettura e valutazione dei coefficienti psichici penalmente rilevanti: interscambio che sarebbe [...] fruttuoso specie in un periodo storico di crisi e transizione quale è quello odierno» richiama l'attenzione VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, 2000, p. 316. Più precisamente, in quest'ambito di discorso, il contributo dei saperi scientifici rileva nella fase dell'applicazione giudiziaria delle norme penali ai casi concreti. L'esigenza di ricorrere all'ausilio di esperti emerge, infatti, al momento di procedere alla ricostruzione probatoria dei fatti.

(48) MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Violence*, cit., p. 57 ss., 78, 86 ss., 93.

(49) Una rassegna sul (problematico) riconoscimento di esimenti culturali in alcuni paesi di *civil law* (segnatamente l'Italia e la Germania) si ha in MON-

TICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*, cit., p. 563 ss.

(50) BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 74 ss., 108 ss.; MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*, cit., p. 563.

(51) Sul punto v. RODOTA, *Il diritto e i diritti nell'epoca dello «scontro delle civiltà»*, cit., p. 727 ss.

(52) BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 81 ss. Va segnalato, però, il diverso approccio, orientato al ricorso ad interventi penali più severi in funzione di contrasto di pratiche operanti nei gruppi di immigrati, rappresentato dalla creazione di fattispecie penali *ad hoc*, relative a specifici comportamenti «culturalmente motivati». Emblematica, a questo proposito, è l'introduzione (con l. 9 gennaio 2006, n. 7) nel codice penale italiano, subito dopo il delitto di lesione personale (artt. 582 e 583) dell'art. 583-bis (pratiche di mutilazione degli

Numerosi sono i casi in cui, attraverso il libero apprezzamento del giudice sono state trovate soluzioni equitative, volte a mitigare il rigore della legge, attente allo specifico ambiente socio-culturale all'interno del quale il fatto si è realizzato ⁽⁵³⁾.

Laddove, come nell'ordinamento italiano, sono estranei sia la figura delle *cultural defenses*, sia qualsiasi altro istituto pensato con riferimento specifico ai reati culturalmente fondati, gli strumenti utilizzabili per valutare i fatti e per modulare la pena alla luce delle «ragioni culturali» dell'autore sono, fondamentalmente, le norme sulle circostanze attenuanti generiche (art. 62-bis c.p.) e sul potere discrezionale del giudice (art. 132 ss. c.p.). È da escludere, però, ai fini dell'eventuale apprezzabilità del movente, il ricorso ai motivi di particolare valore morale o sociale, di cui all'art. 62 n. 1 c.p., se si assume che la valutazione va effettuata in base agli atteggiamenti etico-sociali prevalenti nella coscienza collettiva (peraltro sempre più sensibile ai diritti umani, con la loro dimensione transculturale) e non già in base a quelli propri dell'ambiente di appartenenza del reo. Né è da ritenere opportuno impostare la questione nei termini di un errore di diritto (errore sul precetto penale), posto che, spesso, le differenti culture esprimono sistemi di valore che non ammettono alcuna «traslazione» nel nostro «universo» dei criteri di imputazione dell'illecito. La convinzione radicata di doversi uniformare alle regole proprie della cultura d'origine, infatti, manifesta una scelta obbligata, indipendente dal riferimento, e alternativa, all'ordinamento giuridico del Paese «d'accoglienza» ⁽⁵⁴⁾.

Non vanno escluse, comunque, la riconfigurazione di taluni istituti e categorie dogmatiche (antigiuridicità, imputabilità, inesigibilità, colpevolezza, punibilità), né la predisposizione *de lege ferenda* di uno strumentario normativo atto a dare, in via generale, nell'ottica di una concezione gradualistica del reato, un'adeguata rilevanza al fattore culturale ⁽⁵⁵⁾, mantenendosi nel solco di un diritto penale comune, capace di garantire l'equilibrio tra l'esigenza di assicurare la tutela della persona aggredita nei suoi diritti, proteggendola anche nei confronti del suo stesso ambiente culturale, e quella di evitare il pericolo che l'intervento penale sia vissuto come espressione della criminalizzazione dell'appartenenza ad una determinata minoranza ⁽⁵⁶⁾.

Trovare un giusto contemperamento nel conflitto tra legge penale e fatti cultural-

organi genitali femminili), che configura due nuove fattispecie incriminative, assoggettandole al principio di extraterritorialità. Secondo l'ipotesi di reato prevista nel comma 1, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili (quali la clitoridectomia, l'escissione, l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo). Essa, dunque, comporta una punizione assai più severa di quanto non avverrebbe applicando la disciplina della lesione grave, contemplando la stessa pena massima (dodici anni di reclusione), ma non quella minima (quattro anni in luogo di sei), indicata dall'art. 583 comma 2 c.p., per le lesioni gravissime. Il comma 2 dell'art. 583-bis sanziona con la reclusione da tre a sette anni chi, al fine di menomare le funzioni sessuali, provoca lesioni agli organi genitali femminili, diverse da quelle indicate nel comma 1, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente. La pena, qui, è pari a quella dell'art. 583 comma 1 c.p., relativa alle lesioni gravi. Si prevede, comunque, una diminuzione della pena fino a due terzi se la lesione è di lieve entità. In ogni caso, secondo il comma 3 del nuovo articolo, quando le pratiche di cui ai commi 1 e 2 sono commesse a danno di un minore ovvero se il fatto è commesso a fini di lucro, la pena è aumentata di un terzo. Per un primo commento sulla nuova disciplina, v. NATALINI, *Mai più ferite tribali al corpo delle donne*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 5, p. 99 ss. Va evidenziato, al riguardo, che tale disciplina mira a perseguire scopi

di intimidazione simbolica e di orientamento culturale ed è diretta più a riaffermare i valori della società di accoglienza che a risolvere concretamente la questione della tutela delle vittime e della trasformazione di peculiari costumi sociali. Così, posto che il problema delle mutilazioni genitali femminili si colloca nell'area dell'assoluta incompatibilità con il nostro sistema di convivenza, è da chiedere se l'inasprimento della norma penale sia la via migliore per superarlo. Cfr. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 118 ss.; CESQUI, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in *Questione giustizia*, 2005, p. 749 ss. Per alcuni spunti di riflessione filosofico-normativa sul tema rinvio agli interventi di FACCHI, *Pratiche culturali e sfide al diritto: il caso dell'escissione*, di ZANETTI, *L'escissione, i gruppi e le istituzioni: una critica per principi* ed al *Commento* di BARBERA, in *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, a cura di Zanetti, Carocci, 2003, rispettivamente p. 13 ss., 27 ss. e 40 ss.

⁽⁵³⁾ Alcuni esempi significativi sono forniti da BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 108 ss.

⁽⁵⁴⁾ Condivido, in proposito, le notazioni di DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pene*, a cura di Bernardi, cit., p. 152 s.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, cit., p. 1199 ss.; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 121 ss.

⁽⁵⁶⁾ CAPUTO, *La giurisdizione e i conflitti culturali*, in *Quest. giust.*, 2005, p. 723 s.

mente orientati rappresenta un'esigenza indilazionabile per un diritto che voglia essere «inclusivo». In questa direzione, lo strumento penale dovrebbe costituire l'*extrema ratio* dell'intervento pubblico ⁽⁵⁷⁾.

3. EQUITÀ, RICONOSCIMENTO E LEGITTIMAZIONE NEL PROCESSO

Il processo penale rappresenta un momento essenziale per la gestione dei conflitti legati al pluralismo normativo, al fine di apprestare una tutela adeguata ai diritti della persona e di realizzare la «individualizzazione» della risposta sanzionatoria, attraverso la quale la dimensione culturale che caratterizza la vicenda processuale possa essere considerata coerentemente con i principi fondamentali dell'ordinamento ⁽⁵⁸⁾.

La giurisdizione costituisce, sul versante istituzionale, il momento in cui trovano applicazione le norme del dialogo razionale. Il processo, infatti, si pone come struttura di argomentazione, all'interno della quale le pretese di validità avanzate dai soggetti coinvolti devono essere sostenute da ragioni. Pretendere di ottenere che le proprie pretese siano riconosciute come ragioni significa chiedere di veder riconosciuta la possibilità di giustificare tali pretese pubblicamente, in modo da ritenerle accettabili da un qualsiasi soggetto disposto a farsi coinvolgere in una discussione razionale ⁽⁵⁹⁾. Il processo si articola precisamente al fine di organizzare l'interazione discorsiva e argomentativa tra le parti e tra queste e il giudice.

Il contraddittorio e la facoltà di intervenire nel processo, producendo argomentazioni, ricostruzioni e interpretazioni, consentono agli interessati di introdurre, secondo modalità procedurali, le proprie istanze di riconoscimento in uno spazio decisionale «ufficiale». Ciò si ripercuote nella decisione giudiziaria, che deve dar conto in maniera completa e trasparente, tramite la motivazione, del dibattito svoltosi attorno alle questioni in oggetto.

La sentenza, pertanto, va giustificata in base a ragioni riconoscibili come «neutre», prescindenti cioè da specifiche appartenenze culturali ⁽⁶⁰⁾. Nell'interazione processuale si tratta di mostrare la correttezza delle soluzioni proposte e la loro accettabilità fornendo argomenti valutabili equanimente entro una struttura discorsiva caratterizzata dall'imparzialità e dall'assenza di pregiudizi ⁽⁶¹⁾. In questa ottica, il processo richiede una partecipazione attiva di tutti i soggetti, che intervengono con la loro personalità e da prospettive diverse in ogni momento dell'articolazione procedimentale, influenzandone il corso ⁽⁶²⁾. Ciò richiede che siano garantiti l'eguale opportunità di argomentare in relazione a tutti i temi trattati e il diritto di essere ascoltati su un piano di parità.

Il momento giudiziale assume un ruolo centrale nell'esperienza penalistica. Nell'operazione interpretativo-applicativa affidata al giudice si sommano sia il giudizio di legalità relativo alla ricorrenza nella situazione concreta delle fattispecie generali previste dal testo di legge, sia la comprensione e la valutazione delle caratteristiche accidentali e delle specificità, uniche e irripetibili, del caso particolare. È questo il motivo per cui, oltre ad una serie di circostanze predefinite dai testi legislativi al fine di circoscrivere lo spazio discrezionale del giudice (attenuanti, aggravanti, scriminanti), si prevede che per tutte le circostanze non astrattamente e anticipatamente configu-

⁽⁵⁷⁾ HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, cit., p. 138; MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*, cit., p. 584 s.; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 128 s.

⁽⁵⁸⁾ V., in proposito, la sentenza della C. cost. 24 giugno 1992, n. 299 (in *Giur. cost.*, 1992, p. 2262 ss.). L'«individualizzazione» della pena, si da tener conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei casi singoli, si pone «come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio di uguaglianza), quanto attinenti direttamente alla materia penale. Di qui il ruolo centrale che, nei sistemi penali moderni, è proprio della

discrezionalità giudiziale, nell'ambito e secondo i criteri segnati dalla legge».

⁽⁵⁹⁾ ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), trad. it. Giuffrè, 1998, p. 171 ss., 225 ss.; MACIOCE, *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, Giappichelli, 2005, p. 117 ss., 166 ss.

⁽⁶⁰⁾ COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism*, cit., p. 1159; GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, cit., p. 87 s.

⁽⁶¹⁾ HAMPSHIRE, *Non c'è giustizia senza conflitto* (2000), trad. it. Feltrinelli, 2001, p. 15 ss.; HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, cit., p. 69.

⁽⁶²⁾ UBERTIS, *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, Utet, 2004, p. 50.

rabili entri in gioco la comprensione equitativa del giudice, al fine di adempiere uno dei caratteri strutturali della funzione giudiziaria: quello di rendere giustizia.

Nel processo penale, così, sono presenti due dimensioni fondamentali: quella della legalità, che si connette all'eguaglianza dei casi sussunti all'interno di una stessa norma, e quella dell'equità individuale, che rinvia alla peculiarità insopprimibile del fatto concreto. Qui si realizza la caratteristica propria del diritto giudiziale, che è quella di porre in corrispondenza, tramite un reciproco e circolare procedimento di confronto logico-valutativo, una misura generale ed astratta e una considerazione individualizzata della situazione particolare ⁽⁶³⁾.

Legalità ed equità costituiscono due aspetti diversi ma indissociabili del sapere giudiziario. Il giudizio giurisdizionale è chiamato a comprendere i connotati peculiari e differenziali del caso. Nel tener conto della situazione concreta, si guarda alla particolarità delle persone e ai contesti delle loro interazioni. Ciò implica che si dia voce ai soggetti coinvolti nel processo e che essi siano posti nella condizione di «farsi sentire», esponendo le ragioni proprie e controbattendo quelle avversarie. Vengono in rilievo, a questo proposito, il diritto di difesa e il principio del contraddittorio, con il suo valore euristico, che, nel postulare che agli antagonisti sia riconosciuta una posizione di parità, si configura come modo di procedere implicante il diritto di intervento garantito alle parti ⁽⁶⁴⁾.

Il processo si configura come luogo in cui, di fronte al giudice estraneo agli interessi in contesa e munito di potere decisionale, vi è il confronto fra parti aventi il diritto di interloquire e di provare. Al giudice si chiede di dire enunciati che siano riconosciuti dalle parti come validi. Il rischio, altrimenti, è che la controversia si riduca ad una mera giustapposizione ed allo scontro di opinioni tra loro incommensurabili. Il procedimento giudiziario è, dunque, un sistema di interazione dove si discute dialetticamente e, all'interno del quale, sono ammesse azioni reciprocamente contrapposte. Si assiste, pertanto, ad una istituzionalizzazione dei conflitti che vengono incanalati verso una decisione. I partecipanti al conflitto, sottoponendosi a determinate regole di comportamento, si riconoscono vicendevolmente nei loro ruoli di parti in causa. Da questo punto di vista, va sottolineato che l'accettazione del piano processuale implica la legittimazione reciproca delle parti. Infatti, ognuna di esse, ponendosi all'interno del procedimento controversiale, pur a partire dall'assolutizzazione della propria posizione, e dunque dalla tendenziale negazione dell'altra parte, opera il riconoscimento di questa. In tal modo, la parzialità e l'intenzionalità interessata dei soggetti coinvolti si convertono in edificazione del momento cooperativo intrinseco al diritto ⁽⁶⁵⁾.

Il riconoscimento e la connessa legittimazione nel processo assumono una peculiare consistenza laddove si tratti di individuare criteri per poter valutare la responsabilità di soggetti che abbiano maturato le proprie scelte conformemente alle convinzioni e alle credenze assunte all'interno delle comunità d'origine, ponderando il diritto di vedere rispettate le fonti culturali dell'identità personale con il contesto istituzionale e ordinamentale, centrato sui diritti umani fondamentali. Le pretese avanzate in nome della «diversità» richiedono giudizi di bilanciamento da effettuarsi con spirito aperto e rispettoso, senza dimenticare i principi basilari di civiltà giuridica, aventi, peraltro, una valenza interculturale ⁽⁶⁶⁾.

4. COSTRUZIONE DEI FATTI, COMPrensione DELLE CULTURE

Una delle questioni centrali relative al ruolo del diritto in contesti multiculturali riguarda la definizione degli ambiti entro i quali le tradizioni delle minoranze vadano

⁽⁶³⁾ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2002⁷, p. 138 ss.; VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, 2001³, p. 304 ss.

⁽⁶⁴⁾ UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 129 ss.

⁽⁶⁵⁾ PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, 1996, p. 249 ss. Si veda anche LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale* (1975), trad. it., Giuffrè, 1995, p. 95 ss.

⁽⁶⁶⁾ HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, cit., p. VIII s., 4, 8 s., 67 ss.

ammesse e quando l'agire basato su queste tradizioni debba essere ritenuto giuridicamente intollerabile⁽⁶⁷⁾. Molti, però, sono i «casi dubbi» e non va dimenticato che l'azione concreta richiede una valutazione con riferimento a specifici e determinati assunti culturali.

Ogni azione ha luogo nel contesto di precondizioni che segnano le scelte degli individui. Ogni fatto ha una essenziale dimensione culturale e la crescente sensibilità verso la realtà multiculturale incide nell'amministrazione della giustizia enfatizzando l'idea di un *situated decision-making* basato sulle caratteristiche personali degli individui in esso coinvolti (quali l'etnia, la religione, le condizioni socio-economiche, ecc.)⁽⁶⁸⁾. Nel processo penale, la configurazione del fatto incide sulla scelta del grado di risposta sanzionatoria all'illecito, ossia sulla determinazione concreta della pena. In quest'ambito si rappresentano particolari corsi di eventi che presuppongono una visione del mondo. L'interpretazione-applicazione giudiziale si iscrive sempre in un contesto che la condiziona e che soggiace a influssi di ordine culturale⁽⁶⁹⁾.

Un fatto costituente reato è percepito diversamente al variare dell'elemento soggettivo e l'accertamento dei requisiti soggettivi si accompagna a quello dei caratteri personali dell'agire tipicamente radicati in concezioni della vita e della società⁽⁷⁰⁾. La colpevolezza, tradizionale sintomo dell'elemento soggettivo, dunque, fornisce la dimensione, inevitabilmente connessa alla cultura, della personalizzazione del giudizio sull'autore in relazione al fatto, che presenta una componente oggettiva e una soggettiva. Il giudizio giurisdizionale è chiamato a tener conto delle cause motivazionali psichiche (moventi, motivi) e non (sociali, economiche, culturali, ecc.) della condotta dell'autore, al fine di valutarle in modo adeguato⁽⁷¹⁾.

Fermo restando che il fatto in senso oggettivo o materiale conserva il ruolo di «spina dorsale» della tipicità, si tratta di prendere in considerazione gli elementi soggettivi, nella misura in cui l'interpretazione della singola fattispecie incriminatrice lo richiede per la determinazione del fatto tipico. L'apporto dell'elemento soggettivo per la sua ricostruzione è dunque basilare. L'azione criminosa, infatti, rientra nella categoria dell'agire sociale, e in ciò si differenzia dai meri accadimenti naturali, proprio in virtù del senso (soggettivo) del quale è portatrice sul piano delle relazioni intersoggettive. Il principio della responsabilità richiede di non prescindere dal dato culturale⁽⁷²⁾.

Viene in evidenza, a questo riguardo, la configurazione del fatto entro una trama di relazioni definite da un contesto valoriale. Il fatto rappresenta l'esito di un'attività interpretativa che ha come *medium* il linguaggio. Affinché si possa dare un «fatto» bisogna prima introdurre un senso e il modo in cui riconosciamo e attribuiamo senso dipende da quadri concettuali teorici e assiologici. Il fatto, dunque, si dà solo attraverso una catena di segni, di trasformazioni semantiche, di relazioni pragmatiche interne a pratiche sociali. I fatti sono in varia misura socialmente e culturalmente «costruiti». Gli enunciati vertenti sui fatti hanno sempre un significato che può essere determinato solo in modo *contestuale*⁽⁷³⁾.

La costruzione dei fatti, pertanto, appare strutturalmente legata alla cultura, al linguaggio utilizzato per enunciarli, alle opzioni di valore che ne orientano la com-

⁽⁶⁷⁾ BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 128.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. HENDERSON, *Legality and Empathy*, in *Michigan Law Review*, 1987, p. 1574 ss., 1579 ss., 1649 ss.; MINOW, *Foreword: Justice Engendered*, in *Harvard Law Review*, 1987, p. 10 ss., 17 ss., 75 ss.

⁽⁶⁹⁾ FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di Palazzo, ESI, 2004, p. 300 ss., 323.

⁽⁷⁰⁾ DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, 1991, p. 17 ss.; VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., p. 292 s., 299. V. inoltre GEERTZ, *Antropologia interpretativa* (1977, 1983), trad. it., Il Mulino, 1988, p. 219.

⁽⁷¹⁾ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. VIII. Dello stesso autore, v. *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, p. 215 s., 226.

⁽⁷²⁾ BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 116 s. Cfr. inoltre FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, vol. V, Utet, 1991, p. 156 s.

⁽⁷³⁾ UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, 1979, p. 9 ss.; PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., p. 62 ss.; TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, 2002, p. 277 ss.

preensione, alle acquisizioni concettuali che li definiscono e che rinviano a tradizioni e forme di vita condivise (74). Gli enunciati fattuali, allora, non sono dati di per sé, ma sono formulati da qualcuno, in situazioni concrete e per finalità particolari. Ogni enunciato fattuale è il risultato di complesse attività di costruzione. La sua formulazione deriva dalla costruzione selettiva compiuta dal soggetto interessato, con riferimento alla complessità del reale e alla indefinita pluralità dei punti di vista da cui ogni circostanza può essere presa in considerazione. Deriva anche dalla sua costruzione semantica e narrativa, dal momento che gli eventi, i comportamenti, le azioni si costituiscono, grazie all'uso del linguaggio, per mezzo di descrizioni e narrazioni che gli individui forniscono. Dipende inoltre da presupposti etici, di costume, religiosi, che si configurano come significati culturali condivisi e aspetti di una realtà socialmente costruita. Abbiamo a che fare con processi simbolici e interpretativi che definiscono l'ambito entro il quale avviene ogni esperire condiviso con gli altri, il sostrato che definisce il senso dell'agire, in altre parole l'attività di significazione e di intenzionalità selettiva.

La cultura, in questa prospettiva, costituisce un elemento strutturante l'«essere — nel — mondo» degli individui, configurandosi come totalità comprendente valori, linguaggi, pratiche, conoscenze, rappresentazioni simboliche, descrizioni narrative, usati come schemi di riferimento nella percezione e conoscenza del mondo, nonché nella costruzione dell'identità. La nozione di cultura assume, così, una portata antropologica e filosofica, divenendo parte integrante del modo di vivere e di comprendere la realtà (75).

Le culture interagiscono, si confrontano, si scontrano, sono soggette a ridefinizioni. Vanno in ogni caso interpretate. Il problema, qui, è quello dell'alterità, che rinvia alle modalità di «lettura» di una cultura con gli «occhiali» di un'altra cultura, vale a dire dal punto di vista di una cultura diversa (76). Diventa di primaria importanza, a questo riguardo, l'assolvimento di un compito ermeneutico, che richiede un impegno di traduzione attraverso lo sviluppo di vocabolari comparativi che diano articolazione alle differenze e rendano possibile la comprensione (77). Entra in gioco, nell'esercizio 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 (78).

Nel processo, il confronto tra soggetti portatori di valori culturali 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» (79). 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 odierni (80). Un siffatto impegno si lega all'attività di ricostruzione fattuale che sta a

(74) COLOMBO, *Le società multiculturali*, Carocci, 2002, p. 25 ss., 107 s.; RIGORITI, *Le basi filosofiche del multiculturalismo*, in *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, a cura di Galli, Il Mulino, 2006, p. 30 ss. Nell'orizzonte della crisi della modernità, le tematiche che il multiculturalismo mette in luce presentano taluni agganci con la svolta operata nell'epistemologia contemporanea, attenta alla dimensione *context-laden* della conoscenza, alla rilevanza degli elementi culturali nella costruzione del mondo sociale, alla centralità del linguaggio e al suo uso intersoggettivo, alla pluralità dei punti di vista assunti.

(75) PASTORE, *Storicità delle culture e riconoscimento intersoggettivo*, in *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*. Studi raccolti da D'Agostino, Giappichelli, 1996, p. 343 ss.; KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 146 ss.; BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., p. 22 ss.

(76) TARUFFO, *Sui confini*, cit., p. 39 ss.

(77) TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, cit., p. 55 s.; RICOEUR, *Il paradigma della traduzione*, trad. it., in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2000, p. 1 ss. Sul tema della traduzione culturale e linguistica, con specifico riferimento alle *cultural defenses*, cfr. MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Violence*, cit., p. 67 s., 72 ss.

(78) PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., p. 25 ss.

(79) GEERTZ, *Antropologia interpretativa*, cit., p. 287.

(80) Una siffatta prospettiva può essere collegata a quell'interpretazione del concetto di «naturalità del giudice» (avanzata in maniera convincente da UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 114 ss.) che, guardando ai mutamenti in atto negli attuali contesti sociali, traduce in termini storicamente aggiornati

fondamento della decisione «giusta», nella ricerca di una verità da considerare come «il risultato del parallelogramma delle forze, individuali e collettive, che interagiscono nello svolgimento processuale»⁽⁸¹⁾. Non va dimenticato, in proposito, che la realtà del pluralismo culturale richiede che sia prestata attenzione alle modalità attraverso le quali le decisioni vincolanti per i consociati possono risultare giustificate e accettabili, in uno spazio pubblico dove il rinvio ad un insieme di valori condiviso non è più in grado di esaurire la domanda di legittimazione di tali decisioni.

L'appello alla ragionevolezza, ossia alla «predisposizione verso soluzioni miti, comprensive di tutte le ragioni che possono rivendicare buoni principi a proprio favore»⁽⁸²⁾, e che dunque soddisfano tutti nella maggiore misura consentita dalle circostanze, nella logica della comparazione e del bilanciamento, rappresenta un punto di riferimento invero iniziale ma essenziale al fine di trovare soluzioni in grado di tener conto delle peculiarità dei conflitti generati dalle appartenenze culturali, prestando attenzione al rapporto tra giustizia, pluralismo e tolleranza.

l'originario rapporto tra luogo-natura e giudice-società.

⁽⁸¹⁾ UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p.

54.

⁽⁸²⁾ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 168.