

BALDASSARE PASTORE

IDENTITÀ CULTURALI, CONFLITTI NORMATIVI E PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Multiculturalismo: eguaglianza e differenze. – 2. Reati “culturalmente orientati” e *cultural defenses*. – 3. L’uso delle *cultural defenses* nel processo. – 4. Equità, legittimazione, riconoscimento. – 5. Costruzione dei fatti e comprensione delle culture: il compito ermeneutico.

1. MULTICULTURALISMO: EGUAGLIANZA E DIFFERENZE

Le odierne società occidentali sono insiemi pluralistici, culturalmente disomogenei, caratterizzati sempre più dalla presenza di minoranze che chiedono il riconoscimento delle proprie specifiche identità¹.

“Multiculturalismo” è il termine che, pur nelle sue varie e diverse configurazioni, individua tali cambiamenti dell’assetto sociale². Essi lanciano alle democrazie liberali molteplici sfide, che rinviano ai problemi di convivenza fra individui (e fra gruppi).

Il dibattito sul multiculturalismo, in Europa, nasce e si sviluppa soprattutto a seguito delle ondate migratorie (che coinvolgono persone diverse per etnia, religione, stili di vita, costumi, e portatrici di culture e tradizioni estranee rispetto a quelle dei paesi

Tratto da: B. PASTORE - L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2008.

¹ È d’obbligo il riferimento a CH. TAYLOR, *La politica del riconoscimento* (1992), in J. HABERMAS - CH. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 9 ss. Cfr. anche C. GALLI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Il Mulino, Bologna 2006, pp. 7-27; E. OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in “Politica del diritto”, XXXVIII, n. 1, 2007, pp. 79-81.

² A. SEN, *Identità e violenza* (2006), Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 115 ss., 151 ss.

d'approdo). Esse 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, nonché del rispetto del principio di eguaglianza.

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

Il principio di eguaglianza rinvia alla pari titolarità dei diritti fondamentali ed esprime una relazione tra le persone basata sul loro eguale valore o dignità sociale. Esso richiede che nessuno sia discriminato o escluso o represso per le proprie differenze «di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali» (come dice il primo comma dall'art. 3 della Costituzione italiana). Include anche l'eguaglianza in tutte le altre situazioni normative, comprendente i divieti penali e, in generale, tutti i doveri pubblici. In questo senso si configura come principio normativo³, che, di per sé, non si oppone al riconoscimento delle differenze, né si risolve nella loro negazione o omologazione⁴. Le differenze, infatti, rappresentano i connotati specifici e irripetibili che differenziano e consentono di individuare le persone.

Tra “eguaglianza” e “differenza” intercorrono diversi rapporti. Possono essere distinti, al riguardo, quattro modelli di trattamento delle differenze e di configurazione dell'eguaglianza⁵.

Il primo modello è quello dell'“indifferenza giuridica per le differenze”, in base al quale queste sono *ignorate*: il loro destino è affidato alla legge del più forte. Siamo all'interno del paradigma hobbesiano dello stato di natura e della libertà selvaggia.

Il secondo modello è quello della “differenziazione giuridica delle differenze” e si caratterizza per la valorizzazione di alcune identità e per la svalorizzazione di altre;

³ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 786-792.

⁴ Sull'idea secondo la quale eguaglianza e tutela delle differenze vanno configurati come due principi giuridici fondamentali non incompatibili, talché la valorizzazione delle differenze non richiede che si ripudi l'eguaglianza, ma piuttosto che la si prenda sul serio, si rinvia a L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Il Mulino, Bologna, 2005, spec. pp. 89-90, 94, 103.

⁵ Utilizzo, qui, la tipologia proposta da FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, cit., pp. 793-797.

dunque, per la gerarchizzazione delle differenti identità. In base ad esso alcune identità determinate dalle differenze sono valorizzate ed assunte come status privilegiati mentre altre sono assunte come status discriminanti, fonte di esclusione o di soggezioni. Tale modello trova realizzazione negli ordinamenti gerarchizzati, di casta o di ceto o per motivi etnici, basati sull'idea della naturale disegualianza tra gli esseri umani. La disegualianza giuridica ne sarebbe il riflesso e la consacrazione. Le differenze, qui, sono pensate e sancite come *disegualianze*, ossia come privilegi e discriminazioni.

Il terzo modello è quello dell'“omologazione giuridica delle differenze”, in base al quale queste vengono svalorizzate e *negate* perché occultate in nome di un'astratta affermazione di egualianza. Le differenze, così, vengono rimosse e/o represses nel quadro di una generale omologazione e assimilazione. Esse sono disconosciute in linea di diritto e penalizzate in linea di fatto in ragione degli ampi margini di ineffettività dell'egualianza conclamata.

Il quarto modello è quello che può essere definito dell'“eguale valorizzazione giuridica delle differenze”. Esso si basa sul principio normativo di egualianza nei diritti fondamentali e su un sistema di protezione idoneo ad assicurarne l'effettività. Richiede che le differenze siano garantite nella loro libera affermazione ed esplicazione, assumendole come dotate di pari valore e meritevoli di tutela in quanto connotati dell'identità delle diverse persone e della loro concreta specificità, nella quale trova fondamento il rispetto di sé nelle relazioni con gli altri e la possibilità di sentirsi a proprio agio nello spazio pubblico aperto ad una pluralità di gruppi culturali⁶.

Questo modello richiede che ognuno sia trattato con eguale considerazione e rispetto⁷. Va detto, in proposito, che l'egualianza, rinviate al valore della dignità delle persone, non può essere minacciata da quelle rivendicazioni identitarie volte ad escludere la tutela dei diritti spettanti in ugual misura a tutti. Non può essere sottaciuto, infatti, che le “specificità” culturali possono mettere in crisi il principio di egualianza, soprattutto quando si pretende che l'ordinamento le riconosca, qualunque esse siano.

⁶ Cfr. J. RAZ, *Multiculturalism*, in “Ratio Juris”, 11, 1998, p. 199.

⁷ Su questa concezione dell'egualianza v. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 298, 300, 324-325.

Emergono, a questo livello, le tensioni tra categorie universalistiche, proprie dello Stato di diritto, soprattutto nella sua declinazione costituzionale, e particolarità distintive culturalmente caratterizzate, che la società multiculturale contribuisce a produrre⁸.

Invero, le richieste di riconoscimento legate alle specificità identitarie, rivendicate da gruppi e individui che non intendono adattare la loro autocomprensione ad una cultura maggioritaria avvertita come estranea, possono mettere in discussione la coesistenza giuridicamente equiparata⁹. Lo stesso avviene, d'altro canto, quando assumono consistenza pretese di integrazione forzata che rivelano profili di intolleranza, non coerenti con la concezione liberale di Stato cui i Paesi occidentali tendono a ispirarsi. Le politiche marcatamente assimilazioniste, nel predicare una astratta eguaglianza insensibile alle differenze, «finirebbe di fatto col discriminare gli appartenenti alle minoranze culturali, inibendo una loro piena equiparazione rispetto ai soggetti appartenenti alla maggioranza»¹⁰.

“Multiculturalismo”, come si accennava, è parola che connota cose diverse. È possibile assumere, in proposito, 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 mondo¹¹. Questo significa che

⁸ Come sottolinea RAZ, *Multiculturalism*, cit, p. 194, una delle sfide teoriche lanciate dal multiculturalismo investe la possibilità di combinare le buone ragioni (“le verità”) dell'universalismo con quelle del particolarismo.

⁹ Cfr. E. GREBLO, *Politiche del riconoscimento e democrazia deliberativa*, in “Ragion pratica”, 29, 2007, p. 517.

¹⁰ Così A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del «fattore culturale»*, in “Politica del diritto”, XXXVIII, n. 1, 2007, p. 19.

¹¹ Sul tema della neutralità e per alcune critiche al modello neutralista rinvio a B. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*, Carocci, Roma, 2007, pp. 37-48. Cfr. anche A.E. GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Liguori, Napoli, 1999, p. 19 ss.

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 istituzionale¹². 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 una 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 marginalità¹³) 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 vitali¹⁴. Questo esclude che gli aspetti identitari siano eliminati e/o nascosti. Le problematiche del multiculturalismo emergono proprio quando le pratiche e i precetti costitutivi di identità collettive confliggono con le prescrizioni dell'ordinamento e quando gli individui vedono in tale evenienza un impedimento al mantenimento della loro cultura traducendone il senso in una indisponibilità dello spazio pubblico ad accogliere certe regole e certi stili di vita¹⁵.

La società multiculturale, 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

¹² John Rawls parla, in proposito, di un accordo sugli elementi costituzionali essenziali che forniscono il quadro formale volto a regolare la convivenza tra soggetti guidati da concezioni del bene diverse e spesso contrapposte. Un siffatto accordo (relativo al solo piano politico) si forma dal convergere di tante ragioni proprie delle particolari dottrine e famiglie ideologiche e culturali che popolano la società. Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo politico* (1993), Edizioni di Comunità, Milano, 1994, in particolare pp. 123 ss., 142 ss., 184 ss.

¹³ In argomento v. A. HONNETH, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto* (1992), Il Saggiatore, Milano, 2002, pp. 86, 116, 158-159; A. MARGALIT, *La società decente* (1996), Guerini e Associati, Milano, 1998, pp. 57-58, 85-87, 90-94.

¹⁴ Cfr. J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto* (1993), in HABERMAS - TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, cit., p. 89.

¹⁵ OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, cit., pp. 84-85.

nuove pratiche di vita comune attraverso la comunicazione e 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 riconoscimento¹⁶.

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 gruppo¹⁷.

¹⁶ E. PARIOTTI, *Multiculturalismo, globalizzazione e universalità dei diritti umani*, in "Ragion pratica", 16, 2001, pp. 65, 79; B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 59 ss., 87 ss.; M.L. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 19 ss.; F. VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 37-39; OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, cit., pp. 88-95.

¹⁷ Si veda, al riguardo, A.E. GALEOTTI, *Genere e culture altre*, in "Ragion pratica", 23, 2004, p. 460 ss.; A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2004, pp. 9, 219. Sul principio del danno cfr. J.S. MILL, *Saggio sulla libertà* (1858), Il Saggiatore, Milano, 1987, cap. IV; J. FEINBERG, *Filosofia sociale* (1973), Il Saggiatore, Milano, 1996, pp. 49 ss., 67 ss.

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 approssimativa¹⁸. 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 abbandonasse 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 abusi¹⁹, ordinati peraltro al consolidamento degli equilibri di potere dati. Si tratta, dunque, quando si discute di aspirazioni identitarie, di prestare attenzione agli interessi concretamente in gioco, disvelando, in primo luogo, cosa si nasconde dietro l’insistenza con cui donne e bambini vengono fatti oggetto delle ansie di preservazione culturale²⁰.

Viene in evidenza, in proposito, la prestazione svolta dal diritto, che, nel suo partecipare all’impresa diretta al coordinamento delle azioni, alla regolazione dei

¹⁸ Per alcuni esempi, tratti dai contesti familiari, che riguardano esperienze di vittimizzazione di soggetti minorenni stranieri rinvio a M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multicultural: maltrattamenti ed infanzia abusata in “dimensione domestica”*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, n. 1, 2000, p. 24 ss.

¹⁹ Seguo, qui, le argomentazioni di GALEOTTI, *Genere e culture altre*, cit. p. 470. Cfr., sul punto, L. LANZA, *Sistema penale e cultura dell’immigrato: quale ruolo per il giudice?*, in questo volume, p. ///. Per una critica all’impostazione teorica di alcuni importanti difensori 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 S.M. OKIN, *Feminism and Multiculturalism: Some Tensions*, in “Ethics”, 108, 1998, p. 661 ss. Della stessa autrice v. *Il multiculturalismo è un male per le donne?* (1999), in S.M. OKIN, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, a cura di J. Cohen, M. Howard e M. C. Nussbaum, edizione italiana a cura di A. Besussi e A. Facchi, Raffaello Cortina, Milano, 2007, pp. 3-22. Sui casi in cui è in gioco la tutela dei diritti di soggetti particolarmente vulnerabili all’interno dei gruppi culturali minoritari cfr. M.-C. FOLETS, *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”, 35, 1998, pp. 195 ss., 210 ss.; B. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Palgrave, Basingstoke, Hampshire - New York, 2000, pp. 264-265, 273-292.

²⁰ Cfr. OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, cit., pp. 72-73, 103.

conflitti, alla tutela delle identità²¹, 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 pratica²², 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, 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»²³.

²¹ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Guerini e Associati, Milano, 1996, pp. 378-379.

²² Cfr. GALEOTTI, *Multiculturalismo*, cit., p. 32-35; M. MARTINIELLO, *Le società multiethniche* (1997), Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 98-101; PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, cit., pp. 68-70.

²³ A. FERRARA, *Il multiculturalismo come nuova frontiera del liberalismo*, in "Democrazia e diritto", 36, n. 2-3, 1996, p. 53. Sul principio di rivedibilità delle proprie scelte cfr. W. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Clarendon

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* totalitariamente²⁴, 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. REATI "CULTURALMENTE ORIENTATI" 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 normativo²⁵. Si tratta di una prospettiva centrata sulla coesistenza, sovrapposizione, penetrazione, mescolanza di differenti spazi di regolazione, relativi al medesimo settore dell'esperienza umana.

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". Gli individui, così, spesso vivono tra due culture (quella d'origine e quella del luogo d'arrivo) e si confrontano con le norme di comportamento dell'uno e dell'altro sistema normativo. Si trovano in una situazione che può essere definita di "interlegalità"²⁶,

Press, Oxford, 1991, p. 58 ss.; ID., *La cittadinanza multiculturale* (1995), Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 141-145, 160-162, 265 ss. Di un "right to exit" dal gruppo culturale parla J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 166, 172 ss. Dello stesso autore v. *Multiculturalism*, cit., p. 199.

²⁴ J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), Feltrinelli, Milano, 1998, p. 55.

²⁵ Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in "Journal of Law and Society", 14, 1987, pp. 288, 297 ss.; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 44-47; E. MELISSARIS, *The More the Terrier? A New Take on Legal Pluralism*, in "Social and Legal Studies", 13, 2004, pp. 57-79.

²⁶ DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, cit., pp. 279-302.

caratterizzata dall'esistenza di un reticolo di norme, contemporaneamente vigenti e interagenti, che, a diversi livelli ma in competizione fra loro, hanno la pretesa di regolare i comportamenti. I soggetti, dunque, devono decidere se tenere un comportamento la cui valutazione è diversa a seconda del sistema normativo privilegiato²⁷.

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 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 sociali²⁸.

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 sociali²⁹. Tali reati, dunque, sono quelli realizzati da soggetti appartenenti ad un gruppo (minoritario) caratterizzato da una cultura per molti versi

²⁷ Cfr. L. MIAZZI, *Violenza familiare fra causa d'onore e motivo futile*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", n. 4, 2006, pp. 67-68.

²⁸ M. BOUCHARD, *Identità culturale, uguaglianza e diversità*, in "Questione giustizia", n. 3, 2001, p. 475; ID., *Dalla famiglia tradizionale a quella multietnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in "dimensione domestica"*, cit., pp. 20-21, 39.

²⁹ FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 66-69; FOGLETS, *Les délits culturels*, cit., p. 209 ss.; J. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in "European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice", 9, n. 1, 2001, pp. 1-5, 15-23, 31. Cfr. inoltre, nella letteratura penalistica italiana, L. MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in "L'indice penale", 6, 2003, pp. 540-546; C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 48, 2005, p. 185 ss.; A. BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, in "Diritto penale e processo", 10, 2005, pp. 1193-1195; ID., *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 105 ss.

manifestamente differente da quella espressa dal sistema giuridico vigente nel luogo di commissione del fatto³⁰.

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.

È possibile delineare, al riguardo, tre diversi modelli di diritto penale³¹. Il primo – il diritto penale dell'*intolleranza* – si caratterizza per la tendenza ad adottare una risposta punitiva nei confronti degli autori di “reati culturali” particolarmente severa, e, in generale, ad irrigidire il sistema erodendo le garanzie laddove la matrice culturale connota i comportamenti antiggiuridici considerati di massima gravità e di elevato allarme sociale. La motivazione culturale è, pertanto, assunta come elemento di maggiore responsabilità, sì da produrre un inasprimento della reazione sanzionatoria. Il diritto penale, qui, serve a riaffermare la superiorità assoluta della cultura maggioritaria e autoctona su quelle minoritarie e “importate”.

Il secondo modello – il diritto penale dell'*indifferenza* – mostra una sostanziale insensibilità al “fattore culturale”, in relazione ai comportamenti da esso condizionati e lesivi di beni e interessi condivisi. La tendenza è quella di non operare distinzioni tra soggetti attivi del reato appartenenti e quelli non appartenenti alla cultura dominante. Pertanto, non sono configurati istituti e disposizioni pensati per aggravare, o attenuare o escludere le conseguenze penali qualora l'agente fosse stato influenzato dalla propria differente cultura. Tale modello adotta un approccio sostanzialmente assimilazionista, che, predicando una astratta eguaglianza escludente ogni riferimento alle esperienze pregresse aventi valenza etnico-culturale, può sfociare in forme di integrazione forzata.

Il terzo modello – il diritto penale della *tolleranza* o della *mitezza* – è caratterizzato dall'accettazione di comportamenti estranei alla cultura maggioritaria, purché questi

³⁰ Cfr. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del «fattore culturale»*, cit., pp. 4, 29, 35 (nt. 3). Si tratta tipicamente di reati in materia di lavoro, contro la libertà sessuale, contro la famiglia (caratterizzati da un'idea dello *ius corrigendi* o della potestà maritale decisamente diversa rispetto alla nostra), di atti (variamente configurati) di vendetta dell'onore familiare, di reati contro la persona commessi anche effettuando mutilazioni o deformazioni “rituali” di vario tipo.

³¹ Utilizzo, qui, la tripartizione proposta da BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del «fattore culturale»*, cit., pp. 6 ss., 32-33.

non risultino intollerabili perché lesivi di beni e interessi considerati primari e dunque intangibili dal sistema giuridico. Operano, qui, la valorizzazione del fattore culturale a favore del reo, assumendo la rilevanza dei condizionamenti che esso produce, e la considerazione di tale fattore come elemento idoneo a ridurre o addirittura escludere la colpevolezza e la punibilità di condotte astrattamente costituenti reato.

Un trattamento che tenga conto del peculiare substrato culturale degli autori di fatti penalmente illeciti non può però basarsi sulla richiesta di prerogative speciali a loro favore. Le differenziazioni condurrebbero, infatti, a rimarcare differenze e ad erigere ostacoli all'accettazione sociale di coloro che entrano nelle nostre società, nonché alla comprensione reciproca. I non destinatari del diritto speciale lo percepirebbero come una ingiustificata disparità di trattamento ingiustificata³².

Diventa essenziale invece confrontarsi con la peculiare identità culturale degli autori di fatti penalmente illeciti, riconoscendola e facendo discendere da ciò talune conseguenze giuridiche³³. Si tratta, in questi casi, di prevedere la punibilità del reato “culturalmente orientato”, riconoscendo però un valore attenuante della responsabilità alla circostanza (quasi giustificante o quasi scusante) che l'individuo abbia violato la norma in ragione del condizionamento culturale che egli subisce.

La modalità che appare più idonea ad affrontare le questioni che riguardano la differenza e i conflitti identitari risulta essere quella dell'intervento giurisdizionale³⁴. 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, riconoscendo comunque

³² Cfr. M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in “Questione giustizia”, n. 4, 2007, p. 700.

³³ In quel che segue riprendo, con alcune integrazioni, il mio *Multiculturalismo e processo penale*, in “Cassazione penale”, XLVI, 2006, spec. pp. 3033-3042.

³⁴ Concoro, sul punto, con F. BELVISI, *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in “Ragion pratica”, 23, 2004, pp. 514-516.

il nesso funzionale biunivoco che le lega, talché la legislazione non può vivere e implementarsi senza giurisdizione, e questa non può mai sostituirsi completamente all'altra, rivendicando una esclusività illusoria³⁵.

Al di là della relazione dialettica tra legislazione e giurisdizione, va evidenziato che alcune funzioni possono essere esercitate in modo più efficace dai giudici. 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. Se è compito del diritto determinare minimi inderogabili e netti di positivizzazione delle norme di comportamento, che trovano in campo penale e nell'area di tutela degli interessi fondamentali il loro terreno di elezione, non è meno forte «la necessità che la norma – lungo tutto il processo vitale, dalla formulazione generale e astratta fino soprattutto alla individuazione della *regula iuris* particolare – sia in grado di soddisfare la maggior parte degli interessi concorrenti e di trovare l'equilibrio finale accettabile»³⁶.

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 riconoscimento. O

³⁵ F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 240-241.

³⁶ Così F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI e C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 537.

almeno che venga pubblicamente mostrata l'inconsistenza delle ragioni che sostengono quegli ostacoli»³⁷. 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»³⁸. 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 corretta e dunque accettabile³⁹.

Viene in rilievo, così, 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"), nell'ottica di una strategia di "incontro bidirezionale"⁴⁰. 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 normativo⁴¹.

Nella misura in cui il diritto realizza una funzione di integrazione istituendo un terreno comune per i rapporti interindividuali, esso dovrebbe promuovere l'eguaglianza tra prospettive differenti tramite l'istituzione di un'area imparziale che implica il riconoscimento reciproco. Tale riconoscimento reciproco dovrebbe essere considerato come un principio che i giudici devono usare nel modellare lo sviluppo del diritto e dell'interpretazione giuridica. Di conseguenza, il compito del giudice

³⁷ A GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 5-9, 177-180, 196-205 (cito da p. 178). Cfr. 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 S. RODOTÀ, *Il diritto e i diritti nell'epoca dello «scontro delle civiltà»*, in "Questione giustizia", n. 4, 2005, pp. 734-735.

³⁸ RODOTÀ, *Il diritto e i diritti nell'epoca dello «scontro delle civiltà»*, cit., p. 735.

³⁹ Cfr. B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 257-264; F. M. IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in "Enciclopedia del diritto", Aggiornamento, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 755-756, 760-761, 767. In prospettiva comparatistica, v. M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva* (1997), Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 65-71.

⁴⁰ PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, cit., p. 705.

⁴¹ BELVISI, *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, cit., p. 515-516; D.G. 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, Berlin, 1993, pp. 256-257. Di "apertura culturale-giuridica", con riferimento ai processi (penali) che si originano da conflitti tra le culture, parla O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale* (1999). Edizioni di Comunità, Milano, 2001, pp. 121-122. Cfr. inoltre RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., pp. 187, 209.

consisterebbe nell'impegnarsi per soluzioni conformi al valore dell'eguale rispetto per tutte le persone coinvolte e dell'eguale considerazione di tutte le prospettive e punti di vista rappresentati. In questo modo gli Stati costituzionali di diritto possono realizzare la garanzia di una coesistenza giuridicamente equiparata e l'assicurazione della partecipazione inclusiva ai procedimenti deliberativi⁴².

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 articolazioni⁴³.

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 costumi⁴⁴.

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 autoctona⁴⁵. La via prevalentemente percorsa è stata quella di

⁴² Cfr. M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica* (1998), Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 392 ss., 396 ss.; J. HABERMAS, *Replica al convegno della Cardozo Law School* (1996), in ID., *Solidarietà tra estranei. Interventi su «Fatti e norme»*, Guerini e Associati, Milano, 1997, pp. 29, 61-63.

⁴³ Sulla concezione "integrazionistica" della costituzione, particolarmente sintonica alle esigenze di funzionamento delle società pluralistiche, cfr. P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978 (nuova edizione 1996); ID., *Diritto e verità* (1995), Einaudi, Torino, 2000, pp. 85 ss., 105 ss. In questa stessa direzione si situano le riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 9-10, 169-171, 203, e di J. TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 2 ss., 34 ss., 54, 177-178.

⁴⁴ HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, cit., p. 20.

⁴⁵ Cfr. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 67-68; DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., pp. 191-197.

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»⁴⁶.

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 diminuzione⁴⁷.

Le *cultural defenses* sono state utilizzate in maniera sempre più frequente dalla giurisprudenza di *common law* (specialmente negli Stati Uniti) soprattutto a partire

⁴⁶ Così BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, cit., p. 1194. Cfr. anche la nota *The Cultural Defense in the Criminal Law*, in "Harvard Law Review", 99, 1986, pp. 1293-1295.

⁴⁷ Cfr. E. GRANDE, *Justification and excuse (le cause di non punibilità nel diritto anglo-americano)*, in "Digesto delle Discipline Penalistiche", VII, Utet, Torino, 1993, p. 310 ss.; A. CADOPPI, *Mens rea*, in "Digesto delle Discipline Penalistiche", VII, Utet, Torino, 1993, p. 621 ss.; M.P. GOLDING, *The Cultural Defense*, in "Ratio Juris", 15, 2002, pp. 147 ss., 151 ss.

dagli anni Ottanta del secolo scorso⁴⁸. 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 culturali⁴⁹. 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 spettante a 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 ad esso applicabile, "individualizzando", caso per caso, la responsabilità dell'autore, sulla base dell'idea che un sistema (come quello statunitense), che si basa sulla nozione di colpevolezza, non può negare un ruolo importante anche ai costumi ed alle credenze di una persona⁵⁰.

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

⁴⁸ J.C. LYMAN, *Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?*, in "Criminal Law Journal", 9, 1986, pp. 87-117; P.J. MAGNARELLA, *Justice in a Culturally Pluralistic Society: The Cultural Defense on Trial*, in "The Journal of Ethnic Studies", 19, n. 3, 1991, pp. 65-84. Con riferimento al sistema britannico, v. A. PHILLIPS, *When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts*, in "The Modern Law Review", 66, 2003, pp. 517 ss., 521 ss.

⁴⁹ 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 la ormai vasta letteratura, la nota *The Cultural Defense in the Criminal Law*, cit., p. 1293 ss.; L. VOLPP, *(Mis)identifying Culture: Asian Women and the "Cultural Defense"*, in "Harvard Women's Law Journal", 17, 1994, p. 57 ss.; H. MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?*, in "New York University Law Review", 70, 1995, pp. 36 ss., 62 ss., 71 ss.; D.L. COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, in "Columbia Law Review", 96, 1996, pp. 1093 ss., 1100 ss., 1144 ss.; RENTELN, *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., pp. 540-546; DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., pp. 185-187.

⁵⁰ Cfr. la nota *The Cultural Defense in the Criminal Law*, cit., pp. 1296 ss., 1307 ss.; RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., pp. 186 ss., 196 ss.; MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati"*, cit., p. 551; M. TUNICK, *Can Culture Excuse Crime? Evaluating the Inability Thesis*, in "Punishment & Society", 6, 2004, pp. 395-409.

circularità tra culture/valori e fattispecie/sanzioni provocate dal fatto del pluralismo culturale, sempre più presente nelle società occidentali, e la difficoltà di risolvere i problemi che da tale crisi discendono, facendo riferimento ai consueti istituti, concetti e principi penalistici⁵¹.

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 discussione⁵².

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 penale⁵³. Invocarla significa addurre a propria difesa la mancanza della *mens rea*. Il soggetto, per far valere la *defense*, deve allora dimostrare che il comportamento illecito è stato realizzato nel ragionevole convincimento di agire in buona fede, sulla base della sua eredità o tradizione culturale⁵⁴. In tal modo può far valere la sua minore responsabilità o la sua minore colpevolezza per specifiche ragioni⁵⁵.

Tenendo conto degli aspetti relativi alla formazione della decisione del soggetto agente investiti dalla motivazione culturale, è possibile distinguere una *cultural defense*

⁵¹ BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., pp. 4, 36 ss.

⁵² Una sintetica e chiara illustrazione dei termini del dibattito si ha in RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., pp. 187-199. Cfr. anche D.W. SIKORA, *Differing Cultures, Differing Culpabilities?: A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing*, in "Ohio State Law Journal", 62, 2001, pp. 1695-1728.

⁵³ 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., pp. 12-13.

⁵⁴ T.F. GOLDSTEIN, *Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize a «Cultural Defense»?*, in "Dickinson Law Review" 99, 1994, p. 143; C. DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in DOLCINI e PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, cit., p. 218.

⁵⁵ P.H. ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, vol. I, West Group, Saint Paul (MN), 1984, p. 80.

“cognitiva” e una “volitiva”⁵⁶. La prima viene in evidenza quando il *background* culturale impedisce all’agente di capire che il suo comportamento integra un reato. L’imputato, qui, non si rende conto che il comportamento dettato dalla sua cultura è in contrasto con le leggi del Paese che lo ospita. La seconda *cultural defense*, quella “volitiva”, emerge quando il soggetto è consapevole che le sue azioni sono penalmente vietate, ma agisce comunque in quanto “costretto” dalla forza vincolante della sua cultura d’origine.

In ogni caso, le ipotesi di esclusione o di diminuzione della responsabilità penale, volte a tener conto del retroterra culturale dell’agente, e dunque delle pressioni dell’ambiente, operano al fine di una più attenta considerazione della sua posizione processuale.

La *cultural defense*, però, 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 inflitta⁵⁷.

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

⁵⁶ Su questa distinzione v. A.D. RENTELN, *A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse*, in “Southern California Review of Law and Women's Studies”, 2, 1993, p. 439 ss. Cfr., in proposito, DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, cit., p. 219.

⁵⁷ VAN BROECK, *Cultural Defences and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, cit., pp. 31-32.; GOLDING, *The Cultural Defense*, cit., p. 151; MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?*, cit., pp. 56-57, 69-86.; MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”*, cit., p. 540 ss. Cfr. anche RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., pp. 6, 188, 191, 196, 200-201, 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. Della stessa autrice v. *A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse*, in “Southern California Review of Law and Women's Studies”, 2, 1993, pp. 437-439.

cultura di maggioranza e cultura di minoranza, si da offrire, in uno spazio pubblico multietnico, il riconoscimento delle specificità culturali⁵⁸.

La *cultural defense*, dunque, si caratterizza come (possibile) soluzione che contempera 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"⁵⁹. Poi, soprattutto qualora fossero sottoposti a sanzione penale atti non lesivi di beni e interessi irrinunciabili, ma espressivi di costumi non del tutto in 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 alternativi⁶⁰. Il diritto penale moderno, invece, considerando estraneo qualsivoglia compito di programmazione pedagogica e di indottrinamento dei cittadini, è chiamato a perseguire esclusivamente finalità concrete di prevenzione (generale e speciale) e non l'orientamento delle opzioni culturali degli individui e della collettività⁶¹.

⁵⁸ MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?*, cit., pp. 48-49; GOLDING, *The Cultural Defense*, cit., pp. 146-147; RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 187.

⁵⁹ BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, cit., p. 1197-1198; RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 188.

⁶⁰ A. BARATTA, *Integrazione-prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in E.M. FORNI (a cura di), *Teoria dei sistemi e razionalità sociale*, Cappelli, Bologna, 1986, spec. pp. 181-184.

⁶¹ Cfr. S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in DOLCINI e PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, cit., pp. 140-141.

Una politica criminale improntata ad un approccio assimilazionista sacrificherebbe 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 corollari⁶², 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 sociale⁶³. 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 studiosi⁶⁴. 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 incriminatici. 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»⁶⁵.

Inoltre, ricorrere in sede penale al fattore culturale porterebbe al sacrificio, in nome dei "diritti culturali collettivi"⁶⁶, di beni giuridici individuali meritevoli di tutela, e,

⁶² «L'eguaglianza tra i differenti gruppi etnici richiede fundamentalmente 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. Cfr. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., pp. 47-49.

⁶³ RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., pp. 188-192; BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, cit., p. 1198; FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., pp. 69-70.

⁶⁴ Per un'efficace rassegna degli orientamenti contrari all'utilizzo delle esimenti culturali v. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., pp. 192-194; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., pp. 92-95; SIKORA, *Differing Cultures, Differing Culpabilities?: A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing*, cit., pp. 1708-1714.

⁶⁵ DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., p. 199. Cfr. anche MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*, cit., p. 560; J. P. SAMS, *The Availability of the «Cultural Defense» as an Excuse for Criminal Behavior*, in "Georgia Journal of International and Comparative Law", 16, 1986, pp. 335 ss., 348 ss.

⁶⁶ Su questa ambigua nozione rinvio a: PARIOTTI, *Multiculturalismo, globalizzazione e universalità dei diritti umani*, cit., pp. 67-75, 79 ss.; PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, cit., pp. 71-79. Cfr. anche J. HABERMAS, *Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism*, in "The Journal of Political Philosophy", 13, n. 1, 2005, pp. 17-23; OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, cit., pp. 5 ss., 13 ss., 17-22.

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 minoritario⁶⁷. 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, trasformazione⁶⁸.

L'applicazione delle *cultural defenses* può anche condurre ad una "balcanizzazione" dell'ordinamento giuridico⁶⁹. 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"⁷⁰.

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

⁶⁷ COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals'Dilemma*, cit., pp. 1095 ss., 1166; M. FISCHER, *The Human Rights Implications of a "Cultural Defense"*, in "Southern California Interdisciplinary Law Journal", 6, 1998, pp. 663-702; MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?*, cit., pp. 36 ss., 41 ss., 47 ss.; PHILLIPS, *When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts*, cit., pp. 511 ss., 514 ss., 529 ss.; FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., pp. 131-135; S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale* (2002), Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 124-125.

⁶⁸ RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 193; L. VOLPP, *Talking "Culture": Gender, Race, Nation, and the Politics of Multiculturalism*, in "Columbia Law Review", 96, 1996, pp. 1612-1613; VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, cit., p. 8 ss.; BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., p. 126.

⁶⁹ COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals'Dilemma*, cit., pp. 1098, 1161.

⁷⁰ HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, cit., p. 131.

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 certezza⁷¹.

Tutte queste obiezioni conducono a negare che il fattore culturale sia valorizzato in sede giudiziale e, *a fortiori*, che sia necessario creare *ex novo* una 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 pluralistico⁷². I fattori culturali, comunque, non andrebbero presi in considerazione,

⁷¹ SAMS, *The Availability of the “Cultural Defense” as an Excuse for Criminal Behavior*, cit. pp. 337 ss., 341 ss.; COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals’ Dilemma*, cit., pp. 1096, 1144, 1167; MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”*, cit., pp. 560-562.

⁷² RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., pp. 6, 14-15, 196-198; MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”*, cit., pp. 546, 556, 562-563; DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, cit., p. 231.

soprattutto al fine di escludere la responsabilità dell'agente, in caso di violazione di beni personalissimi e indisponibili come la vita, l'incolumità fisica, la libertà sessuale e, in generale, tutti quei beni tutelati da fattispecie poste a protezione dei diritti umani inviolabili⁷³, con la sola esclusione, da alcuni ipotizzata⁷⁴, dei casi in cui il comportamento valutato come antigiuridico si realizza tra adulti consenzienti e capaci di consentire ed è “*victimless*”. Opererebbe, al riguardo, la distinzione tra *violent* e *non-violent crimes*, posto che i primi sono reati realizzabili con l'uso estremo della violenza fisica o psicologica. L'esclusione della pena potrebbe essere riconosciuta, invece, quando vengono commessi reati cosiddetti “nonviolenti”⁷⁵, riguardanti fatti “culturalmente motivati” sostanzialmente inoffensivi o tali da non mettere in pericolo la convivenza sociale. Per alcuni versi, rientrano in questa tipologia quei comportamenti configurabili come “reati artificiali”, in relazione ai quali la provenienza e la cultura dell'autore può giustificare un'ignoranza incolpevole della norma, in ragione della difficoltà di conoscenza dei testi normativi e di comprensione del loro significato da parte di appartenenti a gruppi minoritari stranieri immigrati e marginalizzati, che, pertanto, possono non avere contezza di taluni divieti, né rendersi conto della rilevanza penale di certi loro comportamenti⁷⁶.

3. L'USO DELLE *CULTURAL DEFENSES* NEL PROCESSO

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

⁷³ FISCHER, *The Human Rights Implications of a “Cultural Defense”*, cit., p. 696; DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., pp. 230-231.

⁷⁴ Cfr. la nota *The Cultural Defense in the Criminal Law*, cit., p. 1309.

⁷⁵ DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., p. 230; RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 114 ss.

⁷⁶ BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del «fattore culturale»*, cit., pp. 26-27, 32..

l'utilizzo di una *cultural defense*. Una siffatta prova implica un accertamento che si articola in (almeno) tre fasi⁷⁷.

La prima fase è diretta a stabilire i *motivi* che hanno spinto il soggetto ad agire. Va precisato, a questo riguardo, che la *cultural defense* ha un carattere *personale* ed è riferibile soltanto a fatti commessi soltanto da persone che appartengono ad una "cultura di minoranza". 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 individuo per vedere se la motivazione psicologica che lo ha condotto ad agire trova sostegno nei valori culturali di cui è portatore. Siffatti valori acquistano rilevanza quando ci si riferisce ad un gruppo. 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 qualificati⁷⁸. Si tratta di stabilire se l'affidamento che l'imputato ha fatto su modelli

⁷⁷ Ad un *cultural defense test* accenna RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 207. Della stessa autrice si veda *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, in "Canadian Journal of Law and Society", 20, n. 1, 2005, pp. 47-54. 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 (Cultural Offences)*, cit., pp. 23-26; DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., pp. 191-194; EAD., *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, cit., pp. 226-227, 232-237.

⁷⁸ Cfr. RENTELN, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, cit., pp. 65-66. Sull'utilità di «un concreto interscambio tra dogmatica penalistica e quelle scienze empirico-sociali... che potrebbero dare un contributo ad una più proficua lettura

culturali del gruppo d'origine sia o no “*reasonable*”⁷⁹, nel senso della serietà e intensità del rapporto esistente tra l'imputato stesso e la sua cultura di provenienza. Tale indagine è volta a verificare se l'agente era in grado di resistere alle pressioni culturali della sua tradizione, non tenendo conto dello schema culturale del suo gruppo d'origine.

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*.

In tutte queste fasi vanno considerati il grado di assimilazione dell'imputato nel contesto della società ospitante; l'identificabilità del gruppo culturale di minoranza, che comporta l'accertamento dell'esistenza di peculiarità culturali tali da attribuire ad un gruppo un'identità specifica e diversa da quella degli altri gruppi; il grado di coesione della minoranza culturale, attraverso la valutazione della separatezza di una comunità dalle altre⁸⁰. Rileva, inoltre, la prova, che l'imputato deve fornire per far valere la *cultural defense*, volta a dimostrare che il comportamento era coerente con le pratiche e le tradizioni *correnti*: ciò esclude l'“invenzione” di nuove usanze o il riferimento a tradizioni passate ed estinte⁸¹.

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 decisione⁸². Il giudice, infatti, ha il dovere di acquisire conoscenze

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 P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 316. Più precisamente, in questo 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. Va registrato, comunque, l'attuale sfavore dell'ordinamento italiano per l'ingresso nel processo penale delle indagini riguardanti in genere le qualità psichiche dell'imputato indipendenti da cause patologiche. Il divieto di perizia psicologica è affermato dall'art. 220, 2° comma, c.p.p.

⁷⁹ Si veda, sul punto, K.L. LEVINE, *Negotiating the Boundaries of Crime and Culture: A Sociological Perspective on Cultural Defense Strategies*, in “Law and Social Inquiry”, 28, 2003, p. 39 ss.

⁸⁰ DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, cit., pp. 235-236; LEVINE, *Negotiating the Boundaries of Crime and Culture: A Sociological Perspective on Cultural Defense Strategies*, cit., p. 41.

⁸¹ Cfr. RENTELN, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, cit., p. 64; DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, cit., pp. 235-236.

⁸² MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?*, cit., pp. 57 ss., 78, 86 ss., 93.

approfondite sui riferimenti culturali invocati dall'imputato, sì da non giungere a risultati discutibili. L'interrogatorio incrociato rappresenta il mezzo attraverso il quale le conoscenze sui fatti si fanno prove, traducendosi in "realtà" comune. Il vincolo della prova costituisce, allora, un elemento fondamentale che consente di definire l'orizzonte della convinzione fondata e dell'impegno giustificato alla validità di un'affermazione⁸³.

Nel processo, la ricostruzione dei fatti e la definizione della regola si raggiungono tramite il contrasto delle argomentazioni delle parti, che puntano a raggiungere una decisione ad esse propizia. Il momento della controversia e dell'opposizione dialettica tra posizioni in conflitto è finalizzato a giustificare una decisione pratica che si ponga come legittimamente risoltrice del caso specifico nel rispetto della verità dei fatti. La stessa decisione finale ha una natura argomentativa, basata su ragioni, e deve mostrare la sua correttezza e a adeguatezza⁸⁴. Giocano un ruolo cruciale, qui, i controlli di razionalità riguardanti, oltre che la concordanza, cioè la compatibilità e la congruenza, della soluzione prescelta con il sistema giuridico positivo, la sua giustizia materiale, rivolta agli aspetti di contenuto sostanziale del caso, intesa come plausibilità e ragionevolezza sociale di tale soluzione, e la sua evidenza, cioè l'innegabilità logica (valutabile invero solo *a posteriori*), che riguarda la capacità di "tenuta" e di "consenso" della decisione, in quanto non confutabile, essendo inutile il ricorso ad ulteriori argomentazioni⁸⁵.

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*⁸⁶, chiamati sempre più a fare i conti con il pluralismo etnico ed a garantire

⁸³ PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., pp. 139-142.

⁸⁴ VIOLA - ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., pp. 225-227.

⁸⁵ Cfr., sul punto, J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (1972), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, pp. 13-14, 20-21, 130-131, 138 ss., 167 ss.; G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 176-191; F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001³, pp. 191-192.

⁸⁶ Una rassegna sul (problematico) riconoscimento di esimenti culturali in alcuni paesi di *civil law* (segnatamente l'Italia e la Germania) si ha in MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*, cit., p. 563 ss.

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 nazionali⁸⁷. 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»⁸⁸, ma anche all'art 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, che così recita: «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»⁸⁹.

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 penale⁹⁰. Va segnalato, però, il diverso approccio, orientato al ricorso ad interventi penalistici 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 organi genitali femminili). che configura due nuove fattispecie incriminatrici⁹¹.

⁸⁷ BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., pp. 74 ss., 108 ss.; MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*, cit., p. 563.

⁸⁸ Sul punto si veda RODOTÀ, *Il diritto e i diritti nell'epoca dello «scontro delle civiltà»*, cit., pp. 727-729.

⁸⁹ Cfr. RENTELN, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, cit., p. 48.

⁹⁰ BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 81 ss.

⁹¹ Per analisi e riflessioni sulla nuova disciplina rinvio ai saggi di G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*; di G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*; di GF. ZANETTI, *Argomenti normativi in tema di escissione*, in A. BERNARDI - B. PASTORE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, rispettivamente pp. III-III, III-III, III-III. Sul tema v. altresì A. FACCHI, *Pratiche culturali e sfide al diritto: il caso dell'escissione*, in GF. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, Carocci, Roma, 2003, pp. 13-26; A. VANZAN e L. MIAZZI, *Modificazioni genitali:*

Secondo l'ipotesi di reato prevista nel primo comma, 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, 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 primo comma, 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 terzo comma del nuovo articolo, quando le pratiche di cui al primo e al secondo comma sono commesse a danno di un minore ovvero se il fatto è commesso a fini di lucro, la pena è aumentata di un terzo.

Non può non evidenziarsi, al riguardo, che tale disciplina, configura una vera e propria aggravante culturalmente caratterizzata, dove «il “disvalore aggiunto”... risiede tutto nella motivazione culturale del fatto e non tanto in una sua maggiore gravità lesiva»⁹². Le nuove fattispecie incriminatrici, nell'introdurre elementi di specialità nelle forme di tutela, marcano le differenze e mirano a perseguire scopi di intimidazione simbolica e di orientamento culturale. Esse sono dirette 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 della assoluta

tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, n. 1, 2006, pp. 13-34; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 303-316.

⁹² Così F. PALAZZO, *Considerazioni conclusive*, in BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, cit., p. 191.

incompatibilità con il nostro sistema di convivenza, è da chiedere se l'inasprimento della norma penale sia la via migliore per superarlo⁹³.

È invero sul versante giurisprudenziale che 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 realizzato⁹⁴. L'assenza di una disciplina e di una formalizzazione della *cultural defense*, però, rende le soluzioni giurisprudenziali prive di un indirizzo comune e oscillanti tra accoglimento e rigetto del dato culturale⁹⁵.

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, comunque, 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 ospitante⁹⁶. La disciplina dell'errore potrebbe

⁹³ Cfr. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., pp. 118-120; E. CESQUI, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in "Questione giustizia", n. 4, 2005, pp. 749 ss., 758-759; PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, cit., pp. 697-698.

⁹⁴ Alcuni esempi significativi sono forniti da BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 108 ss.; ID., *L'ondivaga rilevanza penale del «fattore culturale»*, cit., pp. 11-13.

⁹⁵ BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del «fattore culturale»*, cit., p. 14.

⁹⁶ Condivido, in proposito, le notazioni di G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, cit., pp. 152-153.

entrare in gioco, in termini piuttosto circoscritti⁹⁷, laddove il fatto sia commesso da chi effettivamente – perché ad esempio giunto da pochissimo tempo nel “Paese di accoglienza”, ancora dotato di conoscenze linguistiche nulle o insufficienti, non autonomo dalla cerchia etnico-culturale di appartenenza – non conosce la norma incriminatrice, né dispone ancora di strumenti per conoscerla o per rendersi conto della sua esistenza. Il bassissimo livello di integrazione produrrebbe, dunque, l’inevitabilità dell’errore o dell’ignoranza del diritto.

Non vanno escluse, ad ogni modo, 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 culturale⁹⁸, 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 culturale⁹⁹, e quella di evitare il pericolo che l’intervento penale sia vissuto come espressione della criminalizzazione dell’appartenenza ad una determinata minoranza¹⁰⁰.

Trovare un giusto temperamento nel conflitto tra legge penale e fatti culturalmente 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 pubblico¹⁰¹.

4. *EQUITÀ, LEGITTIMAZIONE, RICONOSCIMENTO*

⁹⁷ Concordo sul punto con FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., p. IIII.

⁹⁸ Cfr. BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, cit., pp. 1199-1201; ID., *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 121 ss.; DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., pp. 143 ss., 153 ss. Per un inquadramento teorico delle categorie dogmatiche su richiamate v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 99-107, 147 ss., 177 ss., 220 ss., 235 ss.

⁹⁹ Sulla funzione del giudice a tutela dei diritti individuali, specialmente delle donne e dei minori, attraverso l’utilizzo di strumenti diversi da quelli previsti dal diritto penale, insiste BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, cit., pp. IIIIIII.

¹⁰⁰ A. CAPUTO, *La giurisdizione e i conflitti culturali*, in “Questione giustizia”, n. 4, 2005, pp. 723-724.

¹⁰¹ HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, cit., p. 138; MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*, cit., p. 584-585; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 128-129.

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. Come evidenzia la Corte costituzionale italiana, infatti, la “individualizzazione” della pena, sì 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»¹⁰².

In ambito penale la regola di diritto è unicamente quella che il giudice ricava dalla legge nel momento giurisdizionale dell’accertamento di responsabilità¹⁰³ connesso alla repressione dei reati. A partire dalla *notitia criminis*, il diritto penale è funzionalizzato al processo, dove si ha la individuazione della fattispecie e delle conseguenze sanzionatorie dell’illecito. Il processo, peraltro, si struttura secondo principi indefettibili quali l’imparzialità del giudice, la pubblicità delle udienze, l’inviolabilità della difesa, la tutela della dialettica tra le parti¹⁰⁴.

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. Volere 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

¹⁰² Così nella sentenza della Corte costituzionale n. 299 del 24 giugno 1992, in “Giurisprudenza costituzionale”, XXXVII, 1992, pp. 2262-2263.

¹⁰³ PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*, cit., pp. 517-518.

¹⁰⁴ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, seconda edizione, Utet, Torino, 2007, pp. 10, 19 ss., 143 ss.

qualsiasi soggetto disposto a farsi coinvolgere in una discussione razionale¹⁰⁵. 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, la cui essenza sta proprio nella pratica comunicativa espressa dalla regola “*audi alteram partem*”¹⁰⁶, 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”. Il giudice è chiamato a considerare tutte le possibilità di comprensione della fattispecie e del fatto. L'intervento delle parti, oltre a costituire un'articolazione essenziale del diritto di difesa, si pone come principio ermeneutico che richiede di «considerare a fondo la causa da tutti i lati»¹⁰⁷. 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 va giustificata in base a ragioni riconoscibili come “neutre”, prescindenti cioè da specifiche appartenenze culturali¹⁰⁸. 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 pregiudizi¹⁰⁹. In questa prospettiva, 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 corso¹¹⁰. 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.

¹⁰⁵ R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), Giuffrè, Milano, 1998, pp. 171 ss., 225 ss.; F. MACIOCE, *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 117 ss., 166 ss.

¹⁰⁶ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, Bologna, 2005, p. 62.

¹⁰⁷ Cfr. W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 208, nt. 196.

¹⁰⁸ COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals'Dilemma*, cit., p. 1159; GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, cit., p. 87-88.

¹⁰⁹ S. HAMPSHIRE, *Non c'è giustizia senza conflitto* (2000), Feltrinelli, Milano, 2001, p. 15 ss.; HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, cit., p. 69.

¹¹⁰ UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 50-51.

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

La pratica giuridica si caratterizza strutturalmente per la compresenza, in rapporto di tensione, tra l'astrattezza e la rigidità delle fattispecie e la varietà e imprevedibilità dei casi della vita sottoposti all'interprete. Vasti ambiti della materia penale implicano interventi valutativi e, dunque, la partecipazione attiva di chi svolge attività interpretativa, trovandosi egli sempre all'interno di un contesto condizionante, determinato da fattori extratestuali non desumibili in maniera diretta dalle fattispecie in sé considerate.

La norma penale è dunque strutturalmente aperta, talché la decisione del giudice non costituisce il trasparente e univoco prolungamento della fattispecie nel fatto, senza l'aggiunta di ulteriori contenuti. L'esigenza di connettere la fattispecie alla realtà impongono al giudice, in sede applicativa, di effettuare scelte. I termini legali e le tipizzazioni normative indicano la direzione e l'orizzonte, ma cambiano di continuo nei loro significati e non possono essere formalizzati, essendo sottoposti a mediazioni interpretative condizionate dal contesto¹¹¹. Tale contesto è costituito «dall'assetto costituzionale dei poteri e dalla cosiddetta Costituzione materiale, dai testi normativi vigenti, dalle fenomenologie criminali da fronteggiare, dagli orientamenti della prassi

¹¹¹ Cfr. G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, pp. 24-29. Sulla strutturale dimensione ermeneutica delle fattispecie penali e del nesso che lega fattispecie e fatti, nella ricerca della loro corrispondenza significativa, è d'obbligo il rinvio a HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit.

giudiziaria e dalle culture e ideologie compresenti nell'universo magistratuale, dallo stato della dogmatica giuridica di matrice accademica e dalle connesse ideologie degli scienziati del diritto, dalle tendenze politiche e dalle aspettative sociali del momento (a loro volta, come oggi quasi sempre accade, frammentate in senso pluralistico), dalle mode culturali generali e – infine, ma non per importanza – dalle contingenti logiche di funzionamento del circuito mediatico»¹¹².

Nel processo penale sono presenti due dimensioni fondamentali: quella della legalità, che si connette all'autorità normativa, trovando espressione diretta nel testo giuridico, e all'eguaglianza dei casi sussulti all'interno di una stessa norma, e quella dell'equità individuale, che rinvia alla peculiarità insopprimibile del fatto concreto, nonché al contesto riguardante la realtà sottesa alla norma. 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 particolare¹¹³.

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 parti¹¹⁴.

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

¹¹² Così G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 326.

¹¹³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2002⁷, p. 138 ss.; PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., pp. 533, 536-537; VIOLA - ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 304 ss.

¹¹⁴ UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 143 ss.

interloquire e di provare. Il contraddittorio, qui, esprime una garanzia – quella che l'altra parte sia ascoltata – ed è lo specchio dell'identità stessa del processo.

Per rendere giustizia occorre parlare, argomentare, ascoltare e decidere. Il giudice opera in un contesto ben determinato – l'aula di udienza – dove si instaura un confronto regolato dalla procedura. Gli si impone di immergersi *in concreto* in un'esperienza che è, al tempo stesso, personale, sociale e giuridica, mantenendo la distanza e garantendo la visibilità del giudizio che si lega costitutivamente con l'obbligo di motivare¹¹⁵.

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 diritto¹¹⁶.

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

¹¹⁵ Cfr. A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario* (2001), Raffaello Cortina, Milano, 2007, pp. 2-3, 133-134, 267, 271.

¹¹⁶ PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., pp. 249-251. Si veda anche N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale* (1975), Giuffrè, Milano, 1995, p. 95 ss.

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 interculturale¹¹⁷. Si tratta anche di rimediare alla posizione di svantaggio in cui possono trovarsi i soggetti culturalmente diversi, predisponendo i mezzi che consentano l’eliminazione delle disparità di trattamento tramite la garanzia effettiva del diritto di difesa e la attuazione del “giusto processo”¹¹⁸.

5. COSTRUZIONE DEI FATTI E COMPrensIONE DELLE CULTURE: IL COMPITO ERMENEUTICO

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 ammesse e quando l’agire basato su queste tradizioni debba essere ritenuto giuridicamente intollerabile¹¹⁹. 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.)¹²⁰. Nel processo penale, la configurazione del fatto incide sulla scelta del grado di risposta sanzionatoria all’illecito, ossia sulla determinazione concreta della pena. In questo ambito si rappresentano particolari corsi di eventi che presuppongono una

¹¹⁷ HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, cit., p. VIII-IX, 4, 8-9, 67-69.

¹¹⁸ Sul “giusto processo” nell’ambito della giurisdizione penale, tra la vasta letteratura italiana, mi limito a rinviare a: M. CHIAVARIO, *Giusto processo: II) Processo penale*, in “Enciclopedia giuridica”, XV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2001 (Aggiornamento), p. 1 ss.; FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, cit.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina, Milano, 2000.

¹¹⁹ BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 128. Cfr., più in generale, A. GUAZZAROTTI, *Riconoscimento politico e riconoscimento giurisprudenziale dei gruppi religiosi*, in “Questione giustizia”, n. 4, 2005, pp. 736-748.

¹²⁰ Cfr. L.N. HENDERSON, *Legality and Empathy*, in “Michigan Law Review”, 85, 1987, pp. 1574 ss., 1579 ss., 1649 ss.; M. MINOW, *Foreword: Justice Engendered*, in “Harvard Law Review”, 101, 1987, pp. 10 ss., 17 ss., 75 ss.

visione del mondo. L'interpretazione-applicazione giudiziale si iscrive sempre in un contesto che la condiziona e che soggiace a influssi di ordine culturale¹²¹.

La decisione del giudice risulta, invero, dalla convergenza di tutta una serie di valutazioni - di tipo giuridico, sociale, culturale, psicologico - che possono variamente influenzarla. Essa spesso si radica, benché in maniera inconsapevole, su giudizi sociali preesistenti. La via migliore per procedere, allora, «non è negare *sic et simpliciter* gli inevitabili determinismi che incombono sull'atto del giudicare, bensì prenderne coscienza»¹²². Gioca un ruolo rilevante, qui, la precomprensione, e il linguaggio, in quanto «portatore e mezzo in cui si formano le rappresentazioni del giudizio», ne è una parte. Tale precomprensione è costituita da “processi di apprendimento di diversa natura”, e si pone come «un apparato categoriale, acquisito, nel senso più ampio, attraverso un'esperienza sociale, con il cui aiuto il giudice, inconsciamente, sceglie e classifica le caratteristiche “manifestamente” rilevanti di un caso e delle norme “appropriate” alla sua soluzione»¹²³. Da questo punto di vista, non va intesa, negativamente, in un senso meramente soggettivistico ed emozionale¹²⁴, che condizionerebbe la capacità valutativa dell'interprete, esigendo l'eliminazione dei pregiudizi personali. Peraltro, non può non essere sottolineato, a questo riguardo, che «quello di demolire l'arbitrarietà dei propri pregiudizi e di superarla nell'aderenza al “fatto” è uno sforzo inesauribile, che dura tutta la vita, e non certo limitato al giudice, ma tipico anche dello scienziato e di ogni individuo criticamente consapevole»¹²⁵.

La precomprensione, invece, è condizione di conoscenza positiva, anche se provvisoria, del problema in questione, che mette in moto e fa progredire l'intero processo del comprendere. Si caratterizza «come esperienza vitale connessa agli elementi storici di una cultura, che, insediandosi nei luoghi che sono propri al diritto,

¹²¹ FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., pp. 300 ss., 323.

¹²² GARAPON, *Del giudicare*, cit., pp. 264-265. Sulle variabili che incidono sulla decisione del giudice si rinvia a LANZA, *Sistema penale e cultura dell'immigrato: quale ruolo per il giudice?*, in questo volume, p. //.

¹²³ ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., p. 4. Sull'idea, elaborata in sede filosofica, secondo la quale ogni progetto cognitivo è originato dall'esperienza della precomprensione, che rimanda al collegamento tra interprete e contesto culturale, v. M. HEIDEGGER, *Essere e tempo* (1927), Longanesi & C., Milano, 1976³, p. 188 ss.; H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Bompiani, Milano 1983, p. 312 ss.

¹²⁴ In questa prospettiva pare collocarsi, tra gli altri, IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, cit., pp. 774-775.

¹²⁵ ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, cit., p. 163.

ne consente l'articolazione del senso. Perciò l'orizzonte di chi applica il diritto non è mai puramente personale, ma si inserisce e deve misurarsi in un generale orizzonte d'attesa, dal quale, in qualche misura, non può fuoriuscire. Ogni giudizio interpretativo sta dentro ai condizionamenti di una tradizione, dei quali non potrà mai completamente liberarsi»¹²⁶. La precomprensione, dunque, si lega ad un nesso dell'interprete con il tramandato che si presenta alla sua coscienza come un tessuto di saperi, valori e aspettative, e rinvia al suo rapporto con le norme, i precedenti, le categorie dogmatiche e dottrinali. Si pone, così, anche come risultato della socializzazione e della educazione professionali. L'interpretazione giuridica è sempre il frutto dell'attività di un soggetto che comprende ed opera all'interno di un contesto, muovendo da una precomprensione e inserendosi in una prassi e in una comunità interpretativa.

Tra la precomprensione, in quanto atto iniziale del comprendere giuridico, e il reperimento della regola decisionale, che ne è il punto conclusivo, si stende una fitta rete di sondaggi e di anticipazioni di possibili soluzioni che permette di vagliare i modelli normativi in rapporto alle risposte che possono essere date nel caso di specie. In questo procedimento, il piano normativo e dogmatico è continuamente interrotto da valutazioni relative all'utilizzabilità e accettabilità delle singole alternative di soluzione. L'iter del comprendere giuridico, così, non è lineare, ma procede a passi alterni, in un'ininterrotta posizione di ipotesi, in una loro successiva revisione e in un loro eventuale abbandono a favore della posizione di altre ipotesi, fino al raggiungimento dell'obiettivo. Allora, la precomprensione, che riguarda, nel loro inestricabile intreccio e nella loro progressiva determinazione, sia la considerazione dei fatti sia l'interpretazione dei materiali giuridici, implica la disponibilità a modificare, se ciò è necessario, convinzioni ed assunti di partenza, problematizzandoli e discutendoli, in una costante verifica che conduce al convincimento conclusivo del giudice¹²⁷.

¹²⁶ Così G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in "Ragion pratica", 11, 1998, pp. 148-149.

¹²⁷ Cfr. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., pp. 127 ss., 132 ss.; In proposito, v.: D. CANALE, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 11, 2006, pp. 331-338; PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., pp. 118-119; ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, cit., p. 150. Sul ruolo

La precomprensione si collega ai mutamenti ed all'evoluzione della coscienza sociale e della cultura giuridica e rinvia all'adempimento, da parte degli interpreti, di un compito inerente la loro attività: il rispetto e la realizzazione di quell'istanza assiologica (ruotante intorno all'idea di giustizia)¹²⁸ che partecipa alla configurazione complessiva del senso dell'impresa giuridica e del processo di positivizzazione che in essa si svolge. Risulta legata, pertanto, ad una disposizione partecipante e a quell'atteggiamento – etico e riflessivo – di apertura mentale dell'interprete che rende possibile il suo collocarsi, con la specificità del suo sapere, nella società.

Nell'ambito del giudizio giurisdizionale, la ricostruzione dei fatti si fonda su una ricerca dialettica e su una razionalità discorsiva e argomentativa. L'attività probatoria svolge, in questa dinamica, il compito fondamentale di convalidare la decisione, garantendo che essa si basi su una conoscenza, il più possibile precisa, veritiera e condivisa, perché controllata, delle circostanze che definiscono la situazione particolare in ordine alla quale è richiesta la valutazione giuridica. Entro tale prospettiva, nella raccolta, nell'esame e nel controllo delle informazioni relative a ciò su cui si controverte, l'imparzialità costituisce un aspetto fondamentale del giudizio stesso. Essa si esercita a partire dal (e richiede il) contributo delle parti attraverso il loro coinvolgimento nel procedimento, grazie al quale vengono avanzati e confrontati gli argomenti al fine della decisione¹²⁹. Qui si manifesta in pieno il ruolo centrale svolto dal contraddittorio quale metodo per la formazione della prova¹³⁰. E va evidenziato, a questo riguardo, che «senza una partecipazione attiva dell'imputato alla formazione della prova, si fanno strada solo pre-comprensioni altrui, mentre soltanto questa partecipazione consente all'imputato di dare un contributo efficace tramite la propria versione della realtà»¹³¹. La determinazione dell'oggetto del giudizio muove

esercitato dalla precomprensione (in quanto categoria polivalente ed ambigua) nella concretizzazione giudiziale delle norme penale rinvio a FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., spec. pp. 305-325.

¹²⁸ Scrivono VIOLA - ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 45: «la ricerca della giustizia nell'interazione sociale è coesistente all'uso del diritto e alla sua comprensione... al diritto si chiede che renda in qualche misura giusta la convivenza sociale: non già convivere a qualsiasi costo, ma solo in vista della giustizia... le stesse procedure giuridiche sono animate dalla ricerca di una soluzione, quanto più possibile, equa e giusta dei conflitti».

¹²⁹ Cfr. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., pp. 268-272.

¹³⁰ G. DI CHIARA, *Ragionevolezza e processo penale. Un'indagine attraverso i paradigmi dell'elaborazione della prova in contraddittorio*, in «Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», 7, 2002, p. 414.

¹³¹ Così HASSEMER, *Prefazione all'edizione italiana*, in ID., *Fattispecie e tipo*, cit., p. 52.

inevitabilmente dalla precomprensione degli attori processuali che prefigurano, con il confronto tra le loro enunciazioni, lo scenario decisionale entro cui il giudice è chiamato ad operare¹³². Peraltro, le presupposizioni del giudice, e quelle degli altri protagonisti del processo non possono essere eliminate. Vanno, invece, al fine di controllarle, assunte esplicitamente, chiarendone i presupposti e le implicazioni, depurandole, anche attraverso una salutare presa di distanza, dagli aspetti maggiormente soggettivi e dagli eventuali depositi di carattere irrazionale che esse possono contenere¹³³.

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 società¹³⁴. 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 adeguato¹³⁵.

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

¹³² CANALE, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, cit., pp. 359-365, 368. Si veda altresì LANZA, *Sistema penale e cultura dell'immigrato: quale ruolo per il giudice?*, in questo volume, p. //.

¹³³ VIOLA - ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 427.

¹³⁴ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 17 ss.; VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., pp. 292-293, 299. V. inoltre C. GEERTZ, *Antropologia interpretativa* (1977, 1983), Il Mulino, Bologna, 1998, p. 219.

¹³⁵ DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, p. VIII; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 215-216, 226.

del senso (soggettivo) del quale è portatrice sul piano delle relazioni intersoggettive. Il principio della responsabilità richiede di non prescindere dal dato culturale¹³⁶.

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*¹³⁷.

La costruzione dei fatti, pertanto, appare strutturalmente legata alla cultura, al linguaggio utilizzato per enunciarli, alle opzioni di valore che ne orientano la comprensione, alle acquisizioni concettuali che li definiscono e che rinviano a tradizioni e forme di vita condivise¹³⁸. 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

¹³⁶ BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 116-117. Cfr. inoltre G. FIANDACA, *Fatto nel diritto penale*, in "Digesto delle Discipline Penali", V, Utet, Torino, 1991, pp. 156-157.

¹³⁷ G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 9 ss.; PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., p. 62 ss.; M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 277 ss.

¹³⁸ E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, Carocci, Roma, 2002, pp. 25 ss., 107-108; F. RIGOTTI, *Le basi filosofiche del multiculturalismo*, in GALLI (a cura di), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, cit., 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.

costruita. La realtà, dunque, non è “trovata”, ma “prodotta”, e «le aspettative di senso giocano un ruolo centrale in questa costituzione. Il mondo... non ci accade come una figura compiuta che dovremmo soltanto osservare e riprodurre... sono le nostre esperienze e aspettative personali e culturali, le nostre precomprensioni, che ci mettono in condizione di scorgere, nella congerie delle informazioni circostanti, cose come linee, forme, senso: esse sono il conio di ciò che è “realtà”»¹³⁹.

Abbiamo in sostanza 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 (essenzialmente controverse), 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 realtà¹⁴⁰.

Le culture interagiscono, si confrontano, si scontrano, sono soggette a ridefinizioni¹⁴¹. 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 diversa¹⁴². Diventa di primaria importanza, a questo riguardo, l’assolvimento di un compito ermeneutico, che nasce dalla percezione dell’estraneità altrui ed è volto a vincerla riconoscendosi in un mondo comune richiedendo un impegno di traduzione attraverso lo sviluppo di vocabolari comparativi che diano articolazione alle differenze e rendano possibile la

¹³⁹ HASSEMER, *Prefazione all’edizione italiana*, in ID., *Fattispecie e tipo*, cit., p. 49.

¹⁴⁰ B. PASTORE, *Storicità delle culture e riconoscimento intersoggettivo*, in *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*. Studi raccolti da F. D’Agostino, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 343-345; KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p. 146 ss.; BENHABIB, *La rivendicazione dell’identità culturale*, cit., pp. 22-26.

¹⁴¹ Cfr. S. SCHEFFLER, *Immigration and the Significance of Culture*, in “Philosophy and Public Affairs”, 35, 2007, pp. 99-106.

¹⁴² TARUFFO, *Sui confini*, cit., pp. 39-41.

comprensione¹⁴³. Entra in gioco, nell'esercizio di una comprensione interculturale dei problemi, l'uso della facoltà di giudizio, che implica l'andare oltre i limiti del proprio particolare contesto, prendendo in considerazione i punti di vista degli altri con mentalità allargata¹⁴⁴. Si tratta, allora, di esplorare e negoziare in modo argomentativo le differenze, interagendo con esse e operando una considerazione riflessiva del proprio discorso, fino a riconoscere, nello sforzo di comprendersi per comprendere, la validità potenziale di altri discorsi, nella consapevolezza della distanza che separa il sé dall'altro, ma nel rispetto reciproco, che comporta l'eguale considerazione per l'integrità delle prospettive di ciascuno¹⁴⁵.

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»¹⁴⁶. 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, nella loro essenziale mediazione linguistica, tanto più importante in contesti mobili e altamente pluralistici quali sono quelli odierni¹⁴⁷. Un siffatto impegno si lega all'attività di ricostruzione fattuale che sta a fondamento della decisione “giusta”, nella ricerca di una verità da considerare come «il risultato del parallelogramma delle forze,

¹⁴³ TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, cit., pp. 55-56; P. RICOEUR, *Il paradigma della traduzione*, in “Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica”, 5, 2000, pp. 1-2, 11, 14-15. Sul tema della traduzione culturale e linguistica, con specifico riferimento alle *cultural defenses*, cfr. MAGUIGAN, *Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?*, cit., pp. 67-68, 72-76.

¹⁴⁴ PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., p. 25-28; BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., pp. 54-55. 188, 221-222. Il riferimento è a I. KANT, *Critica del Giudizio* (1790), Utet, Torino, 1993, pp. 267-269 (§ 40). Cfr., in proposito, H. ARENDT, *Teoria del giudizio politico. Lezioni sulla filosofia politica di Kant* (1982), il melangolo, Genova, 1990, pp. 67-69.

¹⁴⁵ PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà*, cit., pp. 58-59, 62.

¹⁴⁶ GEERTZ, *Antropologia interpretativa*, cit., p. 287. Per un'analisi delle dinamiche cognitive, socio-culturali e comunicative nell'ambito di contesti giuridici dove sono presenti soggetti appartenenti a gruppi etnici e linguistici “stranieri” rinvio a M.G. GUIDO - L. ZAPPULLI (a cura di), *Il discorso legale in contesti multiculturali. Studi interlinguistici*, Angeli, Milano, 2007.

¹⁴⁷ 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., pp. 125-129) che, guardando ai mutamenti in atto negli attuali contesti sociali, traduce in termini storicamente aggiornati l'originario rapporto (collegamento) tra luogonatura e giudice-società. La garanzia della naturalità del giudice «sancisce il diritto per il cittadino di essere giudicato da chi sia in grado di cogliere compiutamente, e quindi imparzialmente, il significato della sua condotta». Ivi, p. 127.

individuali e collettive, che interagiscono nello svolgimento processuale»¹⁴⁸. Tale ricostruzione si realizza nel corso della disputa giudiziaria. La verità, pertanto, si scorge solo in un prisma in cui la sua luce si riflette passando attraverso i filtri ineliminabili dell'attività argomentativo-probatoria delle parti¹⁴⁹. È da evitare, allora, che i soggetti appartenenti a culture “altre” subiscano le posizioni di svantaggio derivanti dal loro status, in primo luogo sul versante conoscenza della lingua in cui si svolge il processo¹⁵⁰.

Non va dimenticato 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 decisioni¹⁵¹.

L'appello alla ragionevolezza, ossia alla «predisposizione verso soluzioni miti, comprensive di tutte le ragioni che possono rivendicare buoni principî a proprio favore»¹⁵², 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

¹⁴⁸ UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 54.

¹⁴⁹ Sul punto v. R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, XLI, 1998, pp. 452 ss., 476 ss.

¹⁵⁰ Accenna al tema BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza del «fattore culturale»*, cit., pp. 14-15. Entra in gioco, a questo riguardo, il diritto all'assistenza linguistica, che si pone, rispetto allo straniero sottoposto a procedimento penale, non conoscente la lingua italiana, come tassello significativo del modello del “giusto processo” delineato, nel nostro ordinamento, dall'art. 111 Cost. Tale diritto – che trova formulazione nell'art. 143 c.c.p., inteso come punto di convergenza della garanzia costituzionale del diritto di difesa (art. 24 Cost., comma 2) e delle Convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia (art. 6 comma 3, lett. a) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; art. 14, comma 3, lett. a) del Patto internazionale sui diritti civili e politici) – riguarda la traduzione degli atti, scritti e orali, in sede giudiziaria ed è funzionale alla effettiva partecipazione allo svolgimento del processo penale. Il suo presupposto consiste nella mancata o imperfetta o difficoltosa conoscenza della lingua italiana – evidenziata dall'interessato o accertata dall'autorità procedente – tale da mettere l'imputato straniero nella condizione di non poter comprendere il contenuto dell'accusa e degli atti processuali cui partecipa. In questo caso, si procede alla nomina dell'interprete o del traduttore. Cfr., sul tema, D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 233 ss., 345 ss.; A. CAPUTO, *Il diritto all'assistenza linguistica dell'imputato straniero*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, n. 4, 2002, pp. 47-62. Sullo stretto collegamento funzionale tra la garanzia linguistica e il diritto di difesa insiste D. CURTOTTI NAPPI, *La spinta garantista della Corte costituzionale verso la difesa dello straniero non abiente*, in “Cassazione penale”, XLVII, 2007, pp. 4442-4450. Si tratta della nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 254 (20 giugno) 6 luglio 2007, che può essere letta sulla stessa Rivista, alle pp. 4439-4442.

¹⁵¹ PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà*, cit., pp. 10-11.

¹⁵² ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 168.

attenzione al rapporto tra giustizia, pluralismo e tolleranza¹⁵³, nella ricerca di equilibri attraverso un metodo consensuale di progressiva convergenza, conciliazione e inclusione.

¹⁵³ Cfr., più estesamente, PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà*, cit., pp. 48-64.