



Francesco Alicino

(professore ordinario di Diritto pubblico delle religioni nella Libera Università
Mediterranea di Casamassima - LUM, Dipartimento di Scienze Giuridiche e
dell'Impresa)

**I reati culturalmente motivati
fra assimilazionismo e relativismo multiculturale ***

Cultural Defenses between Monoculturalism and Multiculturalism

ABSTRACT: In an increasingly globalized world, individuals and groups are seeking to have their own culture respected, maintaining their cultural diversity in the face of growing globalization. These claims are connected with the formal conceptions of the principle of equality, which often produces substantial and discriminatory inequalities. This situation becomes even more complicated when related to the specific field of criminal law concerning cultural defenses. The author analyses the different approaches to cultural defenses, those oscillating from multiculturalism to monoculturalism, taking into account the Italian and European-international legal context.

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Esperienze normative - 3. Nello spazio giuridico europeo e internazionale - 4. Valida e inefficace - 5. Una ragionevole normativa penale - 6. Rigidità e flessibilità - 7. Fondati timori - 8. *Us and Them* - 9. Le culture tra eguaglianza e differenze - 10. Conclusioni.

1 - Introduzione

A fronte di un mondo sempre più globalizzato e interconnesso, individui e gruppi chiedono di esercitare il diritto ad avere una propria cultura¹, quindi a essere rispettati nella loro diversità culturale². Non si tratta di

* Contributo sottoposto a valutazione - Article peer evaluated.

Il contributo riproduce - aggiornato, ampliato e corredato dalle note - la relazione presentata durante la VII Giornata di studi beneventana su *"Diritto e giustizia penale tra riforme e società interculturali"* (Università Giustino Fortunato, 26 novembre 2021). Il contributo è pubblicato per la cortesia della Direzione della Rivista *"Diritto e Religioni"*, nella quale saranno pubblicati gli Atti della Giornata di studi.

¹ Art. 27 Patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici.

² Art. 2 della Convenzione UNESCO per la Protezione e la Promozione della Diversità



rivendicazioni legate a raffigurazioni ideologiche della realtà. Siamo innanzi a sistemi di senso e stili di vita che, dettati dal sedimento di contegni collettivi, possono dar luogo a condotte atipiche rispetto ai modelli di comportamento prescritti o vietati dall'ordinamento positivo³. A risentirne sono le concezioni formalistiche del principio di eguaglianza, dietro le quali spesso si celano forme di sostanziale e discriminatoria diseguaglianza: quelle, ad esempio, efficacemente sintetizzate nella massima del "tutti sono liberi di mangiare, ma l'indigenza impone ad alcuni la necessità di liberarsi dalla fame"⁴.

La relazione fra tutela del principio di eguaglianza e rispetto delle diversità si aggroviglia in sede penale, al lume del quale rampollano non pochi interrogativi. Li vediamo emergere dalla varianza delle impostazioni di legislatori e giudicanti alle prese con il fattore culturale e la incommensurabilità della relativa condotta⁵. Normalmente oscillano tra due categorie di soluzioni, presentate come alternative e reciprocamente escludentisi: l'una si basa sull'egualitarismo, sull'uniforme applicazione del diritto positivo; l'altra è improntata al differenzialismo, alla valorizzazione delle identità e dei diritti culturali⁶. Oscillano in altre parole tra i poli giuspolitici dell'assimilazionismo e del relativismo multiculturale⁷.

Varie esperienze normative e altrettanti orientamenti giurisprudenziali si collocano all'interno di queste polarità. Il presente lavoro si sofferma su quelle registrate nel contesto europeo-italiano alle prese con i reati culturalmente motivati⁸, i quali non di rado s'intersecano con le richieste di protezione internazionale degli immigrati che, ritornando in patria, rischiano di rimanerne vittima⁹. Dalla loro analisi affiorano attitudini capaci di stimolare l'attenzione sulla conversazione,

delle Espressioni Culturali, adottata a Parigi il 20 ottobre 2005.

³ C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, il Mulino, Bologna, 1987, p. 51.

⁴ Su cui F. ALICINO, *Il diritto fondamentale "a togliersi la fame". Banco di prova per il costituzionalismo contemporaneo*, in *Cibo e Società. Una relazione da esplorare*, a cura di M. DE CASTRIS, Roma TrE-Press, Roma, 2018, pp. 77-105, e alla bibliografia ivi pure riportata.

⁵ *Infra*, par. 2.

⁶ N. COLAIANNI, *Diritti, identità, culture tra alti e bassi giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 8, p. 1112.

⁷ Come ha recentemente affermato la Cassazione italiana, sez. IV pen., 4 agosto 2021, n. 30538, punti 4.3 e 4.4.

⁸ *Infra*, par. 3 e 4

⁹ *Infra*, par. 5 e 6.



“che sta avendo luogo a livello comparato e in tutto il mondo”¹⁰, in merito al rapporto fra il localismo dei diritti penali¹¹ e le diversità culturali¹².

2 - Esperienze normative

I reati culturalmente motivati (RCM), nel senso forte dell'avverbio, discriminano le norme in base alla positività e all'efficacia: positiva e valida la regola statutale; efficace e invalida la consuetudine più o meno fabulata¹³. Questa tipologia di reati serve ai fini della definizione della responsabilità di chi ha violato la prima per conformarsi alla seconda. Da altra prospettiva registrano il contrasto fra esperienze giuridiche polivalenti: quella di una data minoranza, dal cui sfondo socio-psichico affiora l'effetto pratico del condizionamento comunitario; e quella statutale che, espressione della cultura prevalente in un determinato scenario politico-territoriale, colloca la prescrizione consuetudinaria nell'illecito sanzionando penalmente la relativa condotta¹⁴. Qui l'autore informa il proprio comportamento al fenomeno normativo di appartenenza, vissuto sovente come un continuum rispetto a quello positivo. Fosse meno

¹⁰ **I. RUGGIU**, *Reati culturalmente motivati in Brasile: il caso di stupro-non stupro presso gli indios Guaran (con riflessioni sui matrimoni precoci Rom)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 3 del 2022, p. 63.

¹¹ Sul punto già **O. HÖFFE**, *Globalizzazione e diritto penale*, Einaudi-Edizioni di Comunità, Torino, 2001 e, per quanto riguarda la funzione dei giudizi largo senso intesa, **J. ALLARD**, **A. GARAPON**, *Les juges dans la mondialization, La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris, 2005, traduzione italiana a cura di C. MAGGIORI, *La mondializzazione dei giudici, Nuova rivoluzione del diritto*, Liberilibri, Macerata, 2006, pp. 92-93. Per approfondimenti *infra*, par. 7 e 8.

¹² *Infra*, par. 9.

¹³ Sul punto sempre attuali le considerazioni di **F. CORDERO**, *Diritto*, in **AA. VV.**, *Enciclopedia*, Einaudi, Torino, 1978, vol. 4, pp. 918-928.

¹⁴ Sul punto *ex plurimis* **I. RUGGIU**, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano, 2012, ora anche nell'edizione tradotta: *Culture and the Judiciary. The Anthropologist Judge*, Routledge, London, 2019; **P. PAROLARI**, *Culture, diritto, diritti: Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Giappichelli, Torino, 2016; **P. PANNIA**, *La diversità rivendicata. Giudici, diritti e culture tra Italia e Regno Unito. Uno studio comparato*, CEDAM, Padova, 2021; **A. BERNARDI**, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010; **C. DE MAGLIE**, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Pisa, 2010; **F. BASILE**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010.



coinvolto nelle mimiche di posizionamento sociale della cultura di origine distinguerebbe i rispettivi ordinamenti, nessuno dei quali implica l'altro.

L'analisi dei moventi accentua il ruolo del fattore culturale, capace di intersecare il profilo della tipicità del fatto, il suo grado di offensività e di anti giuridicità: l'attenzione si focalizza sulle componenti strutturali del reato e sull'elemento della consapevolezza dell'agente, quindi sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio. A loro volta questi costituenti impattano sulla personalizzazione del giudizio di colpevolezza che, nel solco del costituzionalismo contemporaneo, deve tenere conto della funzione rieducativa e risocializzante della pena, cui fa da pendant un approccio equilibrato e non formale al principio di uguaglianza¹⁵.

Il vaglio delle cause a base delle condotte illecite culturalmente fondate trascina il discorso sull'utilità: sulle ragioni che, attente al requisito dell'(in)effettività¹⁶, portano a distinguere le norme positive dalle formule in stile prescrittivo socialmente inermi, quando non dannose sul piano della prevenzione e della deterrenza¹⁷. Gli ordinamenti, inclusi quelli statuali, implicano tecniche di manipolazione delle condotte collettive. Del resto, il nucleo psichico del diritto sta in un fenomeno di pressione sociale. Gli strumenti normativi, tuttavia, a volte falliscono mancando di efficaci dispositivi e apparati¹⁸. La riprova è data da alcune figure autonome di RCM che, lungi da inibire atteggiamenti lesivi del "patrimonio irretrattabile della persona umana"¹⁹, favoriscono solo forme di subdola clandestinizzazione. Sono i rischi celati dalle leggi manifesto che, seppur cariche di valore simbolico per l'opinione maggioritaria²⁰, possono produrre effetti opposti a quelli preventivi e deterrenti²¹.

¹⁵ Sul punto ampiamente Cass., sez. IV pen., n. 30538 del 2021, cit., e in dottrina già F. **BASILE**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 361.

¹⁶ C. **PALIERO**, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 540.

¹⁷ Come sottolineano efficacemente N. **COLAIANNI**, *Diritti, identità, culture*, cit., p. 1115., e F. **BASILE**: *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 1° luglio 2013, p. 20 (anche in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 4); *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 364.

¹⁸ F. **CORDERO**, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1981, p. 766.

¹⁹ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13.

²⁰ N. **COLAIANNI**, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 227.

²¹ F. **BASILE**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 366, lì dove si critica la



Dal piano legislativo queste problematiche si riversano sulle singole vicende giudiziarie, dallo sfondo delle quali si staglia l'odierno processo di glocalizzazione, con cui i poderosi fenomeni immigratori e gli ambigui andamenti dell'economia creano dei flussi inversi dalla periferia al centro della società globale: universalizzando il locale nel momento in cui localizza l'universale, questo processo rinvigorisce contestualmente la percezione generalizzata di perdita di controllo e sicurezza²².

In un siffatto scenario legislatori e giudici affrontano la tematica dei RCM in base alla varianza delle locali impostazioni. Le vediamo oscillare tra due opposte categorie di soluzioni: l'una si basa sull'indefettibile e uniforme applicazione delle norme positive senza cedimenti ai diritti culturali²³; l'altra sottolinea gli influssi e i condizionamenti ambientali vigenti in date comunità e tradizioni²⁴. Si muovono in altri termini tra le polarità normative dell'assimilazionismo maggioritario e del relativismo multiculturale²⁵.

3 - Nello spazio giuridico europeo e internazionale

Nel contesto occidentale ed europeo l'avvento della glocalizzazione ha coinciso con un aumento dei RCM. Il tasso di crescita non è però quello estremo delle autentiche funzioni esponenziali. Ancorché riconducibile a un numero chiuso di delitti, l'incremento è più evidente nella varietà delle

tendenza all'introduzione di normative specifiche.

²² Su cui *ex plurimis* **R. ROBERTSON, K.E. WHITE**, *La glocalizzazione rivisitata ed elaborata*, in *Glocal*, Luca Rossella Editore, Roma, 2004, pp. 15-44; **R. ROBERTSON**, *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity*, in *Global Modernities*, a cura di M. FEATHERSTONE, S. LASH, R. ROBERTSON, Sage Publications, London, 1995, pp. 25-44; **M.R. FERRARESE**, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari. Laterza, 2006; *Persone e Stati. Le conseguenze della «glocalizzazione» e della innovazione tecnologica*, a cura di A.C. AMATO MANGIAMELI, Giuffrè, Milano, 2006.

²³ Sul punto già **C. DE MAGLIE**, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 32.

²⁴ **C. GRANDI**, *A proposito dei reati culturalmente motivati*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 ottobre 2011.

²⁵ Come si afferma in Cass., sez. IV pen., n. 30538/2021, cit., punti 4.3 e 4.4: “[a] fronte di un indirizzo che in apparenza propugna posizioni più decisamente “assimilazioniste”, rivendicando la incondizionata preminenza delle norme statuali sulla specificità culturale di cui l’agente è portatore e che, in ipotesi, ha ispirato la sua condotta, si registrano nella produzione della Corte anche pronunzie che hanno invece riconosciuto rilevanza a tale specificità”. Da cui l’alternativa, appunto, “tra assimilazionismo e relativismo multiculturale”.



tipologie: si va dalle mutilazioni genitali femminili a una concezione ancestrale dello *ius corrigendi* per donne e minori; dalla vendette di sangue alimentate da un visione arcaica dell'onore alle violenze sessuali intraconiugali; dalle molteplici violazioni dei diritti dell'infanzia (avviamento precoce al lavoro, accattonaggio, induzione alla consumazione di reati contro il patrimonio, dispregio dell'obbligo scolare) alle ipotesi di matrimoni combinati, rapporti sessuali a danno di minorenni, giustificati con una pregiudizievole visione della maturazione psico-fisica delle vittime²⁶. A queste fattispecie si aggiungono quelle con contenuti offensivi più sfumati. Si pensi al commercio e all'uso di stupefacenti come elemento liturgico o curativo²⁷. Lo stesso si può dire dell'impiego di taluni accessori nell'abbigliamento, che talvolta comportano la violazione di disposizioni penali: è il caso del *kirpan* (coltello tradizionale) indossato dalle persone di religione *sikh*²⁸ e dell'uso da parte di questi del turbante in luogo del casco protettivo all'interno dei cantieri²⁹.

All'elevata numerosità delle tipologie s'accosta la varianza di atteggiamenti di titolari e gestori della macchina normativa penale. Come si è anticipato, ciò che li distingue è la valutazione del fattore culturale: in che modo la cultura dell'autore abbia o possa aver influito sulla genesi e sulle modalità esecutive degli illeciti.

Tra le tipologie di RCM un posto di rilievo trovano le mutilazioni genitali femminili (MGF)³⁰ che, dai primi anni 2000, hanno suscitato rinnovato interesse nello spazio giuridico europeo e internazionale³¹. Lo

²⁶ **F. BASILE**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 75-156; **C. GRANDI**, *A proposito dei reati culturalmente motivati*, cit.

²⁷ **L. COZAD**, *God on High. Religion, Cannabis, and the Quest for Legitimacy*, Lexington Books, Lanhan-Boulder, New York-London, 2018.

²⁸ **P. DUCK**, *Consequences of culture Conflict Cases. Minimal Harm*, in *Criminal Law and Cultural Diversity*, ed. by W. KIMLICKA, C. LERNSTEDT, M. MATRAVERS, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 194. Si veda anche *infra*, par. 7.

²⁹ **I. SMITH, G. THOMAS**, *Smith & Thomas' Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 334

³⁰ Per approfondimenti della tematica delle MGF e le sue interconnessioni con alcune tradizioni cultural-religiose **F. BOTTI**, *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, Bononia University Press, Bologna, 2009, e alla bibliografia ivi pure riportata.

³¹ Sul punto cfr. **L. BELLUCCI**, *Le mutilazioni genitali femminili come reato di genere? Un'analisi delle norme europee alla luce del concetto di violenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit. n. 26 del 2018; **T. DI IORIO**, *Identità negate. Mutilazioni genitali femminili: la lotta dell'Europa contro una silenziosa violenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit. n. 12 del 2019.



testimoniano i numerosi documenti emanati dal Parlamento, dalla Commissione e dal Consiglio dell'UE nonché dalle istituzioni afferenti al diritto convenzionale (CEDU). Spiccano le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa sui maltrattamenti inflitti ai fanciulli³² e sulla violenza contro le donne in Europa³³. A queste si collegano le proposte di specifiche regole di cui alla Risoluzione del Parlamento europeo sulle MGF del 20 settembre 2001³⁴ e all'art. 38 della Convenzione del Consiglio d'Europa adottata a Istanbul l'11 maggio 2011³⁵. Esse s'innestano nel solco ideale tracciato a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso con le Carte dei diritti dell'uomo, dei popoli e del benessere del bambino, approvate dall'Unione africana il 27 giugno 1981 e l'11 luglio 1990. Sette mesi prima la comunità internazionale aveva conosciuto l'art. 24 (terzo comma) della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, con il quale le Alte parti contraenti si erano impegnate ad adottare "ogni misura efficace atta ad abolire le pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute dei minori".

Questo materiale normativo è stato via via ornato dalle dichiarazioni e dalle conclusioni di solenni conferenze³⁶. Come quelle che, nel quadro dei diritti umani internazionali, nel 2012 hanno ufficializzato la condanna pubblica delle MGF da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite³⁷. La presa di posizione è concomitante alla Direttiva dell'UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato³⁸ e che sostituisce la Decisione quadro del 15 marzo 2001 relativa alla posizione di queste vittime nel procedimento penale³⁹. Forse non è un caso se, assente nel documento del 2001, "la strategia di lotta contro la mutilazione genitale femminile" è esplicitamente richiamata in quello del 2012: tenendo conto della regolamentazione internazionale in materia, segnatamente la Convenzione ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti

³² 1371/1998.

³³ 1450/2000.

³⁴ 2001/2035(INI).

³⁵ 2001/2035(INI), ratificata dall'Italia con legge 27 giugno 2013, n. 77.

³⁶ Come la quarta Conferenza internazionale su popolazione e sviluppo che si è svolta al Cairo nel 1994 o la Conferenza mondiale sulle donne tenutasi a Pechino nel 1995.

³⁷ Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale del 20 dicembre 2012, n. 66/146, sulla base del Rapporto della Terzo Comitato (A/67/450 and Corr.1) dal titolo *Advancement of women*.

³⁸ 25 ottobre 2012, 2012/29/UE.

³⁹ 2001/220/GAI.



della donna (CEDAW) e la citata Convenzione di Istanbul, il richiamo è posto a “base dei futuri strumenti legislativi di diritto penale contro la violenza di genere”⁴⁰.

4 - Valida e inefficace

L’attivismo del legislatore sovrastatale e internazionale si riflette a livello domestico. Nel contesto dell’Europa unita affiora inizialmente dai Parlamenti svedese (1° gennaio 1982), britannico (16 luglio 1986) e norvegese (15 dicembre 1995). Dai primi anni 2000 si allarga considerevolmente⁴¹, al punto che oggi quasi tutti gli Stati membri dell’Unione europea vantano legislazioni penali dedicate alle MGF. Ne deriva un itinerario normativo che, segnato da un non meglio precisato legame tra queste pratiche e i condizionamenti di ispirazione cultural-religiosa, ha prodotto inutili, quando non deleterie, autonome fattispecie di reato.

È la tesi, fra le altre, dell’avvocatessa francese Linda Weil-Curiel che, dagli anni Ottanta del secolo scorso, ha difeso le vittime di MGF in oltre quaranta processi, facendo condannare più di cento persone, fra ostetriche tradizionali e genitori di bambine sessualmente mutilate⁴². Lo ha fatto in Francia, unico Paese dell’UE a non aver adottato leggi *ad hoc* in questo ambito⁴³. Ciononostante, la giurisdizione francese registra il maggior numero di procedimenti e condanne. Il divario è evidente non solo alla luce del raffronto con Paesi connotati da un impatto immigratorio più contenuto, com’è l’Italia. Lo è anche con riferimento a Stati, quali il Regno Unito, dove, a fronte di corposi insediamenti di popolazione

⁴⁰ Direttiva 2012/29/UE, cit., punto 6.

⁴¹ Come peraltro dimostra il Parlamento spagnolo (*Ley organica* 8 luglio 2005, n. 3) e, con una votazione quasi unanime, quello italiano (legge 9 gennaio 2006, n. 7, su cui *infra*), preceduti dal Parlamento inglese che con il *Female Genital Mutilation Act 2003* sostituisce il precedente *Prohibition of Female Circumcision Act 1985*.

⁴² Si veda E. ZUCCALÀ, *Così in Francia combatto le mutilazioni genitali femminili. Parla l’attivista Linda Weil-Curiel. In Europa le hanno subite almeno 500mila immigrate*, in *Avvenire*, 3 febbraio 2019.

⁴³ Da notare il cambio di rotto con l’entrata in vigore della *Loi no. 2013-711* del 5 agosto 2013 *portant diverses dispositions d’adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l’Union européenne et des engagements internationaux de la France*, il cui art. 35 adatta la legislazione francese alla Convenzione di Istanbul dell’11 maggio 2011 del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.



immigrata e un numero consistente di MGF⁴⁴, le procedure giudiziarie e le condanne restano a oggi nell'ordine di pochissime unità⁴⁵.

Il dato empirico mette in risalto la necessità di un diritto non solo valido ma anche effettivo ed efficace. Obiettivo, questo, plausibile nella misura in cui le mutilazioni subite o minacciate siano vissute come dannose e ingiuste. Nelle tendenze contrarie prevale il timore di emarginazione e di isolamento rispetto alla comunità di appartenenza, la cui condizione è spesso considerata più nociva delle MGF: ciò spiega il basso numero di denunce da parte delle dirette interessate e delle persone facenti parte di gruppi in cui sono perpetuate. La paura di esclusione e di forzata segregazione illumina anche la necessità di giungere a un approccio normativo diverso, aperto alla comprensione delle convinzioni alla base della pratica. Senza che questo debba ingenerare indifferenza o, peggio, distaccata accettazione.

Il dato empirico sottolinea in altre parole il bisogno di maneggiare con cura le specifiche categorie di reati, di là delle fanfare mediatiche e delle enunciazioni di principio improntate alla condanna morale. È meglio evitare di ridurre il diritto penale a rimedi omeopatici del desiderio di incidere su tradizionali consuetudini. Occorre volgere lo sguardo sugli effetti concreti della norma, sottoponendola al vaglio dell'effettività e dell'efficacia deterrente e preventiva.

Ne discende l'opportunità di una evoluzione nelle impostazioni di lotta e di contrasto di pratiche particolarmente allarmanti sul piano sociale e offensive rispetto ai diritti fondamentali della persona umana. Lo prescrive implicitamente il Parlamento europeo attraverso la Risoluzione del 12 febbraio 2020: ambiziosamente intitolata "Una strategia per porre fine alle mutilazioni genitali femminili nel mondo", il documento registra la soddisfazione dell'istituzione, lieta di notare che in quasi tutti i Paesi membri dell'UE "il diritto penale protegge in modo specifico le ragazze e le donne dalle MGF". Il Parlamento si dice però anche preoccupato per l'„evidente inefficacia" delle legislazioni statali, "visto il numero estremamente ridotto di casi che arrivano in tribunale"⁴⁶.

⁴⁴ Come peraltro si evince dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Verso l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili*, Bruxelles, 25 novembre 2013 COM(2013) 833 final., si veda p. 5.

⁴⁵ Lo si evince chiaramente dalle fonti documentali e dai Report raccolti ed elaborati dell'*European Institute for Gender Equality* (EIGE). Si veda <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/female-genital-mutilation> (ultimo accesso 13 febbraio 2022).

⁴⁶ P9_TA(2020)0031, punto 7.



5 - Una ragionevole normativa penale

Alla luce di tali risultanze alcuni spingono più in fondo la riflessione traendo le dovute considerazioni: contro il fenomeno delle MGF è molto più efficiente il vecchio codice penale, in cui le disposizioni puniscono le lesioni permanenti e i comportamenti che attentano all'integrità fisica di ogni individuo; le figure autonome di reato tendono invece a classificare la mutilazione sessuale sulla base della cultura di origine, spalancando la strada a una sorta di relativismo giudiziario. Lo attesta l'incremento di vicende processuali con esiti non sempre edificanti, soprattutto nell'ottica preventiva⁴⁷.

Sulla stessa linea di pensiero si pone chi sottolinea come nello spazio giuridico europeo la soluzione alle MGF non debba tenere conto delle motivazioni culturali: queste sono certamente alla base dei fatti costituenti reato, ma non ne eliminano l'antigiuridicità. E se proprio occorre addentrarsi sul terreno della scriminante culturale, lo si faccia considerando l'inconsistenza scientifica e il disvalore sociale di consuetudini che, alimentando gli illeciti, ne accentuano l'antinomia con il diritto positivo⁴⁸. Ragione per la quale dati comportamenti sono suscettibili di essere puniti con un maggiore carico sanzionatorio⁴⁹. Lo richiede la tutela di soggetti che, nel caso delle RCM in generale e delle MGF in particolare, s'incarnano in persone deboli e vulnerabili: la loro dignità rischia altrimenti di essere calpestata sotto il peso della diversità culturale⁵⁰.

⁴⁷ Su questo **F. ALICINO**, *Diritto alla salute e fattore religioso nello spazio giuridico europeo. Alla ricerca di un laico e sostenibile pluralismo etico*, in *Federalismi.it*, 2020, 3, pp. 1-30, e ai riferimenti ivi contenuti.

⁴⁸ Sul punto, intervenendo in una ipotesi di accattonaggio ai minori a opera di appartenenti Cass., sez. V pen., 28 novembre 2012 n. 37638, per cui ai sensi dell'art. 8 Disposizioni Preliminari c.c. la consuetudine in uso in determinate comunità culturalmente differenti può avere rilievo esimente soltanto quando sia richiamata dalla legge, e non anche quando sia *praeter legem* o addirittura *contra legem*, come nel caso in cui facoltizzi una condotta che l'ordinamento nazionale esplicitamente prevede come reato. Sul punto **V. VALENTE**, *La tutela del sistema tra identità individuale e cultural defense*, in *Diritto e Religioni*, 2019, n. 1, pp. 153-168.

⁴⁹ **C. PECORELLA**, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 863. ss.

⁵⁰ Su cui la nota tesi di **S. MOLLER OKIN**, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton University Press, Princeton, 1999, traduzione italiana a cura di A. FACCHI, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Raffaele Cortina, Milano, 2007.



Questa posizione, rispondo altri, non tiene conto del fatto che una pena particolarmente elevata potrebbe alimentare effetti opposti a quelli deterrenti⁵¹. Anche perché sovente la sanzione interviene a notevole distanza di tempo, quando la vittima ha rielaborato psicologicamente la sua condizione. In alcuni casi si convince dell'esito positivo della mutilazione, veicolo di una sopportabile convivenza all'interno della comunità di appartenenza⁵². Scoraggiando il ricorso al giudice, o peggio a strutture sanitarie anche in caso di complicanze successive alle infibulazioni, la previsione di pene ingenti può risolversi in una strabiliante eterogeneità dei fini. Tanto più deleteria se rapportata all'esigenza di tutela effettiva dei diritti e delle libertà fondamentali della persona umana⁵³.

Uno dei casi paradigmatici pare si annidi nella legge italiana 9 gennaio 2006 (n. 7) che, introducendo nel codice penale l'art. 583-bis, prescrive come reato "la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo"⁵⁴. Unificando i diversi tipi di illeciti nella categoria di MGF⁵⁵, le sue disposizioni prevedono una pena detentiva con un minimo edittale elevato e tecniche sanzionatorie non proprio efficienti⁵⁶. È quanto emerge dall'unico

⁵¹ **F. BASILE**, *Società multiculturali, immigrazione e reati "culturalmente motivati" - comprese le mutilazioni genitali femminili*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, p. 1343.

⁵² Su cui già **L. MONTICELLI**, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Indice penale*, 2003, pp. 535-585, specialmente p. 584.

⁵³ **N. COLAIANNI**, *Libertà costituzionali e diritto penale «di religione»*, in *Politica del diritto*, 1996, p. 168; **G. FIANDACA**, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in onore di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, Milano, 1991, vol. I, p. 184; **W. HASSEMER**, *Religionsdelikte in der säkularisierten Rechtsordnung*, in *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. LOMBARDI VALLAURI, G. DILCHER, Giuffrè, Milano, 1981, p. 1324.

⁵⁴ Commenti alla fattispecie di reato in **F. BASILE**, *Commento all'art. 583 bis*, in *Codice penale commentato*, 3^a ed., a cura di E. DOLCINI, G. MARINUCCI, Ipsoa, Milano, 2011, p. 5328; **G. FORNASARI**, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale*, in *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2011, p. 715.

⁵⁵ Così come classificati dal WHO in <https://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/overview/en/> (ultimo accesso 10 febbraio 2022).

⁵⁶ Da notare che il rigore sanzionatorio della legge n. 7 del 2006 è stato ulteriormente accentuato con l'art. 3 (comma 19°, lett. b) della legge 15 luglio 2009, n. 94, il quale ha introdotto (art. 602-bis c.p.) la pena accessoria della decadenza dall'esercizio della potestà genitoriale in caso di condanna del genitore per il reato di cui all'art. 583-bis, estendendo contestualmente le circostanze aggravanti di cui all'art. 585 c.p. anche al predetto reato.



intervento giudiziale in materia di reato di MGF⁵⁷: pene sì concepite accrescono la

“difficoltà o, meglio, l'impossibilità di ricostruire l'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie esaminata in presenza di forti e provate motivazioni socio-culturali”; motivazioni che “non contemplan quale scopo perseguito dai soggetti che alle stesse aderiscono il fine di menomare le funzioni sessuali della donna”⁵⁸.

È il risultato di leggi scritte sull'onda della mera indignazione e incuranti dei criteri di proporzionalità e sussidiarietà, capisaldi di una ragionevole normativa penale. Tanto più nelle materie ivi richiamate che, sottolineando l'intersezione fra effettività del diritto positivo e fattore culturale, rievocano le lungimiranti considerazioni della Corte costituzionale⁵⁹: le disposizioni penali vanno elaborate e introdotte nell'ordinamento in modo da poter esser percepite con funzioni “extrapenali di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale sono destinate ad operare”⁶⁰.

Sul punto **F. BASILE**, *Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 24 del 2013, p. 20, nt. 47.

⁵⁷ Da notare che, secondo un'inchiesta condotta dall'Università Milano-Bicocca, in Italia il numero delle donne straniere che ha subito un intervento di MGF oscilla tra 60-80 mila. Dall'indagine fatta su un campione di 1.400 donne emerge che per il 72,7% delle intervistate la pratica non dovrebbe continuare, per l'8,3% andrebbe medicalizzata, il 4,3% non ha un'opinione, l'1,2% si è rifiutato di rispondere, invece il 13,5% è convinto che debba continuare. Si veda l'estratto dell'indagine di **P. FARINA, L. ORTENSII**, *Mutilazioni genitali femminili: una nuova stima per l'Italia*, 2 maggio 2017: www.neodemos.info/pillole/mutilazioni-genitali-femminili-nuova-stima-litalia/?print=pdf (ultimo accesso 10 febbraio 2022).

⁵⁸ Corte d'Appello di Venezia 23 novembre n. 1485 del 2013, cit., che assolve gli imputati per “difetto dell'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie contestata, con la formula perché il fatto non costituisce reato”.

⁵⁹ Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364. Si veda anche Corte cost., 25 ottobre 1989, n. 487.

⁶⁰ *Ibidem*. Va notato che prima dell'entrata in vigore della legge n. 7 del 2006 i giudici italiani si sono imbattuti in almeno tre casi di MGF. Uno si è concluso con un decreto d'archiviazione, come emerge dalla pronuncia concernente i profili civilistici del Tribunale per i minorenni di Torino 17 luglio 1997 (in *Minori giustizia*, 1999, p. 140). Un altro vede il Tribunale di Milano (25 novembre 1999, *El Namr*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2000, p. 148) condannare per lesioni personali gravi di cui all'art. 583 (primo comma, n. 2) c.p. un immigrato egiziano che, in occasione di una vacanza in Egitto aveva fatto amputare il clitoride alla figlia di dieci anni. Un terzo caso si è concluso con sentenza del GUP di Verona (3 giugno 2008) dichiarativa dell'estinzione del reato per intervenuta



Occorre prendere atto che alcuni comportamenti trovano origine in, e si fanno scudo di, consolidate abitudini culturalmente orientate. Le quali, a loro volta, proiettano all'esterno del gruppo conflitti e fraintendimenti, non di rado vanificando l'efficacia dei percorsi di tutela delle prerogative individuali⁶¹. Ne consegue il bisogno di indirizzare i dispositivi normativi verso processi di mediazione⁶², comprensivi se del caso di tecniche di *transformative accommodation*⁶³. Processi e tecniche in grado di aggirare i condizionamenti intracomunitari, aumentando la consapevolezza negli individui non solo sul contenuto effettivo dei loro diritti, ma anche sulle conseguenze di consuetudini che, sulla scia di narrative antiscientifiche, sono estremamente pericolose per il benessere psico-fisico delle persone⁶⁴.

prescrizione; questo caso riguarda la stessa persona protagonista degli episodi cui si riferisce la Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, dep. 21 febbraio 2013, n. 1485, che riforma la sentenza del Tribunale di Verona, 14 aprile 2010 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 838 e in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, p. 209). Commento alla pronuncia del Tribunale di Verona in **L. MIAZZI**, *Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, p. 103; **C. PECORELLA**, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 853. Commenti alla sentenza della Corte di Appello in **F. BASILE**, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"*, cit., pp. 1-23.

⁶¹ Su cui **B. SERRA**, *Sanità, religione, immigrazione. Appunti per una realizzazione equa e sostenibile del diritto alla salute*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 31 del 2016.

⁶² **P. CONSORTI**, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013.

⁶³ **A. SHACHAR**, *Transformative accommodation: utilizing external protections to reduce internal restrictions*, in *Idem, Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 117-145; **B. JACKSON**, *Transformative Accommodation and Religious Law*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 11/2009, pp. 131-153; **A.T. BAUMEISTER**, *Gender Equality and Cultural Justice: The Limits of 'Transformative Accommodation'*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 3/2009, pp. 399-417; **Z. KAMARUDDIN**, **U.A. OSENI**, **S.K. RASHID**, *'Transformative Accommodation': Towards the Convergence of Shari'ah and Common Law in Muslim Minority Jurisdictions*, in *Arab Law Quarterly*, 3/2016, pp. 245-261; **R. SANDBERG**, *Conclusion: In Pursuit of Pluralism*, in *Religious Rules, States, Law, and Normative Pluralism. A Comparative Overview*, a cura di R. BOTTONI, R. CRISTOFORI, S. FERRARI, Springer, New York-Berlin-Heidelberg, 2016, pp. 395-416.

⁶⁴ È quanto del resto si cerca di fare con specifici protocolli sanitari come, ad esempio, quello in uso nel Regno Unito e denominato *dot on the pot*: per cui molti ambulatori, laboratori di analisi e ospedali forniscono a un'utenza culturalmente e religiosamente variegata la possibilità di segnalare in modo anonimo, senza cioè essere scoperti dai referenti familiari e comunitari, abusi domestici, pratiche e comportamenti non in linea con il rispetto e la tutela dei propri diritti e con la propria integrità fisica e psicologica. Per approfondimenti **D. PRETOVA**, **J. CLIFFORD**, *Religion and Healthcare in the European*



6 - Rigidità e flessibilità

Le alternative tra diritto comune e diritti culturali si tramutano spesso negli avvicendamenti fra rigidità e flessibilità del primo rispetto ai secondi. L'indifferenza alla realtà della società policulturale e l'ossequio al principio positivistico *ita lex* prevalgono in giurisprudenza e in dottrina: la legge va applicata in maniera uniforme e indifferenziata, senza tener conto delle condizioni personali e culturali dell'agente. Va detto, tuttavia, che questa rigidità è smentita almeno in sede di commisurazione della pena per cui, in base ai criteri posti dall'art. 133 c.p., se ne giustifica una qualche mitigazione. Quella che, ad esempio, si è imposta di fronte a "una persona di origine africana con un basso grado di cultura e non ancora integrata (circostanze che ne attenuano il dovere di informazione sulle norme penali)"⁶⁵.

In quanto prodotto di uno stato socio-psichico, l'essere soggetti a delle norme è un dato obiettivo, indipendentemente dal contenuto⁶⁶. I segni grafici del *droit écrit* di fonte statuale comunicano chiaramente la loro prevalenza sulla prescrizione comunitaria. Ma in dati contesti culturali il monopolio gnoseologico del diritto si colloca al di sotto del carisma di un danzatore della pioggia di fronte ai fenomeni atmosferici. Non bisogna sottovalutare il grado di resistenza di usi e abitudini che, incise in consolidate tradizioni, richiedono efficaci interventi giudiziari. Lo sono quelli capaci di tener conto delle particolarità dei singoli ricorsi e dell'ambiente sociale in cui certi contegni trovano alimento⁶⁷. Si crea così lo spazio a una interpretazione costituzionalmente orientata, la quale a volte deve considerare la cultura che ha allevato la regola a base della condotta illecita, la sua problematica relazione con il diritto positivo⁶⁸.

Union, NEF, London, 2009, pp. 50-52.

⁶⁵ Cass., sez. VI pen., 22 giugno 2011, n. 43646. Il caso riguardava una circoncisione, in cui l'agente non veniva scusato per motivi religiosi ma per errore scusabile dovuto a fattori culturali.

⁶⁶ F. CORDERO, *Diritto*, cit, p. 917.

⁶⁷ Cfr. Cass., sez. I pen., 18 febbraio 2010, n. 6587.

⁶⁸ Sul punto, ad esempio, Cass., sez. I pen., 21 dicembre 2011, n. 6796, in cui si afferma che «l'apprezzamento della plausibilità della correlazione, sul piano empirico della reattività, tra l'antecedente psichico della condotta, ossia dell'impulso che ha indotto il soggetto a delinquere, deve essere innanzitutto "ancorato agli elementi concreti della fattispecie, tenendo conto delle connotazioni culturali del soggetto giudicato, nonché del contesto sociale in cui si è verificato il tragico evento e dei fattori ambientali che possono aver condizionato la condotta criminosa». Si vedano anche Cass.: sez. I pen., 14 dicembre 2000, n. 5864; sez. I pen., 14 giugno 2007; n. 26013; sez. I pen., 17 dicembre 1998, n. 4819.



In questa prospettiva accade che, respinto formalmente dal giudice, l'argomento culturale riappaia nel medesimo procedimento sotto forma di "cripto-cultural defense"⁶⁹, prendendo corpo con la scelta di una pena lieve rispetto ai minimi e ai massimi edittali. A volte ciò è favorito dal codice penale che, ad esempio, nel caso di rapporto sessuale avuto da una persona infra-quattordicenne consente in Italia di effettuare delle distinzioni: se c'è il consenso si applica l'art. 609-quater c.p.; se il consenso manca o è stato ottenuto con l'inganno, si rientra nella fattispecie di cui all'art. 609-bis c.p. che contempla il fatto più grave della violenza sessuale. Talché, la possibilità di accedere a una fattispecie meno grave ha spinto la Cassazione verso una via intermedia tra le esigenze repressive del fenomeno giuridico statuale e il riconoscimento, sia pure non esplicito, del background culturale dell'agente⁷⁰.

Sul punto una parte della dottrina ribalta la prospettiva di indagine, leggendo il diritto positivo al lume di quello culturale. Giunge così alla conclusione per cui la disposizione di cui all'art. 609-quater (terzo comma) c.p. riflette tendenze maggioritarie: a causa della "liberalizzazione dei costumi e dell'accorciamento dell'infanzia", dopo avere registrato la maggiore frequenza di rapporti sessuali infra-quattordicenni, hanno indotto nel "legislatore la necessità di dare rilevanza alla libertà sessuale del minore almeno di tredici anni"⁷¹. Tanto che la disposizione in questione prevede ora la non punibilità per il "minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell'art. 609-bis, compie atti sessuali" con tredicenni, "se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a quattro anni"⁷². La disposizione, quindi, protegge "la pratica culturale di fidanzatini italiani di tredici e diciassette anni che hanno rapporti sessuali"⁷³. Lo stesso non si può dire per la coppia rom che si sposa, dato che, generalmente, il matrimonio con il rito di questa comunità si realizza quando l'uomo è intorno ai vent'anni. Questo progetto relazionale resta pertanto fuori dall'orizzonte culturale tutelato dal codice penale: "si potrebbe dire che l'impatto di un matrimonio precoce è molto maggiore di quello di una

⁶⁹ I. RUGGIU, *Reati culturalmente motivati*, cit., n. 3 del 2022, p. 83.

⁷⁰ Cass., sez. III pen., 22 novembre 2017, n. 53135.

⁷¹ I. RUGGIU, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 85.

⁷² Questa disposizione è stata introdotta con l'art. 13, terzo comma, della legge 19 luglio 2019, n. 69, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*.

⁷³ I. RUGGIU, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 85.



relazione sessuale precoce". La distinzione fra le due sanzioni pare così "viziata da un approccio monoculturale"⁷⁴.

Valutazioni, queste, che stimolano l'attenzione sui pericoli di orientamenti di segno opposto, tali perché connotati da una sorta di ossequio incondizionato nei confronti delle culture diverse dalla maggioritaria. Lo sono quelli capaci di aprire breccie rischiose nella necessità di tutela di beni giuridici che costituiscono espressione del diritto fondamentale dell'individuo. Innanzi al bisogno costituzionale di tutelarli, giustificazioni fondate sulla circostanza per cui l'agente sia portatore di concezioni culturali differenti devono "considerarsi recessive"⁷⁵. Occorre valorizzare sempre e comunque "il principio della centralità della persona umana, in grado di armonizzare le culture individuali rispondenti a tradizioni diverse, e di consentire quindi l'instaurazione di una società" improntata a un sostenibile e civile pluralismo socio-culturale⁷⁶.

Non possono assumere alcuna incidenza in senso scriminante pretese o rivendicazioni legate all'esercizio di specifiche usanze, abitudini e connotazioni interne ai gruppi e "che costituiscono il portato di concezioni in assoluto contrasto con i principi e le norme che stanno alla base dell'ordinamento costituzionale e della concreta regolamentazione dei rapporti interpersonali"⁷⁷. A imporlo è "la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali", nonché il "principio di eguaglianza e di pari dignità (artt. 2, 3, commi 1 e 2, Cost.)"⁷⁸. I quali, a loro volta, e per queste stesse ragioni, "costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con essi assolutamente incompatibili"⁷⁹.

7 - Fondati timori

⁷⁴ *Ibidem*. Sul punto si Camera dei Deputati, Servizio Studi, XVIII Legislatura, Dossier n° 79/1 - Elementi per l'esame in Assemblea del testo A.C. 1455 e abb.-A, *Disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, 26 marzo 2019, p. 5.

⁷⁵ Cass., sez. V pen., 14 ottobre 2021, n. 37422.

⁷⁶ *Ibidem*. Conformemente Cass., sez. III pen., 5 marzo 2020, n. 8986.

⁷⁷ Cass. sez. VI pen., 13 maggio 2014, n. 19674.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*. Si veda anche il precedente di Cass., sez. VI pen., 26 novembre 2008, n. 46300.



Come si diceva, la tematica dei reati culturalmente motivati si connette spesso con la disciplina dell'immigrazione. La congiunzione è favorita dalla richiesta di protezione internazionale da parte di chi rischia di subire atti di persecuzione per motivi di appartenenza a un gruppo sociale. In questo ambito la giurisprudenza sovrastatale registra tendenze alquanto ondivaghe. Lo attestano quelle afferenti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), come inaugurate a partire dai primi anni 2000, quando gli oneri probatori e i principi di diritto sostanziale iniziano a contrapporsi vicendevolmente. Ancora una volta a dominare la scena sono le MGF, considerate alla stregua di trattamenti inumani. Contrari all'art. 3 CEDU, il pericolo di mutilazioni rituali possono impedire l'allontanamento o l'espulsione del richiedente asilo dallo Stato membro⁸⁰. Il Giudice europeo sottolinea però anche la necessità da parte dell'istante di provare il rischio effettivo e reale di subirle, che va oltre l'incognita di condizioni potenzialmente disagiati⁸¹.

Va detto che un peso importante è in questo senso esercitato dal risalente principio di sussidiarietà costituzionale⁸², da cui è emersa la *supervisory function* della Corte EDU⁸³. Si aggiunga che, nonostante la procedura delle sentenze pilota di cui all'art. 61 del Regolamento della medesima Corte⁸⁴, a Strasburgo i giudici sentenziano sui singoli casi e non in funzione nomofilattica⁸⁵. Il che si riverbera nell'utilizzo del più celebre

⁸⁰ Corte EDU, *Lunguli v. Svezia*, 1° luglio 2003, appl. no. 33692/02.

⁸¹ Corte EDU, *Collins e Akaziebie v. Svezia*, 27 giugno 2005, appl. no. 23944/05. Si veda anche Corte EDU, *Agbotain v. Svezia*, 1° febbraio 2007, appl. no. 26834/05.

⁸² Così lo definisce **S. CASSESE**, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 126.

⁸³ Come si precisa in Corte EDU, 25 marzo 1993, *Kokkinakis v. Greece* (ric. 14307/88). Sulla Corte EDU come giudice dei casi si rinvia a **F. ALICINO**, *La libertà religiosa*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (cur.), *La Corte di Strasburgo*, Milano, 2019, pp. 458-467.

⁸⁴ Inserita il 21 febbraio 2011, la disposizione in questione disciplina una forma di pronuncia della Corte EDU, utilizzata "quando i fatti all'origine di un ricorso presentato innanzi ad essa rivelano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un'altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi" (traduzione italiana a cura del Servizio Traduzioni del Ministero della Giustizia Italiana. Ultima revisione versione 2020 a cura di Rita Carnevali e della dott.ssa Martina Scantamburlo). Un esempio di sentenza pilota è rappresentato dalla celebre Corte EDU, sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri. c. Italia* (ric. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), su cui si veda per tutti **F. VIGANÒ**, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 gennaio 2013.

⁸⁵ Sul punto già Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito* 7 dicembre 1976, ric. 5493/72.



marginale di apprezzamento, concesso a ogni Stato membro nella limitazione dei diritti come previsti dalla CEDU. La sua applicazione tiene conto di differenti variabili, a cominciare dalle circostanze concrete sottostanti al singolo ricorso e dal peculiare contesto statale interessato dalla controversia. Tanto più quando a essere prese in considerazione sono le materie afferenti a fattori socio-culturali. Non per nulla la disciplina di queste materie è spesso condizionata dalle varietà delle tradizioni presenti a livello dei singoli Paesi membri, rispetto ai quali la Corte EDU sovente s'approccia mediante la dottrina del consenso. Una dottrina che, attraverso alcuni *leading cases*, è stata a sua volta frequentemente associata a concetti dal contenuto normativo piuttosto fluido e modellabile. La "pace religiosa" in un determinato ambiente⁸⁶, le "condizioni essenziali per vivere assieme" alla luce del contesto di riferimento⁸⁷, il "bisogno sociale impellente" come imposto a livello locale⁸⁸ nonché, appunto, le "tradizioni vigenti nello Stato membro"⁸⁹ sono lì a dimostrarlo⁹⁰. Ne deriva la tensione fra sussidiarietà convenzionale e universalità dei diritti umani: vero è che l'impostazione della Convenzione pone l'accento sull'ambito di competenza *propria* di ogni Stato membro; dalla CEDU emerge però anche la necessità di applicare standard universali *propri* dei diritti umani⁹¹. Una tensione che per certi aspetti complica la valutazione delle richieste di protezione internazionale da parte di immigrati fondatamente timorosi di subire in patria condotte afferenti ai reati culturalmente motivati.

A livello statale le cose possono andare diversamente. Ancora una volta è l'Italia a suscitare interesse. Prima della sua definitiva approvazione nel 2006, il disegno di legge di cui al reato di MGF prevedeva una disposizione per la concessione dello *status* di rifugiato e del diritto d'asilo a donne in fuga dal proprio Paese per sottrarre se stesse e

⁸⁶ Corte EDU, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, appl. 44774/98.

⁸⁷ Corte EDU, 10 novembre 2015, *S.A.S. c. France*, appl. 44774/98.

⁸⁸ Corte EDU, 24 settembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, appl. 11/1993/406/485.

⁸⁹ Corte EDU, 15 febbraio 2001, *Dahlab c. Suisse*, appl. 42393/98.

⁹⁰ Su questi aspetti *ex plurimis*: F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, Key, Milano, 2019; K. DZEHTSIAROU, *European Consensus: A Way of Reasoning*, in *University College Dublin Law Research Paper*, 2009; M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, ETS, Milano, 2018, e alla bibliografia ivi pure riportata.

⁹¹ Su cui già S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere*, CEDAM, Padova, 2008, p. 107.



le proprie figlie alla mutilazione sessuale⁹². Accantonata nella versione finale della legge n. 7 del 2006, la misura è rientrata attraverso la giurisprudenza: lo *status* deve essere concesso quando usi e consuetudini forgiate da una cultura e in uno specifico contesto politico-territoriale si tramutano in pericoli di gravi danni nei confronti del richiedente⁹³.

I RCM si inoltrano così sul terreno dei principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti, connessi per ovvie ragioni alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana. La Cassazione italiana vi attinge per valutare una situazione di vulnerabilità⁹⁴. Non vale a escluderla la circostanza per cui, ad esempio, nel Paese di provenienza sia vigente una legge penale contro l'infibulazione sessuale femminile: dedotto il fondato timore di ritorsioni da parte del gruppo sociale di appartenenza, per essersi il richiedente opposto alla decisione della propria famiglia di mutilare gli organi genitali di una parente, la protezione internazionale va in ogni caso accordata⁹⁵. Non è il diritto positivo ufficiale di provenienza a dettare la linea giurisprudenziale, bensì l'emarginazione sociale di chi, opponendosi a consuetudini radicate nella cultura di origine, è portatore di elementi identificativi "di uno stato di vulnerabilità soggettiva"⁹⁶.

Questa condizione incide anche sul piano del diritto processuale, rispetto al quale l'esercizio del potere-dovere di cooperazione istruttoria non può limitarsi alla verifica del divieto legale di determinate pratiche nei contesti giuspolitici di partenza: l'istruttoria deve estendersi all'acquisizione di informazioni aggiornate sul costume sociale cogente, ricorrendo se del caso agli organismi internazionali che si occupano del monitoraggio di condotte in contrasto con i diritti umani. Di là dell'ufficialità del diritto positivo del Paese di origine, occorre "accertare se sussista un condizionamento collettivo" attraverso cui i comportamenti afferenti ai RCM siano percepiti come doverosi⁹⁷: è necessario valutare la

⁹² F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"*, cit., p. 22.

⁹³ B. CATTELAN, *Mutilazioni genitali rilevanti per lo status di rifugiato*, in *Questione giustizia*, 23 maggio 2013.

⁹⁴ Cass., sez. VI civ., 15 luglio 2021, n. 2029.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Cass., sez. I civile, 18 novembre 2019, n. 29836, la quale, in applicazione del principio ivi stabilito, ha cassato la sentenza del Tribunale che aveva ritenuto non credibile il racconto del richiedente esclusivamente sulla base delle informazioni attinte da un sito internet (*ecoi.net*) senza altro precisare quanto alla data e al paese di riferimento, sì da non consentire l'esatta individuazione della fonte di conoscenza e il



natura della regola culturale, in adesione alla quale questi comportamenti vivono nella quotidiana fatica dell'esperienza umana. Vanno insomma esaminati guardando alla loro forza vincolante e al loro livello di integrazione nell'ambiente sociale di riferimento⁹⁸.

Dette pratiche rappresentano "un trattamento oggettivamente inumano e degradante"⁹⁹. Il rischio di subirle costituisce perciò il presupposto per la concessione dello *status* di rifugiato. A fronte di queste considerazioni il giudice, "in attuazione del dovere di cooperazione istruttoria previsto dalla legge, deve verificare tutti i fatti pertinenti che riguardano il Paese di origine del richiedente al momento dell'adozione della decisione. Deve, ad esempio, verificare "l'esistenza di disposizioni normative o di pratiche tollerate, o comunque non adeguatamente osteggiate"¹⁰⁰. Bisogna accertare se, effettivamente, i richiedenti siano discriminati "nel libero godimento e nell'esercizio dei loro diritti fondamentali"¹⁰¹. Il fatto poi che non siano direttamente esposti a tale rischio non esclude il pericolo di un trattamento persecutorio per, ad esempio, aver cercato di sottrarre la sorella alla pratica culturale¹⁰².

Sulla stessa linea si pone la direttiva 2011/95/UE, in cui i "fondati timori" di subire danni gravi si affermano come presupposti ineludibili per il riconoscimento dello *status* di rifugiato¹⁰³. Lo sono quelli causati "da

controllo sul contenuto delle informazioni.

⁹⁸ Cfr. Cass., sez. I civ., 12 marzo 2021, n. 7105.

⁹⁹ Cass., sez. lav. civ., 16 febbraio 2022, (ud. 28 gennaio 2022, dep. 16 febbraio 2022), n. 5144.

¹⁰⁰ *Ibidem*. Sul punto già Cass., sez. I civ., 18 febbraio, 2021, n. 4377.

¹⁰¹ Cass., sez. I civ., 25 ottobre 2021 (ord.), n. 29971.

¹⁰² Cass., n. 5144 del 2022, cit., lì dove si afferma anche che: "a) la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, sottoscritta ad Istanbul l'11/05/2011 [...] definisce le mutilazioni genitali femminili (MGF) come grave violazione dei diritti umani delle donne e delle ragazze e come principale ostacolo al raggiungimento della parità tra i sessi; b) la Risoluzione del Parlamento Europeo del 14/06/2012 sull'abolizione delle mutilazioni genitali femminili, dà atto che le MGF sono indice di una disparità nei rapporti di forza e costituisce una forma di violenza nei confronti delle donne, al pari di altre gravi manifestazioni di violenza di genere, e che è assolutamente necessario inserire sistematicamente la lotta alle mutilazioni genitali femminili in quella più generale contro la violenza di genere e la violenza nei confronti delle donne".

¹⁰³ Sul punto Corte di Giustizia dell'UE, 5 settembre 2012, *Y e Z. c. Germania* C-71/11, C-99/11, nella quale si afferma che le violazioni del diritto di libertà religiosa possono dar luogo a una persecuzione nel caso in cui sono "sufficientemente gravi" per la loro natura o la loro reiterazione. Esse, in particolare, devono rappresentare una "violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti assoluti per i quali, in forza



tradizioni giuridiche e consuetudini” le quali comportano “le mutilazioni genitali, la sterilizzazione forzata o l’aborto coatto”¹⁰⁴. Per il riconoscimento dello *status* non è richiesta l’attiva partecipazione alla vita della formazione sociale in cui queste pratiche sono operanti¹⁰⁵. È sufficiente l’appartenenza al gruppo che, in caso di minorenni, può essere dedotta dagli orientamenti culturali dei genitori¹⁰⁶. A ciò si aggiunge il pericolo del *fumus persecutionis* nei confronti di chi, opponendosi a tali condotte, si pone al di fuori di certi modelli socio-culturali¹⁰⁷.

Il che, per vero, vale sia in sede civile, per quei casi incentrati sulla concessione o meno dello *status* di rifugiato¹⁰⁸, sia in ambito penale, dove l’attenzione si focalizza sulla l’origine delle condotte illecite¹⁰⁹.

8 - *Us and Them*

Su quest’ultimo versante occorre chiedersi quando e se il diritto positivo debba arretrare di fronte a motivazioni pretesamente culturali. Un risalente orientamento della Cassazione italiana risponde in modo fermo e deciso: a base di fatti costituenti reati, tali motivazioni non ne eliminano l’antigiuridicità; in sede penale le condotte che “trovano diretta fonte” in una tradizione culturale non possono “condizionare o menomare l’obbligatorietà delle leggi deducendo la rilevanza di un precetto a esse

dell’articolo 15, paragrafo 2 della CEDU, non è ammessa deroga”.

¹⁰⁴ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, L 337/9, punto 30.

¹⁰⁵ Cass., sez. I civ., 28 ottobre 2021, n. 30631. Sul punto già P. ANNICCHINO, *Persecuzioni religiose e diritto di asilo nella giurisprudenza delle corti sovranazionali europee*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 35 del 2014, pp. 1-13.

¹⁰⁶ Così anche UNHCR, *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/04/06 28 April 2004, p.to. 21.

¹⁰⁷ Cass., n. 5144 del 2021, cit.. Sul punto di vedano anche Corte di appello di Catania, sez. fam. pers. e min., 27 novembre 2012 (su http://www.questionegiustizia.it/doc/Corte_Apello_Catania_sentenza_27_novembre_2012.pdf); e Trib. di Cagliari, 3 aprile 2013 (su http://www.questionegiustizia.it/doc/Tribunale_Cagliari_ordinanza_12-08192.pdf - ultimo accesso 10 febbraio 2022).

¹⁰⁸ Cass., sez. I civ., 22 gennaio 2020, n. 1343.

¹⁰⁹ Cass., sez. IV pen., n. 30538 del 2021, cit., punto 4.5.



estraneo¹¹⁰. Fatte salve le circostanze generiche e specifiche stabilite in via generale dal codice penale, non v'è efficacia per la scriminante culturale, né questa può fungere da attenuante. Ciò si afferma anche nel caso in cui la fonte fosse qualificata dal gruppo di appartenenza come inderogabile¹¹¹. In caso contrario si formerebbero due interconnessi risultati, incompatibili con i pilastri portanti delle democrazie costituzionali.

Primo, l'arretramento del diritto penale getterebbe nell'incertezza il confine di "tolleranza nei confronti dei comportamenti culturalmente motivati e allo stesso esercizio, in tali forme, del diritto all'identità culturale"¹¹². Secondo, sarebbe severamente limitato l'espandersi dei diritti umani, come delineati "dall'ordinamento costituzionale e dalle fonti sovranazionali quale nucleo irrinunciabile della persona umana"¹¹³. Da cui le ripercussioni che questi effetti avrebbero sugli essenziali profili del principio di eguaglianza, compreso quello improntato "alla libertà intesa come *status libertatis*" la cui "negazione comporta l'annientamento della stessa personalità dell'individuo"¹¹⁴. La soluzione dei conflitti fra diritto positivo e condotte culturalmente orientate va insomma trovata avendo come bussola il principio unificatore della centralità della persona umana¹¹⁵, "denominatore minimo per l'instaurazione di una società civile"¹¹⁶.

Questo riferimento, tuttavia, è stato anche accostato a un non meglio precisato carattere multietnico della società¹¹⁷: ciò che talvolta è sfociato in una confusione tra cultura, etnia e religione, attraverso cui s'è poi insinuata la retorica dei valori della civiltà giuridica occidentale e

¹¹⁰ Cass., sez. I pen., 13 dicembre 1983, res. Fernandes, Est. Pianura, P.M. Scopelliti (concl. conf.); ric. Oneda e Costanzo. Annulla Assise app. Cagliari 13 dicembre 1982.

¹¹¹ Per la prospettiva costituzionalistica e comparata si veda l'orientamento del Tribunale Federale di Paranaguá, nello Stato del Paraná in Brasile, come analizzato da I. RUGGIU, *Reati culturalmente motivati*, cit., n. 3 del 2022, pp. 62-86, specialmente p. 71.

¹¹² Cass., sez. IV pen., n. 30538 del 2021, cit., punto 5.1.

¹¹³ Cass., sez. IV pen., n. 30538 del 2021, cit., punto 5.1.

¹¹⁴ Cass., sez. IV pen., n. 30538 del 2021, cit., punto 5.1.

¹¹⁵ Su cui già Cass., sez. VI pen., 5 novembre 2002, n. 55.

¹¹⁶ Cass., sez. III, 29 aprile 2015, n. 14960.

¹¹⁷ Il che si afferma in Cass. n. 14960 del 2015, cit. ("in una società multietnica non è concepibile la scomposizione dell'ordinamento in altrettanti statuti personali quante sono le etnie"), ripresa in Cass., sez. III pen., n. 8689 del 2020, cit. ("la centralità della persona umana, quale principio in grado di armonizzare le culture individuali rispondenti a culture diverse, e di consentire quindi l'instaurazione di una società civile multietnica") e letteralmente in Cass., sez. V pen., n. 37422 del 2021.



cristiana. L'esempio paradigmatico deriva da un risalente filone giurisprudenziale segnato dalla decisione del 1889 della Corte Suprema americana *Mormon Church v. United States*¹¹⁸ e relativo ai matrimoni poligamici. Sono contrari non solo e non tanto all'eguaglianza di genere e alla tutela dei diritti fondamentali della donna, quanto "allo spirito della cristianità (*contrary to the spirit of Christianity*) ovvero alla civiltà occidentale nella quale il cristianesimo si è affermato (*the civilization which Christianity has produced in the western world*)". Ragione per la quale "la bigamia e la poligamia sono considerati reati in tutti i Paesi civilizzati di cultura cristiana (*bigamy and polygamy are crimes by the laws of all civilised and Christian Countries*)". Bisogna pertanto comprendere in che modo una siffatta pratica e il relativo sistema, "così ripugnanti alle nostre leggi e ai principi della nostra civiltà e ai veri interessi della società civile", debbano essere sanzionati¹¹⁹.

Sotto una malcelata pretesa di superiorità culturale, queste argomentazioni scorrono da tempo fra le vene acquifere del costituzionalismo occidentale, rischiando talvolta di impattare rovinosamente sulla logica universalità dei diritti umani. Quelli che, pur non essendo voluti da tutti, servono a tutti; che, pur non essendo democratici, sono indispensabili per la vita di una qualsiasi democrazia costituzionale¹²⁰. Lo dimostra la discussa pronuncia sul *kirpan* del 2017,

¹¹⁸ 136 U.S. 1 (1890).

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 136: "[t]he organization of a community for the spread and practice of polygamy is, in a measure, a return to barbarism. It is contrary to the spirit of Christianity, and of the civilization which Christianity has produced in the western world. The question, therefore, is whether the promotion of such a nefarious system and practice, so repugnant to our laws and to the principles of our civilization, is to be allowed to continue by the sanction of the government itself, and whether the funds accumulated for that purpose shall be restored to the same unlawful uses as heretofore, to the detriment of the true interests of civil society" (traduzione dall'inglese mia). Sul punto per tutti **C. WEISBROD**, *The Law and Reconstituted Christianity: The Case of the Mormons*, in *Religious Conscience, the State, and The Law. Historical Contexts and Contemporary Significance*, a cura di J. MCLAREN, H.G. COWARD, State University of New York Press, Albany, 1999, p. 140. Si veda anche *Reynolds v. United States* (98 U.S. 145), 1878. Si veda altresì **N.F. COTT**, *Giving Character to Our Whole Civil Polity: Marriage and the Public Order in Late Nineteenth Century*, in *U.S. History as Women's History: New Feminist Essays (Gender & American Culture)*, a cura di L.K. KERBER, A. KESSLER-HARRIS, K. KISH SKLAR, The University of North Carolina Press, Chapel Hill and London, 1995, pp. 107-121; **C. WEISBROD**, *Family, Church and State: An Essay on Constitutionalism and Religious Authority*, in *Journal of Family Law*, 1988, 26, p. 741.

¹²⁰ È il logico e salutare paradosso efficacemente descritto da **L. FERRAJOLI**, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 2, V, p. 220.



nella quale la Cassazione italiana argomenta che “in una società multietnica, la convivenza tra soggetti di etnia diversa richiede necessariamente l’identificazione di un nucleo comune in cui immigrati e società di accoglienza si debbono riconoscere”¹²¹. Se in consonanza con il pluralismo sociale “l’integrazione non impone l’abbandono della cultura di origine”, il limite invalicabile è “costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante”¹²². Motivo per cui la Corte ritiene essenziale “l’obbligo per l’immigrato” di “conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi, e di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all’ordinamento giuridico che la disciplina”¹²³. Allo stesso modo, la sua libertà religiosa «incontra dei limiti, stabiliti dalla legislazione in vista della tutela di altre esigenze, tra cui quelle della pacifica convivenza e della sicurezza, compendiate nella formula dell’“ordine pubblico”»¹²⁴.

La nomenclatura etno-antropologica e religiosa è qui utilizzata per definire l’immigrato. Di modo che la sua etnia e la sua religione vengano poi lette al lume della cultura dello Stato ospitante, retto e vissuto sui valori della civiltà giuridica occidentale. Il carattere multietnico di questa civiltà è una necessità¹²⁵: non ci possiamo fare nulla; fa parte della infallibile fabbrica dei fatti. Questa necessità, continua la Corte, “non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali configgenti, a seconda delle etnie che la compongono, ostandovi l’unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro paese che individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare e, a tal fine, pone il divieto del porto di armi e di oggetti atti ad offendere”¹²⁶.

Quindi, in modo sbrigativo¹²⁷, prima si costruisce una ermeneutica cultural-religiosa su cui vengono ritagliate figure (l’immigrato, il fedele

¹²¹ Cass., sez. I pen., 31 marzo 2017, n. 24084.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Il che emerge anche con riferimento al richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU (*Leyla Sahin c. Turchia*, appl. 44774/98; *Refah Partisi e altri c. Turchia*, appl. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98; *Eweida e altri c. Regno Unito*, appl. 48420/10, 36516/10, 51671/10) sull’art. 9 CEDU in connessione all’abbigliamento e ai simboli religiosi; Cass., sez. I pen., n. 24084 del 2017, cit., punto 2.6.



sikh e il suo carattere etnologico) e fatti (la società che è multietnica; il nostro paese e la sua unicità cultural-giuridica). Figure e fatti servono poi a individuare delle necessità (la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico), rispetto alle quali soccorrono i mitici valori occidentali (cui l'immigrato ha l'obbligo di conformarsi). Il risultato finale è un esasperato localismo monoculturale informato all'assimilazionismo maggioritario che, nel caso di pecie, è presidiato dal divieto di portare armi.

In queste argomentazioni a farne le spese è innanzitutto il portato universale dei diritti umani, inconsapevolmente compresso sotto il peso di uno sterile antagonismo del *noi-occidentali*, da una parte, e *loro-immigrati*, dall'altra. Talmente sterile che nello spazio di poche parole si passa dalla proficua logica dei diritti umani a un inconcludente orizzonte normativo, nel cui vuoto rimbomba l'eco malinconico e minaccioso di *Us and Them*, per riprendere una vecchia canzone dei Pink Floyd¹²⁸. Un orizzonte nel quale le culture e le religioni vengono a loro volta ridotte a categoria neoetnica, con cui "l'Occidente cristiano" si contrappone "all'oriente *sikh* (nel caso della sentenza) o induista o, più ricorrentemente, musulmano"¹²⁹.

Occorre precisare che, nel panorama della giurisprudenza della Cassazione, l'orientamento del 2017 si distingue per la sua singolarità¹³⁰

¹²⁸ In *The Dark Side of the Moon*, Capitol Records, 1973.

¹²⁹ N. COLAIANNI, *Diritti, identità, culture*, cit., p. 1114.

¹³⁰ Cfr. per questo Cass., sez. I pen., 14 giugno 2016, n. 24739 (il cui collegio giudicante comprendeva peraltro Adet Toni Novik, estensore della sentenza cit. Cass., sez. I pen., n. 24084 del 2017), per cui "non esclude la rilevanza penale della fattispecie il motivo religioso addotto nel caso di specie rappresentato dall'appartenenza alla religione Sikh, tra i cui cinque simboli che il fedele deve portare sempre con sé rientra anche un pugnale ("kirpan") come quello rinvenuto sulla persona dell'imputato. E ciò non solo perché trattasi di motivo dedotto a posteriori e non nell'immediatezza del controllo, ma, comunque perché la libertà di culto o di fede trova pur sempre un limite invalicabile - si veda art. 8 Cost., comma 2, che esclude che gli statuti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica possano contrastare con l'ordinamento giuridico italiano - nella pacifica convivenza e nel rispetto delle norme a tutela della sicurezza pubblica". Anche Cass., sez. I pen., 16 giugno 2016, n. 25163: "la motivazione con cui la sentenza impugnata ha escluso che la ragione di natura religiosa allegata dall'imputato, costituita dalla sua adesione alle regole e alle tradizioni della religione Sikh, potesse giustificare il porto [...] risulta giuridicamente ineccepibile, dovendo la manifestazione delle pratiche religiose necessariamente adeguarsi ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano". Su tali sentenze. Sul punto A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh (considerazione in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1 del 2017, pp. 1-29; nonché A. NEGRI, *Sikh condannato per porto del*



dalla quale, tuttavia, possiamo derivare indicazioni di portata più generale. Quelle che afferiscono al rischio di un utilizzo non oculato di termini e concetti quali “valori”, “immigrato”, “etnia”, “nostro paese”, “società multietnica” *et similia*¹³¹. Un pericolo tanto più elevato innanzi a crescenti fenomeni di contegni collettivi differenziati, tali anche perché culturalmente fondati.

9 - Le culture tra eguaglianza e differenze

Nelle analisi sul diritto è buona regola muovere dal vivo dell’esperienza empirica¹³². Tanto più quando ci si imbatte nell’intreccio fra norme penali e diversità culturale, rispetto al quale è altrettanto importante non perdere mai di vista l’obiettivo principale: una effettiva ed efficiente garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali. Il suo conseguimento passa dalle dinamiche concrete sottostanti i rapporti di convivenza, compresi quelli incardinati sulle culture di origine. Si scopre così che, a fronte di efficaci strategie di tutela, il principio di eguaglianza ha ragione di esistere se tiene conto delle diversità. D’altra parte, l’attenzione nei confronti delle differenze non può estendersi fino al punto da minare le essenziali prerogative della persona umana: nel nome della diversità non è possibile tollerare condotte in grado di mettere in discussione il diritto di tutti a uno stato di benessere fisico, psichico e sociale. Verrebbe meno il senso stesso

kirpan: una discutibile sentenza della cassazione su immigrazione e “valori del mondo occidentale”, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 7-8, pp. 246-261.

¹³¹ E viene da dire che forse non è un caso se la Costituzione italiana non utilizzi mai le parole “valore” e “etnia”. Nel primo caso, infatti, il termine “valore” è utilizzato nel senso di misura di paragone, nel senso cioè di “valore di legge” o “valore legislativo” (artt. 75, 77, 87, 89 Cost.), o nel senso di “valorizzazione dei beni culturali e ambientali” (art. 117, terzo comma, Cost.). Nel caso di “etnia” si potrebbe obiettare che in Costituzione compare (art. 3) la parola “razza”. Ma, come emerge dalla lettura dei verbali della Costituente, ciò costituisce una sorta di antifrasi. “Il fatto che si mantenga questo termine per negare il concetto che vi è legato, e affermare l’eguaglianza assoluta di tutti i cittadini, mi pare sia positivo e non negativo”, disse l’On. Laconi. “Comprendo che vi sia chi desidera liberarsi da questa parola maledetta, [...]; ma è proprio per reagire a quanto avvenuto [...] che - anche con significato di contingenza storica - vogliamo affermare la parità umana e civile delle razze”, precisò l’On. Ruini. Entrambi replicavano all’On Cingolani, che voleva cancellarla “per un atto di doverosa cortesia verso le comunità israelitiche italiane” dopo le tragedie delle leggi razziali e della shoah. Si veda Assemblea Costituente, 24 marzo 1947, seduta pomeridiana, citazioni nei relativi verbali a pp. 2422-2424.

¹³² F. CORDERO, *Leviathan contro Dike*, in *Micromega*, 2006, 5, p. 53.



della democrazia costituzionale la cui enunciazione, tuttavia, non basta a ridimensionare le difficoltà dei poteri pubblici nel rapportarsi alle identità culturali.

Con tutto il carico di fattori individuali e proiezioni collettive, la trasposizione ragionevole dello Stato costituzionale si connette all'esigenza di una equilibrata applicazione del principio di eguaglianza, come tale ragionevolmente rispettoso delle diversità culturali¹³³. Anche perché, in un mondo terzo sempre più glocalizzato, queste ultime modellano le identità personali le quali, non più omologate, spingono verso un approccio più aperto, diverso da quello esclusivamente repressivo¹³⁴. Un approccio che, per gli stessi motivi, si sottrae alle sirene del relativismo multiculturale come anche all'assimilazionismo monoculturale¹³⁵.

Con riferimento ai RCM, la scelta multiculturalista tende a scaricare sulla pena il peso dei condizionamenti sociali dell'agente, calibrando volta in volta la risposta sanzionatoria. La dimensione neutrale e securitaria della deterrenza si palesa invece nell'opzione assimilazionista. Qui l'indefettibile e uniforme vigenza delle norme statuali. Lì la proliferazione di trattamenti sanzionatori personalizzati. In un verso o nell'altro si alzano barriere al sostenibile compromesso tra diritti universali e particolari, tra eguaglianza e differenze culturali.

D'altra parte, nel modello assimilazionista i presupposti della integralità personale e della vita umana come valore in sé si traducono nella preminenza del principio di eguaglianza formale. Nella prospettiva multiculturalista questa tendenza è adattata al fascio di convinzioni che orientano condotte culturalmente orientate, ancorché distoniche rispetto a principi incanalati nello *ius scriptum* statale. In entrambi i casi alla tutela del "patrimonio irretrattabile della persona umana"¹³⁶ si affianca l'attitudine a considerare le culture come sistemi normativi rigidi, impenetrabili e compatti. Possono anche evolvere, ma senza oltrepassare i propri confini prescrittivi: le culture hanno una loro dinamica; seguono un loro percorso alieno dalle interazioni con altre esperienze normative; sono

¹³³ Cfr. **W. KYMLICKA**, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995, traduzione italiana a cura di G. GASPERONI, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, il Mulino, 1999, p. 50; **D. MELIDORO**, *Dealing with Diversity: A Study in Contemporary Liberalism*, Oxford University Press, New Delhi, 2020.

¹³⁴ **O. HÖFFE**, *Globalizzazione e diritto penale*, cit., p. 8.

¹³⁵ Cass., sez. IV pen., n. 30538 del 2021, cit., punto 4.4.

¹³⁶ Corte cost., n. 13 del 1994, cit.



già date; si rimane a essa avvinti, inchiodati senza libertà di adesione o recesso. In breve, nelle versioni estreme dei due modelli le scelte sembrano essere racchiuse all'interno di opzioni che vanno dall'esclusione obbligatoria all'inclusione coatta¹³⁷.

Questo modo di concepire e trattare le identità sballotta il principio di eguaglianza dal piano dei singoli individui a quello delle culture. Si passa dal "tutti sono uguali" (assimilazionismo) a "tutte le formazioni socio-culturali sono eguali" (multiculturalismo)¹³⁸. Tanto che nelle forme più radicali le due alternative non trovano più ragioni valide per tutelare l'eguaglianza nel godimento dei diritti individuali (rifiutati dal multiculturalismo oltranzista) che, come tali, implicano il diritto alla differenza (osteggiata dall'assimilazionismo militante)¹³⁹. Eguaglianza e diritto alla differenza che, al contrario, gli adattamenti ragionevoli dello Stato costituzionale cercano di bilanciare contro i pericoli di nuovi principi: quelli rappresentati dalla nuda forza del numero (assimilazionismo) o dalla pressione esercitata dal gruppo cui si appartiene (multiculturalismo)¹⁴⁰.

Nel garantire le persone all'interno e all'esterno delle minoranze e delle maggioranze¹⁴¹, l'eguaglianza si apre invece a salutari paradossi. Non sempre è voluta da tutti, ma serve a tutti. Non necessariamente si regge sul consenso democratico, ma è un ingrediente essenziale per la democrazia costituzionale. Per un verso espande la valenza personalistica dei principi costituzionali, per l'altro impone alla maggioranza di

¹³⁷ Z. BAUMAN, *Wasted Lives: Modernity and its Outcasts*, Polity Press, Cambridge 2004, traduzione italiana a cura di M. ASTROLOGO, *Vite di scarto*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 165.

¹³⁸ G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, Rizzoli, Milano, 2000.

¹³⁹ M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, 2001, traduzione italiana a cura di S. D'ALESSANDRO, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003, p. 77; C. CARDIA, *Genesi dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 193.

¹⁴⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 954; M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, il Mulino, Bologna, 1998, p. 36.

¹⁴¹ E. TOSATO, *Corpi intermedi e bene comune*, in *Persona e bene comune nello Stato contemporaneo. Atti della XXXVI Settimana sociale dei Cattolici d'Italia*, Orione, Roma, 1965, p. 148, anche in E. TOSATO, *Persona, società e Stato*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 157; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1989, p. 15; F. RIMOLI, *Tutela del sentimento religioso, principio di eguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3343.



mantenere la promessa nei confronti delle minoranze: i loro diritti saranno tutelati in condizione di eguale e non discriminatoria libertà¹⁴².

10 - Conclusioni

La versione ragionevole della democrazia costituzionale non si basa sull'elogio incondizionato delle culture, tipicamente accentuate dal relativismo multiculturalista, ma nemmeno sulle tendenze prevaricatrici del monoculturalismo maggioritario, esaltato dall'assimilazionismo¹⁴³. Ponendo l'accento su alcuni connotati della democrazia costituzionale, questi due modelli hanno l'effetto paradossale di negarla: di negare le ragioni che storicamente e idealmente hanno portato all'affermazione dei suoi caratteri permanenti ed essenziali¹⁴⁴. Tra questi ritroviamo i diritti fondamentali che, quando improntati alla dignità della persona umana, non possono essere compressi sotto il conformismo della maggioranza, né essere derogati mediante la spinta centrifuga delle comunità di appartenenza. Dato il loro carattere strumentale, le culture di maggioranza e quelle di minoranze non devono assurgere a strumenti di costrizione dei diritti e delle libertà individuali¹⁴⁵.

¹⁴² **R. DWORKIN**, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Massachusetts, 1977, traduzione italiana a cura di G. REBUFFA, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 1982, P. 292. Nello stesso senso **P. HÄBERLE**, *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, in *La democrazia alla fine del secolo*, a cura di M. LUCIANI, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 97. Sul punto anche **M. PEDRAZZA GORLERO**, *L'eguaglianza fra libertà e convivenza*, in *Principi dell'89 e costituzione democratica*, a cura di L. CARLASSARE, CEDAM, Padova, 1991, p. 113; **A. CAVARERO**, *Il modello democratico nell'orizzonte della differenza*, in *2 Democrazia e diritto*, 1990, p. 238.

¹⁴³ **F. ALICINO**, *L'invenzione del principio "supremo" di laicità*, in *Laicità in Europa / Laicità in Italia. Intersezioni simboliche*, a cura di F. ALICINO, C. CIOTOLA (Prefazione di C. PINELLI), Apes, Roma, 2012, pp. 13-128.

¹⁴⁴ Definiti caratteri essenziali-permanenti del costituzionalismo occidentale da **A. BARBERA**, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, a cura di A. BARBERA, G. ZANETTI, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 9. Si veda **G. SILVESTRI**, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, specialmente il par. 3 del cap. II, *Libertà dei singoli, delle minoranze, dei popoli e sovranità nazionale: il problema dell'universalismo dei diritti umani*, p. 46.

¹⁴⁵ **P. RESCIGNO**, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, CEDAM, Padova, 1987, p. 50.



In sede penale un valido punto fermo lo offre un orientamento della Cassazione italiana: bisogna escludere la scriminante culturale in tutti i casi in cui la tendenza dell'agente a rimanere fedele alle regole del proprio gruppo "si traduce nella negazione dei diritti fondamentali configurati dall'ordinamento costituzionale e presidiati dalle norme penali"¹⁴⁶. Posizione questa che, tenendo conto della giurisprudenza costituzionale¹⁴⁷, è conforme ai diritti internazionali costituzionali¹⁴⁸. Alla luce delle loro disposizioni, la tutela della diversità culturale non può essere invocata al fine di pregiudicare le libertà e i diritti umani sanciti, appunto, "dalla Dichiarazione universale e dal diritto internazionale"¹⁴⁹.

In ambito penale il principio di stretta legalità s'accompagna così con le circostanze variabili che ispirano le condotte previste e punite dalla legge, distinguendole. Il che serve non solo per la determinazione dell'offensività del reato, l'individuazione della natura della regola culturale invocata e il grado di integrazione dell'autore nel tessuto sociale disciplinato dall'ordinamento costituzionale¹⁵⁰. Seve anche per definire l'impianto logico-argomentativo del giudice che, nel dirimere la controversia, può attingere ai test e alle perizie culturali, come elaborati negli ordinamenti ad alto tasso di pluralismo e, se del caso, arricchiti dai lavori della dottrina¹⁵¹.

¹⁴⁶ Cass., sez. IV pen., n. 30538 del 2021, cit., punto 4. Conformemente anche Cass: sez. IV pen., 08 novembre 2002, n. 55; sez. IV pen., 26 novembre, 2008, n. 46300; sez. III pen., 29 gennaio 2015, n. 14960; sez. V pen., 15 giugno 2012, n. 37638; sez. III pen., 12 dicembre 2019, n. 8986; sez. III pen., 20 novembre 2019, n. 7590; sez. VI pen., 16 gennaio 2020, n. 14043.

¹⁴⁷ Come affermato, fra gli altri, in Corte cost.: 28 dicembre 1988, n. 1146; 10 aprile 2001, n. 105; 23 luglio 1996, n. 297; 28 febbraio 1992, n. 75.

¹⁴⁸ **S. GARDBAUM**, *Human Rights as International Constitutional Rights*, in *The European Journal of International Law*, 2008, 19:4, pp. 749-768.

¹⁴⁹ Art. 2 Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: "[n]o one may invoke the provisions of this Convention in order to infringe human rights and fundamental freedoms as enshrined in the Universal Declaration of Human Rights or guaranteed by international law, or to limit the scope thereof".

¹⁵⁰ **F. BASILE**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., specialmente da p. 361.

¹⁵¹ **A. DUNDES RENTELN**, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 207 nonché **I. RUGGIU**, *Culture and the Judiciary. The Anthropologist Judge*, cit., Cap. 4., i cui "test culturali" sono stati utilizzati dal Tribunale Federale di Paranagu in Brasile riguardante il citato caso (n. 5002882-22.2015.4.04.7000/PR, con la decisione del 31 agosto 2018) come raccontato dalla stessa **I. RUGGIU**, *Reati culturalmente motivati*, cit., pp. 71-75.



Tutto ciò porta a sconsigliare una fusione dei diritti culturali nel diritto positivo. Al contrario, occorre una applicazione del secondo in modo da accogliere i primi fino a che questi non contrastino con il patrimonio irrettrabile della persona umana. Nel garantire "l'identità personale"¹⁵², questo patrimonio implica una "grammatica della soggettività interculturale"¹⁵³, improntata alla logica universalità dei diritti delle persone. La loro tutela costituisce un limite invalicabile anche per il diritto positivo. Tanto che nella nomenclatura giuridica nasce invalida quella legge in contrasto con le matrici¹⁵⁴ dei principi supremi, come li definisce la Consulta italiana: principi "stabiliti dal potere costituente a garanzia dei diritti fondamentali contro le stesse maggioranze democraticamente elette e, quindi, anche contro le comunità culturali potestative"¹⁵⁵.

Dopo tutto il diritto positivo non si esaurisce nel testo, che non equivale a norma. Nelle democrazie costituzionali qualcuno fabbrica lo *ius scriptum*, i competenti lo maneggiano componendo un circuito semantico a effetti legali. Anche nelle sue unità minime, la norma risulta così dalla combinazione di tre elementi, ugualmente necessari. Da un lato abbiamo i segni di partenza che possiamo indentificare con X o *intepretandum*, dall'altro i segni di arrivo che possiamo chiamare Y o *interpretans*, in mezzo si trova Z il *medium*. Quando Z congiunge X a Y, al prodotto di questa congiunzione compete il nome di norma¹⁵⁶.

¹⁵² Corte cost. 3 febbraio 1994, n. 13, p. 5.

¹⁵³ M. RICCA, *Sul diritto interculturale. Costruire l'esperienza giuridica oltre le identità*, in *Daimon*, 2008, pp. 5-42. Sul punto dello stesso Autore si vedano: *Dike meticcias. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008; *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008; *Riace, il futuro presente. Naturalizzare il globale tra immigrazione e sviluppo interculturale*, Dedalo, Bari, 2010; *Polifemo. La cecità dello straniero*, Torri del Vento, Palermo, 2011; *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012; *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013.

¹⁵⁴ F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 766.

¹⁵⁵ N. COLAIANNI, *Diritti, identità, culture*, cit., p. 1118.

¹⁵⁶ F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 764. Sul punto cfr. l'interessante dibattito sviluppato in Francia dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso fra Michel Topper e Otto Pfersmann, su cui *ex plurimis* i contributi di O. PFERSMANN: *Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution*, in *L'interprétation constitutionnelle*, a cura di F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, Paris, 2005, p. 19; *Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation*, in *Rev. fr. dr. const.*, 2001, p. 283; *Une théorie sans objet - une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, 2004, p. 154. *Le statut de volonté dans la définition*



Di solito a una fattispecie, vale a dire al modello di un fatto in vista del quale la norma dispone effetti giuridici, corrispondono molte condotte tipiche. E una giurisprudenza scientifica può in fondo essere definita come un catalogo di fattispecie. A volte la legge ne dissemina i frammenti in vari testi. E non è detto che da tale pluralità se ne possa ricavare una costante. Anche perché Z sottopone utilmente X ad “altre forme di normatività”¹⁵⁷. Ovvero, alla pluralità di interpretazioni e di ricostruzioni, ammissibili in quanto compatibili con il sistema costituzionale informato ai diritti e alla dignità della persona umana.

positiviste de la norme juridique, in *Droits*, 1999, p. 83, e i contributi di **M. TROPER**: *Le pouvoir judiciaire et la démocratie*, *Libertés, justice, tolérance*, in *Mélanges en l'hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 385; *Théorie des contraintes juridiques*, in *Théorie des contraintes juridiques*, a cura di M. TROPER, C. DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, LGDJ-Bruylant, Paris-Bruxelles, 2005, p. 12; *Pour une Théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 1994, p. 90; *Le jugement en droit: l'exemple des jugements de constitutionnalité*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1990, II, p. 575; *Réplique à Otto Pfersmann*, in *Rev. fr. dr. const.*, 2001, p. 353; *La liberté de l'interprète*, in *Journées d'étude su L'Office du juge*, Paris, Palais du Luxembourg, 29-30 settembre 2006). Si vedano anche **R. GUASTINI**, *Michel Troper. Sur la fonction juridictionnelle*, in *Droits*, 2003, 37, p. 122 e **P. WACHSMANN**, *La volonté de l'interprète*, in *Droits*, 1999, 28, p. 29.

¹⁵⁷ **P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI**, *Diritto privato. Una conversazione*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 142.