

"Avere la capacità di una passione e non realizzarla
equivale a farsi incompiuti e limitati."

Oscar Wilde

INTRODUZIONE

Con questo lavoro noi ci proponiamo di dimostrare come il codice penale italiano sia perfettamente dotato, nella parte generale, di forze, meccanismi, istituti in grado di disciplinare qualsiasi caso concreto in cui il fattore culturale emerga come motivazione della condotta criminosa, non abbisognando, pertanto, *de iure condendo*, della creazione da parte del legislatore penale di fattispecie esplicita, di parte generale.

Nel fissare e perseguire l'obiettivo non ignoriamo che il codice punisce, nella parte speciale, i delitti dell'impiego dei minori nell'accattonaggio (art. 600 octies c.p.) e quello delle mutilazioni genitali femminili (583 bis c.p.), fattispecie astratte di parte speciale fortemente connotate, contrassegnate da un fattore culturale della cultura d'appartenenza. Queste specifiche fattispecie sarebbero esempi di *affirmative actions*, le quali, sfruttando *in primis* il potere della funzione general-preventiva della sanzione penale, vengono concepite dal legislatore in seno ad una politica correttiva e compensativa, atta a creare concretamente 'eguali opportunità', e, cioè, eguali posizioni di partenza per tutti. L'obiettivo di un' *affirmative action* è di cancellare le differenze che svantaggiano per poi ripristinare la *cecità alle differenze* della legge eguale per tutti. Il meccanismo di attuazione è piuttosto esotico: si interviene con una 'discriminazione', ma si tratta di una discriminazione alla rovescia che 'discrimina' per cancellare discriminazioni, cioè, discrimina per contro-discriminare: a nostro avviso, pare che il legislatore chieda di punire determinate condotte affinché i soggetti-discriminati (nelle fattispecie *ad hoc* nominate, spesso sono coinvolti minori, femmine, maschi) ottengano il rispetto delle libertà fondamentali accordate agli altri, ma, al contrario- evidentemente- misconosciute dalla loro stessa coscienza, credenza, identità culturale d'appartenenza.

Tornando al nostro obiettivo, la presente tesi si propone, dunque, di illustrare le problematiche giuridico-penali connesse al fenomeno del multiculturalismo inteso, in senso descrittivo, come compresenza di una pluralità di culture sul medesimo territorio.

Il multiculturalismo nell'Europa occidentale, e, quindi, anche nel nostro Paese, ha origine dalla consistente immigrazione verso tali aree di *migrantes*, cioè, soggetti provenienti da Paesi africani, asiatici, sud-americani e Paesi dell'Europa orientale.

La compresenza sul medesimo territorio di un numero sempre più crescente di persone appartenenti ai più svariati gruppi etnici, linguistici e religiosi, provoca, dal punto di vista

penale, uno *scontro normo-culturale*, consistente in situazioni di *antinomia* tra il c.d. sistema giuridico del Paese ospitante (il nostro) e quello di provenienza dei vari gruppi d'appartenenza degli immigrati. Questo *conflitto normativo* è conosciuto e appellato dalla dottrina di tutti i Paesi del vecchio continente quale '*reato culturalmente motivato/culturalmente orientato*' (e, diversamente appellato dalla dottrina dei Paesi di *common law*, come *cultural defense*).

Il reato culturalmente motivato si configura soltanto in presenza del presupposto che il *background* culturale dell'agente abbia avuto un ruolo decisivo nella realizzazione della condotta criminosa: l'azione commessa dall'*immigrant* o da un appartenente ad una cultura minoritaria, considerata come reato dal sistema penale -espressione della cultura maggioritaria- viene giustificata, accettata, promossa, caldeggiata, approvata o incoraggiata come comportamento normale all'interno del proprio gruppo.

In base ai casi giurisprudenziali visionati e scelti per le nostre argomentazioni, il soggetto agente, appartenente a una cultura altra, imputato di un reato penale, adduce come causa della sua condotta la '*motivazione culturale*', cioè, l'appartenenza alla propria cultura d'origine, di provenienza ("Me lo ha fatto fare la mia cultura!"). Alla luce di ciò, pertanto, analizzeremo *de iure condito* il diverso modo di atteggiarsi della '*motivazione culturale*' -vera o fittizia - addotta dall'imputato.

Prima di arrivare a ciò, tuttavia, sarà nostra premura gettare con ordine semi nei nostri '*poderi*', che resteranno '*a maggese*' finché non saranno pronti a produrre frutti.

Nel primo capitolo tenteremo di mettere in evidenza da quali principii costituzionalmente qualificati il sistema giuridico italiano sia caratterizzato, quali siano le regole per una convivenza buona e pacifica, se il nostro ordinamento accoglie la diversità, fino a che punto questa sia accettabile, se e quale sia l'elasticità (l'apertura, i limiti) di un ordinamento giuridico libero, come lo intende il pluralismo, un sistema liberale - quindi, pluralistico e aperto (qui, si intende "aperto" senza autodistruggersi, senza esplodere o implodere come società giuridica); quindi, tenteremo, di evidenziare quali siano i fondamenti di valore del diritto penale (compreso il localismo del diritto penale), il rapporto tra diritto penale e l'elemento religioso.

Nel secondo capitolo tenteremo di riflettere sul tema del multiculturalismo, le sfide che esso lancia e di stabilire i possibili effetti giuridici connessi al riconoscimento '*scriteriato*' (non rispettoso del blocco invalicabile dei diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo) della diversità culturale, e rappresentati dalla ipotetica istituzione dei '*diritti del gruppo*'.

Nel capitolo terzo stabiliremo le politiche attuate dagli Stati Europei nei confronti della diversità culturale.

Nel capitolo quarto metteremo in evidenza il profilo del reato culturalmente motivato, con particolare riguardo al rapporto intercorrente la fede e la cultura dell'individuo, al significato dell'uso di un tipo di indumento, il velo (e di qualsiasi strumento avente caratterizzazione

religiosa o culturale) per valutarne in modo razionale l' offensività, considerando i semi attinenti alla religione gettati e depositati nel terreno del primo capitolo.

Se nel capitolo quinto tireremo le somme a fronte della presa in visione della prospera casistica giurisprudenziale europea in materia di reati culturali, nel capitolo sesto continueremo a compiere osservazioni attinenti il sistema giuridico italiano, ripartendo da quelle constatazioni cui eravamo giunti al primo capitolo e approfondendole.

Nei capitoli che vanno dal settimo al decimo faremo fruttare tutti i semi depositati nei capitoli precedenti, soprattutto primo e quarto, e ci dedicheremo -finalmente- alla discussione della motivazione culturale attraverso l'analisi di alcuni casi appartenenti all'empirico e *de iure condito*.

Va tenuto presente che ci siamo prefissati dei limiti precisi: la nostra analisi si svilupperà entro le categorie dogmatiche della *tipicità, antigiridicità, colpevolezza e punibilità*.

In tali limiti il metodo che tendenzialmente utilizzeremo è basato sullo studio di alcuni casi concreti, empirici, forniti dalla ricca e interessante esperienza giurisprudenziale italiana, cioè, il metodo è affidato a casi che si sono presentati innanzi ai giudici, senza perciò stesso farci mancare il supporto di opinioni e contributi dottrinali.

Ogni caso concreto è stato osservato, vivisezionato, esaminato minutamente; Individuata la norma incriminatrice di riferimento, i suoi elementi normativi sono stati commentati e distinti nel loro significato, sottoposti a critica, il più possibile oggettiva, avvalendosi sia delle opinioni dottrinali sia di quelle giurisprudenziali che, in alcuni casi, collimano tra loro, in altri, divergono; qualche orientamento, sia esso dottrinale o giurisprudenziale, è stato fatto scoppiare, per poi rimettersi con calma, pazienza, ordine e ragionevolezza a ricomporre i pezzi secondo una logica che sia stata, ci auguriamo, rispettosa il più possibile delle ragioni di tutti e di ciascuno. Su alcune posizioni e orientamenti è stata offerta una critica spregiudicata. La ragione risiede nel fatto che in questo studio, come in ogni cosa in cui ci cimentiamo, ci sforziamo di concentrare l'attenzione sul sodo e sulla sostanza delle questioni, con l'intento di compiere una critica costruttiva, sempre come è nelle nostre corde.

Ci auguriamo di aver operato esaurientemente per quello che è nelle nostre attuali possibilità.

GLI INTERESSI IN GIOCO NELLA SOCIETA' LIBERA E APERTA.

*“Dire ‘domani’
non fa parte
delle condizioni
del cammino”*

(Blal al-DinRumi)

Il problema prioritario: la tutela delle condizioni elementari della convivenza.

I problemi del diritto penale moderno pertengono alla nascita e alla legittimazione dell'ordine giuridico: come organizzare¹ una buona convivenza, cioè, una convivenza pacifica tra uomini.

Il primo problema della politica (e del diritto) è quello di assicurare protezione e sicurezza “perché risolverlo è condizione per (...) poter porre qualsiasi altro problema”². Per uscire dalla condizione di libertà selvaggia dell'originario stato di natura, gli uomini accettano di sottomettersi- in condizioni di parità- al potere sovrano, al potere dello Stato (il grande Leviatano).

La costruzione e conservazione dell'ordine giuridico implica la forza: ‘convenants, without swords, are but words’². Occorre legare gli uomini “by the fear of the punishment to the performance of the convenants”: l'obbedienza e l'attuazione dei patti e delle leggi da cui dipende la possibilità di una convivenza serena e sicura è ottenuta suscitando negli uomini la paura della punizione.

La nascita del diritto è vista come nascita del diritto penale: il diritto penale è limite alla violenza mediante il dispiegarsi della minaccia e di un uso regolato della forza.

L'ordinamento implica spazi di libertà, cioè, fare ciò che non è proibito dalla legge, senza esserne impedito. Questo implica la tutela del diritto di proprietà. Nello sviluppo delle moderne società liberal-costituzionali di medio-alta civiltà giuridica le libertà e la proprietà si affermano come diritti fondamentali. Infatti, il nucleo duro del diritto penale (delitti naturali, si usa dire) coincide con i delitti contro la persona (contro la vita e contro l'integrità fisica) e contro il patrimonio.

All'ordine giuridico (e alla spada del diritto penale) si richiede, innanzi tutto, la tutela della vita e dell'integrità fisica: difendere la propria vita è un diritto naturale; questo diritto è così

¹ D. PULITANO', *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, p 23, 2010, Torino, Giappichelli Ed.

² HOBBS, *Il Leviatano*.

fondamentale che qualsiasi eventuale patto di non difendere sé o di rinunciare a difendersi con la forza contro la forza sarebbe di per sé nullo; per lo Stato, la tutela della vita dalla violenza è obbligo principale.

L'articolo 3 della Costituzione italiana.

Al fine di organizzare e realizzare una buona convivenza tra uomini, le rivoluzioni liberali (a partire da quella americana fino a quella francese del sec. XVIII) e le dichiarazioni costituzionali affermano l'uguaglianza insieme alle libertà. L'art. 3 della Costituzione italiana, stabilendo al primo comma che *tutti i cittadini³ hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*, pone il principio di *uguaglianza giuridica* dei cittadini (o uguaglianza formale). Il suo secondo comma, assegnando *allo Stato il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto limitano la libertà e l'uguaglianza dei cittadini³*, sancisce il principio dell' *uguaglianza di fatto* (o uguaglianza sostanziale)⁴.

a) il principio di uguaglianza formale

L'uguaglianza formale del primo comma sancisce il principio dell'*uguaglianza davanti alla legge*. In questa accezione, il principio incide sulla forza e l'efficacia delle leggi. Infatti, lo stesso concetto di eguaglianza impone l'applicazione delle norme giuridiche a ogni cittadino, *indipendentemente* dal titolo, dal grado o dall'appartenenza ad una classe sociale, dalle condizioni economiche o dalla posizione di autorità rivestita, e *indipendentemente* da differenze date dal genere (femmina, maschio), dalla religione (cristiano/cattolico, protestante, induista, islamico, buddista, agnostico, ecc.), dalla lingua madre (italiana, francese, spagnola, russa, svedese, sanscrito, cinese, giapponese, araba, ecc.), dalle opinioni politiche (destra - sinistra, conservatori - repubblicani, ecc.), dalle condizioni personali e sociali.

Poi, il comma in questione detta a carico del legislatore un ulteriore vincolo che investe non solo l'efficacia, ma anche il contenuto della legge: la norma vieta, cioè, di operare discriminazioni fondate su sei qualificazioni personali da essa espressamente indicate, quali *sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e condizioni sociali*.

³ Anche se l'art. 3 Cost. si riferisce a tutti i cittadini è ormai pacifico che destinatari della disposizione devono considerarsi anche gli *stranieri* e gli *apolidi* (come la stessa Corte Costituzionale ha confermato con sentenza n. 54/1979), le persone *giuridiche* e gli altri *enti* sforniti di personalità giuridica.

⁴ CARETTI-DE SERVIO, *Istituzioni di diritto pubblico*, ult. ed.

D'altro canto, la stessa Costituzione prevede espressamente delle eccezioni, consentendo che siano operate delle distinzioni di disciplina fondate, ad esempio, su due delle qualificazioni personali di cui all'art. 3: si pensi all'art. 6 che impone di tutelare con apposite norme le minoranze linguistiche, oppure, si pensi all'art. 8 Cost. che consente alle confessioni acattoliche di regolare i rapporti con lo Stato attraverso intese. Riteniamo che il legislatore potrebbe disciplinare diversità non ancora previste dall'ordinamento, previa valutazione della particolarità delle situazioni o delle categorie di soggetti, nel rispetto dell'attuazione concreta del principio di uguaglianza. In entrambi i casi menzionati, le norme costituzionali prescrivono al legislatore di dettare una disciplina differenziata che dia riconoscimento e tuteli le situazioni di diversità. Infatti, una rigida applicazione del *divieto di operare distinzioni* si tradurrebbe in una sostanziale violazione del principio di eguaglianza.

E' proprio la peculiarità delle situazioni e dei rapporti che vengono in rilievo ad imporre deroghe al principio di parità di trattamento. Invero, un generalizzato livellamento di ogni situazione finirebbe con lo svantaggiare e penalizzare quelle categorie di soggetti che per le loro caratteristiche personali o per la loro condizione, necessitano di una disciplina differente, che tuteli la loro specificità.

Pertanto, il legislatore deve dettare:

- una disciplina uniforme per situazioni eguali;
- una disciplina differente per situazioni diverse.

Tuttavia, il rispetto del principio di eguaglianza richiede il rispetto di due condizioni:

- la legge, pur se riferita a un singolo gruppo sociale, non deve essere personale, cioè, non deve riguardare soggetti predeterminati, ma tutti coloro che astrattamente possono rientrare in quella categoria (generalità/onni-inclusività della legge);
- la disciplina differente deve essere "ragionevolmente giustificata" dal legislatore.

Tale duplice regola è finalizzata a impedire discriminazioni che siano frutto di valutazioni arbitrarie del legislatore e che non si giustifichino in relazione al fine che la norma si propone di realizzare (c.d. *ratio*).

La verifica della "ragionevolezza" di una legge comporta l'indagine sui suoi presupposti di fatto, la valutazione della congruenza tra mezzi e fini, l'accertamento degli stessi fini; per questi motivi si ricorre spesso ai lavori preparatori della legge, alle circolari ministeriali esplicative, ai precedenti storici dell'istituto. Nel caso si accerti l'irragionevolezza della legge, essa sarà affetta dal vizio di *eccesso di potere legislativo*, e, come tale, potrà essere abrogata per illegittimità costituzionale dalla Corte Costituzionale.

a1) Il principio dell'eguale rispetto

In ogni aula di tribunale, sulla parete alle spalle della poltrona dove siede una tra le massime funzioni pubbliche, si legge, scritta nella forma di una constatazione, ma che suona come un comando (primo destinatario della quale è il giudice stesso), 'la legge è uguale per tutti'. Il teorema giuridico - uguaglianza degli uomini davanti alla legge - può essere tradotto in chiave filosofica come riconoscimento dell' *'eguale rispetto'* dovuto a tutti gli uomini in quanto uomini⁵.

L'idea del *rispetto come riconoscimento* si differenzia dall'idea del rispetto come stima: il rispetto come stima deriva da una buona valutazione, mirata, specifica e differenziata - su una persona o su comportamenti di questa-; qualcosa che uno si deve meritare; il rispetto come riconoscimento è da intendersi come *'riconoscimento (reciproco) dell' altro come soggetto morale'*⁶, cioè, come *riconoscimento reciproco della dignità di una persona*, corrispondente a sua volta allo *status di persona in quanto tale, in quanto essere umano*.

⁵ PULITANO', op. cit. p 26.

⁶ La stessa opinione in G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, pp 28-30, 38, Milano, 2007, BUR saggi. Nel suo saggio, l' A. ci chiarisce cosa si debba bene intendere per pluralismo e per multiculturalismo, al fine di trovare la ricetta opportuna per una convivenza pacifica, buona. L' A. ricorda che a livello di sistemi di idee, di credenze, si può parlare di una *cultura pluralistica* con la stessa latitudine di significato con la quale discorriamo di una *cultura secolarizzata, laica*. Difatti le due nozioni sono complementari. Se una cultura è laica, non può essere monistica. Se è pluralistica, deve essere laica.

Una cultura genuinamente pluralistica si richiama al suo retroterra storico, e cioè al principio della tolleranza: la varietà e non l'uniformità, il dissenso e non l'unanimità, il variare, il dinamismo e non l'immobilismo, sono 'cose buone'. Queste sono le credenze di valore che emergono con la tolleranza e che si ascrivono al contesto culturale del pluralismo, e che devono essere espresse da una cultura pluralistica che non usurpa il nome che si dà.

Tolleranza e pluralismo sono concetti diversi ma sono intrinsecamente connessi: in questo senso, che il pluralismo *presuppone* la tolleranza, e quindi che un pluralismo intollerante è un falso pluralismo. La differenza è che la tolleranza *rispetta* i valori altrui, mentre il pluralismo *afferma* che la diversità e il dissenso sono valori che arricchiscono l'individuo e anche la sua società, il suo ordinamento. Per l'A. la democrazia si fonda su un sistema giuridico-politico fondato sulla *concordia discors*, di consenso arricchito da dissenso, a dire, la dialettica del dissentire.

Queste sono anche le premesse in base alle quali l'A. valuta e ci consiglia di valutare il cosiddetto 'multiculturalismo' dei nostri giorni.

In linea di principio, il pluralismo è tenuto a rispettare una molteplicità culturale esistente che trova e che non è suo compito fabbricare. Nella misura in cui l' odierno multiculturalismo è aggressivo, separante e intollerante, nella stessa misura, il multiculturalismo in questione è la negazione stessa del pluralismo. Il pluralismo "sostiene e alimenta una società aperta che riflette un 'ordine spontaneo', e certamente rispetta una società multiculturale che c'è, esistente e preesistente".

Tuttavia lo scopo primario del pluralismo è di assicurare la pace inter-culturale, non di fomentare una ostilità tra culture. Un contesto pluralistico postula un riconoscimento *reciproco*; un riconoscimento ricambiato da un radicale disconoscimento è anti-pluralistico: "il pluralismo è figlio della tolleranza, e quindi è 'vocato' a disconoscere una intolleranza che è poi effettivamente un odio culturale che rivendica una superiorità culturale alternativa. Il punto è

L'idea di un eguale rispetto, incondizionatamente dovuto a tutti gli uomini in quanto uomini, è il superamento di concezioni della dignità o dell'onore proprie di società gerarchiche, nelle quali talune diversità di *status*, di funzioni, di collocazione sociale comportano una assegnazione selettiva di corrispondenti tipi e gradi di dignità (la dignità del nobile, del guerriero, del funzionario, etc.).

Kant insegnava: 'Agisci in modo tale da trattare l'umanità, sia nella tua persona, sia in quella di ogni altro, sempre *anche come fine e mai semplicemente come mezzo*'. Nei rapporti umani c'è sempre anche un aspetto strumentale, ma questo non deve mai dominare la relazione (quando essa sia moralmente significativa).

L'idea del rispetto-riconoscimento come principio regolativo delle relazioni morali tra gli uomini ha un significato che supera la sfera del giuridico, ma che è, senz'altro, rilevante per il diritto. Per le moderne teorie normative della giustizia, l'idea dell'eguale rispetto è principio fondante della teoria liberal-democratica e del discorso filosofico sulla società buona/giusta o sul mondo giusto. E', quindi, un principio base non solo della filosofia politica contrattualistica, ma anche, ad un livello più profondo, un principio base dell'etica liberal-democratica.

Riconoscere che le persone hanno dignità è riconoscere che sono *sorgenti di valore*: è, però, riconoscimento di una relazione normativo-giuridica, non già ascrizione di un teorema metafisico.

Rispetto e diritti non sono la stessa cosa, ma i due termini si richiamano l'uno all'altro. Infatti, essere titolari di diritti -di diritti eguali- non è condizione di per sé necessaria e sufficiente dell'essere pienamente rispettate come persone; è solo condizione necessaria per poter essere riconosciuti, a livello sociale e politico, come destinatari di *uguaglianza del rispetto*, non nelle formazioni collettive, ma come singoli individui.

Per essere pienamente rispettate come persone, occorre che questo *valore* sia, prima che nella vita pratica e concretamente attuato dall'uomo della strada nei confronti dell'uomo della strada -socialmente suo pari-, riconosciuto e affermato *a la carte*. Questo è il fondamento su cui poggia il discorso dei diritti umani: *Tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali in dignità e diritti* (Dichiarazione dei diritti dell'uomo, art. 1). Sotto forma di constatazione, anche questa formula impone una prescrizione: *'esige il riconoscimento (ergo, un dovere) di quello che*

che qualsiasi 'identità' è trattata dal pluralismo allo stesso modo, cioè, in termini di rispetto e di riconoscimento reciproco. Se così non è, allora pluralismo non è".

Pertanto un multiculturalismo che rivendica la secessione culturale, e che si risolve nella tribalizzazione della cultura, è anti-pluralistico.

*enuncia come verità di fatto*⁷. Noi tutti nasciamo liberi e uguali in libertà e diritti ed è un dovere riconoscercelo, in reciprocità.

La Costituzione italiana nasce nell'universo dei diritti umani: riconosce diritti inviolabili della persona (a partire dall' art. 2 Cost.) ed il principio d'eguaglianza (art. 3 Cost.).

Per il diritto penale i divieti costituzionali di discriminazione, pur non specificamente penalistici, sono assolutamente fondamentali nel definire le forme legittime di intervento. L'esperienza della giustizia costituzionale italiana ha mostrato la funzionalità del principio d'eguaglianza, anche nella forma allargata del *principio di ragionevolezza*, quale strumento di controllo di legittimità di norme penali, solo o in unione a principi specificamente penalistici. Gli interessi tutelati, pertanto, trovano nel principio d'eguaglianza un criterio (per così dire) di interna conformazione: eguale dignità, eguale libertà, eguali diritti, eguale umanità.

Beninteso, questa non è la descrizione del diritto realmente esistente: è il programma normativo sotteso alla filosofia politica liberaldemocratica ed alla nostra Costituzione, cui la legislazione (anche penale) dovrebbe conformarsi. In questo senso, quindi, *nell'ottica penalistica, l'eguaglianza è carattere costitutivo di tutti i beni giuridici che possano assurgere ad oggetti legittimi di tutela penale.*

Un'autorevole voce ha ribadito l'importanza e il significato essenziale del principio della dignità umana: *'sia il Cristianesimo che la filosofia politica dell' Illuminismo, ognuno su di un fondamento diverso, hanno profondamente fondato e assicurato la dignità umana come pilastro di una società civilizzata e di uno stato di diritto'*. Il processo di costituzionalizzazione della dignità umana della persona è stato un evento etico-giuridico particolarmente importante. Quando parliamo della inviolabilità della dignità umana ci riferiamo ad una espressione del padre dell'Illuminismo – Kant -, secondo il quale *"la dignità umana consiste in larga misura nell' autonomia, cioè, nella capacità di ogni persona di farsi da sé una idea della vita buona'*.

Tuttavia, rispettare le persone come eguali significa, sì, accordare loro la libertà esterna necessaria perché esse possano perseguire i propri obiettivi, qualunque essi siano (dignità e principio di autodeterminazione collimano), ma a condizione che non violino la legittima (ed eguale) libertà esterna degli altri (principio dell'eguale riconoscimento reciproco, principio dell'eguale rispetto, principio di tolleranza, che dir si voglia).

Il richiamo all'eguale rispetto e all'eguaglianza di diritti è un principio regolativo per l'impostazione di problemi di tutela, non certo una soluzione di tutti i problemi. Il significato normativo di rispetto è *'indiretto e indeterminato, ma non per questo meno fondamentale'*.

⁷ HERSCH, cit. in PULITANO', op.cit.

Dicevamo, rispettare le persone come eguali significa rispetto *reciproco*: significa riconoscimento del "valore etico della più grande possibile varietà di profili assiologici-vocazionali"⁸ corrispondenti alle diverse forme di vita compatibili con i principi universalmente obbliganti; significa "riconoscere a ciascuno ciò che da ciascuno è dovuto a ciascun altro"; significa "riconoscimento di eguali libertà e di doveri reciproci". In definitiva, significa riconoscimento di eguali libertà e anche di eguali doveri reciproci, di un diritto e di un dovere in *giustificazione reciproca*: ergo, riconoscimento di ciò che da ciascuno sia dovuto a ciascun altro anche nella forma di doveri di tutela e doveri di riconoscimento di eguali libertà (e, quindi, non solo di diritti).

b) l'uguaglianza sostanziale

Il principio di uguaglianza formale resterebbe una pura enunciazione teorica se non fosse integrato da quello di *uguaglianza sostanziale*.

Il Costituente ha giustamente ritenuto che non ha alcun valore sostanziale stabilire e garantire il principio di uguaglianza tra i cittadini, quando esistono tra di essi degli ostacoli di carattere *economico-sociale* che *di fatto* limitano la loro libertà e uguaglianza ponendoli, gli uni rispetto agli altri, in una posizione di *disuguaglianza originaria*.

Affinché si realizzi il principio di uguaglianza, è necessario che tutti i cittadini siano posti *inizialmente su un piano di sostanziale parità*, eliminando gli ostacoli di carattere economico e sociale che possono creare discriminazione -anche con *affermative action*-, che possono impedire il libero sviluppo della persona umana in tutti i suoi aspetti particolari edistrarli dalla partecipazione alla vita economica, politica e sociale del Paese.

Pertanto, il principio di uguaglianza si traduce nel riconoscimento ad ogni individuo di eguali opportunità e pari dignità sociale, cioè, nell'attribuzione ad ogni essere umano di un valore autonomo e indipendente dalla sua situazione economica, sociale o personale. L'articolo 3 è, quindi, una peana alla diversità.

In questo modo si creano le condizioni di uguaglianza giuridica che consentono ad ogni individuo di esercitare i diritti inviolabili riconosciuti dalla Costituzione (all'art. 2 Cost. e ss).

⁸ FORST, cit. in PULITANO', op. cit. Della filosofia dei valori fu padre il filosofo tedesco R. H. Lotze che affermava: 'dove due ipotesi sono ugualmente possibili, l'una in accordo con le nostre esigenze morali, l'altra in opposizione ad esse, bisogna scegliere la prima'.

Le libertà: i diritti inviolabili dell'uomo e nuovi diritti.

Nella Carta costituzionale, idealmente accanto all'eguaglianza, concretamente a precederla è l'art. 2, il quale stabilisce, nella prima parte, che "la Repubblica riconosce e garantisce i *diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*".

Per *diritti inviolabili* si intendono quei *diritti e quelle libertà essenziali*, che costituiscono la base e il fondamento del nostro regime politico. Essi sono inviolabili anche da parte del legislatore ordinario le cui norme sarebbero costituzionalmente illegittime se egli tendesse a limitarli; da ultimo, essi sono anche sottratti al potere di revisione costituzionale⁹.

Questi diritti sono riconosciuti all'uomo:

-sia come *singolo*: tali il diritto al nome, all'onore (diritti della personalità), alla libera manifestazione del suo pensiero;

-che come *membro di formazioni sociali*: il diritto di associazione e di riunione e di tutti i diritti relativi all'attività delle associazioni (culturali, sportive, politiche etc.).

Ma all'art. 2 Cost. può attribuirsi anche un altro significato: quello di garantire i diritti e le libertà fondamentali non solo al singolo in quanto membro di formazioni sociali, ma *alle formazioni sociali stesse* (famiglia, partiti politici, sindacati, società etc.) che costituiscono l'anello di congiunzione tra le istituzioni e il cittadino, rendendo possibile lo sviluppo della persona umana e la sua partecipazione alla vita sociale, politica ed economica del Paese (art. 3 Cost.).

La norma deve considerarsi come una *fattispecie aperta* che consenta di attribuire rilevanza giuridica alle altre libertà e valori personali non espressamente tutelati dalla Carta fondamentale ma che, fatti propri dalla coscienza sociale, vengono progressivamente riconosciuti attraverso l'azione della giurisprudenza e del legislatore ordinario (carica espansiva dell'art. 2 Cost).

La norma dell'art. 2 *riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo* ha la funzione di *tutelare e garantire tutti quei diritti naturali e quei valori di libertà che non si sono tradotti in specifiche norme costituzionali*, ma che pur emergono nell'evoluzione della vita sociale (es. diritto alla riservatezza, diritto all'abitazione, all'identità personale etc.).

I diritti inviolabili sono:

-*assoluti*, ossia esercitabili nei confronti di tutti;

⁹ CARETTI-DE SIERVO, op. cit.

-*indisponibili e intrasmissibili*, cioè non suscettibili di atti di disposizione da parte del titolare;

-*irrinunciabili*, cioè non suscettibili di rinuncia;

-*imprescrittibili*, nel senso che il mancato esercizio di essi, anche per lungo tempo, non ne comporta la perdita.

Essi godono inoltre di un sistema di garanzie strutturato a diversi livelli.

Tali garanzie si articolano in:

- a) *riserve di legge*, in base alle quali le materie concernenti le libertà fondamentali vengono riservate alla disciplina della legge;
- b) *eguaglianza davanti alla legge*, per cui le libertà fondamentali vanno assicurate indistintamente a tutti i cittadini (art. 3);
- c) *riserva di giurisdizione*, per cui i provvedimenti restrittivi delle libertà fondamentali vanno assunti con atto motivato dell'autorità giudiziaria, cioè di un organo che garantisce imparzialità e indipendenza di giudizio (vedi art. 13, 14 e 15);
- d) precostituzione del giudice rispetto a ciascuna causa da decidere (*principio del giudice naturale precostituito per legge*: art. 25), affinché il cittadino possa sapere in anticipo davanti a quali organi sarà decisa la controversia che lo interessa;
- e) la possibilità di far valere i propri diritti e interessi in giudizio senza restrizioni (*diritto di agire in giudizio*) e il riconoscimento del diritto a difendersi eventualmente facendosi anche assistere da un patrocinatore professionale (*diritto alla difesa*);
- f) l'assoggettamento dell'azione della pubblica amministrazione ai *principi di legalità, buon andamento e imparzialità* (art.97) e *l'assunzione diretta di responsabilità* da parte dei funzionari e dipendenti pubblici (art.28);
- g) *presunzione di innocenza* fino alla condanna e *finalità rieducativa della pena*, con esclusione dei trattamenti contrari al senso di umanità (art.27);
- h) l'assoggettamento delle leggi e degli atti aventi forza di legge al *sindacato della Corte costituzionale* per il rispetto dei valori costituzionali;
- i) la considerazione dei diritti inviolabili come *limiti impliciti alla revisione costituzionale*.

I mutamenti intervenuti in seno alla società negli ultimi anni, l'emergere di nuove esigenze in sintonia con i nuovi equilibri che regolano i rapporti civili, economici e sociali, hanno indotto la giurisprudenza a enucleare, accanto ai tradizionali diritti di libertà, una serie di '*nuovi diritti*'. Tali diritti vengono qualificati *nuovi* perché non hanno un riconoscimento costituzionale diretto

ed immediato, come i diritti di libertà, ma sono espressione di nuovi valori, desumibili dalle norme e dai principi costituzionali, in quanto in essi già presenti *in nuce*.

I nuovi diritti comprendono:

- il diritto alla riservatezza;
- il diritto alla casa;
- il diritto all'obiezione di coscienza;
- il diritto dei disabili di partecipare alla vita sociale;
- il diritto all'identità sessuale e a libere relazioni sessuali;
- i diritti dei consumatori;
- i diritti nei confronti della Pubblica Amministrazione (diritto di accesso ai documenti amministrativi, di partecipare all'attività amministrativa, ad un'efficiente erogazione dei servizi etc.);
- il diritto ad una corretta e obiettiva informazione contro lo strapotere dei mass-media;
- il diritto del malato alla libertà terapeutica, inteso come diritto di autodeterminazione del paziente nella scelta della cura che comprende il potere di richiedere l'assistenza sanitaria pubblica anche per trattamenti medici diversi da quelli ufficialmente adottati e protocollati.

I nuovi diritti costituiscono una *categoria eterogenea* quanto alla loro struttura giuridica. Infatti, alcuni di essi nascono dall'opposizione di limiti ai più tradizionali diritti di libertà (ad es. il diritto alla riservatezza specularmente inverso alla libertà di manifestazione del pensiero); altri richiedono un intervento attivo dei pubblici poteri o l'imposizione di prestazioni a carico dei privati (diritto alla casa, diritti dei malati, diritto di accesso ai documenti amministrativi); altri, infine, comprendono entrambi gli aspetti indicati, come il diritto ad essere correttamente informati che necessita della predisposizione di limiti all'attività di coloro che gestiscono i mezzi di comunicazione e, nello stesso tempo, impone una serie di obblighi - che vanno dalla libertà di accesso ai mass-media, al rispetto del pluralismo ideologico, al fine di ottenere una informazione di qualità -.

Tali diritti si distinguono dai tradizionali diritti di libertà, perché a differenza di questi ultimi *non tutelano in modo immediato una sfera personale intangibile del soggetto, ma pongono in essere le condizioni per ampliare le libertà già conosciute all'individuo*.

Pluralismo etico e fondamenti di valore del diritto penale: il rifiuto dell'intolleranza e la non neutralità del diritto penale (con rinvio agli elementi normativi culturali della fattispecie astratta).

In un orizzonte di democrazia liberale, vale - e in modo particolare per il diritto dei divieti e delle sanzioni - il *principio di tolleranza* che si atteggia a sommario concreto di quanto enunciato dall'art. 3² Cost. it. Esso manifesta un significato positivo, come *rifiuto dell'intolleranza*: vuole significare, a monte, accettazione degli altri, dei divieti, dei diversamente pensanti; a valle (in generale, secondo quanto indicato dall'art. 3¹ Cost.), vuole significare tolleranza come rispetto egualmente dovuto a tutti.

Può il diritto penale essere indifferente, neutrale, rispetto, al mondo dei valori morali?

Una completa neutralità del diritto è impensabile: il diritto - il diritto penale in particolare - opera delle scelte di valore, più o meno condivise, più o meno inclusive ed escludenti, mai neutre rispetto alle possibili opzioni alternative.

Nell'ambito della politica del diritto, nessuna filosofia politica può pretendere di essere universale, laddove per universale si vuole intendere 'universalmente accessibile a tutti' o 'universalmente sostenibile da tutti'. Ogni filosofia politica esclude qualcosa: anche la scelta per una convivenza fondata sulla libertà è una scelta non neutra (che si oppone a concezioni autoritative, autarchiche o fondamentaliste del diritto e dello Stato).

In società pluraliste, i valori condivisi comprendono una generale o molto ampia convergenza nell'individuazione di ciò che è male; e comprendono il riconoscimento del pluralismo come convivenza di diverse *concezioni comprensive* (cioè, concezioni generali del mondo, dell'uomo, della vita buona). Di fronte al male -che raggiunge un livello apicale quando diventa il *male assoluto* dei crimini contro l'umanità- le norme giuridiche sono chiamate a compiti di tutela con la minaccia e l'uso della coercizione; mentre 'in tempo di pace', nel corso di una buona convivenza, il pluralismo, con le sue norme, esige spazi di libertà, immuni dalla coercizione e protetti dal diritto contro eventuali minacce e aggressioni a fronte di un male che potrebbe sopraggiungere.

Dentro una società così fatta, cioè, (astrattamente) tollerante ed equilibrata, resta sempre aperta la possibilità e la legittimità di conflitti di valore. Allora, emerge una domanda: di fronte alla compresenza di diverse concezioni della vita buona, il diritto - in particolare il diritto penale - di un ordinamento laico e liberale è tenuto a restare in una posizione di neutralità, oppure è legittimato a compiere delle scelte?

Di nuovo, una completa neutralità delle scelte normative, rispetto alle concezioni comprensive della vita buona, non è ragionevolmente pensabile¹⁰ per due rispetti. Primo, perché *non* è *umanamente* pensabile: ritorneremmo alla libertà selvaggia o alle libertà selvagge dello stato di natura che scatenerrebbe la guerra di tutti contro tutti. Inoltre, legato sempre al primo motivo, una tolleranza indiscriminata di qualsiasi forma di vita e libertà/diritto/dovere *'finisce per negare sé stessa, e, nella sua versione più radicale, equivale all'eliminazione di qualsiasi regolamentazione del comportamento umano'*. Ciò significa, anche, che non è possibile tollerare la pratica della intolleranza per ragioni di reciprocità e che non è possibile tollerare *'trattamenti di esseri umani che violano la nostra idea fondamentale della comune umanità'*.¹¹ Secondo, perché *'ogni ordinamento giuridico è anche espressione di una forma di vita particolare'*¹² (infatti, non tutte le culture abbracciano i nostri diritti fondamentali: i Paesi Arabi ne sono un esempio appariscente) e non soltanto il riflesso del contenuto universale dei diritti fondamentali.

Il principio democratico riconosce al *demos* la legittimazione a porre norme vincolanti per tutti, attraverso la dialettica politica democratica (*concordia discors*, di consenso arricchito e alimentato da dissenso, o dialettica del dissentire) e in conformità al principio di maggioranza (*majority rule*): nel rispetto, cioè, del pluralismo democratico quale possibilità di convivenza e di uguale rispetto di diverse concezioni comprensive¹³.

Per quanto concerne la condizione di una democrazia possibile, è stata additata come essenziale la distinzione fra giudizi di valore personali e impersonali: per giudizi personali, si intendono risposte relative alla domanda *'quale tipo di vita sia intrinsecamente buono o cattivo per coloro che la vivono'*; per giudizi impersonali, quelli relativi al valore di qualche oggetto o situazione impersonale (per es. situazioni ambientali). Allora, il principio liberale, quale criterio di convivenza fra diverse concezioni del bene, da un lato, riconosce e garantisce la libertà e autoresponsabilità individuale nella scelta dei propri valori etici, relativi alla sfera personale della vita (per es. le scelte relative alla sfera sessuale); dall'altro lato, tiene ferma la responsabilità politica – cioè la possibilità di scelta politica – quanto alla individuazione e alla tutela di interessi relativi alle condizioni e situazioni *'impersonali'* della convivenza (tipicità delle fattispecie incriminatrici e politiche, ad es. le politiche ambientali).

¹⁰ PULITANO', op. cit. p 32

¹¹ Cfr. anche FABIO BASILE, op.cit., p 75, 2010; G. SARTORI, op. cit., pp 19, 37-45, 48-50.

¹² J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. HABERMAS- CH. TAYLOR, *La politica del riconoscimento. Multiculturalismo*.

¹³ Fondante la genuina *Weltaschauung pluralistica* è la dialettica del dissentire, un dibattere che in parte presuppone consenso e in parte assume i toni del conflitto, ma che non si risolve in nessuno dei due termini presi singolarmente. Cfr. anche G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, p 32, Milano, 2007, BUR saggi.

Questa lettura dei principi di democrazia liberale cerca di contemperare le esigenze di garanzia intransigente di scelte e sfere di vita 'personali', e le esigenze di un ordinamento della convivenza fondato sul principio democratico. Il diritto, anche il diritto penale, ripartisce sfere di libertà, concorrendo a segnare gli spazi e i confini delle libertà di tutti.

Nelle società moderne troviamo non più *una* morale ben definita e non contrastata, con pretesa d'assolutezza, ma una *pluralità di concezioni etiche e di modi di vita* che chiedono riconoscimento. Situazioni di conflitto fra valori diversi fanno parte dell'esperienza e sicuramente si accentueranno nell'orizzonte multiculturale, composto da una molteplicità di culture.

Gli ordinamenti giuridici non possono che confrontarsi, o scontrarsi¹⁴.

Questioni di tolleranza.

Capire di pluralismo è anche capire, dunque, di tolleranza. Tolleranza non è indifferenza, né presuppone indifferenza. Se siamo indifferenti non siamo interessati: fine del discorso. Falso è che la tolleranza presuppone un relativismo. Di certo, se siamo relativisti siamo aperti ad una molteplicità di punti di vista. Ma la tolleranza è tolleranza perché non presuppone una visione relativistica. Chi tollera ha credenze e principii propri, li ritiene veri, e, tuttavia, concede che altri abbiano il diritto di coltivare 'credenze sbagliate'.

Fino a che punto bisogna accettare gli altri, i diversi, i diversamente pensanti?

Esistono politiche ispirate al riconoscimento della diversità culturale 'importata' dagli immigrati. Esse si prestano a una obiezione più o meno condivisibile: attraverso di esse si rischia di avallare anche usi, ortodossie comportamentali, pratiche incompatibili con i valori liberal-democratici su cui si fondano le democrazie europee. Il filone politico, noto come *multiculturalismo*, comporta l'accettazione della diversità etno-culturale in base alla quale dovremmo, allora, acconsentire, per esempio, anche alla pratica della cliteridectomia, o all'obbligo legale della legge musulmana sulla famiglia, o permettere che i mariti/padri possano appellarsi alla loro cultura d'origine per difendersi dall'accusa di violenza sulle proprie mogli/figlie? La risposta, a nostro avviso, è perentoriamente negativa.

Poiché situazioni di conflitto fra valori diversi fanno parte dell'esperienza, poiché sicuramente saranno enfatizzate in un quadro di crescente pluralità di culture, usanze, comportamenti conviventi, e poiché il tollerare, l'accettazione dei diversamente pensanti non è illimitato, ci siamo chiesti quale fosse in concreto il grado di elasticità della tolleranza per il giurista ispirato al pragmatismo.

¹⁴ HUNTIGHTON, SAMUEL P. *Lo scontro di civiltà e il nuordine mondiale*. Milano: Garzanti, trad. it. 2000.

a) l'elasticità della tolleranza: limiti della tolleranza.

Prendere sul serio la tolleranza esige che sia presa sul serio anche la questione dei limiti della tolleranza ¹⁵.

Della tolleranza non troveremo un confine fisso e prestabilito. Il riconoscimento della diversità culturale non è mai stato, né mai potrà essere incondizionato, presupponendo l'apposizione di *limiti alla tolleranza* (o limiti al *rifiuto dell'intolleranza*). Il grado di elasticità della tolleranza può, infatti, essere stabilito da tre criteri che riconosciamo coincidere con i limiti del principio dell'eguale rispetto, rispetto come riconoscimento.

-Il primo è che dobbiamo sempre fornire ragioni di quel che consideriamo intollerabile: la tolleranza vieta il dogmatismo. Il pluralismo come tale è (e deve essere) 'ragionevole' perché una società liberaldemocratica quale la nostra si basa su una serie di 'punti di vista' universali - diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo - che richiedono la lealtà e la ragionevolezza di tutti. Fra i primissimi 'punti di vista' del nostro ordinamento è posto l'art. 3 Cost. it., tanto che la ragionevolezza delle argomentazioni da addurre, questa ragionevolezza, deriva, dal principio in esso enunciato, eguale rispetto-rispetto come riconoscimento (e in reciprocità).

-Il secondo criterio, connesso al primo, è, dunque, la *reciprocità*: nell'essere tolleranti verso altri ci aspettiamo, a nostra volta, di esserne tollerati. Questo principio fu posto già da Milton e Locke: la tolleranza non deve essere estesa agli intolleranti.

-Il terzo criterio coinvolge l' *harm principle*, il principio 'di non' offensività, di non far male, di non danneggiare: non siamo tenuti a tollerare comportamenti che ci infliggono danno, lesione.

Esistono, dunque, altri limiti al riconoscimento della diversità culturale la cui cornice è segnata dal rispetto dei *diritti fondamentali dell'individuo*. E tali limiti sono essenziali, perché costituiscono condizione di effettività e buon funzionamento della convivenza tra culture diverse (ergo, buon funzionamento della comunità pluralistica). Nessun dubbio, quindi, sul fatto che, in nome del riconoscimento della diversità culturale, *non* possono essere tollerati comportamenti i quali, pur radicandosi in una data cultura, attentano ai diritti inviolabili dell'individuo.

Peraltro, l'ultimo limite indicato viene in rilievo soprattutto nei settori coperti dal *diritto penale*, preposto proprio a tutelare *in primis* i diritti (inviolabili) dell'individuo. Il diritto penale costituisce effettivamente *territorio di frontiera*¹⁶ per il riconoscimento della diversità etno-culturale. Chiunque si inoltri in tale territorio, dovrà, pertanto, procedere con la massima cautela nel tracciare i limiti della tolleranza, per evitare malsani sconfinamenti che

¹⁵ Cfr. anche FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati - il diritto penale nelle società multiculturali*- p 75, 2010; G. SARTORI, op. cit., pp 19, 37-45, 48-50.

¹⁶ BASILE, op.cit.

rischierebbero di tradursi in una sorta di legittimazione - o attenuazione del disvalore - della violazione dei diritti fondamentali.

Va da sé che tutti i principii/diritti fondamentali sono da intendere con tolleranza; ma, appunto, nei limiti e *secundum quid*, a seconda dei casi.

b) tra culture conviventi, dove si collocano tali limiti: la distinzione tra 'restrizioni interne' e 'tutele esterne'.

In una cornice di pluralità di culture conviventi, il problema diventa, allora, di individuare dove si collochino precisamente tali limiti: come si può capire se una rivendicazione di un gruppo di immigrati supera i predetti limiti e, quindi, deve essere respinta?

Possiamo operare una distinzione tra due tipi di rivendicazioni che un gruppo di minoranza può avanzare:

- 1) le restrizioni interne,
- 2) le tutele esterne¹⁷.

Entrambi i tipi mirano a salvaguardare la stabilità delle comunità di minoranza, facendo riferimento a diverse forme di instabilità.

- 1) Il primo tipo di rivendicazione è diretto a proteggere il gruppo dall'effetto destabilizzante del *dissenso interno* (la decisione di alcuni membri 'dissenzienti' di non rispettare le pratiche tradizionali).
- 2) Il secondo tipo di rivendicazione mira a tutelare il gruppo dall'impatto di *decisioni esterne* (le decisioni politiche ed economiche della maggioranza).

1) Le restrizioni interne attengono alle richieste che un gruppo può avanzare contro i suoi membri, quindi, attengono ai *rapporti intra-gruppo*: attraverso di esse il gruppo di minoranza intende limitare la libertà del membro in nome della solidarietà di gruppo, della purezza culturale, della ortodossia religiosa, della preservazione delle tradizioni (si pensi, ad esempio, alla pretesa da parte dei capi del gruppo di imporre agli altri membri, anche contro la loro volontà, il rispetto di pratiche culturali tradizionali quali il matrimonio combinato e forzato, la clitoridectomia, discriminazione sessuale nell'ambito dei rapporti familiari e nell'ambito dell'istruzione) al fine di proteggere il gruppo dall'effetto destabilizzante del *dissenso interno* (la decisione di alcuni membri 'dissenzienti' di non rispettare le pratiche tradizionali). Attraverso le restrizioni interne si costringono le persone a conservare il tradizionale modo di vivere del gruppo, anche quando esse avrebbero scelto di comportarsi diversamente in quanto attratte da un altro modo di vivere (quello offerto dal gruppo di maggioranza).

¹⁷ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, p 65, trad. it, Bologna, 1999.

2) Le tutele esterne riguardano le richieste avanzate contro la società dominante, quindi, i *rapporti inter-gruppo*: trattasi della richiesta, da parte del gruppo di minoranza a quello di maggioranza, di astensione. Attraverso essa il gruppo di minoranza intende limitare l'influenza e il peso del gruppo di maggioranza. Ciò al fine di proteggere e preservare la propria esistenza e la propria identità culturale (ad esempio, la richiesta di esenzione dall'obbligo di chiusura domenicale dei negozi o dall'obbligo di rispettare codici d'abbigliamento che configgono con determinati precetti religiosi del gruppo di minoranza). Così agendo le risorse e le istituzioni del gruppo minoritario e su cui esso fa affidamento non sono alla mercè della maggioranza, preservando il gruppo dall'impatto con *decisioni esterne* (ad es. le decisioni politiche ed economiche della maggioranza).

Secondo Kymlicka il pluralismo liberaldemocratico può e deve approvare determinate tutele esterne a condizione che esse siano rivolte a promuovere il trattamento equo dei diversi gruppi, mentre deve respingere le restrizioni interne perché esse circoscrivono il diritto dei membri di un gruppo di contestare e modificare le autorità e le pratiche tradizionali. Le democrazie liberali possono accogliere e abbracciare molte forme di diversità culturale, ma *non ogni* forma. I principi liberali impongono due vincoli fondamentali ai diritti delle minoranze. In primo luogo, una concezione liberale dei diritti delle minoranze non giustifica (se non in condizioni estreme) le 'restrizioni interne', i.e., la pretesa da parte di una cultura minoritaria di limitare le fondamentali libertà civili o politiche dei suoi membri. Il liberalismo si fonda sull'antefatto che 'gli individui abbiano il diritto di decidere da soli quali aspetti della loro tradizione culturale sono degni di essere conservati' e che, pertanto, sono liberi e capaci di mettere in discussione ed eventualmente dimettere le pratiche tradizionali della loro comunità di origine, quando tali usanze non meritino più la loro fedeltà. In secondo luogo, i principi liberali non sono così inclementi nei riguardi delle tutele esterne (dirette, lo riassumiamo, a ridurre l'influenza e l'incidenza della società dominante). Naturalmente vi sono delle limitazioni: la giustizia liberale non acconsentirebbe ad accettare che un gruppo rivendichi la possibilità di opprimere e di sfruttarne un altro (un'apartheid). Le tutele esterne sono legittime solo nella misura in cui promuovono la parità fra gruppi mediante la correzione di svantaggi o l'eliminazione di rischi cui sono esposti i membri di un determinato gruppo.

In conclusione, una corretta concezione liberale implica la *libertà all'interno* del gruppo minoritario e *l'uguaglianza* fra i gruppi minoritari e quello di maggioranza.

La distinzione di cui sopra sembra in grado di fornire utili indicazioni di politica legislativa e di politica criminale per individuare, all'interno di una società pluriculturale che ponga al centro delle sue priorità i diritti fondamentali, ciò che è tollerante e ciò che non lo è. Ciò ha trovato una salda corrispondenza d'opinione in dottrina e giurisprudenza: infatti, gli assunti difensivi in base ai quali si possa, nel nostro ordinamento, validamente disporre della gerarchia e delle abitudini di vita interne al proprio nucleo familiare senza che interventi esterni possano

sanzionare comportamenti recepiti come legittimi, sono stati ritenuti *in assoluto* contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, dunque, con i principi costituzionali di garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo (che vuol dire anche della donna!), pari dignità sociale, eguaglianza senza distinzione, come vedremo nei casi presi in visione.

Laicità. Religione. Diritto penale e l'elemento religioso.

Storicamente, la laicità nasce (faticosamente) dalle tragedie delle guerre di religione, in un contesto culturale impregnato di valori religiosi.

Anche per il diritto penale vale il principio di laicità, che "caratterizza in senso pluralistico la forma del nostro Stato, entro il quale hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse"¹⁸.

Il principio giuridico di laicità esprime un'idea di laicità aperta, inclusiva, non contrapposta al mondo delle religioni, ma fondamento della libertà religiosa, in condizioni di uguaglianza per tutti¹⁹, cioè, come *convivenza di uguali libertà, non di una uguaglianza quale che sia*.

La laicità del principio di laicità non si identifica con la laicità *filosofica* di chi abbia una concezione non religiosa del mondo e dell'uomo: il principio giuridico di laicità si pone come garanzia, cioè, garanzia della libertà di religione (di tutte le religioni) e della libertà del soggetto laico e "laicista". Dunque, laicità è termine assolutamente neutro rispetto alle concezioni religiose o non religiose. Fondamento del principio di laicità (che, lo ribadiamo, non è laicità filosofica) è il riconoscimento della pari dignità e dell'uguale libertà di tutti gli uomini.

Laicità dell'ordinamento giuridico significa, dunque, garanzia del libero dispiegarsi, in condizioni di uguale libertà, di concezioni comprensive del mondo e della vita buona, le più diverse tra loro (non solo le religioni, ma anche le religioni), le quali, tutte, trovano uno spazio di coesistenza e di sviluppo dentro il principio di laicità liberale.

Le varie posizioni ideali (religioni o altre concezioni ideali) non hanno bisogno di giustificarsi nell'arena del pluralismo liberale per il contributo che ciascuna può dare alla coesione sociale, o

¹⁸ Il principio di laicità fu da sempre ordito nella trama della Carta costituzionale italiana. Né risultò, pertanto, un concetto 'fluido', come acqua che scorre nel letto di un torrente. Con quel ritardo che nobilita il contesto italiano, esso, definito *principio supremo* dell'ordinamento e come *uno dei profili della forma di Stato*, fu enunciato per la prima volta dalla CC nella sentenza n 203, nel 1989 e ribadito in una serie ormai nota di sentenze (n 259/1990, n 195/1993, n 329/1997 e infine n 508/2000) in materia di delitti contro la religione. Il testo è tratto dall'ultima sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 402 c.p., (vilipendio della religione di Stato).

¹⁹ PULITANO', *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, p 35, 2010, Giappichelli, Torino. ID, *Laicità e diritto penale*, p 57, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*

al progresso, o alla vita delle istituzioni, in funzione di una loro supposta maggiore o minore utilità (o dannosità). Esse trovano tutte un uguale fondamento nella libertà degli individui.

Le ragioni della laicità possono ritenersi elemento fondante (non l'unico, ma essenziale) della civiltà occidentale e si iscrivono dentro un orizzonte etico e politico di laicità condivisa.

Le diverse religioni e le posizioni filosoficamente non religiose rappresentano i poli di un confronto del quale il principio giuridico di laicità liberale intende essere garanzia. In un orizzonte di libertà non possono porsi restrizioni alle ragioni che sostengono una proposta o una critica: il principio giuridico di laicità liberale, infatti, afferma che il dialogo è aperto a tutte le forme di ragionamento che partono da posizioni comprensive controverse, siano esse religiose o secolari. Si riconosce, quindi, il diritto di proporre argomenti legati a premesse religiose e di fatto ciò avviene.

Quando, da parte laica, viene ripresa l'esigenza di una discussione *etsi Deus non daretur*²⁰, la formula ipotetica non intende avere un significato teoretico, relativo a questioni religiose. Essa, anzi, esclude significati implicanti una presa di posizione sull'esistenza o inesistenza di Dio e afferma l'autonomia del diritto naturale dalla volontà divina.

Infatti, nell'ambito delle scienze giuridiche moderne, nella discussione su problemi attinenti alla convivenza umana possono essere fatte valere tutti i tipi di dottrine, morali e politiche, religiose o laiche, purché siano portate ragioni appropriatamente pubbliche nell'uso pubblico della ragione e tutti i partecipanti al dialogo, credenti e non, sono sullo stesso piano, autonomi nell'argomentare e nelle assunzioni di responsabilità.

Per quanto concerne specificamente il rapporto tra diritto penale e l'elemento religioso, esso viene direttamente in rilievo nelle questioni se e quale tutela prevedere per interessi religiosamente qualificati.

Il processo di secolarizzazione degli ordinamenti giuridici ha comportato un ritrarsi della tutela della religione come confessione dello Stato: in Italia, dopo l'equiparazione della tutela penale di tutte le confessioni religiose, sancita dalla Corte costituzionale, e, dopo l'eliminazione a opera della stessa, del vilipendio della religione cattolica (art.402 c.p.). Quanto alla tutela della libertà religiosa e dell'esercizio della libertà religiosa nella forma di indisturbato esercizio della libertà di culto (con la sola previsione legislativa di alcune fattispecie contro una generica *turbatio sacrorum*), possiamo dire che anche la libertà di religione, come tutte le altre, è, nel codice penale italiano, una libertà laica.

²⁰ La formulazione originaria di Ugo Grozio afferma la possibilità di riconoscere un diritto fondato sulla natura "*etiamsi daremus, quod nisi summo cum scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*".

Multiculturalismo e diritto penale: i problemi del multiculturalismo. Introduzione al reato culturalmente motivato.

Mettono a dura prova l'ordinamento giuridico così impostato *i problemi del multiculturalismo*²¹. In società in cui convivono individui provenienti da diverse culture si pongono *problemi di convivenza fra diversi*, del tipo di quelli per i quali il principio di laicità non si prospetta come soluzione, ma come punto di partenza.

Gli elementi di diversità sono, in contesti multiculturali (come in Australia, Stati Uniti d'America, Sud America, Regno Unito), accentuati maggiormente, da sempre esistenti e più visibili che in contesti di pluralismo interno a società aventi una radice storica e culturale comune (Europa dell'Ovest).

La tenuta dei *nostri* principii, dei *principii dell'Europa occidentale* è, pertanto, sottoposta a tensioni molto più forti.

I problemi del multiculturalismo si presentano, infatti, in modi differenti nelle società in cui sono presenti da sempre culture indigene locali (nel Nord, nel Sud America; in Africa, in Asia), e in quelle che vivono fenomeni di massiccia immigrazione (Europa dell'Ovest).

Abbiamo pertanto due contro-scenari a seconda che ci spostiamo dalla fascia che comprende il Regno Unito, i continenti americano e australiano, alla fascia del continente ovest-europeo. E a queste corrispondono diverse politiche di gestione.

Nel continente americano e australiano, culture indigene localizzate in un proprio territorio sono in condizioni di conservare o recuperare/rivendicare ordinamenti propri: i popoli 'nativi' si sono visti attribuire il diritto ancestrale a tutelare le proprie abitudini e comportamenti espressivi della loro particolare concezione del mondo. Questo processo di crescente 'tolleranza culturale' nei confronti dei soggetti appartenenti a minoranze 'nazionali' si fonda sul c.d. 'diritto all'autodeterminazione' dei popoli e, più in generale, come anticipato poco sopra, sull'acquisita consapevolezza dell'esistenza di 'diritti ancestrali'²² legittimamente rivendicabili dalle popolazioni autoctone a salvaguardia delle rispettive culture.

Nell' Europa dell'Ovest non esistono o quasi (l' eccezione è per i gruppi *inuit* dei Paesi scandinavi e per i gruppi *rom*) ceppi etnici 'nazionali' caratterizzati da peculiarità culturali atte a giustificare un trattamento penale differenziato. Infatti, il problema di una eventuale e marcata diversificazione del trattamento penale applicabile agli appartenenti ai popoli 'nativi', non costituisce un reale problema per la massima parte dei Paesi dell' Europa dell'Ovest. Anzi, in alcuni casi, esso sarebbe mal visto, perché evidentemente lesivo dell'art. 3 Cost.

²¹ PULITANO', *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, p 38, 2010, Torino, Giappichelli Ed.

²² A. BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Diritto e processo*, n 10/2005, p 1194

Un riflesso di tale differenza sta nella denominazione giuridica di questo conflitto normo-culturale da parte della dottrina penalistica europea e americana-anglosassone: reato culturale (o culturalmente motivato)²³ per i primi, cultural defence per i secondi.

In relazione ai fatti illeciti commessi dagli immigrati, si può osservare che, in caso di un trattamento che tenga pienamente conto del peculiare sostrato culturale dell'autore, tali soggetti in Europa difficilmente potranno invocare quei "diritti ancestrali" del gruppo di appartenenza che, oggi, viceversa, tendono ad essere riconosciuti ai "nativi" degli Stati Uniti d'America, per esempio.

In Italia, i problemi del multiculturalismo hanno acquistato un crescente rilievo in conseguenza delle ondate di immigrati degli ultimi due decenni. Naturalmente, anche il mondo del penale ne risulta toccato.

L'attenzione dei penalisti è stata attirata da problemi di trattamento di persone appartenenti ad altre culture che abbiano commesso fatti costituenti reato secondo i criteri normativi della nostra cultura, cioè, secondo il diritto penale italiano. Ma quegli stessi fatti sono - dalla loro cultura - valutati in modo diverso quanto a liceità o a gravità. In proposito, si discute anche nella dottrina italiana il problema della *culture defence*, cioè, della possibilità di arrivare ad una esclusione di responsabilità o a un trattamento penale più clemente in ragione della appartenenza a cultura altra come nei Paesi appartenenti all'altra fascia.

La ricognizione dei campi in concreto più problematici porta in primo piano fatti che coinvolgono donne, fanciulli/e e minori come soggetti passivi.

Allora, ci si pone questo problema: le esigenze di tutela che affidiamo ai precetti del nostro ordinamento giuridico, valgono o non valgono, per persone appartenenti ad altre culture? Nel caso valessero, possono/devono essere affievolite in considerazione di specificità di altre culture?

Poiché il nucleo duro del diritto penale vuole tutelare i valori fondanti la civiltà dei diritti dell'uomo, sarebbe contraddittorio, perché contrario al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., negare uguale dignità e tutela agli appartenenti a culture altre di fronte ad aggressioni che proprio negli ambienti e nelle culture di provenienza trovano alimento.

A situazioni di maggiore vulnerabilità corrisponde un bisogno di tutela maggiore. Pertanto, non possono essere legittimati comportamenti che, in nome di una data cultura, attentino ai diritti fondamentali dell'individuo. Questi precetti hanno una pretesa di *universalità* che, legittimata dalle esigenze di tutela in gioco, si oppone a delimitazioni in chiave multiculturalista.

²³ BASILE, op. cit., L. MONTICELLI, saggio cit.

L'universalismo dei diritti umani ha bisogno di riconoscimento e tutela anche in contesti multiculturali proprio per l'uguale tutela degli appartenenti a tutte le culture e tutte le etnie.²⁴

Questo approccio parte dalla premessa che in contesti multiculturali "la tutela di tradizioni e forme di vita costitutive dell'identità deve, in ultima istanza, servire al riconoscimento dei loro membri in quanto individui", e che gli individui debbono essere tutelati, nella loro libertà e dignità, anche contro le comunità originarie di appartenenza²⁵.

Ciò non vuol dire chiudere la porta ad istanze di riconoscimento provenienti da culture diverse: il pluralismo risponde dicendo che le stesse culture sono ben accette e hanno diritto ad un approccio aperto da parte dell'ordinamento; ma "dal fatto che esistono culture diverse non è possibile inferire automaticamente che si debba rispettare la morale propria di ogni cultura". Ogni cultura ha la sua morale e questa è oggetto di valutazione da parte della morale, cioè, da parte dei convincimenti dell'individuo.

Lo Stato di diritto deve rendere possibili la divulgazione, la diffusione, la riproduzione culturale dei diversi modi di vita, con i limiti della tolleranza; non può, invece, assicurare alle culture una *sopravvivenza garantita* sottraendo agli individui "quella libertà del dire sì e del dire no" che è propedeutica "a qualunque acquisizione o presa di cura di una data eredità culturale", posto, come abbiamo detto, che ogni ordinamento giuridico opera una scelta: il diritto penale non è neutrale.

In conclusione, il *riconoscimento delle molte culture* è, perciò, possibile e doveroso come *aspetto del diritto aperto a differenti identità culturali aventi uguale dignità* (aspetto dell'universalismo dei diritti umani). L'idea dell'uguale e reciproco rispetto di tutte le persone appartenenti ad altre, diverse culture, segna l'ambito e i limiti del riconoscimento dovuto alle culture.

Dentro questa cornice, segnata dall'universalismo dei diritti umani, il riconoscimento delle molte culture può acquistare rilievo anche e soprattutto per i problemi del penale.

Il punto di vista del multiculturalismo può essere un banco di prova del significato dei precetti: è un punto di vista dal quale valutare se le pretese di universalità delle nostre norme penali siano o non siano supportate da buone ragioni, o se non occorran adattamenti.

Di fronte ad istanze di riconoscimento di culture *altre*, la pretesa di universalità del nucleo duro dei precetti penali si lega ai limiti del principio di tolleranza: non si può transigere con pratiche che violano la nostra idea elementare della comune umanità. Le mutilazioni genitali sono un

²⁴ Anche ZAGREBELSKY, op. cit.

²⁵ D. PULITANO', *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, p 39, 2010, Torino, Giappichelli Ed.

esempio di pratiche inaccettabili. Il limite della tolleranza non riguarda il consenso della vittima, ma il male comunque insito nel comportamento lesivo.