

Antonio Incampo

Esigibilità penale e pluralità delle culture

Abstract: The end of totalitarianisms in the twentieth century and the age of globalization have overshadowed the traditional question about the adequacy of punishments, placing two completely new ones and most likely destined to definitively change the very concept of criminal law. The first: What punishments for citizens beyond the State? The second: What punishments for the foreigners on this side of the State? Law has today the urgency to consider man as a true subject of law in a world that has more and more a common destiny. The unity of punishment is its new frontier.

Keywords: Totalitarianisms, Globalization, Mankind, Cultural Differences, Human Rights, Criminal Law, Punishment.

1. *Cuius regio, eius poena*

Come trattare i cittadini di fronte ai reati? È l'unico vero interrogativo del diritto penale nell'età moderna. A stabilire i reati e le pene è lo Stato; i destinatari sono i suoi cittadini. Si direbbe "*Cuis regio, eius poena*", se si vuole parafrasare (sostituendo "*religio*" con "*poena*") il principio della Pace di Augusta (1555) all'origine della costituzione degli Stati-Nazione. La fine, però, dei totalitarismi del Novecento e la fragilità dei confini degli Stati di fronte alla globalizzazione hanno messo in secondo piano questa domanda, ponendone altre due completamente nuove e destinate con molta probabilità a cambiare definitivamente il concetto stesso di diritto penale. La prima: Come trattare i cittadini *al di là* dello Stato? La seconda: Come trattare lo straniero *al di qua* dello Stato?

2. Reati oltre lo Stato

Non c'è dubbio che il diritto nell'ultimo secolo, come forse non era mai accaduto prima, ha mostrato il volto dell'universale. Molto di più, se vogliamo, dello *ius gentium* dei Romani, o dello *ius commune* nell'Europa continentale del decimo secolo. Lo dimostrano almeno due circostanze: da un lato l'affermazione inequivocabile del "diritto *sovraleale*" dopo l'età delle grandi codificazioni (età che ha visto al centro un corpo organico di leggi con cui lo Stato si è identificato), dall'altro la rivendicazione del suo carattere *sovranaZIONALE* sullo sfondo inedito di relazioni cosmopolitiche che non si erano mai viste prima.

Il diritto del Novecento è innanzitutto “diritto *sovralegale*”. Il termine ‘sovralegale’ [*übergesetzlich*] è ripreso dal titolo del famoso articolo di Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, pubblicato nel 1946 sulla rivista tedesca “Süddeutsche Juristen Zeitung”, articolo decisivo per comprendere la giustizia penale nella Germania post-nazista e, poi, anche post-comunista¹. Le tesi sono due: (i) la legge [*Gesetz*] non è di per sé il diritto [*Recht*]; (ii) in caso di conflitto tra legge e diritto è sempre quest’ultimo a prevalere. Quali le conseguenze? Molte leggi del Terzo Reich non erano valide proprio a causa della loro estrema ingiustizia. Le disposizioni sullo sterminio degli ebrei e le leggi razziali, in genere, erano esse stesse un crimine. In tal senso il diritto sovralegale è valido come un fatto originario, indipendente dalla volontà del legislatore e sovraordinato ad essa. Ben al di là, dunque, del potere dello Stato. La sua unica fonte è l’idea di umanità. Come afferma Maritain in *L’homme et l’Etat* (1965), il divieto di genocidio deriva dall’idea stessa di umanità. Non possono, insomma, coesistere l’umanità e il genocidio. Se c’è l’umanità non c’è il genocidio; se si ammette il genocidio non è neppure pensabile l’umanità. Il diritto, dal canto suo, non ha una conclusione diversa. Senza l’umanità, infatti, anche il diritto non ha più senso.

Citando una fondamentale sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 1973, a proposito dell’art. 20, comma 3, della *Bundesverfassung*, si potrebbe dire: “Il diritto non coincide con la totalità delle leggi scritte”². I crimini compiuti dal Terzo Reich non sono meno crimini perché al termine di disposizioni formali dello Stato. Tutt’altro. Il diritto prevale definitivamente sulle leggi di Norimberga (*Nürnberger Gesetze*, 1935) o sul Protocollo di Wannsee (1942) e ne decreta la loro nullità. Nel Preambolo della *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1948) si leggerà al tempo in cui si metteranno le basi della giustizia penale internazionale: “Genocide is a crime under international law [...]. In order to liberate mankind from such an odious scourge, international cooperation is required”.

Il diritto del Novecento non è, però, soltanto sovralegale, ma anche *sovranazionale*. Il ventesimo secolo ha visto la crisi dello Stato moderno, unico titolare della forza e delle forme di esercizio della sovranità, causa ultima di ogni ordine giuridico e artefice esclusivo delle leggi, pronto a identificarsi con lo “Spirito oggettivo” di Hegel che equipara lo Stato ad una specie di incarnazione di Dio sulla terra. La *Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo* (UDHR) proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948, alla fine della seconda guerra mondiale, delegittima ormai la “teologia politica” dello Stato moderno; lo Stato non può più essere visto come Dio in terra, e a prevalere è il concetto autonomo di diritto fondato sull’idea di umanità come bene inviolabile. Non è un passaggio facile. Non lo è soprattutto se i diritti proclamati in teoria sono garantiti anche nella pratica. L’aspetto, infatti, più rilevante dell’apertura del diritto alle fonti non ordinarie dello Stato e alla sua origine

1 È il tema dell’ottimo libro di Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano 2001.

2 “Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch”. BVerfGE [*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*], 34, 269 (287), 14 febbraio 1973.

sovraleale è indubbiamente l'effettività di un sistema penale internazionale per il quale i diritti dell'uomo non sono soltanto una formula astratta o l'espressione universale di semplici principî morali, ma anche la fonte praticata da molte corti internazionali per l'amministrazione della giustizia.

I tribunali di Norimberga e Tokyo, alla fine della seconda guerra mondiale, sono le prime istituzioni di un sistema penale internazionale ispirato al principio generale secondo cui certi crimini non hanno bisogno di leggi scritte per essere perseguiti. E ciò, come si è detto, in forza di un diritto sempre vigente al di sopra delle leggi dello Stato. Il Preambolo della *Dichiarazione* del 1948 lo mette bene in luce nella parte in cui afferma che tutti gli Stati hanno l'obbligo, da un lato, di rispettare e difendere i confini degli altri Stati (è l'effetto della sovranità territoriale a cui è legato il destino dello Stato moderno), e, dall'altro, di proteggere, anche con l'uso della forza, il bene comune dell'umanità al di là dei confini nazionali e della sovranità territoriale degli Stati. L'offesa arrecata all'umanità è l'offesa a tutta la comunità internazionale e richiede perciò la cooperazione di tutti gli Stati perché sia perseguita indipendentemente dal luogo in cui è stato commesso il crimine. La competenza territoriale e il rapporto di cittadinanza del soggetto con lo Stato sono subordinati alla gravità del crimine (la *ratio materiae* del crimine prende il posto in sostanza della *ratio personae*). Le forme per amministrare la giustizia sono quelle di corti o tribunali internazionali riconosciuti dall'ONU che operano, almeno astrattamente, in regime di piena indipendenza. Non era stato così con i Tribunali di Norimberga e Tokyo voluti dai vincitori della seconda guerra mondiale per giudicare i vinti. Ora, invece, al termine della "guerra fredda" e della contrapposizione dei grandi blocchi intorno alle superpotenze, caduto il "muro di Berlino", maturano le condizioni migliori per l'effettività di un vero "*nomos* della Terra" (per dirla con Carl Schmitt).

3. Incoerenze di sistema

Quali sono, allora, gli ostacoli? All'unità dei reati (si pensi, soprattutto, ai crimini di guerra o contro la pace, ai crimini di genocidio o contro l'umanità)³ si dovrebbe accompagnare in teoria l'unità delle pene, ma non è sempre così. La prima questione riguarda l'effettività del sistema penale internazionale. Se è vero che il diritto si impone al di là delle leggi dello Stato, la giustizia delle corti internazionali stenta ad avere qualche certezza. A frapporsi sono, soprattutto, gli interessi politici.

È sufficiente considerare come sia stato più facile istituire dei tribunali penali *ad hoc* nei casi di conflitti regionali, piuttosto che seguire la strada di corti permanenti. Gli esempi migliori sono i Tribunali speciali per la ex Jugoslavia (ICTY, 1993),

3 L'elenco si potrebbe allungare sia specificando i crimini già riconosciuti dal diritto penale internazionale, sia aggiungendone altri per le implicazioni penali dell'attuale diritto cogente. Tra i crimini di guerra, ad esempio, si possono comprendere anche la "pulizia etnica", lo stupro come strumento di guerra, l'uccisione in massa degli avversari politici. Ai crimini già riconosciuti si potrebbero oggi aggiungere, tra gli altri, i crimini di terrorismo.

il Ruanda (ICTR, 1994) e la Sierra Leone (SCSL, 2002). Si comprende chiaramente la politica delle maggiori potenze mondiali contrarie all'imputabilità di cittadini, ufficiali, militari o membri dei loro rispettivi governi. Non suscita, perciò, alcuna meraviglia il fatto che Stati Uniti, Russia e Cina, fra i membri permanenti del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, non abbiano aderito alla Corte Penale Internazionale (ICC, 2002) creata, appunto, per perseguire autonomamente i crimini più gravi per la comunità internazionale. Il motivo è sempre lo stesso, ossia quello di evitare qualsiasi interferenza rispetto alle proprie politiche interne ed estere. La dichiarazione più comune è: "We want to ensure that our nationals are dealt with by our system of law and due process"⁴.

Se, però, le motivazioni sono politiche, le conseguenze le superano di gran lunga. Si rischia in sostanza di compromettere la stessa *quidditas* dei sistemi giuridici. È evidente, infatti, la contraddizione tra l'architettura globale della comunità internazionale, costruita sul principio dello "Stato di diritto" (e, dunque, sulla regola fondamentale dell'unità dei reati e della giurisdizione), e la molteplicità di corti e di sistemi penali di riferimento spesso in contrasto tra loro. A soffrirne, in particolare, è la certezza del diritto. Il diritto che molti Stati dichiarano di riconoscere non è affatto il diritto internazionale effettivamente applicato dalla comunità internazionale, ma non è neppure il diritto amministrato al proprio interno, se si mette in dubbio (in questo caso l'esito è palese) il principio fondamentale di terzietà del giudice⁵. D'altronde, rifiutare la competenza delle corti internazionali significa voler giudicare gli eventuali crimini del proprio Paese (o dei propri cittadini) contro la comunità internazionale a partire da un evidente conflitto d'interesse⁶. Non si può essere insomma giudici in *causa propria*.

Il panorama è particolarmente confuso. Ciò che prevedono le corti internazionali non coincide con la legislazione penale di molti Stati al loro interno. Alcune corti si rifanno ai codici penali degli Stati in cui è compiuto il crimine, ma si tratta

4 Cfr. US Department of State, *Frequently Asked Questions About the US Governments Policy Regarding the International Criminal Court (ICC)*, 30 luglio 2003. A sottolineare questa posizione degli Stati Uniti è, fra gli altri, H. F. Köck, *Universality of Punishment and the Common Good of Mankind. Some Considerations of Principle*, in A. Incampo, W. Żelaniec (eds.), *Universality of Punishment*, Cacucci, Bari 2015, specialmente p. 300.

5 Gli Stati Uniti, tra l'altro, ci tengono a sottolineare la particolarità del sistema giudiziario americano rispetto allo Statuto dell'ICC, sottovalutando che, fra i Grandi Paesi occidentali, anche il Regno Unito riconosce lo Statuto, nonostante viga al suo interno un sistema giudiziario basato sulla giuria.

6 A ispirare l'intero Statuto di Roma istitutivo dell'ICC sono i principi di indipendenza e terzietà degli organi giudiziari. Né poteva essere diversamente. Sarebbe stato, altrimenti, difficile riconoscere a tali organi un sufficiente ruolo di garanzia. Secondo l'art. 15 dello Statuto, infatti, il Procuratore può avviare le indagini autonomamente. In questo modo si supera il presupposto di esclusività dell'azione penale da parte degli Stati aderenti e si afferma l'indipendenza fondamentale della Corte. Il ruolo di subordinazione della Corte alla giurisdizione dei singoli Stati (art. 17) è solo a patto che questi ultimi siano tenuti, comunque, a perseguire l'azione penale in caso di crimini gravi per la comunità internazionale. Su questo punto si veda: C. Hermida del Llano, *The Universality of Human Rights and the Universality of Punishment*, in Antonio Incampo/Wojciech Żelaniec (eds.), *Universality of Punishment*, cit., pp. 259-260.

di un criterio puramente indicativo e senza una vera base comune tra i vari codici. Lo Statuto dell'ICC, ad esempio, non ammette la pena di morte, a differenza di molti Stati che invece la prevedono⁷. Non tutti gli Stati, a loro volta, puniscono allo stesso modo crimini particolarmente odiosi come il genocidio; non tutti gli Stati lo puniscono con il carcere a vita. E lo stesso vale per i crimini contro l'umanità.

Ma le incoerenze sono anche nella prassi dello stesso Tribunale.

Prendiamo il Caso Tadić davanti all'ICTY. La *Trial Chamber* considera più gravi i crimini contro l'umanità rispetto ai crimini di guerra⁸. Non è, invece, dello stesso avviso la *Appeals Chamber*⁹. Un altro caso: il Caso Aleksovski. La *Appeals Chamber* dichiara espressamente la mancanza di una scala oggettiva di valori per determinare un ordine di pene corrispondenti ai crimini¹⁰. La stessa vaghezza emerge se si confrontano le sentenze dell'ICTY con quelle dell'ICTR. Differenza, dunque, di pene fra le corti internazionali e quelle interne degli Stati; differenze della giurisprudenza delle corti o tribunali internazionali al proprio interno; differenze, infine, nella giurisprudenza delle stesse corti interne degli Stati¹¹.

4. Unità impossibile della pena

Gli ostacoli, però, non sono soltanto questi. Mi soffermerò sulla giurisprudenza delle corti interne per esaminare un altro profilo inedito del diritto penale contemporaneo. È un nuovo *test* decisivo sul destino cosmopolitico del diritto oggi. La differenza delle culture non poteva non avere risvolti sul diritto penale internazionale e sull'impianto unitario della pena. Lo abbiamo visto. Ora si tratta di verificare l'unità della pena *al di qua* dello Stato. La stessa differenza, infatti, ha implicazioni inevitabili anche per la giustizia penale interna agli Stati messi alla prova da società multiculturali abitate da masse di stranieri. La domanda, allora, è: Come trattare lo straniero *al di qua* dello Stato?

Se il diritto penale oltre lo Stato ha più certezze sui crimini e meno sulle pene, le cose non cambiano con il diritto interno allo Stato di fronte all'ingresso di stra-

7 Naturalmente non vanno trascurate le difficoltà dello stesso Statuto dell'ICC sul divieto della pena capitale. Nei negoziati preparatori, infatti, molti Stati (in particolare l'Egitto) sostenevano la necessità di riflettere con lo Statuto le differenze sostanziali tra i vari ordinamenti, compresi quelli che autorizzavano la pena di morte. E su ben altro fronte era la posizione di Stati che ritenevano insostenibile anche il carcere a vita. Niente, come si vede, è scontato. Anche lo Statuto dell'ICC ha difficoltà a contenere dentro di sé la molteplicità di modelli culturali sulla pena. D'altronde, non è sufficiente a risolvere questi problemi neppure il principio di complementarietà tra diritto interno degli Stati e Statuto dell'ICC. Basta confrontare, come si è visto, la giurisprudenza dell'ICC con quella delle corti interne, e quest'ultima con se stessa.

8 Cfr. ICTY, *The Prosecutor v. Tadić, Trial Chamber*, sentenza 11 novembre 1999.

9 Cfr. ICTY, *The Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber*, sentenza 26 gennaio 2000.

10 Cfr. ICTY, *The Prosecutor v. Furundžija, Appeals Chamber*, sentenza 21 luglio 2000.

11 Un'attenta analisi delle incoerenze interne alla giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali è in: D. Scalia, *The Illusion of Universality in International Criminal Court*, in A. Incampo, W. Żelaniec (eds.), *Universality of Punishment*, cit., pp. 231-245.

nieri con culture e stili di vita molto diversi da quelli dei Paesi ospitanti. La svolta cosmopolitica non è solo nei rapporti esterni degli Stati, ma anche al loro interno. Va subito detto che non parliamo semplicemente dell'amministrazione vicaria del diritto penale. Faccio un esempio. Un trafficante internazionale di droga, arrestato a Roma per reati commessi a Parigi, potrebbe essere condannato a Madrid. L'amministrazione vicaria presuppone in questo caso l'individuazione del reato in base a un unico codice penale, indipendentemente dallo Stato competente per territorialità. Non è questo, dunque, il problema.

L'interrogativo si pone, invece, per gli stranieri provenienti da culture e mondi molto diversi da quelli dello Stato in cui ha luogo il reato. Come trattare, allora, lo straniero? È la questione centrale al tempo della globalizzazione e delle società "aperte" senza più i confini tradizionali dello Stato e con il tragico impatto di masse diseredate di migranti a causa di fame, guerre e persecuzioni. Ecco tre variazioni possibili. Vi sono, infatti: (i) pregiudizi *rilevanti*; (ii) pregiudizi *irrilevanti*; (iii) *diritti* oltre i pregiudizi.

5. Pregiudizi rilevanti

Fino a che punto la cultura d'origine dell'imputato è un fatto scriminante per la giustizia penale? Non è solo il legislatore che deve includere la diversità di culture come un bene costituzionale da garantire, ma anche il giudice penale che non può trascurare il senso equitativo della giustizia nel passaggio dalla regola generale e astratta ai casi particolari spesso connotati dal carattere multiculturale della società¹².

Secondo, ad esempio, la Sezione Penale del *Bundesgerichtshof* (BGH) in Germania il delitto nei confronti di un ragazzo turco per non aver più sposato una ragazza connazionale dopo averla messa incinta non è un omicidio di primo grado, ossia "commesso per vili motivi". La motivazione tiene conto evidentemente dell'istituto consuetudinario della vendetta di sangue nell'Anatolia orientale che avrebbe condizionato la capacità di intendere il disvalore penale della propria condotta da parte degli imputati (si consideri, tra l'altro, che il diritto penale turco vieta, a sua volta, tale istituto consuetudinario)¹³. Non è sempre così. I contesti profondamente disomogenei della società, sia per il concorso di culture diverse, sia per le reali implicazioni di tali culture sui costumi delle singole comunità etniche, riservano ai giudici conclusioni molto diverse. Si prenda il caso simile in Italia di Hina Saleem, uccisa dal padre e dai

12 Per comprendere l'influenza delle varie culture sulla legislazione interna degli Stati, si pensi in Italia all'art. 1 del decreto ministeriale 11 giugno 1980 che autorizza la macellazione degli animali secondo gli usi religiosi ebraico e islamico "senza preventivo stordimento", nonostante il reato di "maltrattamento di animali" previsto prima dall'art. 727 c.p. e, dopo la legge n. 189/2014, dall'art. 544-ter c.p.

13 Il caso è citato da O. Höffe, *Globalizzazione e diritto penale*, Edizioni di Comunità, Milano 2001, p. 22.

due cognati per aver disobbedito alle consuetudini del proprio gruppo culturale. La condanna per omicidio ha tutte le aggravanti degli artt. 61, n. 1, e 577 c.p.¹⁴; né la cultura d'origine degli imputati è presa in considerazione. Ma non c'è dubbio che in casi come questi non sono difficili (almeno in astratto) ipotesi di attenuazione della pena¹⁵.

In alcuni casi, le differenze culturali rientrano addirittura tra le cause di vizio totale o parziale di mente. Cito una vicenda nota alla giurisprudenza statunitense (*People vs. Kimura*, N. A-091133/1985). Una donna giapponese trasferita in California è accusata di *oyako-shinju*, ossia di un'antica pratica di omicidio-suicidio di figlio-genitore. La madre si getta in mare con i suoi figli a causa dell'infedeltà del marito. I figli annegano mentre lei si salva. La Corte, dopo la prima imputazione di "*first degree murder*", riconosce alla donna l'incapacità derivante dalla pressione della cultura d'origine, derubricando il primo capo d'imputazione e condannandola per "*voluntary manslaughter*" a un anno di reclusione e a cinque di *probation*.

Spesso, tra i pregiudizi rilevanti, è anche la percezione della pena. Che ruolo giocano sul significato della pena le condizioni di vita nel Paese di origine? Qui il problema non è tanto l'esigibilità della pena, ma le sue modalità di esecuzione. Probabilmente in alcune regioni dell'Africa occidentale la pena detentiva sarebbe percepita persino come un premio piuttosto che una pena, stando appunto alla situazione d'indigenza da cui si proviene. D'altronde, il concetto di pena (lo si vede bene all'interno di dottrine sulla "natura della cosa") parte proprio dal nesso tra mezzi e fini nelle azioni giuridiche. Non avrebbe senso di per sé una pena inferiore a ciò che si guadagna con l'illecito. È l'argomento, tra l'altro, di Kant nella parte della *Metaphysik der Sitten* (1797) dedicata al "diritto di necessità" [*Nothrecht*]. Si fa l'esempio di un'eventuale norma (per di più senza la scriminante generale dello stato di necessità) che preveda la pena capitale per chi si salvi a scapito di un altro malcapitato nel corso di un naufragio. Sarebbe una norma inefficace proprio per il vantaggio di non osservarla. Convieni, infatti, una morte solo eventuale (la morte prevista da una sentenza di condanna), piuttosto che una fine certa (la morte a causa del naufragio). Il discorso sul grado di percezione della pena per il mondo di provenienza del reo porta, dunque, alle stesse conclusioni. Una pena che non sia percepita come tale non è neppure una pena; una sanzione che non annienti i proventi dell'illecito non solo non è una sanzione, ma è cercata al pari dell'illecito. In questo senso le culture di origine formano dei pregiudizi rilevanti.

14 Cfr. Cass. Pen., Sez. I, n. 6587/2009.

15 Il fatto, benché antiggiuridico, può esserlo "più" o "meno", secondo cioè una certa fuzziness. Ai sensi, in particolare, dell'art. 579 del codice penale italiano l'omicidio commesso con il consenso della vittima prevede una pena minore rispetto a quella dell'omicidio comune. Sulla concezione gradualistica dell'antigiuridica si veda, fra gli altri, G. Marinucci, *Antigiuridicità*, in "Digesto Discipline Penalistiche", vol. I, UTET, Torino 1987, p. 186.

6. Pregiudizi irrilevanti

Altre differenze non sono, invece, rilevanti. Il reato cioè non perde l'integrità dei suoi elementi per il fatto di originarsi in un particolare contesto culturale. Si pensi a un cannibale giunto alla Stazione di Atocha a Madrid. Appena arrivato è deciso a mangiare i viaggiatori sui binari e chiede di essere rispettato nelle sue usanze tribali, ignorando per di più il divieto assoluto di cannibalismo. Nessuna corte gli darebbe evidentemente ragione, o acconsentirebbe a qualche attenuante, se si considera la particolare crudeltà del crimine (vi sarebbe compreso anche il reato associato di vilipendio di cadavere)¹⁶.

Il tema tocca, più in generale, la questione di convalida delle esimenti nei reati più gravi. L'ordinamento penale spagnolo, ad esempio, ha introdotto espressamente con la Legge Organica [*Ley orgánica*] n. 11/2003, in riferimento alle mutilazioni genitali femminili in uso in alcuni Paesi di provenienza di molti immigrati, una fattispecie autonoma di reato con l'art. 149, comma 2, del codice penale. Non solo, dunque, non si fa eccezione con un simile crimine, ma lo si punisce in maniera ancora più esemplare. A completamento di tale riforma è intervenuta, tra l'altro, nel 2005 la modifica dell'art. 23, comma 4, della Legge Organica sul Potere Giudiziario [*Ley Orgánica del Poder Judicial*], allo scopo di perseguire anche extraterritorialmente tale reato secondo regole di "giustizia universale" [*justicia universal*]. In questo caso, infatti, non si è semplicemente di fronte a un comportamento che integri gli estremi di reato nel Paese in cui ha luogo, ma a un crimine per tutta la comunità internazionale, trattandosi di una violazione aberrante dei diritti umani¹⁷. È in questa direzione, ad esempio, la sentenza del Tribunale Provinciale [*Audiencia Provincial*] di Teruel (15 novembre 2011) che condanna i genitori di una bambina nata in Gambia ai sensi dell'art. 149 c.p., stabilendo che il reato di mutilazioni genitali femminili implica per la società spagnola "una de las prácticas más detestables que puede realizar una sociedad contra sus niñas pues va en contra de la dignidad de las mujeres y de sus derechos como persona"¹⁸.

La giurisprudenza della Cassazione in Italia, dal canto suo, ha affrontato significativamente molti casi di questo genere con alcune massime di fondo. Non basta, ad esempio, riferirsi alle tradizioni culturali dell'etnia *rom* per avere qualche

16 L'attenuante potrebbe eventualmente risalire a un difetto grave di civilizzazione (la "rusticitas") tale da impedire una qualsiasi capacità di percezione del crimine. Ma i casi del selvaggio o dei cosiddetti "uomini-lupo", ai quali si potrebbe riconoscere la *ratio* che sorregge la non imputabilità, in analogia al principio dell'art. 85 del codice penale italiano, sono per lo più dei casi meramente scolastici non in grado di spiegare la realtà.

17 I presupposti internazionali di tale violazione sono già nella *Dichiarazione sull'eliminazione della discriminazione contro le donne* adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU con la Risoluzione n. 2263 (XXII) del 7 novembre 1967. Per una ricostruzione attentissima degli altri riferimenti alle legislazioni internazionale ed europea si veda il recente volume di C. Hermida Del Llano, *La mutilación genital femenina. El declive de los mitos de legitimación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, specialmente pp. 61-85.

18 Un chiaro inquadramento giurisprudenziale di tale sentenza è in: C. Hermida Del Llano, *La mutilación genital femenina*, cit., pp. 108-110.

attenuante nei casi di minori costretti all'accattonaggio, o nelle situazioni più gravi di riduzione in schiavitù di bambini (visto lo stato di soggezione continuativa) da parte dei genitori o di altri membri della famiglia. Secondo la Cassazione (Sez. V, Pen., n. 37368/2012) il richiamo alle consuetudini delle popolazioni zingare non può essere avallato da alcuna legge (condizione minima, tra l'altro, per associare alla consuetudine un'efficacia scriminante) e non riduce in alcun modo le cause di gravità del reato (ex art. 600 c.p.)¹⁹. La conclusione della Cassazione non ha dubbi. E si potrebbero elencare molti altri divieti altrettanto tassativi: dalla poligamia ai riti matrimoniali che integrano i reati di violenza sessuale e sequestro di persona, ai riti di iniziazione con lesioni gravissime al viso e al corpo, e così via.

Spesso i pregiudizi culturali non hanno la meglio neppure quando sono più lievi. È il caso presentato alla Suprema Corte dopo la sentenza del Tribunale di Mantova che condannava l'imputato a una ammenda di duemila euro per il reato previsto all'art. 4, L. 110/1975, poiché in possesso di un coltello "fuori dell'abitazione senza un giustificato motivo, dalla lunghezza complessiva di cm. 18,5 idoneo all'offesa per le sue caratteristiche". L'uomo si era rifiutato di consegnare l'arma alla polizia per gli obblighi della religione *sikh* che impongono di portare sempre con sé il coltello (il cosiddetto "*kirpan*") e il turbante. Le motivazioni del ricorso in Cassazione chiamano in causa gli usi religiosi dell'imputato tutelati dalla Costituzione italiana (art. 19) e il loro mancato riconoscimento da parte del giudice di merito. La sentenza della Cassazione (Sez. I, Pen., n. 24084/2017) in questo caso è molto più articolata di quella che abbiamo visto sull'accattonaggio nelle comunità *rom*. Si riconosce in questo caso il valore delle tradizioni religiose e delle usanze *sikh*, ma si afferma contemporaneamente l'esigenza del loro giusto temperamento con i valori prevalenti di pacifica convivenza e pubblica sicurezza alla base della società multiculturale del mondo occidentale in cui si è scelto liberamente di vivere. Sul carattere basilare di questi valori si è espressa anche la Corte Costituzionale (sent. n. 63/2016) e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) richiamando in particolare l'art. 9, comma 2, della Convenzione Europea secondo cui: "La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui".

7. Diritti senza pregiudizi

V'è un dato, però, comune alle due situazioni di pregiudizio (sia rilevante, sia irrilevante) in diritto penale. Sta nella differenza di fondo tra diritti e pregiudizi culturali. I diritti non sono pregiudizi. Non è, ad esempio, un mero pregiudizio

¹⁹ Si veda in questo senso anche la precedente sentenza della Cassazione (Sez. V, Pen.) n. 18072/2010.

la tutela sessuale dei minori in stato di dipendenza. È, semmai, il presupposto di partenza di ogni società decente. Si troverebbe benissimo nell'intersezione di cerchi concentrici volti a rappresentare la convivenza di varie culture sul modello dell'*overlapping consensus* disegnato da Rawls (l'area di intersezione individua i valori comuni a tutti i popoli), o seguendo il nucleo di "relazioni essenziali" [*Wesensbeziehungen*] tra mondi di vita diversi al termine di una vera e propria "riduzione eidetica" [*eidetische Reduktion*] di tipo husserliana.

D'altronde, i crimini oggi riconosciuti dal diritto penale internazionale partono dallo stesso presupposto, ossia dalla verità che il diritto non sarebbe neppure pensabile, né esisterebbe senza l'idea di umanità. Rispetto ai crimini più gravi e alla loro sanzionabilità penale non esiste lo straniero in senso forte. Non esiste per almeno due ragioni. Il primo argomento si rifà a un fatto storico. I diritti dell'uomo godono ormai di un consenso universale. Ne è prova proprio la *Dichiarazione Universale* dell'ONU del 1948. Anche chi li nega non li nega in sé, ma per lo stato di eccezione in cui finiscono per prevalere altri interessi come l'ordine pubblico o la sicurezza.

Il secondo argomento tocca i fondamenti della democrazia liberale. Le soluzioni che trattano gli stranieri al pari di tutti gli altri cittadini sono decisamente più accreditabili di altre perché ispirate a modelli liberali di inclusione delle diversità, modelli che intendono (almeno teoricamente) tutelare l'uomo in quanto uomo, prima ancora di una società particolare di interessi. Lo si vede, tra l'altro, nelle forme equitative di giustizia penale che utilizzano, come abbiamo dimostrato, un sistema graduato di pene per accogliere almeno i pregiudizi culturalmente rilevanti. Tutto sembra andare, allora, nella direzione di un diritto penale interculturale *al di là e al di qua* dei confini dello Stato. Al posto, infatti, dei cittadini e degli stranieri oggi il diritto ha la necessità e l'urgenza di considerare l'uomo come vero soggetto di diritto in un mondo che vede sempre più in comune il proprio destino. L'unità della pena è la sua nuova frontiera.