

Diritto penale e diversità culturale: un approccio filosofico

Stefano Biancu

Abstract – Globalization and its related migratory phenomena lead to encounters of different cultures and civilizations. But, inevitably, they also produce clashes and conflicts. Criminal law is an emblematic *locus* of the difficulties that result from the assumption of these conflicts at the level of public policies. On this topic, in Europe, the positions of Mireille Delmas-Marty and Otfried Höffe are emblematic and in certain respects opposed. Starting from these two theoretical options, this paper questions the radical nature of the philosophical, ethical, and anthropological challenge that cultural diversity poses for criminal law and consequently engages in the search for possible ways forward.

1. *Il problema*

La globalizzazione e i connessi fenomeni migratori favoriscono piccoli e grandi incontri tra culture e civiltà diverse. Ma inevitabilmente producono anche scontri e conflitti, che rappresentano una novità recente per molti Paesi occidentali – soprattutto europei – tradizionalmente caratterizzati da una omogeneità di lingua, di cultura e di religione piuttosto definite, secondo un modello di nazione sostanzialmente ottocentesco.

Il diritto penale rappresenta un luogo emblematico delle difficoltà che derivano da una presa in carico di tali conflitti a livello di politiche pubbliche¹. In molti Paesi europei vige un diritto penale originariamente concepito per società omogenee, funzionale – certamente – a garantire

Questo testo costituisce una versione rivista e ampliata della relazione tenuta, in lingua inglese, al XXVI «World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy» (Belo Horizonte, Brasile, 21-26 luglio 2013) con il titolo «Criminal Law and Cultural Diversity: a Philosophical Approach (from a European Standpoint)».

¹ In realtà, fuori Europa, gli studi sulle sfide lanciate al diritto penale dai conflitti culturali, vantano una tradizione già molto lunga, perlomeno a partire dai lavori pionieristici di T. Sellin, tra i quali il celebre *Culture Conflict and Crime*, Social Science Research Council, New York 1938.

pluralismo di opinioni personali e laicità delle istituzioni pubbliche, ma non sufficientemente attrezzato di fronte a un pluralismo di punti di vista irriducibili al mero privato: i punti di vista che sono appunto propri di civiltà e culture differenti². Dove il termine «cultura» è da intendere in senso antropologico/etnologico: quale sistema simbolico di credenze, di gesti, di rappresentazioni e di esperienze del reale, tramandate da una generazione all'altra e interiorizzate – in maniera non necessariamente riflessa – dagli individui.

Ora, una presa in carico, da parte del diritto penale, di tali differenze culturali non è cosa semplice. Culture differenti possono favorire visioni morali e giuridiche anche molto diverse tra loro, cosicché ciò che è considerato male (in senso morale) o reato (in senso giuridico) in un determinato contesto culturale, può non esserlo in un altro: un migrante può così approdare in un Paese dove etica e diritto esprimono valori e norme (sotto forma di precetti e/o di interdizioni) opposti a quelli vigenti nel proprio ambiente d'origine, talvolta addirittura difficilmente comprensibili a partire dal proprio orizzonte culturale. Da qui nasce il dibattito – ormai ampio e ricco³ – intorno alla opportunità e/o alla necessità che il diritto penale riconosca la possibilità di una «cultural defense», intesa come causa di esclusione o di diminuzione della responsabilità penale invocabile da un soggetto appartenente a una minoranza etnica con cultura, costumi e usi diversi, o addirittura in contrasto con quelli della cultura del sistema ospitante; questo, ovviamente, purché egli sia in grado di dimostrare di aver realizzato il comportamento illecito in buona fede e nel ragionevole convincimento di aver agito sulla base della propria tradizione culturale⁴.

Certo è che ammettere la possibilità di una «cultural defense» impone di ripensare alcuni assiomi fondamentali del diritto penale classico. Tra questi il principio di legalità, che non ammette in nessun caso l'ignoranza della legge, neanche da parte di chi provenga da orizzonti culturali differenti (*nullum crimen sine poena, nulla poena sine lege*), e il principio di uguaglianza, che un trattamento penale differenziato a seconda

² Cfr. A. Provera, *Percorsi di verità nelle società multiculturali*, in G. Forti (ed), *Verità del precetto e verità della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli 2013.

³ A partire perlomeno dal celebre articolo, non firmato, *The Cultural Defense in the Criminal Law*, in «Harvard Law Review», 99, 1986, 6, pp. 1293-1311. Per una panoramica recente sugli orientamenti giurisprudenziali in materia, cfr. M.-C. Foblets - A.D. Renteln (edd), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford 2009.

⁴ Cfr. C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa 2010, p. 105.

delle motivazioni culturali dell'atto sembrerebbe violare (sia per quanto riguarda gli *offenders* sia per quanto riguarda le vittime)⁵.

Si tratta di problemi di non facile soluzione, per i quali sarà qui possibile soltanto offrire alcune riflessioni di carattere generale, da una prospettiva prioritariamente europea. A tal fine, si rende necessario affrontare una questione preliminare: quella che attiene al rapporto tra il diritto penale e le culture.

Sul tema, in Europa, sono emblematiche – su fronti per certi versi opposti – le posizioni di Mireille Delmas-Marty e di Otfried Höffe.

La giurista francese, da tempo impegnata in una ricerca sulle condizioni di possibilità di una internazionalizzazione del diritto, rileva come il diritto penale rappresenti il meno universalizzabile tra i sistemi di diritto, nella misura in cui esso esprime le rappresentazioni proprie di ogni comunità particolare in ambiti quali vita e morte, potere, sesso, appropriazione e condivisione dei beni. Nonostante questo, Delmas-Marty ritiene sia comunque possibile lavorare per una internazionalizzazione anche del diritto penale, a partire da un fondamentale e condiviso rifiuto dell'«inumano» (l'ambito, cioè, dei crimini contro l'umanità)⁶. Tale rifiuto dell'inumano sarebbe infatti ciò che consente di «relativizzare il relativismo», ritrovando qualcosa di universale all'interno dei sistemi giuridici particolari. In questa prospettiva, il diritto può contribuire – secondo la giurista francese – a costruire una «comunità umana di valori», e lo può nella misura in cui tra morale e diritto si dà un circolo: la morale (ovvero l'ambito dei valori) è certamente produttiva del diritto (l'ambito delle norme), ma – al contempo – il diritto è in qualche modo produttivo della morale, essendo capace di portare a consapevolezza riflessa valori morali non ancora espressi esplicitamente dall'etica diffusa⁷.

Ecco dunque, in estrema sintesi, la posizione di Delmas-Marty: il diritto penale è essenzialmente legato a un orizzonte culturale particolare in quanto traduce in norme (e, soprattutto, in interdizioni) i valori morali di una comunità, ma al contempo esso è capace di un'apertura potenzialmente universale, nella misura in cui può contribuire a rivelare valori già presenti – ma non ancora esplicitamente espressi – all'interno delle differenti comunità culturali.

⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 131-133.

⁶ Cfr. M. Delmas-Marty, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, in «Cours et travaux du Collège de France. Annuaire», 107, 2006-2007, pp. 537-561, qui p. 538.

⁷ Cfr. M. Delmas-Marty, *Vers une communauté de valeurs. Les forces imaginantes du droit*, IV, Paris 2011.

Diversa è la prospettiva di Höffe⁸, il quale appare interessato non tanto a delineare un possibile diritto penale transculturalmente valido, quanto piuttosto a verificare il valore transculturale della forma di diritto penale che è propria delle democrazie liberali avanzate (sostanzialmente quelle occidentali). In altre parole, l'interrogativo di Höffe consiste nel verificare se l'assetto occidentale del diritto penale regga alle sfide poste dalla sempre maggiore interazione tra le culture. La sua conclusione – pienamente affermativa – è che tale modello di diritto penale ha valore transculturale: nato in Occidente, esso sarebbe moderno e liberale – i due termini sono per Höffe sostanzialmente coincidenti – e avrebbe dunque una validità che supera i confini della cultura che lo ha prodotto.

Per Höffe non si tratta di studiare possibili adattamenti – né tantomeno radicali ripensamenti – dell'attuale gestione del problema criminale alla luce dei problemi posti (ma anche delle possibilità offerte) dalla globalizzazione, quanto piuttosto di verificare la tenuta dell'esistente, dello *status quo*, anche di fronte alle nuove sfide.

Se Mireille Delmas-Marty ammette dunque una dipendenza strutturale del diritto penale dalle particolarità culturali (ma anche una capacità del diritto penale di rivelare un universale etico minimo all'interno di orizzonti differenti), Otfried Höffe difende invece la tesi della indipendenza del diritto penale moderno e liberale dalle particolarità culturali: nato in un contesto (culturale) particolare, tale diritto avrebbe infatti un valore (transculturale) universale.

Ora, alla luce della tesi di Höffe, il problema del diritto penale di fronte alle diversità culturali può apparire come un falso problema: il diritto penale attuale – perlomeno in Europa e nelle democrazie liberali avanzate – possiederebbe infatti gli strumenti sufficienti per fare fronte alle nuove sfide poste dalla globalizzazione e dall'intensificarsi delle migrazioni. Prima di interrogarsi oltre, occorre dunque confrontarsi con l'argomentazione di Höffe.

2. *Ha il diritto penale un valore transculturale?*

Come si è detto, il problema fondamentale da cui l'indagine di Höffe prende le mosse non è quello di delineare un possibile diritto penale transculturalmente valido, quanto piuttosto di verificare il valore tran-

⁸ Cfr. O. Höffe, *Globalizzazione e diritto penale*, Torino 2001 (ed. orig. *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt a.M. 1999).

sculturale del diritto penale come codificato e praticato nelle democrazie liberali avanzate⁹.

In riferimento a tale modello di diritto, Höffe ritiene che l'occasione particolare della sua nascita non intacchi il valore universale della sua essenza. Ne sarebbe prova lo stato attuale delle scienze naturali, della medicina e della tecnica, ma anche della economia razionale: figlie della stessa ragione occidentale e tutte universalmente valide¹⁰. Universalità che – argomenta Höffe – anche una morale giuridica ispirata al tema dei diritti umani condivide: e questo in forza del riconoscimento che essa garantisce dell'eguaglianza di tutti di fronte alla legge, ma anche all'interno della legge.

Ora, un diritto penale adeguato a tale morale giuridica è, secondo Höffe, un diritto penale fondato sulla categoria di retribuzione/ritorsione (*Vergeltung*), in forza della quale a ciascuno è proporzionalmente restituito il male commesso. Tale fondamento retributivo garantirebbe infatti due effetti:

- che soltanto il colpevole sia punito;
- che egli sia punito in maniera proporzionale alla colpa commessa e alla punizione inflitta in casi simili.

Tale struttura formale – secondo Höffe – rende la sanzione penale sostanzialmente «neutra» e dunque universalmente valida e adattabile. Un diritto moderno e liberale dotato di validità transculturale non può dunque che assumere la struttura formale della retribuzione/ritorsione: l'unica che sia davvero legittimante e l'unica capace di fornire un criterio pratico per stabilire la misura della pena. Eventuali finalità secondarie – come ad esempio l'effetto intimidatorio e il reinserimento in società del reo – riconoscerebbero comunque in fondo l'idea di retribuzione, al cui interno sta dunque «la struttura di fondo della pena giuridica e viene costruito al contempo un principio per l'entità della stessa»¹¹.

⁹ Per una presentazione e una discussione più approfondite delle tesi di Höffe rinvio a: S. Biancu, *Rétributivisme et libéralisme: un mariage indissoluble?*, in S. Biancu et al. (edd), *Culpabilité et rétribution. Essais de philosophie pénale*, Basel 2011, pp. 241-264, in particolare pp. 243-250; dello stesso autore si veda, *Y-a-t il un droit pénal interculturel? Quelques remarques philosophiques autour des thèses de Otfried Höffe*, in «L'Ircocervo», 2, 2011 (URL: <http://www.lircocervo.it/index/?p=1164>). Segnalo, da ultimo, la risposta di Höffe alle mie obiezioni: O. Höffe, *N'y a-t-il vraiment pas de droit pénal interculturel? Une réponse*, in «L'Ircocervo», 2, 2011 (URL: <http://www.lircocervo.it/index/?p=1175>).

¹⁰ Cfr. O. Höffe, *Globalizzazione e diritto penale*, pp. 48-57 (ed. orig. pp. 43-50).

¹¹ *Ibidem*, p. 92 (ed. orig., p. 76: «Mit dem [neutralen!] Begriff der Vergeltung wird die Grundstruktur der Rechtsstrafe getroffen und zugleich für das Strafmaß ein Prinzip aufgestellt»). In realtà, poche pagine più avanti, Höffe contraddice il principio retributivo nel quale ritiene di individuare

In conclusione: secondo Höffe il diritto penale proprio delle democrazie liberali avanzate è eticamente legittimo e transculturalmente valido nella misura in cui garantisce i diritti umani attraverso una struttura retributiva della pena. Mi limito – in proposito – ad alcune riflessioni di carattere generale.

– Innanzitutto Höffe intende verificare e sostanzialmente difendere la legittimità transculturale di un modello di gestione della risposta al crimine andato in crisi ancora prima di trovarsi confrontato con le sfide poste dalla globalizzazione e dalla sempre maggiore interazione tra le culture. La prima questione che le tesi di Höffe sollevano è dunque di come possa funzionare transculturalmente ciò che sembra reggere in modo precario anche intraculturalmente. Certo, a un'obiezione del genere si potrebbe facilmente rispondere che la generale crisi in cui da tempo versa l'esercizio del diritto penale sia appunto una crisi di esercizio, dovuta a una cattiva (o, perlomeno, a una parziale) applicazione di principi in sé giusti. E che dunque non sia necessario rivedere la dottrina, ma semmai la pratica: le modalità concrete di applicazione. Qui però si apre un problema piuttosto serio, sul quale occorre soffermarsi.

– Il modello proposto da Höffe si regge precisamente sulla possibilità di operare una distinzione radicale tra teoria e pratica. Affinché possa funzionare un modello di diritto penale che assume la forma e la struttura essenziale della retribuzione – e che lo fa precisamente in forza della presunta «neutralità» del modello retributivo – occorre che ogni accenno alle pratiche punitive sia del tutto rimosso. Höffe stesso lo dichiara: una tale impostazione teorica non è «in grado di fornire un quadro compiuto, ossia né una precisa struttura istituzionale, né una norma giuridica ben determinata»¹².

Si fa così evidente come – nel rispondere all'interrogativo di fondo della sua indagine, ovvero se esista un diritto penale interculturale – Höffe dia una risposta piuttosto paradossale: un diritto penale interculturale è teoricamente possibile, ma è privo di immediate ricadute pratiche, essendo possibili applicazioni culturalmente differenti dei medesimi

l'essenziale della pena giuridica, allorché afferma che è necessario restituire al colpevole un male maggiore di quello commesso affinché la pena superi il possibile vantaggio arreccato dalla condotta criminale e possa così esercitare un effetto deterrente. Cfr. *ibidem*, p. 97 (ed. orig. p. 79: «... belegt der Staat ... die Missachtung der Verbote mit einem Nachteil, der Strafe, die so hoch ausfallen muss, dass sie den Vorteil überwiegt»).

¹² *ibidem*, p. 41 (ed. orig. p. 38: «Wissenstheoretisch ... stellen die Prinzipien der Rechtsmoral erst einen normativen Grundriss dar, der ohne eine Fülle von Zusatzelementen kein 'ausgemaltes Bild', weder eine genaue Institution noch eine wohlbestimmte Rechtsnorm, ergibt»).

principî. Un diritto penale positivo dal valore interculturale è dunque questione che sfugge alla morale critica tratteggiata da Höffe. In questo senso, è significativa la soluzione che egli propone di lasciare aperta «la definizione contenutistica»¹³ dei diritti umani in modo da farne uno strumento valido «per diverse condizioni di vita e per diverse ipotesi di società»¹⁴: è evidente che una tale impostazione non è in grado di farsi carico della questione, che – almeno nominalmente – sta a monte della ricerca, ovvero se esista (*gibt es?*) un diritto penale interculturale.

Pur volendo fornire «una chiara prova contraria alle tesi di quel relativismo culturale che pretende di fondarsi empiricamente»¹⁵, la posizione di Höffe giunge così alle medesime conclusioni pratiche di quel relativismo che si propone a buon diritto di contestare.

– Il nesso, difeso da Höffe, tra l'universalità e il valore transculturale dei diritti umani – o perlomeno della loro affermazione di principio – e un diritto penale di tipo retributivo non appare evidente e risulta piuttosto legato a una sorta di assolutizzazione della figura giuridica del «soggetto di diritto», in quanto astratto titolare di diritti e doveri. Tale figura costituisce la garanzia giuridica affinché si diano le condizioni per una piena esplicazione della libertà e dell'umanità di ogni individuo, ma non esaurisce in alcun modo tale umanità. Se occorre garantire a ciascuno lo status di soggetto di diritto (è un minimo dovuto), questo riconoscimento non è però sufficiente: della libertà occorre infatti garantire non solo le condizioni formali, ma anche alcune imprescindibili condizioni materiali. Una risposta esclusivamente retributiva non è però capace di farsi carico delle condizioni materiali della libertà, né per quanto riguarda le vittime, né per quanto riguarda gli offensori, né – tanto meno – per quanto riguarda la società nel suo complesso.

La gestione del problema criminale, se vuole essere concretamente efficace e non solo astrattamente giusta (finendo per non esserlo realmente), deve dunque fare necessariamente i conti non solo con la forma ma anche con la forza della libertà. La questione è allora di favorire condizioni di socialità non solo necessarie, ma pure sufficienti: capaci di garantire non soltanto i diritti di individui pensati come «soggetti di diritto» irrelati, a-storici e disincarnati, ma pure di tutelare e favorire

¹³ *Ibidem*, p. 126 (ed. orig. p. 100: «die konkrete Ausfüllung»).

¹⁴ *Ibidem*, p. 120 (ed. orig. p. 96: «für unterschiedliche Lebensbedingungen und Gesellschaftsentwürfe»).

¹⁵ *Ibidem*, p. 79 (ed. orig. p. 67: «... gegen einen empirisch begründeten Kulturrelativismus einen klaren Gegenbeleg»).

la maturazione di identità personali e collettive: di far sì che ciascuno sia messo nelle condizioni di compiere se stesso e la propria libertà, divenendo allo stesso tempo parte di una comunità. Rispetto a tale compito, un diritto penale esclusivamente retributivo non è adeguato.

– Ciò che, a questo proposito, sembra sfuggire alla riflessione di Höffe è che, se la globalizzazione e la multiculturalità rappresentano delle sfide complesse e di non facile soluzione, esse si presentano anche come una preziosa occasione per ripensare la legittimazione e l'esercizio del diritto penale in sé. Il confronto con modelli non europei e non occidentali di risposta al crimine non può infatti lasciare indifferenti a riguardo delle modalità di punire (ma anche delle ragioni per punire) tipiche dell'Occidente. L'incontro con modalità non occidentali e non europee di gestione dei conflitti e di risposta al male (anche radicale) può anzi rivelarsi una occasione preziosa per ripensare i fondamenti del proprio diritto penale. Emblematico – in questo senso – il caso della «Restorative Justice», che è stata alla base dei lavori della Commissione Verità e Riconciliazione (TRC) in Sud Africa e in molti altri Paesi e che tanto deve a forme non occidentali di gestione del conflitto¹⁶.

Limitandosi a indagare la validità transculturale del diritto penale occidentale, Höffe non si confronta dunque con la questione della validità di forme non occidentali di gestione del crimine. Una questione niente affatto secondaria, dato il contesto di fragilità e di affievolimento dei legami sociali e comunitari che sembra accomunare i Paesi occidentali e visto che spesso, fuori dall'Occidente, proprio al problema di ricostruire il legame sociale è stata data grande attenzione.

Si tratta, in ultima analisi, di cercare una mediazione tra l'esigenza occidentale e «moderna» di rispettare le libertà individuali (del «soggetto di diritto») e la necessità che anche il diritto penale contribuisca a costruire individualità e comunità mature: qui il contributo di vie originariamente non occidentali può rivelarsi prezioso.

¹⁶ L'Arcivescovo Desmond Tutu, Premio Nobel per la Pace nel 1994, spiega in questo modo l'idea di una «Restorative Justice» che ha guidato i lavori della TRC: «I contend that there is another kind of justice, restorative justice, which was characteristic of traditional African jurisprudence. Here the central concern is not retribution or punishment, but, in the spirit of *ubuntu*, the healing of breaches, the redressing of imbalances, the restoration of broken relationships. This kind of justice seeks to rehabilitate both the victim and the perpetrator, who should be given the opportunity to be reintegrated into the community he or she has injured by his or her offense» (D.M. Tutu, *No Future Without Forgiveness*, New York 1999, pp. 51-52). Per una riflessione critica pacata ed equilibrata sulla giustizia transizionale si vedano i lavori di F. Haldemann, in particolare *Another Kind of Justice: Transitional Justice as Recognition*, in «The Cornell International Law Journal», 41, 2008, 2, pp. 675-737, e *Una giustizia transizionale e il riconoscimento collettivo delle vittime*, in «Munus. Rivista europea di cultura», 2012, 1, pp. 21-37.

Alla luce della discussione fin qui condotta a partire dalle tesi di Höffe, la legittimità universale e la portata transculturale del modello – finalmente retributivo – di diritto penale dominante in Occidente appare non immediatamente evidente e richiede un approfondimento critico. Occorre dunque domandarsi in quale misura e secondo quali modalità le politiche criminali debbano e possano farsi carico delle sfide poste dalle diversità culturali.

a. Superamento del paradigma barbarico

Nell'impostare il problema occorre, prioritariamente, fare i conti con alcune rappresentazioni dell'immigrato non occidentale che potrebbero essere in parte condizionate da quello che è stato definito come un persistente «paradigma barbarico»¹⁷. Si tratta di uno schema interpretativo ricorrente nell'immaginario occidentale, dall'antichità ai giorni nostri. Applicato agli attuali flussi migratori, ne suggerisce una comprensione in chiave di moderne «invasioni barbariche»: l'immigrato, dunque, come una moderna incarnazione dell'archetipo del «barbaro», l'incivile per eccellenza. Secondo questo paradigma, il barbaro è per definizione forte e violento, insensibile ai più deboli e dotato di un corpo robusto; è sporco e massimamente prolifico e, dunque, infestante. Tutto questo lo rende più prossimo al regno animale che non al consorzio umano.

Quella del barbaro si configura come una categoria apriori: una sorta di apriori storico che modella una precomprensione del diverso destinata a entrare in crisi se sottoposta alla prova dell'incontro con l'altro in carne e ossa. Quanto più infatti i «residenti» entrano in contatto con le popolazioni immigrate approfondendone la conoscenza, tanto più l'attribuzione ad esse della categoria di «barbaro» perde di evidenza.

In particolare, l'archetipo del barbaro si rivela maggiormente incisivo in epoche di crisi strutturale: una civiltà in declino facilmente trova nell'invasione barbarica e nella figura del barbaro una delle ragioni della propria crisi e dell'imminente fine della storia (di tutta la storia, non soltanto di quella propria). Ecco perché, quando si produce un «vuoto»

¹⁷ Cfr. P. Branca - G. Pugliesi, *Il paradigma barbarico*, in «Munera. Rivista europea di cultura», 2013, 1, pp. 21-37; per un ricco catalogo di testimonianze storiche cfr. M. Guidetti, *Vivere tra i barbari, vivere con i romani. Germani e arabi nella società tardoantica. IV-VI secolo d.C.*, Milano 2007.

di civiltà, fa spesso la sua apparizione sulla scena della storia un soggetto – individuale e collettivo – a cui è attribuito il ruolo del «barbaro».

Ora, del potere condizionante di tale «paradigma barbarico» occorre essere consapevoli. Nell'ambito delle politiche criminali, esso può infatti agire – implicitamente – in più direzioni. Può svolgere un ruolo nelle motivazioni di chi difende il valore transculturale della forma occidentale del diritto penale, sulla base di una presunta superiorità della civiltà sulla inciviltà; ma può svolgere un ruolo anche nelle motivazioni di chi sia pronto a riconoscere una «cultural defense» che giustifichi il singolo individuo sulla base – finalmente – di una inferiorità morale e giuridica della sua cultura di appartenenza.

Il primo passo da compiere, dunque, quando si tratta di pensare le sfide che le diversità culturali lanciano al diritto penale, è di essere consapevoli che i nostri discorsi possono facilmente essere influenzati da un «paradigma barbarico» tanto ricorrente quanto implicito¹⁸.

b. Superamento di una visione patologica della cultura

Avere coscienza delle insidie eventualmente connesse a tale «paradigma barbarico» è dunque un primo passo da compiere. Un secondo passo consiste nel fare i conti con una visione (riduttiva) della cultura e delle culture quali patologie della soggettività: ovvero quali limitazioni della libertà individuale di cui il diritto penale debba tenere conto nel computo delle responsabilità individuali. Le culture non rappresentano in se stesse delle patologie (dei limiti) della libertà, quanto piuttosto delle condizioni di esercizio di tale libertà. La soggettività – e dunque la libertà – si presenta infatti sempre culturalmente mediata: i processi attraverso i quali opzioni e scelte diventano significativi per l'individuo sono processi culturali (segnatamente di tipo linguistico e storico)¹⁹. Con-

¹⁸ Tanto più che l'assunzione di tale paradigma può rivelarsi funzionale alla protezione di determinati interessi economici, favorendo pericolose identificazioni – in nome della sicurezza delle persone e delle proprietà – tra l'immigrato e il criminale (cfr. G. Forti, *Nuovi riverberi «infernali». Le politiche penali securitarie di esclusione e criminalizzazione dell'«Altro oscuro»*, in «Munera. Rivista europea di cultura», 2012, 2, pp. 121-141; dello stesso autore, *Il mercato e la criminalizzazione dell'«Altro oscuro»*, in «Munera. Rivista europea di cultura», 2013, 1, pp. 51-62). La trasformazione in paura dell'inquietudine che l'altro – il diverso – inevitabilmente produce diviene così uno strumento privilegiato di potere e di controllo (cfr. E. Pulcini, *La cura del mondo: paura e responsabilità nell'età globale*, Torino 2009).

¹⁹ Cfr. W. Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford 1989, in particolare le pp. 162 ss. («The Value of Cultural Membership»). Intorno alla imprescindibile mediazione simbolica – e dunque culturale e affettiva – della soggettività cfr. S. Biancu, *Il simbolo: una sfida per la filosofia*,

seguentemente, l'appartenenza culturale rappresenta un bene primario per l'individuo e – dunque – un diritto che deve essergli riconosciuto.

Qui – con tutta evidenza – si pone il problema di possibili conflitti tra il diritto alla cultura e altri diritti fondamentali (come il diritto alla vita o all'integrità fisica) che una determinata cultura potrebbe mettere in discussione, perlomeno in determinati contesti²⁰. La domanda da porsi è dunque quella che riguarda la misura della tolleranza: quali differenze culturali sono tollerabili dal diritto penale? Se infatti ogni diritto penale particolare traduce, sotto forma di norme e di interdizioni, il patrimonio di valori di una determinata comunità, fino a che punto esso può tollerare la diversità culturale, soprattutto se questa produce conflitti nel campo dei diritti fondamentali che una data cultura riconosce?

L'unica risposta possibile a tale questione è, a mio avviso, quella che passa da un ripensamento – e da un allargamento – della tolleranza stessa.

c. Una considerazione penultima della tolleranza

Come altre grandi parole figlie della modernità politica, la tolleranza ha valore non come fine ultimo, ma come garanzia di altro da sé, ovvero come dato penultimo. In altri termini: essa rappresenta un atteggiamento o una prassi positiva a condizione che sia posta a servizio di principî di rango superiore²¹, i quali possono essere vari e molteplici. Certamente, tra questi, occupa uno spazio importante la pace sociale.

Eppure la tolleranza non può limitarsi a garantire la pace sociale, giacché un orientamento esclusivo di questo tipo non sarebbe sufficiente a eliminare l'ambiguità che la caratterizza, nella misura in cui essa presuppone – quasi inevitabilmente – una certa superiorità del soggetto tollerante nei confronti del soggetto tollerato, rendendo conseguentemente molto precaria la pace sociale eventualmente raggiunta.

in S. Biancu - A. Grillo, *Il simbolo: una sfida per la filosofia e per la teologia*, Cinisello Balsamo (Milano) 2013, pp. 13-99, in particolare pp. 69-99.

²⁰ Per una messa a punto della questione dei diritti fondamentali e della loro necessaria gerarchizzazione, cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, 1: *Teoria del diritto*, Roma - Bari 2012².

²¹ Cfr. R. Forst, *Toleranz im Konflikt: Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs*, Frankfurt a.M. 2003, p. 50: «Toleranz ist ... eine positive Haltung oder Praxis, wenn sie zu etwas Gutem dient, d.h. wenn sie um willen der Realisierung höherstufiger Prinzipien oder Werte gefordert und dadurch gerechtfertigt ist». In particolare, per quanto riguarda il rapporto tra diritto penale e tolleranza, cfr. G. Forti, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il «potenziale di verità» nelle democrazie liberali*, in S. Canestrari - L. Stortoni (edd), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna 2009, pp. 349-395.

Il principio di rango superiore a cui la tolleranza deve puntare è piuttosto quello di una verità condivisa. A livello sociale, si tratta di tollerare alcune differenze affinché si creino le condizioni per la maturazione di quella che Böckenförde chiama una «base pregiuridica comune»²²: una base comune a cui attingere in vista di una produzione normativa condivisa. A livello individuale, e nel caso specifico dell'esercizio del diritto penale, un intelligente esercizio di tolleranza prende le forme di una condanna dell'atto (del reato) a cui non segua l'infrazione di una pena (all'attore). Oggetto di tale tolleranza non dovrebbe però essere un soggetto in quanto ritenuto limitato nella sua responsabilità dall'appartenenza a una cultura diversa (e inferiore), ma in quanto tale appartenenza è positivamente riconosciuta come non irrilevante per una sua personale conformazione all'ordinamento giuridico (livello individuale) e per la maturazione di una base pregiuridica comune a servizio di una produzione normativa condivisa (livello sociale). A livello individuale – in altri termini – la scelta di condannare l'atto ma di non punire l'attore ha come scopo di favorire – nell'attore – un processo di rielaborazione del proprio patrimonio culturale che gli consenta di ritrovare in esso valori fondamentali che la norma giuridica positiva è capace di rivelare. Come rileva Mireille Delmas-Marty – lo si è precedentemente ricordato²³ –, l'interdizione penale ha infatti la capacità di far emergere a consapevolezza contenuti morali già presenti, in maniera magari non riflessa e non consapevole, nei differenti patrimoni culturali.

La tolleranza di cui qui si parla è dunque funzionale a un approfondimento del potenziale di verità che è insito in ogni tradizione particolare²⁴: e questo sia in vista – a livello sociale – della formazione di una base pregiuridica comune (che consenta una produzione condivisa della norma positiva), sia in vista di un approfondimento – da parte del singolo individuo – del proprio patrimonio culturale in direzione di valori e contenuti morali già presenti ma non ancora eventualmente esplicitati.

In altri termini, la tolleranza ha senso se non sclerotizza le differenze, ma se crea le condizioni – a livello individuale e a livello sociale – perché sia possibile giungere a un accordo e a una condivisione.

²² E.-W. Böckenförde, *Libertà religiosa e diritto: lo stato secolarizzato e i suoi valori*, in «Il Regno-Attualità», 18, 2007, pp. 637 ss. (ed. orig. *Der Säkularisierte Staat. Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert*, München 2007, pp. 11-43).

²³ Cfr. M. Delmas-Marty, *Vers une communauté de valeurs*.

²⁴ Cfr. A. Provera, *Percorsi di verità nelle società multiculturali*.

d. Dal punitivo al narrativo

La conformità del singolo individuo all'ordinamento giuridico che il diritto penale intende assicurare va intesa come un legame relazionale di condivisione²⁵. Ai fini di tale condivisione, un approccio meramente coercitivo non può che rivelarsi inadeguato. In alcuni casi un approccio anche – sebbene non esclusivamente – coercitivo mantiene certamente una sua efficacia in termini di prevenzione (generale e speciale), come pure una sua legittimità etica e giuridica: è per esempio il caso dei reati dei cosiddetti «colletti bianchi». Ma nei casi di reati riconducibili a differenze culturali è prioritario stabilire una relazione tra l'individuo e l'ordinamento giuridico. Occorre dunque privilegiare un approccio dialogico di tipo personale e comunicativo, e non semplicemente impersonale e informativo, come è invece tipico del diritto penale classico²⁶. Si tratta – in altri termini – di privilegiare le possibilità offerte dalla giustizia riparativa e dalla mediazione penale, rispetto a una gestione meramente retributiva della risposta pubblica al reato.

Tre fattori si rivelano in questo senso fondamentali: l'incontro interpersonale, la parola e il tempo.

Una volta compiuto l'accertamento dei fatti e stabilito che determinati comportamenti potrebbero trovare ragione in pratiche o credenze tradizionali di varia natura, l'incontro tra le persone, l'uso della parola e il tempo possono consentire all'attore di ritrovare – anche all'interno della propria cultura – le ragioni per abbandonare certe pratiche contrarie alla persona umana e ai suoi diritti fondamentali. Non esiste infatti una cultura umana (nel senso antropologico/etnologico del termine) che sia contraria all'essere umano.

In particolare, per quanto riguarda l'incontro personale, deve essere certamente valorizzato il ruolo del giudice, il quale – a nome della società – ha la facoltà e il dovere di dichiarare che una determinata condotta non è accettabile e che ha dunque costituito un abuso. Ma è necessario che anche alle vittime sia riconosciuto un ruolo, assegnando loro – all'interno di un contesto rituale protetto e adeguato – uno spazio

²⁵ Cfr. A. Provera, *Tutela del sentimento religioso e reati culturalmente orientati. Il diritto penale e il confine del multiculturalismo*, tesi di dottorato, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano a.a. 2010-2011, pp. 171-175.

²⁶ Come ha osservato Foucault, il regime disciplinare carcerario prevede che il condannato sia oggetto di informazione, ma mai soggetto di comunicazione: cfr. M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1976, p. 218 (ed. orig. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris 1975, p. 202).

di parola e di ascolto. In questo modo è possibile attendersi un duplice effetto. Innanzitutto che le vittime possano ottenere riconoscimento e giustizia: la vittima ha infatti necessità che le si confermi autorevolmente che il dominio di altri ha costituito un abuso, un'ingiustizia; abuso al quale viene definitivamente posto termine: la vittima deve solennemente essere liberata e restituita a se stessa. Secondariamente, che la loro testimonianza consenta all'offensore di comprendere il senso – dal valore universale e transculturale – della violazione che gli viene contestata: anche il colpevole deve essere infatti «liberato», nella misura in cui anch'egli è prigioniero del suo male.

Non si tratta di privilegiare soluzioni pratiche a bassa intensità morale, rispetto – per esempio – a un modello retributivo i cui fondamenti morali sono stati autorevolmente argomentati già da Kant e Hegel. Si tratta piuttosto di riconoscere come il fondamento del diritto – di ogni diritto – non stia in un iperuranio ideale, ma nell'essenza stessa della persona umana, la quale costituisce – per dirla con Rosmini – «il diritto umano sussistente: quindi anco l'essenza del diritto»²⁷.

Quella conformità del singolo con l'ordinamento che il diritto penale deve garantire trova così nell'incontro interpersonale una delle sue condizioni di possibilità: l'incontro interpersonale tra l'attore e la vittima – con la mediazione imprescindibile del giudice e all'interno di un contesto adeguato – ha infatti la forza di mostrare come il fondamento delle interdizioni e delle norme (di cui si contesta la violazione) non risieda in un certo orizzonte culturale (da accettare o meno), ma nella comune umanità. L'incontro interpersonale può così favorire una esperienza del fondamento universale di ogni diritto particolare. In questa luce la rinuncia alla punizione – certo applicabile all'interno di condizioni particolari da determinare – prende la forma di un esercizio di tolleranza in vista di altro da sé: ovvero in vista di una condivisione che, andando oltre le differenze, accede a un dato previo e comune.

Nei casi di reati che siano in qualche modo riconducibili a differenze culturali accertate, è dunque auspicabile prevedere un graduale passaggio da un registro esclusivamente punitivo a uno che prediliga il momento narrativo della parola e dell'ascolto²⁸, attraverso una sostituzione

²⁷ A. Rosmini-Serbati, *Filosofia del diritto* (1841-1845), I (*Opere edite e inedite di A. Rosmini-Serbati*, XXXV), a cura di R. Orecchia, I, Padova 1967, p. 191.

²⁸ M. van de Kerchove, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles 2005, p. 24; A. Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Paris 2002, p. 207.

dell'elemento coercitivo e retributivo della sanzione con un adeguato incontro tra persone.

Il fattore «tempo» si rivela, con tutta evidenza, fondamentale: occorre infatti lasciare tempo alla parola e all'ascolto, ma anche assicurare all'attore il tempo necessario alla rielaborazione del proprio patrimonio culturale alla luce di quella parola e di quell'ascolto, anche attraverso l'accompagnamento di una adeguata mediazione culturale. Affinché però il dare parola non rappresenti una *summa injuria*, occorre che si tenga conto del fatto che non tutti hanno lo stesso accesso all'ambito della parola: anche in quest'ambito vi sono degli esclusi ai quali va resa giustizia²⁹.

e. Una memoria risanata

Se la pena retributiva si basa sul presupposto che il male sia cancellabile e che sia possibile ristabilire l'ordine violato³⁰, un approccio relazionale – fondato sull'incontro tra persone, sulla parola e sul tempo – si basa invece sulla convinzione che il male non solo non possa ma neanche debba essere cancellato. Se si vuole produrre storia e storia umana, del male occorre infatti mantenere una memoria: una memoria risanata. Non si tratta di una memoria intesa semplicemente come incapacità di dimenticare e, dunque, di condonare il debito: questa sarebbe una memoria che anzi arresta la storia personale e collettiva, finendo per produrre ossessione e psicosi. Qui si tratta invece di una memoria – individuale e collettiva – fondata sul riconoscimento che la sofferenza inflitta e patita ha rappresentato un'ingiustizia e un male che non possono e non devono essere cancellati. Rispondere al male non semplicemente attraverso i modi della sanzione, ma anche attraverso una parola collocata all'interno di un adeguato contesto rituale, significa certamente rinunciare a una immediata pretesa cosmetica: al bisogno di ristabilire l'ordine, cancellando magicamente il disordine prodotto dal reato. Ma significa anche creare le condizioni di possibilità per una autentica liberazione dalla presa magica del male e della colpa, sanandone la memoria senza cancellarne le tracce.

Tutto questo non può che comportare un profondo ripensamento della maggior parte delle nostre politiche criminali, le quali accordano gene-

²⁹ Cfr. su questo P. Ricœur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris 2000, p. 614.

³⁰ Cfr. S. Biancu, *La colpa: disordine e cosmos*, in «Jus. Rivista di scienze giuridiche», 2, 2012, pp. 287-299.

ralmente uno spazio molto limitato alla relazione: all'incontro personale e alla parola pronunciata e ascoltata. Si tratta dunque di accedere a quell'ambito dell'esperienza che Benjamin definiva come una sfera di intesa umana inaccessibile alla violenza: «la vera e propria sfera dell'«intendersi», la lingua»³¹.

Si tratta di un «intendersi» che – tra esseri umani – è infatti sempre possibile: oltre ogni differenza (individuale, sociale, culturale). Ma anche grazie proprio alla differenza.

³¹ W. Benjamin, *Per la critica della violenza*, in W. Benjamin, *Angelus novus. Saggi e frammenti*, Torino 1976, p. 17 (ed. orig. *Zur Kritik der Gewalt* [1920-1921?], in *Walter Benjamin Gesammelte Schriften*, II,1, Frankfurt a.M. 1999, pp. 179-204. «Darin spricht sich aus, daß es eine in dem Grade gewaltlose Sphäre menschlicher Übereinkunft gibt, daß sie der Gewalt vollständig unzugänglich ist: die eigentliche Sphäre der 'Verständigung', die Sprache», p. 192).