UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI VERONA

DIPARTIMENTO DI
SCIENZE GIURIDICHE

SCUOLA DI DOTTORATO DI
SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE EUROPEE E INTERNAZIONALI

XXXV CICLO

TITOLO DELLA TESI DI DOTTORATO

Nuovi orizzonti per i reati culturalmente orientati. La teoria del **test** *culturale e i percorsi di giustizia riparativa nell'esperienza comparata e nelle prospettive applicative dell'ordinamento italiano*

S.S.D. IUS/17

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Giovanni Rossi

Tutor: Chiar.mo Prof. Lorenzo Picotti

Dottoranda: Dott.ssa Sophie Charlotte Monachini

«We are rooted, just like the trees»

JACK D. FORBES

Columbus and other Cannibals: The Wetiko Disease of Explotation, Imperialism and Terrorism

«Gli uomini hanno diritti poiché sono gli uni con gli altri, perché l'esistenza dell'uno richiede l'esistenza dell'altro, perché nella loro identità il singolare si unisce al plurale, l'affermazione dell'io al riconoscimento del tu»

FRANCESCO D'AGOSTINO

Lezioni di filosofia del diritto

INDICE

INTRODUZIONE..... 13

PARTE I
MULTICULTURALISMO E DIRITTO PENALE

CAPITOLO I
Premesse definitorie e metodologiche

1. La rilevanza dell'elemento culturale nel diritto penale 17
2. Alcune preliminari definizioni per lo studio dei reati culturalmente orientati: il concetto di cultura 23
    2.1. Brevi riflessioni sui limiti del riconoscimento del diritto alla cultura: 32
        2.1.1. a) nel diritto internazionale 32
        2.1.2. b) nel contesto europeo 34
    2.2. La Costituzione italiana e il diritto all'identità culturale 37
    2.3. Cultura: diritto o parametro extra-sistemico? 40
    2.4. Pratiche culturali o religiose? 43
        2.4.1. La circoncisione maschile: cenni. Analogie e differenze con la pratica di mutilazione genitale femminile..... 44
3. La nozione di reato culturalmente orientato 47
    3.1. Società multietnica, società multiculturale e conflitti di culture..... 48
4. Le principali categorie di reati culturalmente orientati 53
5. I diversi modelli di gestione della diversità culturale 56
    5.1. Il modello assimilazionista-integrazionalista e il modello multiculturale 57

5.2. Politiche multiculturali e immigrazione femminile 62
6. Riassumendo 66

PARTE II
L'ESPERIENZA COMPARATA

CAPITOLO II
La gestione dei conflitti culturali in Canada: approccio riparativo al reato e *tests* di elaborazione giurisprudenziale

1. Introduzione: la gestione giuridica della diversità 70
1.1. *Indigenous Legal Tradition* ……..…….. 75
2. Il paradigma riparativo come modello giuridico preferibile nella gestione dei conflitti di matrice culturale aborigena 80
2.1. La giurisprudenza anteriore alla riforma del Codice penale canadese 81
2.2 La riforma del Codice penale del 1996 85
2.3. La prima pronuncia giurisprudenziale in materia: *R v Gladue* 89
2.4. La successiva giurisprudenza 93
3. I *Gladue Reports* 96
4. Altri possibili modelli per la gestione del fattore culturale in sede penale..... 99
4.1. *Aboriginal Courts*…… 99
4.1.1. *Gladue (Aboriginal Persons) Court* 101
5. Nuovi possibili orizzonti: alcune recenti pronunce concernenti imputati afro-canadesi 103
6. Riflessioni parzialmente conclusive 106
7. *Test* culturale, *test* religioso e accomodamento ragionevole: un approccio giurisprudenziale al multiculturalismo 109
7.1. Il *test* culturale e il *test* religioso 111
7.2. L'accomodamento ragionevole 117

8. Riflessioni conclusive 123

CAPITOLO III

La gestione dei conflitti culturali in Sudafrica:

internal limitation clause, limitation inquiry* e *uBuntu

1. Il sistema giuridico sudafricano: introduzione 127
2. Il fattore culturale nel sistema giuridico sudafricano 129
2.1. Analisi di alcune pratiche culturali rilevanti in sede penale..... 130
2.2. *Cultural defence vs test* culturale costituzionale..... 132
2.2.1. *Internal limitation clause e limitation inquiry* 133
2.3. Riflessioni conclusive 136
3. Il paradigma riparativo sudafricano: l'*uBuntu* 136
3.1. Il concetto di *uBuntu* 137
3.2. Analisi di alcune rilevanti sentenze 142
3.2.1. *S v Makwanyane and another* 143
3.2.2. La giurisprudenza successiva a *S v Makwanyane*..... 146
3.2.3. Riflessioni parzialmente conclusive 150
3.3. La giustizia riparativa: modello alternativo o complementare?..... 151
3.3.1. La proposta della dottrina sudafricana 153

CAPITOLO IV

Cenni all'esperienza neozelandese in materia di giustizia riparativa

1. *Leading cases* in materia di giustizia riparativa 157
1.1. Le sentenze *R v Clotworthy e Police v Stretch* 157
2. Il *Sentencing Act* del 2002 e la successiva giurisprudenza 160

PARTE III

L'ESPERIENZA ITALIANA

CAPITOLO V

Il formante legislativo: fattispecie di reati culturalmente orientati nel codice penale

1. L'orientamento del legislatore italiano in tema di rapporti fra diritto penale e cultura 163
2. Le mutilazioni genitali femminili: alcune premesse 166
2.1. Origini storiche e contesto socio-antropologico di riferimento..... 168
3. Fattispecie penali applicate anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 7 del 2006 170
4. La legge n. 7 del 2006 173
4.1. Finalità preventiva 174
4.2. Finalità repressiva 174
4.3. Alcuni rilievi critici 180
5. Altre ipotesi di reati culturalmente orientati nella legislazione penale italiana 187
5.1. Il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio e organizzazione dell'accattonaggio..... 188
5.2. Il delitto di costrizione o induzione in matrimonio 194

CAPITOLO VI

Il formante dottrinale: il *test* culturale

1. Introduzione 203
2. I «tre gradi di verifica» suggeriti da Cristina De Maglie 207
3. Il *test* culturale proposto da Ilenia Ruggiu 211
3.1. La componente oggettiva 212
3.2. La componente soggettiva 215

3.3. La componente relazionale 216
4. I «tre criteri di valutazione» individuati da Fabio Basile 220
5. Alcune riflessioni in merito ai modelli di *tests* culturali analizzati: il profilo probatorio 223
5.1. La prova culturale 227
6. Riflessioni conclusive nella prospettiva dell'ermeneutica giurisprudenziale 232

CAPITOLO VII

Il formante giurisprudenziale: verso un modello italiano di *test* culturale

1. Introduzione..... 237
2. La decisione della Corte di Cassazione nella sentenza n. 29613 del 2018..... 238
2.1. Il caso..... 238
2.2 Il *test* culturale..... 240
3. La giurisprudenza relativa ai reati culturalmente orientati precedente alla sentenza n. 29613 del 2018..... 244
3.1. Alcune applicazioni implicite del *test* culturale..... 246
3.1.1. Cassazione penale n. 34909 del 2007..... 246
3.1.2. Cassazione penale n. 43646 del 2011..... 246
3.1.3. Corte di Appello di Venezia n. 1485 del 2012..... 247
4. La giurisprudenza relativa ai reati culturalmente orientati successiva alla sentenza n. 29613 del 2018..... 250
4.1. Cassazione penale n. 7590 del 2019..... 251
4.2. Cassazione penale n. 8986 del 2019..... 252
4.3. Cassazione penale n. 27901 del 2020..... 252
4.4. Cassazione penale n. 30538 del 2021..... 253
4.5. Cassazione penale n. 37422 del 2021..... 255
4.6. Cassazione penale n. 32390 del 2021..... 256
4.7. Cassazione penale n. 18726 del 2022..... 257

5. Alcune riflessioni alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali in tema di reati culturalmente orientati..... 257

PARTE IV
CONCLUSIONI

CAPITOLO VIII
Orizzonti di sintesi e future prospettive applicative.
La giustizia riparativa

1. La *ratio* alla base del riconoscimento del fattore culturale in sede giuridica..... 263
2. Una proposta operativa per la gestione dei conflitti culturali in sede penale..... 273
2.1. Una possibile rivisitazione del *test* culturale..... 274
2.1.1. I quesiti del *test* culturale rivisitato..... 277
2.2. La funzione della pena nei reati culturalmente orientati..... 281
2.3. I reati culturalmente orientati e la giustizia riparativa..... 292
2.3.1. Possibili pratiche riparative applicabili ai reati culturalmente orientati..... 303
2.4. Orizzonti di complementarietà tra la giustizia riparativa e quella tradizionale alla luce della cd. riforma Cartabia..... 305
2.5. La proposta di un percorso riparativo culturalmente orientato..... 315

BIBLIOGRAFIA..... 323

RINGRAZIAMENTI

INTRODUZIONE

«(...) non l'Uomo, ma uomini abitano questo pianeta. La pluralità è la legge della terra»
HANNAH ARENDT
La vita della mente

Negli ultimi decenni, anche in ambito giuridico, si è sviluppata una approfondita riflessione sul multiculturalismo, sul concetto di società multiculturali e sui conseguenti conflitti che possono scaturirne: le odierne società occidentali sono, infatti, caratterizzate dalla presenza di una pluralità di persone e gruppi provenienti da vari paesi con culture e tradizioni diverse e ogni gruppo rivendica le proprie differenze culturali come cifra significativa e identitaria.

Questi fenomeni sono stati oggetto di studi e di analisi anche in ambito penale, tantoché si è delineata una nuova categoria delittuosa costituita dai cd. reati culturalmente orientati, ossia quei comportamenti realizzati da soggetti appartenenti a gruppi culturali di minoranza che vengono considerati reati dall'ordinamento giuridico che esprime i valori del gruppo culturale di maggioranza, valori non coincidenti con quelli del gruppo culturale del soggetto agente. Questi reati evidenziano, quindi, un conflitto normativo che condiziona la situazione di chi è chiamato a effettuare una scelta rispetto ad un quadro articolato di norme interagenti.

Con quale bagaglio teorico, metodologico, interpretativo e operativo si devono analizzare queste condotte, realizzate in virtù di un condizionamento culturale del soggetto agente?

Questo è l'orizzonte che anima l'intera ricerca e a cui si intende fornire una risposta operativa che non si limiti a ricondurre il fenomeno in esame all'interno delle classiche e consolidate categorie del diritto positivo.

Il dibattito in materia ha, infatti, principalmente interessato l'eventualità e la possibilità di introdurre una *cultural defense* volta ad attenuare o ad escludere la responsabilità penale del *cultural offender*.

L'obiettivo della presente ricerca è, piuttosto, quello di proporre, per i reati culturalmente orientati, una metodologia operativa che sia in grado di «tratteggiare

un disegno di insieme, includendo nella riflessione penale elementi innovativi provenienti da varie prospettive di analisi solo in apparenza eterodosse»[1]. Il multiculturalismo rappresenta, infatti, un interessante laboratorio per il diritto penale che viene coinvolto in «processi trasformativi (...) che mettono a dura prova la capacità di resistenza dei suoi principi, che attaccano lo stesso DNA del diritto penale "classico"»[2].

Alla luce di queste considerazioni, la presente ricerca intende svilupparsi su molteplici livelli di analisi.

In primis, si è ritenuto opportuno, considerata anche l'interdisciplinarietà dell'argomento, dedicare il primo capitolo ad alcune premesse definitorie e metodologiche in tema di multiculturalismo, cultura e reati culturalmente orientati al fine di fornire una cornice di riferimento generale e un ancoraggio concettuale per lo sviluppo della successiva ricerca.

A fronte dell'evidenza che il multiculturalismo è un fenomeno globale, si è poi scelto di adottare un metodo di indagine comparato, al fine di analizzare alcune soluzioni di ordinamenti stranieri che sono stati in grado di concepire la multiculturalità come elemento arricchente l'esperienza giuridica nel suo complesso. Alcuni paesi hanno, infatti, affrontato la diversità culturale con approcci innovativi e le loro esperienze delineano possibili orizzonti giuridici di riferimento. L'attenzione, in particolare, è stata al Canada e al Sudafrica - Stati in cui la scrivente ha avuto l'opportunità di trascorrere alcuni periodi di ricerca -, i cui ordinamenti giuridici hanno elaborato delle metodologie alternative di risposta al reato commesso per motivi culturali.

Preme, comunque, sottolineare che l'approccio giuridico adottato da questi due ordinamenti per la gestione del fattore culturale può rappresentare per l'Italia un modello giuridico a cui ispirarsi, ma non può essere esportato come modello applicabile *tout court* al sistema italiano: si tratta di soluzioni che sono state individuate per far fronte a problematiche culturali connesse alle minoranze autoctone e non etniche che caratterizzano la popolazione di questi due paesi.

---

[1] MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 515.

[2] PALAZZO F., *Considerazioni conclusive*, in BERNARDI A. (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 179-194, p. 193.

In Canada e in Sudafrica, il diritto -anche quello penale- sperimenta soluzioni nuove e alternative e valorizza le differenze culturali favorendo lo sviluppo di un modello giuridico di integrazione[3]: «la gestione giuridica della diversità implica una particolare struttura plurale, flessibile e articolata del diritto»[4].

L'analisi dell'esperienza comparata costituisce, dunque, un interessante e stimolante modello di riferimento per delineare una mappatura metodologica utile alla sistematizzazione del fattore culturale all'interno del diritto penale italiano e per individuare gli strumenti giuridici idonei alla gestione del fattore culturale in sede penale, quali il *test* culturale e la giustizia riparativa.

La finalità della presente ricerca è, pertanto, quella di esplorare nuovi orizzonti per i reati culturalmente orientati approfondendo la teoria dei *test* culturali all'interno del processo penale e di proporre ed esaminare, in una logica sistematica, alcuni specifici percorsi di giustizia riparativa specificatamente costruiti per questi reati.

Il percorso di ricerca ha dato risposta ad alcuni quesiti in relazione all'obiettivo posto, i quali possono essere sintetizzati come segue: come costruire una teoria scientifica dei *test* culturali intesi come *iter* logico-argomentativo ad uso dei giudici al fine di fornire maggiore rigore alle motivazioni nei conflitti multiculturali e di garantire il più possibile omogeneità argomentative nelle decisioni? Possono essere tollerate pratiche che violino i diritti umani fondamentali oppure il limite alla tolleranza culturale deve essere individuato in quello che è stato definito «il cuore della tutela dei diritti umani»[5], ossia la dignità umana? Ed ancora: alla luce dell'art. 27, comma 3 della Costituzione, si può delineare un modello di gestione della criminalità culturalmente orientata che meglio realizzi l'obiettivo di reinserimento del reo nella società? In questa prospettiva, è ipotizzabile un percorso riparativo culturalmente orientato?

Per fornire possibili risposte a questi interrogativi, la ricerca ha analizzato lo stato dell'arte in materia di reati culturalmente orientati in Italia, focalizzandosi sui tre principali formanti giuridici: legislativo, dottrinale e giurisprudenziale.

---

[3] FODDAI M.A., *Introduzione*, in FODDAI M. A. (a cura di), *Il Canada come laboratorio giuridico. Spunti di riflessione per l'Italia*, Jovene Editore, Napoli, 2013, pp. VII-XIV, p. VII.

[4] *Ibidem*.

[5] SCHABAS W., *War Crimes and Human Rights. Essay on the Death Penalty, Justice and Accountability*, Cameron May, London, 2008, *Introduzione*.

La dottrina italiana, a fronte di un approccio in chiave assimilazionista-discriminatoria del legislatore italiano, ha cercato di individuare dei criteri e delle proposte di sistematizzazione degli elementi culturali emergenti nei processi penali e si è interrogata sull'opportunità di introdurre dei quesiti preliminari per i giudici chiamati a pronunciarsi sui reati culturalmente orientati, fino ad elaborare una vera e propria concettualizzazione di un *test* culturale italiano. Parallelamente la giurisprudenza, in una contaminazione reciproca, si è avvalsa nella sua attività argomentativa di tale modello e ha riconosciuto valore scientifico alla categoria dei reati culturalmente orientati.

Alla luce delle suggestioni provenienti dall'esperienza comparata, l'ultima parte della ricerca è stata dedicata alla prospettazione di una metodologia applicativa univoca per i reati culturalmente orientati che, partendo dal *test* culturale, permetta di individuare orizzonti di complementarietà tra il modello di giustizia riparativa e quello di giustizia punitiva per superare i limiti della risposta sanzionatoria tradizionalmente intesa.

A conclusione, si vuole sottolineare la seguente significativa coincidenza: la presente ricerca si è sviluppata contemporaneamente all'*iter* di approvazione della fondamentale legge di introduzione e sistematizzazione della giustizia ripativa nell'ordinamento italiano, la cd. riforma Cartabia (legge n. 134 del 2021, attuata dal d.lgs. n. 150 del 2022).

PARTE I
MULTICULTURALISMO E DIRITTO PENALE

CAPITOLO I
Premesse definitorie e metodologiche

«(...) man is an animal suspended in webs of significance he himself has spun, I take culture to be those webs (...)»

CLIFFORD GEERTZ

The Interpretation of Cultures

SOMMARIO: 1. La rilevanza dell'elemento culturale nel diritto penale, - 2. Alcune preliminari definizioni per lo studio dei reati culturalmente orientati: il concetto di cultura, - 2.1. Brevi riflessioni sui limiti del riconoscimento del diritto alla cultura:, - 2.1.1. a) nel diritto internazionale, - 2.1.2. b) nel contesto europeo, - 2.2. La Costituzione italiana e il diritto all'identità culturale, - 2.3. Cultura: diritto o parametro extra-sistemico?, - 2.4. Pratiche culturali o religiose?, - 2.4.1. La circoncisione maschile: cenni. Analogie e differenze con la pratica di mutilazione genitale femminile, - 3. La nozione di reato culturalmente orientato, - 3.1. Società multietnica, società multiculturale e conflitti di culture, - 4. Le principali categorie di reati culturalmente orientati, - 5. I diversi modelli di gestione della diversità culturale, - 5.1. Il modello assimilazionista-integrazionalista e il modello multiculturale, - 5.2. Politiche multiculturali e immigrazione femminile, - 6. Riassumendo.

1. La rilevanza dell'elemento culturale nel diritto penale

I rapporti tra diritto penale e cultura sono da decenni oggetto di studio da parte della più sensibile dottrina penalistica a livello mondiale; in particolare è stato il caso

Kimura[6] del 1985 ad ufficializzare il dibattito in argomento all'interno della dottrina statunitense. Fumiko Kimura, donna di origine giapponese, a seguito del tradimento del marito, decise di suicidarsi assieme a due figli, gettandosi nell'oceano. I figli morirono, lei fu salvata dagli intervenuti soccorsi. La Corte Superiore della California formulò a suo carico l'accusa di omicidio di secondo grado.

Interessante la tesi sostenuta da tutta la comunità giapponese: sarebbe stato il sistema culturale della donna a indurla a commettere tale atto; in Giappone, infatti, il tradimento è considerato di massima umiliazione per la donna che trova nel suicidio un possibile riscatto dall'onta subita. Trattandosi, quindi, di un gesto connesso a una pratica culturale giapponese, la difesa decise di invocare inizialmente la cd. *cultural defense*, ossia la difesa culturale, poi abbandonata a favore di diversa strategia processuale basata sull'infermità mentale.

Sul finire degli anni '90, anche la dottrina canadese ha affrontato in modo sistematico il tema del multiculturalismo all'interno del diritto penale.

Da diversi anni, pure in Italia[7], la letteratura giuridica ha approfondito queste tematiche, interrogandosi in merito alla rilevanza da attribuire alla motivazione culturale alla base di una condotta penalmente rilevante e individuando alcuni principali problemi di sistema in ordine alla rilevanza del fattore culturale in sede penale. Tra questi, *in primis*, la assodata certezza che il diritto penale è un «diritto locale»[8] che rispecchia la cultura di un determinato Stato, nonostante sia innegabile

---

[6] *People v Fumiko Kimura*, n. A-091133, *California Superior Court*, 1985. La difesa culturale, quale possibile strategia difensiva, è stata utilizzata anche dalla successiva giurisprudenza. Sul punto si rimanda alla dettagliata analisi di DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Pisa, 2010, pp. 79-89. Cfr. anche BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 274-309.

[7] Senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano alcune delle principali opere monografiche italiane in materia: BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit.; BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit.; PARISI F., *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010; PROVERA A., *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Jovene, Napoli, 2018; CAVAGGION G., *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2018.

[8] BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 77.

come la società attuale stia evolvendo verso una dimensione sempre più multiculturale. Il diritto penale è, infatti, un diritto nazionale: ogni Stato ha un proprio ordinamento giuridico caratterizzato da specifiche ipotesi di reati, di pene e di istituti di parte generale che spesso si differenziano sensibilmente da quelli di altri Stati[9]. Anche a livello di Unione europea, la frammentazione e la non omogeneità di questo ramo del diritto ha reso complesso, difficoltoso e incompiuto il processo di armonizzazione del diritto penale, roccaforte della sovranità statale[10].

[9] Sul punto, interessante è l'esempio proposto da BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 88: l'autore analizza il reato di furto nell'ordinamento italiano e in quello tedesco, sottolineando come non solo la disciplina sanzionatoria sia sensibilmente diversa, ma anche la stessa struttura del reato presenti caratteri assai differenti che rendono, ad esempio, lecito il furto d'uso in Germania.

[10] Per quanto riguarda i rapporti intercorrenti tra il sistema penale italiano e il diritto dell'Unione Europea, nel nostro ordinamento vige in campo penale la riserva (tendenzialmente) assoluta di legge *ex* art. 25 della Costituzione e *ex* art. 1 c.p. Benché possiamo ritrovare una produzione indiretta di legislazione penale tramite direttive, per molti anni diritto penale e diritto dell'Unione Europea sono parsi un binomio di non scontato accostamento. Oggi vi è però un'area comune di giustizia anche nel settore penale. Negli anni è, infatti, emersa la necessità da parte dell'Unione Europea di garantire la tutela di valori comunitari, tra i quali anche quello di integrazione culturale. Cfr. GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011; SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007; PICOTTI L., *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'europa*?, Atti del convegno *Il diritto penale della prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?,* Giuffrè, Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002, 2005, pp. 303-353; BERNARDI A., *Il diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali*, in *Politica del diritto*, 2005, pp. 243-280.

L'ulteriore aspetto problematico evidenziato dalla dottrina è la non neutralità culturale[11] del diritto penale, in quanto lo stesso riflette i principali valori della cultura dello Stato[12] che lo codifica.

All'interno del nostro ordinamento, sono molteplici gli esempi dell'influenza che la cultura esercita sul diritto penale; a titolo meramente esemplificativo basti considerare la previsione di cui all'articolo 529, comma 1 c.p. in cui per la definizione degli «atti e oggetti osceni» si fa riferimento al «comune sentimento del

---

[11] BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 89.

Tale concetto è espresso anche dalla in diverse sentenze: cfr. Cass. Pen., sez. III, 5 ottobre 2006, n. 33464; Cass. Pen., sez. III, 9 giugno 2006, n. 19808; Cass. Pen., sez. III, 23 settembre 2004, n. 37395; Cass. Pen., sez., III, 1 febbraio 2001, n. 3990.

Celebre è l'espressione «*Recht ist Kulturerscheinung*» di Gustav Radbruch nel volume *Rechtsphilosophie* del 1932: il diritto è una manifestazione di cultura.

[12] In tal senso PROVOST R., *Centaur Jurisprudence: Culture before the Law*, in PROVOST R. (ed.), *Culture in the Domains of Law,* Cambridge University Press, New York, 2017, pp. 1-20, p. 2 ribadisce come lo sviluppo della cultura anticipi cronologicamente la nascita del sistema giuridico.

Sul punto anche SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, Social Science Research Council, New York, 1938, p. 21: «*the social values which receive the protection of the criminal law are ultimately those which are treasured by dominant interest groups*».

Interessanti e stimolanti anche le riflessioni proposte dal filosofo Alessandro Pizzo, il quale sottolinea come la cultura ricomprenda al suo interno l'insieme dei rapporti giuridici alla base dei diritti e dei doveri dei membri della società. Il diritto costituisce una pratica umana fortemente influenzata dalla cultura, entro la quale lo stesso diritto viene elaborato e positivizzato: «il diritto è sempre il diritto di una comunità, è uno dei vari diritti presenti sulla terra». PIZZO A., *Il diritto tra cultura e azione umana, Frammenti di antropologia del diritto*, in *Diritto&Diritti*, 2006. pp. 1-12, p. 4.

Tre sono le principali teorie sviluppate dalla dottrina nello studio dei rapporti tra diritto penale e cultura. Si parla di teoria della coincidenza per indicare una piena e totale corrispondenza tra norme penali e cd. *Kulturnormen*; diametralmente opposta a quella della separazione, che vede diritto penale e cultura in posizione di reciproca indipendenza e autonomia; infine, la terza teoria ritiene sussistente un rapporto di implicazione tra norme penali e culturali. Quest'ultima risulta essere quella che meglio ricostruisce ed illustra i rapporti sussistenti tra diritto penale e cultura nei diversi ordinamenti: nonostante diritto e cultura siano due sistemi autonomi e distinti, sussistono collegamenti reciproci tra di essi. Cfr. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., pp. 96-118.

pudore», determinato sulla base del contesto sociale e culturale di riferimento[13]. Similmente, anche il concetto di atti sessuali di cui all'articolo 609 *bis* c.p. necessita di essere letto alla luce di determinati parametri culturali[14]. Si segnala, inoltre, che il codice penale italiano, fino alla riforma[15] del 1981, all'articolo 544 c.p. prevedeva il cd. matrimonio riparatore come speciale causa di estinzione dei reati in materia sessuale; ancora, gli articoli 551, 587 e 592 c.p. prevedevano un trattamento sanzionatorio particolarmente favorevole[16] per una serie di delitti commessi per causa d'onore.

Anche la giurisprudenza italiana ha dimostrato negli anni una innegabile sensibilità rispetto al concetto di cultura con riferimento al diritto penale: plurimi sono stati i richiami alla coscienza collettiva, al sentire comune, al momento storico sociale, ecc. Basti ricordare, ad esempio, le argomentazioni della Corte Costituzionale in due sentenze in tema di legittimità costituzionale del reato di adulterio femminile: a fini opposti, le motivazioni si sono fondate sul significato socioculturale del ruolo della donna nella società. In particolare, nella prima sentenza n. 64 del 1961, il rimando ai costumi sociali e al sentire comune sono stati utilizzati per giustificare la costituzionalità del reato in questione; viceversa, nella sentenza n. 126 del 1968,

[13] Altri esempi in tal senso si ritrovano nella definizione di vilipendio, di pubblico scandalo, di morale familiare, di onore e di decoro. Ancora, all'interno del codice Rocco, vi erano diverse disposizioni normative espressione di una determinata cultura: la disciplina del duello e dei delitti cavallereschi e quella del matrimonio riparatore sono solo alcuni degli esempi a sostegno della permeabilità tra diritto e cultura.

[14] Sul punto, cfr. Cass. Pen., sez. III, 14 maggio 2018, n. 21273: «costituisce indirizzo giurisprudenziale consolidato di questa Corte di legittimità quello secondo cui in tema di reati sessuali, la condotta vietata dall'art. 609 *bis* c.p. comprende, oltre ad ogni altra forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto idoneo, secondo canoni scientifici e culturali, a soddisfare il piacere sessuale o a suscitarne lo stimolo».

[15] Legge 5 agosto 1981, n. 442 (G.U. 10 agosto 1981, n. 281).

[16] Ad esempio, in caso di omicidio commesso per causa d'onore, la pena ordinaria di 24 anni si riduceva ad anni 7 e, in ipotesi di particolari relazioni familiari tra reo e vittima, i 7 anni di reclusione sostituivano pene molto elevate quali l'ergastolo. Sul punto, cfr. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 148.

il riferimento alla coscienza collettiva è stato utilizzato per dichiarare l'incostituzionalità della norma[17].

Tali esempi testimoniano il rapporto esistente tra diritto penale e cultura[18], binomio controverso, complesso e in continua evoluzione[19] anche per la veloce trasformazione della società in senso multiculturale.

Il diritto penale rimane roccaforte della cultura maggioritaria e questa condizione può generare conflitti normo-culturali per i soggetti appartenenti a culture differenti rispetto a quella maggioritaria su cui si fonda l'ordinamento giuridico dello Stato. Tale «dilemma normativo»[20] ha indotto la dottrina a coniare la categoria dei cd. reati culturalmente orientati. Spesso, infatti, in virtù della commissione di un determinato fatto sotto l'influsso della cultura di appartenenza, i gruppi minoritari rivendicano un trattamento giuridico differente rispetto a quello normalmente previsto. Questa pretesa rappresenta certamente un punto delicato del dibattito in

---

[17] RUGGIU I., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Miano, 2012, pp. 56-57.

[18] Più in generale, sul rapporto tra diritto e cultura, cfr. PROVOST R., *Centaur Jurisprudence*, cit., p. 3. L'autore suggerisce tre possibili modelli di interazione tra diritto e cultura: il primo, cd. *translation of cultures*, declina la cultura all'interno delle note categorie giuridiche; il secondo, cd. *acculturation of justice*, si focalizza sulle modalità con cui le istituzioni cercano di essere attente alle esigenze e alle differenze culturali; infine, il cd. *pluralizes narratives of law and cultures* studia la rilevanza della legge e dei concetti giuridici nella formazione di determinate culture.

Ancora, NAFZIGER J.A.R., PATERSON R.K., RENTELN A.D., *Cultural Law. International, Comparative and Indigenous*, Cambridge University Press, New York, 2010, p. 64 si interrogano sul concetto di «*cultural law*», quale termine che indica la stretta connessione esistente tra cultura e diritto. Gli autori sintetizzano questo rapporto in sei aspetti fondamentali: la legge è espressione di una determinata cultura e la traduce in termini giuridici; si pone quale strumento di promozione della cultura e, infine, protegge le differenze culturali garantendo degli standard internazionali di tutela; al contempo, la cultura attualizza la legge e la rende viva all'interno della comunità, attraverso le relazioni sociali.

[19] Significativa l'espressione di BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 162: «nel *nostro* passato, il *loro* presente».

SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, cit., p. 22 sottolinea come il diritto penale si evolva e si modifichi al mutare dei valori sociali e culturali del gruppo maggioritario.

[20] BIGIARINI A., *La prova culturale nel processo penale*, in *Cassazione Penale*, 2018, pp. 411-420, p. 411.

tema di multiculturalismo perché le pratiche culturali radicate all'interno della comunità di appartenenza dei soggetti possono configurare ipotesi di reato per l'ordinamento. Accordare un diverso trattamento giuridico in virtù della motivazione culturale comporterebbe, in alcuni casi, la liceità di condotte lesive di diritti fondamentali.

Alla luce di queste considerazioni, il complesso interrogativo cui il giurista è chiamato a rispondere è il seguente: ogniqualvolta vengono commessi questi particolari illeciti culturalmente orientati, il sistema penale come deve reagire? Il diritto penale deve essere concepito quale strumento volto a neutralizzare, valorizzare o comporre la diversità culturale?

È evidente che costruire un adeguato modello giuridico di risposta alle problematiche poste dal multiculturalismo rappresenti una necessità e una sfida per il sistema giuridico, specie oggi che è chiamato a confrontarsi con i molteplici aspetti del fenomeno migratorio.

2. Alcune preliminari definizioni per lo studio dei reati culturalmente orientati: il concetto di cultura

Alcune premesse terminologiche e metodologiche sono necessarie per indagare il fenomeno del multiculturalismo e le sue implicazioni nel sistema giuridico, con particolare riferimento alla categoria dei reati culturalmente orientati.

Multiculturalismo e cultura sono, infatti, concetti molto ampi con accezioni plurivoche, utilizzati in diversi ambiti del sapere come quello politico-economico, filosofico, antropologico e sociologico.

Il multiculturalismo è stato definito quale un «modo per desiderare le cose»[21] proprio per indicare la particolare sensibilità alla differenza culturale che viene

[21] RIGOTTI F., *Le basi filosofiche del multiculturalismo*, in GALLI C. (a cura di), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 29-44, p. 29.

Sul tema anche EMON A., *Islamic Law and the Canadian Mosaic: Politics, Jurisprudence, and Multicultural Accomodation*, in *Canada Bar Review*, 2009, pp. 391-419, p. 2 ribadisce come il concetto di multiculturalismo e la sua relativa valorizzazione, anche in sede giuridica, dipendano dalla concezione che si ha dell'altro: «(...) *we need to properly understand the Other and how the Other fits into the existing national landscape of values and identities*».

declinata in ogni settore della vita sociale e politica, al fine di «promuovere il sogno di una convivenza segnata e arricchita dalle differenze di ciascun gruppo»[22].

Il Canada è stato il primo paese ad utilizzare il termine multiculturalismo in ambito politico e normativo: l'ordinamento nordamericano è considerato multiculturale per eccellenza, in quanto non si limita a riconoscere formalmente l'esistenza di diverse culture che convivono all'interno dello Stato, ma attua delle strategie volte a tutelare e a valorizzare concretamente, sia in ambito pubblico che privato, le diverse anime culturali del paese[23].

La declinazione di tale politica nel diritto, in particolare in quello penale, rappresenta certamente un aspetto interessante e ricco di spunti di riflessione, come verrà analizzato nei successivi capitoli.

In questa parte iniziale dedicata alle premesse metodologiche e terminologiche, l'elemento che merita particolare attenzione è rappresentato dall'aspetto interdisciplinare della materia di studio: il diritto penale necessita di attingere da altri saperi scientifici[24] per poter approfondire il fenomeno multiculturale che, in ambito giuridico, innerva i reati culturalmente orientati. Un diritto penale inteso quale sistema chiuso e separato non è più rispondente alla realtà della società moderna perché rischia di svuotare di significato i precetti penali con conseguente pericolo di auto-delegittimazione[25].

L'ampliamento degli orizzonti di ricerca porta necessariamente ad interrogarsi sul termine cultura per delimitare il campo di indagine e per comprendere esattamente quali condotte possano essere ascritte alla categoria delittuosa dei reati culturalmente orientati.

---

[22] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 8. L'autrice ricorda, inoltre, come il carattere multiculturale della società non incida necessariamente sulle scelte di tipo politico-costituzionale per la gestione della diversità culturale.

[23] Cfr. FODDAI M.A., *Il Canada come laboratorio giuridico. Spunti di riflessione per l'Italia*, Jovene, Napoli, 2013.

[24] Come ben evidenziato da WIEVIOKA M., *La differenza culturale. Una prospettiva sociologica*, Laterza, Roma-Bari, 2002, lo studio della differenza culturale si articola necessariamente sul piano sociologico, filosofico e politico-giuridico.

[25] Cfr. MARCHESE E., *Interdisciplinarietà della ricerca giuridica. Benefici e prospettive*, Genova University Press, Genova, 2021.

Come ben evidenziato da Ilenia Ruggiu[26], il termine cultura è «polisenso»[27]: solo nella Costituzione italiana, questa parola può essere utilizzata in ambiti molto diversi. L'articolo 33 della Costituzione, ad esempio, fa riferimento alle «istituzioni di alta cultura» intendendo questo termine come conoscenza specialistica e tecnica corrispondente a una forma di istruzione superiore e qualificata. Agli articoli 9, 117 e 118, la Costituzione, invece, utilizza la voce cultura per indicare i beni culturali, quali forme d'arte e di intelletto espressione del patrimonio artistico di una società[28].

Con il termine cultura, inoltre, si può fare riferimento all'insieme dei valori e delle regole di condotta alla base di una società; ancora, il bagaglio valoriale del singolo individuo e lo stile di vita o di pensiero di un gruppo possono rientrare in questo ampio concetto di cultura[29]. Tale interpretazione emerge anche dall'etimologia[30]

---

[26] Cfr. RUGGIU I., *Dis-eguaglianza e identità culturale: tolleranza e multiculturalismo*, in DELLA MORTE M. (a cura di), *La dis-eguaglianza nello stato costituzionale* (Atti del Convegno di Campobasso), Editoriale scientifica, Napoli, 2016, pp. 195-226.

[27] *Ibidem*.

Cfr. anche PANNIA P., *La diversità rivendicata. Giudici, diritti e culture tra Italia e Regno Unito. Uno studio comparato*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 322: «La cultura, infatti, (...) è un concetto ampio e inafferrabile, in continuo movimento, perché costantemente ridisegnato dai gruppi e dagli individui, difficile da definire, se non in modo aperto e mai esaustivo. Di contro a questa evanescenza, il diritto (...) oppone - anzi impone - nozioni dai confini definiti e precisi, chiari».

[28] *Ibidem*.

[29] PARISI F., *Cultura dell'«altro»*, cit., p. 8 riconduce tale significato alla nozione in senso descrittivo. L'autore, infatti, distingue tra cultura in senso valutativo (come processi di crescita e di evoluzione del singolo e della società) e in senso descrittivo (ossia come insieme di pratiche, valori e usanze condivise che contraddistinguono il gruppo). In tal senso anche PROVERA A., *Tra frontiere e confini,* cit., p. 6.

[30] La parola cultura ha la sua radice etimologica nel verbo latino *colere*, ossia coltivare la terra: alla base di questo concetto vi è l'attività tipica di chi decide di fermarsi in un determinato luogo e iniziare a modificarlo per poterci vivere. Il termine coltivare assume anche una valenza metaforica: celebre è la frase di Cicerone «*cultura animi philosophia est*» (la cultura, quale valore che incide profondamente nella dimensione spirituale dell'individuo vivificandolo, viene paragonata all'atto di coltivazione della terra).

Sul punto, cfr. FERRI D., *La dimensione prescrittiva della cultura. Un'analisi comparata tra significante e significato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, pp. 12-33.

del temine: gli studi antropologici[31] hanno, infatti, dimostrato come sia stato il passaggio dalle comunità nomadi a quelle stanziali a permettere la formazione e la trasmissione di un bagaglio culturale tra generazioni.

In ambito internazionale è opportuno richiamare due tra le principali definizioni del termine.

La Commissione Canadese per l'Unesco nel 1977 ha fornito una definizione ufficiale di cultura: «un sistema dinamico di valori, di contenuti ricevuti con l'apprendimento, di convinzioni, credenze e ruoli, che consentono ai membri di un gruppo di relazionarsi gli uni con gli altri e con il resto del mondo, di comunicare e di sviluppare il loro potenziale creativo»[32].

Ulteriore nozione giuridicamente rilevante è contenuta nel *Preambolo della Dichiarazione sulla Diversità Culturale* del 2001: «la cultura dovrebbe essere considerata come un insieme dei distinti aspetti presenti nella società o in un gruppo sociale quali quelli spirituali, materiali, intellettuali ed emotivi, e che include sistemi di valori, tradizioni e credenze, insieme all'arte, alla letteratura e ai vari modi di vita»[33].

È, comunque, necessario fare riferimento agli studi antropologici per comprendere appieno il significato del termine in esame. Esula dagli scopi della presente ricerca ripercorre gli articolati e approfonditi apporti delle scienze antropologiche sul concetto di cultura; verranno, pertanto, di seguito analizzate solo le tesi più significative per orientare l'analisi sui reati culturalmente orientati.

---

[31] COATES A.D., *Multiculturalism*, in DARITY W.A.J. (a cura di), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan Library Reference, Londra, 2008, pp. 316-318.

[32] CANADIAN COMMISSION FOR UNESCO, *A Working Definition of Culture for the Canadian Commission for UNESCO*, Ottawa, 1977, pp. 77-83. Cfr. RENTELN A.D., *In Defense of Culture in the Courtroom*, in SHWEDER R., MINOW M., MARKUS H.R. (a cura di), *Engaging Cultural Differences. The multicultural Challenge in Liberal Democracies*, Russel Sage Foundation, New York, 2002, pp. 194-215.

[33] Dichiarazione adottata della Conferenza Generale dell'UNESCO il 2 novembre 2001. Testo reperibile al link http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_it.pdf.

La prima e più compiuta definizione è quella elaborata nel 1871 dall'antropologo Edward Tylor: la cultura è «l'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume, e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo come membro di una società»[34]. Tale concezione è nota come «evoluzionismo culturale»[35] e si ispira alla teoria evoluzionista che trae origini dal positivismo scientifico e dal colonialismo: il primo concepisce la storia come un insieme di tappe in ottica evolutiva e l'uomo della società occidentale rappresenterebbe la massima evoluzione possibile; il secondo predilige, invece, l'idea per cui è necessario un progetto politico di civilizzazione delle popolazioni considerate più arretrate[36].

Il pensiero di Tylor rappresenta il punto di partenza per tutti i successivi studi; fornisce, infatti, alcuni elementi chiave e imprescindibili per qualsiasi dibattito in argomento: la cultura è qualcosa che l'uomo acquisisce in quanto membro di una società e ogni società ha una propria cultura[37].

Questa concezione viene criticata a partire dalla seconda metà del Novecento per il suo carattere statico e rigido, incapace di cogliere gli aspetti più dinamici del fenomeno culturale.

Diversi sono i correttivi a questa definizione che gli studiosi hanno elaborato nel corso degli anni. Particolarmente interessanti sono le teorie sviluppare da Clifford Geertz[38] e James Clifford[39].

Il primo studioso concepisce la cultura come un insieme di simboli, valori e significati in continua evoluzione[40]: la cultura è una «struttura di significati

---

[34] TYLOR E.B., *Primitive Culture. Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom, London*, 1871. Per una completa ricostruzione della teoria, cfr. FABIETTI U., *Elementi di antropologia culturale*, Mondadori Università, Milano, 2015.

[35] Cfr. RUGGIU I., *Il giudice antropologo,* cit., p. 164.

[36] *Ibidem*.

[37] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 19.

[38] GEERTZ C., *The Interpretation of Cultures*, Basic Books, New York, 1973.

[39] CLIFFORD J., *The predicament of Culture: Twentieth-Century Ethnography, Literature and Art*, Harvard University Press, Cambridge, 1988.

[40] Cfr. PROVOST R., *Centaur Jurisprudence,* cit., p. 5 sottolinea come la cultura non possa essere intesa quale entità statica, ma piuttosto come processo in continua evoluzione e trasformazione.

trasmessa storicamente, incarnati in simboli, un sistema di concezioni ereditate espresse in forme simboliche per mezzo di cui gli uomini comunicano, perpetuano e sviluppano la loro conoscenza della e dei loro atteggiamenti verso la vita»[41]. Questo carattere dinamico viene ribadito anche da James Clifford, il quale sottolinea come i sistemi culturali siano aperti e in continua interazione e comunicazione gli uni con gli altri. Questo dialogo interculturale favorisce un processo di trasformazione e di evoluzione delle singole culture che pone al centro l'individuo[42].

L'identità diventa una nozione chiave in relazione al concetto di cultura.

Se da un lato, infatti, la cultura è concepibile come patrimonio valoriale fatto proprio dal singolo per la circostanza di appartenere a un determinato gruppo, dall'altro lato il singolo opera una scelta all'interno del complesso patrimonio valoriale sulla base della propria identità non interiorizzando la totalità del bagaglio culturale del gruppo. Si instaura, così, una reciprocità per cui l'identità del singolo si forma sulla base dei valori culturali del gruppo, ma ne diventa anche «fattore evolutivo»[43].

Volendo cercare di riassumere e di sintetizzare alcuni elementi cardine del concetto di cultura così come elaborato nel corso degli anni dalle scienze antropologiche[44] e fornire quindi una panoramica utile anche in campo giuridico, si può affermare che la cultura non è un concetto astratto, separato e indipendente, ma anzi si costruisce e si modifica per il tramite delle singole persone[45]. È, quindi, l'individuo che fa propri determinati valori culturali, li reinterpreta e li modifica con costante dinamismo. Si coglie, così, la componente dialettica propria del concetto di cultura: è solo tramite il confronto con l'altro che il singolo comprende appieno il proprio

---

[41] GEERTZ C., *The Interpretation of Cultures*, Basic Books, New York, 1973, p. 89.

[42] Sul punto cfr. DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 20. L'autrice individua nella dinamicità, nella interazione e nella negozialità i caratteri propri della cultura.

[43] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 9.

[44] Per una approfondita ricostruzione delle teorie e delle definizioni che si sono susseguite nel corso degli anni, cfr. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 15-22; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 18-24.

[45] Cfr. CUCHE D., *La notion de culture dans les sciences sociales*, La Découverte, Paris, 1996-2004, trad. it. di NEGRO M., *La nozione di cultura nelle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 2006.

sistema di valori culturali. Tale aspetto relazionale riveste un ruolo particolarmente importante proprio in sede di conflitti culturali cui il diritto è chiamato a fornire delle possibili soluzioni.

Il singolo è "culturalmente orientato" in ogni momento della sua quotidianità, senza tuttavia essere dipendente dalla cultura di appartenenza; egli, infatti, grazie alla propria identità conserva comunque capacità di scegliere quali valori culturali adottare, mantenendo un margine di autonomia rispetto al sistema culturale di appartenenza[46].

La cultura orienta l'identità dell'uomo, ma al contempo l'identità diviene fattore evolutivo della cultura stessa.

Altro elemento chiave nella delimitazione del campo di indagine è il gruppo di riferimento portatore di una determinata cultura.

La diversità culturale che interessa in questa ricerca è solo quella che scaturisce dall'appartenenza a una minoranza nazionale o per effetto dell'immigrazione. Si tratta di una nozione ristretta che si concentra esclusivamente sul gruppo etnico di appartenenza, caratterizzato da una cultura comune, da un nome, da una storia, da valori condivisi, da uno specifico ambito territoriale e dal senso di appartenenza al gruppo[47].

Infine, la *subcultural diversity* e la *perspectival diversity*[48] non rilevano ai fini della nozione penalmente rilevante oggetto del presente studio perché i conflitti culturali

---

[46] In tal senso PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 10.

Significative anche le parole di REMOTTI F., *Riflessioni sulla densità culturale*, in *Passaggi, Rivista Italiana di Scienze Transculturali*, 2005, pp. 18-40, p. 19: «la cultura si stampa nel corpo e nel cervello dell'individuo, ma non nel suo genoma. Essa non viene trasmessa per via ereditaria attraverso il patrimonio genetico dell'umanità: la sua esistenza è esterna rispetto alla struttura biologica».

[47] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 11.

PARISI F., *Cultura dell'«altro»*, cit., p. 13 ripropone, invece, i criteri individuati nella sentenza *House of Lords in Mandla v. Dowell Lee*, 1983, 2 AC 548 per determinare se la comunità *Sikh* può essere considerata gruppo etnico. I cd. *Mandla criteria* ricomprendono elementi quali, ad esempio, una lunga storia condivisa, un'origine geografica, una lingua, una letteratura o una religione comuni.

[48] Per una più ampia riflessione sul tema, cfr. DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 25. In breve, con il primo termine si fa riferimento a coloro che deviano dalla cultura dominante per

che qui interessano sono quelli che nascono da «differenze nazionali o etniche»[49] e non da meri stili di vita e di pensiero.

Questa accezione etnica di gruppo di appartenenza permette di elaborare una definizione di cultura penalmente rilevante[50]: «cultura è sinonimo di nazione o popolo, cioè di una comunità intergenerazionale, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio, condivide lingua e storie distinte»[51]; la cultura così intesa «conferisce ai propri membri modi di vivere dotati di senso in un ampio spettro di attività umane»[52] [53].

---

particolari concezioni riguardo ad alcuni valori fondamentali; la seconda nozione fa, invece, riferimento a coloro che, pur appartenendo alla cultura maggioritaria, si pongono in posizione antagonistica rispetto alla stessa.

SANTORO M., *Mafia, culture e subculture*, in *Polis*, 2000, pp. 91-112 inquadra il fenomeno mafioso all'interno del concetto di sub-cultura. Si rimanda al saggio citato per una analisi approfondita del tema.

PARISI F., *Cultura dell'«altro»*, cit., pp. 56-58 afferma come far rientrare all'interno del concetto di cultura anche le formazioni mafiose rappresenterebbe una «incompatibilità (...) assiologica». Sarebbe, infatti, «contraddittorio riconoscere meritevolezza di tutela a culture che accedono a formazioni associative il cui complesso operare (...) persegue obiettivi in contrasto con i valori tipici degli ordinamenti giuridici contemporanei».

[49] KYMLICKA W., *Multicultural Citizenship. A liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon, Oxford, 1996, trad. it. di G. GASPERONI, *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 35.

[50] Significativa la riflessione di PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 322: «I fondamentali principi di legalità e tassatività, che presidiano la libertà dell'individuo da possibili abusi e diseguaglianze realizzate da parte del potere punitivo, premono per la costruzione di una nozione penalmente rilevante di cultura che consenta di individuare con certezza quali pratiche culturali vadano prese in considerazione e quali soggetti debbano essere ammessi a far valere l'argomento culturale. Il culturale, invece, recalcitra di fronte a queste rigidità e sfida le categorie giuridiche (...) mostrando tutta la complessità del reale e del particolare».

[51] KYMLICKA W., *Multicultural Citizenship*, cit., p. 35: «Se la cultura si riferisce alla "civiltà" di un popolo, allora tutte le società moderne condividono, in pratica, la stessa cultura (...). Io mi avvalgo di un'accezione diversa di "cultura" (e di "multiculturale"). Io mi riferisco a quel genere di "multiculturalismo" che scaturisce dalle differenze nazionali ed etniche».

[52] KYMLICKA W., *Multicultural Citizenship*, cit., p. 34.

[53] La nozione di cultura intesa in senso etnico è largamente condivisa dalla dottrina penalistica italiana. *Ex multis*, cfr. DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 26 e PROVERA A., *Tra*

La concezione etnica è quella che meglio valorizza il dinamico rapporto tra identità e cultura poc'anzi analizzato[54] perché opera in modo più pervasivo sulla formazione dell'identità sia in termini quantitativi che qualitativi. Questa nozione, infatti, coinvolge un maggior numero di individui e, al contempo, interessa ogni aspetto della vita incidendo in modo significativo sulla formazione dell'identità personale[55].

---

frontiere e confini, cit., p. 12. Si distanzia, anche se solo parzialmente, BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 40. L'autore, infatti, fa riferimento a «gruppi (...) socio-politici costituiti da un numero rilevante di individui, che condividono una lingua comune e hanno un legame con un territorio geografico, di regola di ampie dimensioni» e non al popolo. Tuttavia, Basile precisa, poi, che i gruppi che terrà in considerazione saranno, ad esempio, gli italiani, i francesi, i tedeschi, i turchi recuperando implicitamente la nozione di popolo nella sua definizione di cultura.
Diversa è, invece, la nozione adottata da PARISI F., *Cultura dell'«altro»*, cit., p. 13-16 il quale ritiene che tale concetto cd. etnicamente qualificato vada almeno parzialmente ripensato. Per l'autore, la definizione penalmente rilevante di cultura deve necessariamente focalizzarsi solo su quegli aspetti culturali che sono in grado di influenzare il singolo. Nella definizione di Parisi, la cultura è una «struttura di significati trasmessi storicamente e incarnati in simboli, come sistema di concezioni ereditate, espresse in forme simboliche, per mezzo delle quali gli uomini comunicano, perpetuano e sviluppano la loro conoscenza e i loro atteggiamenti verso la vita»; inoltre, la cultura agirebbe come «sistema di controllo per la direzione del comportamento umano».

[54] Su questo rapporto cfr. COLAIANNI N., *Diritti, identità, culture tra alti e bassi giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 2019, pp. 1112-1122. L'autore, richiamando la sentenza della Cassazione n. 3769 del 22 giugno 1985, ribadisce come il diritto all'identità debba essere concepito quale diritto ad essere se stessi anche per il tramite della cultura e della religione: «l'identità personale è ciò che rende differente un soggetto dall'altro anche rispetto al gruppo, cui entrambi appartengono».

[55] Cfr. PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 13.
PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit*.,* p. 323-337 esprime una visione molto critica in relazione al concetto di cultura in senso etnico. L'autrice sottolinea i diversi profili di problematicità di tale nozione, anche alla luce degli studi antropologici, e i relativi limiti. Per un approfondimento critico si rimanda alle pagine citate. Interessante è notare che la nozione di cultura proposta dall'autrice si fonda sul concetto di individuo e di identità: la cultura riveste un ruolo essenziale rispetto all'identità dell'individuo e la cultura che rileva per il diritto è solo quella che sottende alla tutela e al godimento del bene giuridico dell'identità. Tuttavia, alla luce della tesi prospettata da Provera, la cultura in senso etnico sarebbe proprio quella che meglio valorizza questa stretta correlazione e interconnessione con l'identità del singolo.

Si precisa, infine, che nonostante la fondamentale importanza di una nozione condivisa di cultura ai fini della presente ricerca, l'aspetto che più interessa non è tanto la definizione di questo concetto, quanto l'individuazione di una tecnica argomentativa in grado di porre in connessione e in dialogo tra loro cultura e diritto.

2.1. Brevi riflessioni sui limiti del riconoscimento del diritto alla cultura:

2.1.1. a) nel diritto internazionale

La complessità della questione definitoria del concetto di cultura emerge anche con riferimento alle fonti giuridiche internazionali. In queste ultime, infatti, il termine cultura declinato quale diritto alla cultura non è concepito e interpretato in modo chiaro e univoco[56]: la definizione varia in modo significativo a seconda della fonte in esame[57].

In primis, può essere inteso quale diritto alla partecipazione in attività aventi carattere culturale, come avviene, ad esempio, nell'art. 15 della Convenzione Internazionale sui Diritti Economici Sociali e Culturali[58]. Il diritto alla cultura può, inoltre, essere descritto come diritto delle minoranze di partecipare alla vita sociale e culturale del gruppo maggioritario[59]. Infine, come sancito dall'art. 27 della

[56] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 236 afferma come, a differenza di quanto avviene a livello costituzionale, in ambito internazionale i diritti nascenti dalla diversità culturale sarebbero inseriti nella categoria dei diritti umani fondamentali.

[57] CAVAGGION G., *La* cultural defense *e il diritto alla cultura nello Stato costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015, pp. 1-38, p. 11.

PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit. , p. 37 sottolinea come si possono individuare due principali accezioni di cultura a livello internazionale: cultura come «*life of the mind*», ossia come diritto alla libera espressione artistica e intellettuale; e cultura come *way of life*, ossia come diritto all'identità culturale.

[58] Convenzione adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 16 dicembre 1966 ed entrata in vigore a livello internazionale il 3 gennaio 1976. Testo reperibile al link https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx.

[59] Cfr., ad esempio, l'art. 30 della Convenzione ONU per i Diritti delle Persone con Disabilità del 2006.

Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici[60] e dall'art. 30 della Convenzione Internazionale sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza[61], è il diritto di conservare la propria cultura e la propria identità.

In dottrina, inoltre, si è proposto di diversificare la nozione di diritto alla cultura da quella di diritti culturali. Il diritto alla cultura è il diritto riconosciuto in capo ai singoli soggetti di scegliere liberamente e di modificare il proprio credo religioso, il proprio pensiero e i propri riferimenti valoriali; i diritti culturali sono, invece, quelli riconosciuti alle minoranze al fine di mantenere la propria identità senza dover necessariamente essere assimilate alla maggioranza[62].

A prescindere dalla complessa questione definitoria, la costante, che costituisce la cifra significativa di questa breve riflessione, è rappresentata dal limite che viene posto in maniera sostanzialmente univoca al riconoscimento del diritto alla cultura. Le fonti internazionali sembrano voler ribadire che, a prescindere da come questo diritto venga declinato, il limite invalicabile è rappresentato dalla tutela dei diritti fondamentali, che in nessun caso possono soccombere in nome del riconoscimento dell'identità culturale. Particolarmente rilevante è la Dichiarazione sulla Diversità Culturale[63]: all'art. 4 è specificato che la tutela della appartenenza culturale deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo[64]. Tale importante concetto viene ribadito anche nei successivi atti dell'UNESCO: ad esempio, la Convenzione

---

[60] Convenzione adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 16 dicembre 16 dicembre 1966 ed entrata in vigore a livello internazionale il 23 marzo 1976. Testo reperibile al link https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx.

[61] Convenzione adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore a livello internazionale il 2 settembre 1990. Testo reperibile al link https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx.

[62] Cfr. CAVAGGION G., *La* cultural defense, cit., pp. 13-16 per un approfondimento su questa tematica.

[63] Dichiarazione adottata della Conferenza Generale dell'UNESCO il 2 novembre 2001. Testo reperibile al link http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_it.pdf.

[64] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 237 afferma che l'ambiguità del rapporto tra diritti umani e diritto alla cultura, così come emerge dalla lettura di questo articolo, sarebbe chiarita al successivo art. 5, ove si afferma che «i diritti culturali sono parte integrante dei diritti dell'uomo».

sulla Protezione e la Promozione della Diversità delle Espressioni Culturali[65] riafferma, all'art. 2, che i diritti umani fondamentali non possono essere lesi da nessuna disposizione presente nella Convenzione stessa. Anche la Dichiarazione sull'Eliminazione della Violenza contro le Donne[66] sancisce, all'art. 2, come violenze o aggressioni realizzate in nome della tradizione culturale debbano essere condannate.

2.1.2. b) nel contesto europeo

Anche a livello europeo è assente una definizione univoca del termine cultura. Similmente a quanto analizzato con riferimento al contesto internazionale, sono individuabili diverse accezioni che di volta in volta possono essere ricondotte alla nozione di diversità culturale o di patrimonio culturale.

Nel diritto dell'Unione Europea sono molteplici i riferimenti alla tutela della cultura e della diversità culturale[67]: ad esempio, l'art. 3(3) del Trattato sull'Unione Europea dispone che l'Unione «rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo»; ancora, l'art. 167 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea - disposizione che limita l'intervento dell'Unione in materia culturale, ma al contempo richiede azioni volte a favorire il rispetto della diversità culturale come elemento cardine delle politiche europee -concepisce la cultura sia come identità sia come patrimonio; merita, inoltre, menzione la Carta dei Diritti Fondamentali

[65] Convenzione conclusa dalla Conferenza Generale dell'UNESCO per l'educazione, la scienza e la cultura il 20 ottobre 2005. Testo reperibile al link http://unescoblob.blob.core.windows.net/documenti/959ca9b1-de58-4896-8d39-2168b1710090/Convenzione%20%20Internazionale%20sulla%20Protezione%20e%20la%20Promozione%20della%20Diversit%20delle%20Espressioni%20Culturali.pdf.

[66] Dichiarazione adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 20 dicembre 1993. Testo reperibile al link https://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm.

[67] Per approfondimenti sul punto, cfr. PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., pp. 44-49.

dell'Unione Europea che, in particolare, all'art. 22 sancisce che «L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica»[68].

Nell'ambito delle Convenzioni del Consiglio d'Europa[69] il concetto in esame ha una valenza poliedrica, ma è anche qui assente una definizione normativa di diritto alla cultura e/o di diritti culturali. Grazie alla sensibilità della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu) e alla sua «interpretazione dinamica»[70] delle Convenzioni è possibile individuare un catalogo di diritti culturali *latu sensu* intesi di elaborazione giurisprudenziale: il diritto alla cultura tutela, così, la libertà di espressione artistica, l'accesso alla cultura e la libertà di appartenere o meno a un gruppo o a una religione[71]. Ora, a prescindere dalle questioni terminologiche, similmente a quanto analizzato con riferimento al contesto di diritto internazionale, è interessante notare qual è il limite posto alla tutela del diritto alla cultura.

Alcune recenti prese di posizione del Consiglio d'Europa sono illuminanti in tal senso.

Nel *Libro bianco per il dialogo interculturale*[72] vengono, infatti, chiaramente delineati i limiti della tolleranza culturale: il dialogo interculturale, definibile quale

---

[68] Diversi altri articoli della Carta fanno riferimento al concetto di cultura (ad esempio, gli articoli 10, 14 e 21 concernenti la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, il diritto all'istruzione e il diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni, i concetti di minoranza nazionale e linguaggio come fonti di possibili discriminazioni); sembrerebbe, tuttavia, essere l'art. 22 ad accordare un più ampio riconoscimento alla diversità culturale. PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 47 segnala come questa disposizione, in realtà, sia molto generica e abbia generato diversa incertezza circa l'ambito applicativo.

[69] *Ex multis*, si richiamano le cd. «convenzioni gemelle», ossia la Carta Europea delle lingue regionali e minoritarie del 1992 e la Convenzione Quadro per la protezione delle minoranze nazionali del 1995 (entrambe in vigore dal 1998), e la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1950 (in vigore dal 1953). Per ulteriori riferimenti cfr. PROVERA A., *Multiculturalismo e diritti umani. Una prospettiva penalistica*, in *L'Ombra*, 2020, pp. 220-232, p. 222 e PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 49.

[70] PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 51.

[71] PROVERA A., *Multiculturalismo e diritti umani,* cit., p. 223-227 per un approfondimento delle diverse decisioni della Corte Edu in materia.

[72] Cfr. CONSIGLIO D'EUROPA, *Libro bianco sul dialogo interculturale «Vivere insieme in pari dignità»,* Strasburgo, 2008, reperibile al link

«scambio di vedute aperto, rispettoso e fondato sulla reciproca comprensione, fra individui e gruppi che hanno origini e un patrimonio etnico, culturale, religioso e linguistico differenti»[73], è il «momento di sintesi tra le diversità nazionali e (...) possibile strumento fondante di un nuovo tessuto sociale europeo»[74]; carattere essenziale e imprescindibile per la sua corretta e costruttiva realizzazione è il rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali[75]. Ecco, quindi, identificato il limite per il riconoscimento e la valorizzazione della diversità culturale[76]: la tutela della dignità umana declinata all'interno del catalogo dei diritti fondamentali. Il confronto interculturale diventa, a sua volta, strumento fondamentale per tale salvaguardia in un rapporto di connessione biunivoca: la dignità umana è cifra costitutiva del dialogo interculturale e, viceversa, quest'ultimo è indispensabile per il rispetto della prima. Quando una tradizione culturale viola i diritti umani

---

https://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub_White_Paper/WhitePaper_ID_ItalianVersion.pdf.

[73] Cfr. CONSIGLIO D'EUROPA, *Libro bianco,* cit., p. 12.

[74] PROVERA A., *Multiculturalismo e diritti umani,* cit., p. 222.

[75] CONSIGLIO D'EUROPA, *Libro bianco,* cit., p. 14. Di seguito alcuni passaggi significativi: «Le tradizioni etniche, culturali, religiose o linguistiche non possono essere addotte per impedire alle persone di esercitare i diritti umani o partecipare in modo responsabile alla vita sociale» (p. 20). Ancora, «Le violazioni dei diritti dell'uomo, come i matrimoni forzati, i "delitti d'onore" o le mutilazioni genitali non possono essere giustificati in nessun caso, qualunque sia il contesto culturale»». Analogamente, «Le tradizioni culturali, che siano "maggioritarie" o "minoritarie", non possono prevalere sui principi e valori espressi nella Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo o in altri strumenti del Consiglio d'Europa relativi ai diritti civili, politici, sociali, economici e culturali» (p. 11).

[76] Tale limite è rinvenibile anche nella giurisprudenza della Corte EDU: cfr. PROVERA A., *Multiculturalismo e diritti umani,* cit., p. 228-230; RAIMONDI G., *Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione giustizia*, 2017, reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-multiculturalismo-nella-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo_428.php. La Corte, inoltre, estende le limitazioni al riconoscimento del diritto alla cultura anche a interessi pubblicistici quali la sicurezza nazionale, l'integrità nazionale, la sicurezza pubblica, la salute e la morale collettiva. Sul punto, per un approfondimento, cfr. la riflessione di PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., pp. 71-81.
Per una breve ricostruzione della gestione della diversità culturale in seno all'Unione Europea, cfr. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 66-69.

fondamentali (e, quindi, la dignità umana) è imprescindibile promuovere tale dialogo per favorire «l'evoluzione culturale ed identitaria dell'individuo»[77] al fine di intraprendere «un percorso di revisione critica delle proprie convinzioni culturalmente orientate»[78].

Tale orientamento viene ribadito con forza in un altro documento del Consiglio d'Europa, la cd. Convenzione di Istanbul[79] del 2011. Ai fini della presente analisi due sono gli articoli rilevanti: l'art. 12(5), rubricato «Obblighi generali», stabilisce che «(...) la cultura, gli usi e i costumi, la religione, la tradizione o il cosiddetto "onore" non possano essere in alcun modo utilizzati per giustificare nessuno degli atti di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione»; e, con specifico riferimento al diritto penale, l'art. 42 dispone che «(...) la cultura, gli usi e costumi, la religione, le tradizioni o il cosiddetto "onore" non possano essere addotti come scusa per giustificare tali atti [di violenza]. Rientrano in tale ambito, in particolare, le accuse secondo le quali la vittima avrebbe trasgredito norme o costumi culturali, religiosi, sociali o tradizionali riguardanti un comportamento appropriato». La Convenzione nega, dunque, rilevanza giustificatrice o scusante al fattore culturale e afferma l'inammissibilità di una difesa culturale quando vengano realizzati i gravi atti di violenza che il documento mira a contrastare[80].

2.2. La Costituzione italiana e il diritto all'identità culturale

---

[77] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 64.

[78] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 70.

In tal senso anche CONSIGLIO D'EUROPA, *Libro bianco,* cit., pp. 18-19 dove si ribadisce che è fondamentale garantire la libertà di scelta della cultura e permettere al singolo di modificare le proprie convinzioni culturali. Nessuno dovrebbe, infatti, essere obbligato ad appartenere a un determinato contesto culturale senza possibilità di aderire anche ad altri paradigmi rispettosi dei diritti umani. Il dialogo interculturale è «uno strumento che permette di trovare sempre un nuovo equilibrio identitario (...) aggiungendo all'identità nuove dimensioni, senza per questo allontanarsi dalle proprie radici».

[79] *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* del 2011.

[80] Per un commento sul punto, cfr. PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., pp. 58 e ss.

Nella Costituzione italiana[81] non è presente un riconoscimento espresso dell'identità culturale[82], ovvero del diritto alla cultura e dei diritti culturali *tout court*, come avviene, invece, in altre costituzioni[83]. Il motivo è principalmente di

[81] Interessante la riflessione proposta da CAVAGGION G., *La* cultural defense, cit., p. 4 circa il ruolo fondamentale della Costituzione nelle moderne società multiculturali. L'autore suggerisce come le Costituzioni dovrebbero favorire lo sviluppo di un modello di «interazione, intesa come dialogo e convivenza tra sistemi di valori e di diritti tra loro differenti».

Sottolinea la stretta connessione tra Costituzione e patrimonio culturale della società anche BALDINI V., *La società multiculturale come "questione" giuridica*, in *Gruppo di Pisa*, pp. 1-22, reperibile al link

https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Vincenzo_Baldini__La_societa_multiculturale_come_questione_giuridica.pdf definendo la Costituzione quale «condizione di sviluppo culturale di un popolo [che] serve da strumento all'autorappresentazione culturale, da specchio del suo patrimonio culturale e da fondamento delle sue speranze».

In tal senso anche PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 166. L'autrice, tuttavia, afferma come l'assenza di indicazioni precise circa la tutela da accordare alla diversità culturale non debba disorientare l'interprete. La Costituzione, infatti, fornisce orizzonti di senso e orientamenti valoriali: «La Costituzione fornisce dei percorsi, dei sentieri ermeneutici di tutela, ma non detta anche le regole su come attraversarli».

[82] Nonostante la mancanza di espresso riconoscimento del diritto alla cultura e dei diritti culturali nella Costituzione, in una sentenza la Corte di Cassazione ha individuato il possibile fondamento costituzionale della rilevanza del fattore culturale in sede penale nel principio di personalizzazione della pena. Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 26 novembre 2008, n. 46300. Sul punto anche BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 174.

La vicenda vedeva imputato un soggetto di origine marocchina per il reato di maltrattamenti in famiglia, sequestro di persona, violenza sessuale a danno della moglie e violazione degli obblighi di assistenza familiare verso moglie e figlio. La difesa dell'imputato aveva invocato la diversità culturale per sottolineare come i comportamenti posti in essere dall'imputato non potessero essere letti solo in relazione alle tradizioni culturali italiane. La Corte, pur ribadendo fermamente come il fattore culturale non possa trovare alcuna rilevanza in sede di elemento soggettivo e ignoranza inevitabile della legge penale, ha affermato che alcune considerazioni potrebbero essere avanzate in sede di commisurazione della pena, al fine di soddisfare al meglio gli obiettivi costituzionali di personalizzazione e adeguatezza della pena.

[83] Per una approfondita analisi del rapporto tra costituzioni e multiculturalismo, si rimanda al capitolo dedicato da RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., *Capitolo 4. Costituzioni e multiculturalismo*.

origine storica: tradizionalmente, il diritto costituzionale ha sempre tutelato la cultura intesa quale espressione linguistica e religiosa[84].

L'articolo 6 della Costituzione, infatti, recita: «La repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche»[85]; ancora, l'articolo 19 sancisce: «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume»[86].

Vi sono, tuttavia, anche altre disposizioni all'interno della Costituzione che ampliano la tutela accordata all'elemento culturale rispetto alla mera declinazione linguistica e religiosa e che concorrerebbero a formare «una topografia della tutela del diritto alla diversità culturale all'interno della Costituzione italiana»[87].

Il riferimento è all'articolo 2 Cost. che tutela «le formazioni sociali» in cui si sviluppa la personalità dell'uomo; nelle stesse potrebbero essere inclusi anche i gruppi culturali, espressione di una delle componenti fondanti dell'identità del singolo. Ancora, nonostante non sia espressamente richiamata, la cultura potrebbe rilevare ai sensi dell'art. 3 Cost. in tema di uguaglianza e non discriminazione[88]: la norma, infatti, menziona la lingua e la religione che, storicamente, sono proprio i due elementi cui si è ricondotto il concetto di cultura in ambito costituzionale.

La dottrina ritiene, inoltre, che il diritto alla diversità culturale sia da garantirsi in virtù delle fonti di diritto sovranazionale e dei trattati internazionali ratificati

---

[84] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 217 evidenzia come, a partire dal 1980, a livello costituzionale il termine cultura viene concepito in accezione più ampia.

[85] CAVAGGION G., *La* cultural defense, cit., p. 17 sottolinea come si tratterebbe dell'unico caso in cui nella Costituzione sono previsti dei diritti culturali positivi, ossia dei doveri per lo Stato di tutela delle minoranze. Una interpretazione estensiva ed evolutiva dell'art. 6 Cost. permetterebbe, infatti, di ricomprendere nella tutela accordata anche le cd. nuove minoranze. In tal senso cfr. GALBERSANINI C., *La tutela delle nuove minoranze linguistiche: un'interpretazione evolutiva dell'art. 6 Cost.?,* in *Rivista AIC*, 2014, pp. 1-15.

[86] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., pp. 240-241.

[87] PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 167.

[88] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., pp. 240-241.

Sul punto anche BELVISI F., *Nemici, stranieri e pluralismo giuridico nella società multiculturale*, in *Sociologia del diritto*, 2016, pp. 75-99, p. 81. L'autore ritiene che si possa parlare di «un vero e proprio diritto al pluralismo» culturale.

dall'Italia. L'art. 117 Cost. potrebbe individuare nella legge di ratifica del Patto per la Protezione dei Diritti Civili e Politici del 1966, ad esempio, «una norma interposta in grado di incorporare nel nostro ordinamento la protezione del "diritto alla cultura" di qualsiasi minoranza»[89].

Infine, l'art. 25 Cost., che sancisce il diritto a un giudice naturale precostituito per legge, potrebbe essere interpretato come diritto ad un giudice appartenente o comunque affine al contesto in cui si realizza il reato, un giudice quindi in grado di comprendere anche i significati culturali sottesi all'agire criminoso[90].

2.3. Cultura: diritto o parametro extra-sistemico?

Prima di proseguire nell'analisi dei reati culturalmente orientati, merita di essere riproposta la distinzione suggerita dalla dottrina[91] in merito alla possibile natura giuridica da attribuire al concetto di cultura.

La cultura può essere, infatti, concepita quale diritto fondamentale, principio giuridico riconosciuto dall'ordinamento, ovvero come un insieme di pratiche, usanze e tradizioni che configurano una norma di comportamento extra-giuridica[92].

La prima accezione è quella che è stata preferita in ambito internazionale[93]: a partire dal 1966[94] l'elemento culturale ha assunto rilevanza nell'ambito dei diritti fondamentali, configurandosi come diritto alla cultura e/o diritti culturali.

---

[89] In tal senso anche CAVAGGION G., *La* cultural defense, cit., p. 19.

[90] In tal senso RUGGIU I., *Il giudice dentro l'esperimento. Per una "interpretazione multiculturale" ispirata dalla teoria quantico-ermeneutica di Roberto Bin*, in BERGONZINI C., COSSIRI A., DI COSIMO G., GUAZZAROTTI A., MAINARDIS C. (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 158-167, pp. 160 e ss.

[91] RUGGIU I., *Dis-eguaglianza e identità culturale,* cit., p. 199.

[92] RUGGIU I., *Dis-eguaglianza e identità culturale,* cit., p. 202. Sul punto anche CAMPAGNOLI M.N., *I reati culturali. Istanze e criticità di una società globale*, Key, Vicalvi, 2016, pp. 13-22.

[93] *Ibidem*.

L'autrice sottolinea come questo approccio sia adottato da 50 Costituzioni fra le 190 totali del mondo.

[94] Il riferimento è all'art. 27 del Patto per la Protezione dei Diritti Civili e Politici: «In quegli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche le persone che appartengono a tali minoranze non saranno private del diritto, in comunità con gli altri membri del loro gruppo, di godere

Tale orientamento, recepito da diversi ordinamenti anche a livello costituzionale[95], è entrato in crisi a seguito dell'avanzata di alcuni movimenti progressisti come, ad esempio, il femminismo giuridico. Come si avrà modo di analizzare sul finire del presente capitolo, cui si rimanda per ulteriori approfondimenti, il femminismo ha fortemente criticato la matrice e la componente patriarcale presente nelle teorie multiculturaliste.

Questa crisi ha determinato l'affermarsi del secondo orientamento che ha concepito la cultura come norma di comportamento extra-giuridica, quale sistema autonomo di valori e regole esterne ed estranee all'ordinamento. Quest'ultimo sembrerebbe l'approccio seguito dalla Corte di Cassazione italiana: la cultura viene definita e concepita quale sistema valoriale e non come diritto. Tuttavia, nonostante tale interpretazione, i giudici hanno percepito la particolare rilevanza della cultura per il singolo e per i gruppi, mostrando consapevolezza del conflitto che spesso si genera tra sistema culturale e sistema giuridico di riferimento. Particolarmente significativa, in tal senso, è l'argomentazione della Corte di Cassazione in una sentenza concernente i reati culturalmente orientati: «Una società multietnica, che accetta più o meno consapevolmente il multiculturalismo, non può ignorare una certa dose di relativismo culturale, che consenta di guardare ad altre civiltà senza giudicarle secondo i propri parametri. Ne consegue che l'approccio alla delicata questione in esame, per le implicazioni di carattere etico e giuridico che vengono in rilievo, deve essere guidato da una prudente e illuminata interpretazione delle

---

della loro propria cultura, di professare e praticare la loro religione o di usare la loro lingua». Il diritto a una vita culturale propria viene riconosciuto a tutte le minoranze, comprese quelle immigrate, come ribadito dal *General Comment* n. 23, *The rights of minorities* dell'8 aprile 1994.

Cfr. RUGGIU I., *Dis-eguaglianza e identità culturale,* cit., p. 203.

In tan senso anche CAVAGGION G., *La* cultural defense, cit., p. 12, il quale richiama anche l'art. 30 della Convenzione Internazionale sui Diritti dell'Infanzia del 1989.

[95] Nel 1982 viene, ad esempio, inserito all'articolo 27 della Costituzione canadese un principio a tutela del multiculturalismo, rappresentando il primo recepimento e riconoscimento a livello costituzionale del pluralismo culturale.

norme di riferimento, senza sottovalutare la peculiare posizione del soggetto coinvolto nell'atto rituale incriminato»[96].

Il diverso inquadramento giuridico del termine cultura ha importanti conseguenze pratiche.

Intesa quale diritto, la cultura verrebbe tutelata a livello costituzionale in un'ottica di bilanciamento con gli altri diritti di rango fondamentale: «da parametro extra-sistemico diviene parametro sistemico e i comportamenti posti in essere nell'esercizio di pratiche culturali assumono il rango di diritti soggettivi»[97]; in ambito penale, pertanto, si potrebbe ipotizzare l'introduzione di una scriminante culturale basata sull'esercizio di un diritto *ex* art. 51 c.p.

Se, invece, si concepisse la cultura quale norma di comportamento extra-giuridica, essa conserverebbe «il rango di una regola esterna, che il giudice può essere incline a considerare, ma che si colloca in una posizione tendenzialmente subordinata alle altre fonti e non in grado di "competere" con quasi nessun altro diritto»[98]: per cui in materia penale potrebbe configurarsi esclusivamente una eventuale attenuante[99] o eccezionalmente una scusante soggettiva, ma non la scriminante di cui sopra.

Altra fondamentale conseguenza emerge con riferimento al fine e alle funzioni della pena: solo la concezione di cultura quale consuetudine ammetterebbe un trattamento rieducativo volto al reinserimento sociale del reo a seguito della commissione del reato culturalmente orientato; se, invece, la cultura venisse inserita tra i diritti costituzionalmente tutelati, la condotta del soggetto non avrebbe

---

[96] Cass. Pen., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 43646.

In tal senso anche Cass. Pen., sez. VI, 29 maggio 2009, n. 22700.

Non mancano, tuttavia, sentenze nelle quali la Corte applica in modo rigoroso i principi regolatori della gerarchia delle fonti senza riconoscere alcun particolare valore alla cultura; in tal senso, ad esempio, Cass. Pen., sez. VI, 7 ottobre 2009, n. 48272. Cfr. PEDULLÀ L., *Principi fondamentali e reati culturali: il criterio d'imparzialità versus le soggettive convinzioni religiose*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009, reperibile al link https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0196_pedulla.pdf.

[97] RUGGIU I., *Dis-eguaglianza e identità culturale,* cit., p. 210.

[98] *Ibidem.*

[99] *Ibidem*.

rilevanza sul piano penale e quindi, ovviamente, non si renderebbe necessaria alcuna azione volta alla rieducazione[100].

2.4. Pratiche culturali o religiose?

Un tema affine, ma al contempo apparentemente distante rispetto a quello dei conflitti culturali è rappresentato dai conflitti religiosi.

La religione, diversamente da quanto abbiamo visto essersi verificato con la cultura, è diffusamente riconosciuta quale bene costituzionalmente tutelato[101]: «pressoché tutte le Costituzioni al mondo garantiscono la libertà religiosa»[102]. Le ragioni di tale differenza possono essere molteplici, ma si collocano tendenzialmente in una dimensione storica. La religione ha da sempre costituito un «fattore di alterità»[103] e le diverse confessioni religiose si sono dotate di organi ufficiali di rappresentanza con poteri anche politici.

Alla luce di queste considerazioni, il giudice ha maggiori riferimenti normativi e giurisprudenziali per gestire un conflitto religioso in sede giuridica. Tuttavia, questo trattamento di favore riservato alla religione rischia di generare situazioni di ineguaglianza. Infatti, in casi in cui la pratica ha sia una valenza culturale che religiosa, il rischio è che la categorizzazione della stessa all'interno della religione anzichè della cultura porti a risultati opposti senza giustificati motivi alla base.

Cultura e religione rappresentano aspetti fondamentali dell'identità dell'uomo e pongono problemi molto simili che necessiterebbero di essere analizzati con i

---

[100] *Ibidem*.

[101] PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 168 sottolinea come il legame tra pluralismo religioso costituzionale e multiculturalismo sia particolarmente intenso. La libertà religiosa è, infatti, strettamente collegata al concetto di libertà di coscienza: «non è forse (...) la libertà di coscienza il primo diritto di libertà che si è storicamente affermato a presidio della convivenza di religioni (...)?». Sul tema si rimanda alla bibliografia ivi citata.

[102] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 61.

Nella Costituzione italiana sono due i riferimenti normativi: l'art. 19 Cost. da cui si ricava il principio di laicità dello Stato e l'art. 8 Cost. che sancisce l'eguaglianza di tutte le confessioni davanti alla legge.

[103] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 60.

medesimi strumenti giuridici al fine di «riflettere in modo unificato sulle due problematiche, per un trattamento omogeneo dei due tipi di conflitti»[104].
La distinzione di trattamento appare, infatti, inopportuna: si pensi, ad esempio, al caso delle mutilazioni genitali femminili considerate pratiche culturali da condannare severamente e alla circoncisione maschile intesa quale usanza religiosa ritenuta lecita.

2.4.1. La circoncisione maschile: cenni. Analogie e differenze con la pratica di mutilazione genitale femminile

La circoncisione maschile (dal termine *circumcidere*, ossia tagliare intorno) consiste nella rimozione del prepuzio dal pene.
La pratica è molto diffusa nel mondo, superando di gran lunga le mutilazioni genitali femminili (di seguito, MGF). Le analogie riscontrabili possono essere rilevanti, soprattutto se paragoniamo la circoncisione maschile (d'ora in avanti CM) alle MGF più lievi: gli effetti negativi, fisici e psicologici, e le eventuali complicazioni possono essere molto simili.
Dobbiamo, tuttavia, partire da un assunto indiscusso: le pratiche di CM sono lecite pressoché ovunque[105], a differenza di quello che, invece, avviene per le MGF.

[104] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 63. L'autrice sottolinea come da un punto di vista antropologico «la religione (...) è una *species* del *genus* più ampio cultura». CAVAGGION G., *La* cultural defense, cit., p. 12 ribadisce come, nell'ottica della coesione identitaria delle minoranze, religione e tradizione siano due componenti fondamentali. In tal senso anche PINELLI C., *Società multiculturale e Stato costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2012, pp. 1-23, reperibile al link http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/Nr1_Pinelli_SocietàMulticulturale.pdf.

[105] In Italia, ad esempio, alcune aziende sanitarie hanno messo a punto progetti e procedure al fine di garantire il rispetto di norme di sicurezza medica nelle pratiche di circoncisione. Si segnalano progetti pilota della Regione Piemonte, Friuli Venezia Giulia e Lazio. Per il Piemonte, si veda *Circoncisione Rituale. D'ora in poi si fa in ospedale. La regione la prevede all'ospedale Martini,* reperibile al link www.lastampa.it/2017/09/18.

Il rito della circoncisione è di origine antichissima e lo ritroviamo anche nei testi sacri delle religioni ebraica e cristiana: è descritto dalla Bibbia e vi fa riferimento anche il nuovo testamento[106].

La circoncisione è strettamente collegata alla identità religiosa del popolo ebraico. È un atto di culto: rinnova l'alleanza tra Dio, Abramo e il popolo eletto, è una pratica di iniziazione[107].

Pertanto, questo rito si rivela in tutta la sua forza come pratica religiosa: affonda le sue ragioni nella pratica della fede ebraica e nel diritto religioso, assumendo valore di appartenenza al «popolo eletto»[108] e di identità (solo dopo la circoncisione, all'ottavo giorno dalla nascita, il bambino riceve il suo nome ebraico).

La disparità di trattamento con le MGF si spiega con la circostanza che la religione viene considerata un diritto costituzionalmente rilevante e le costituzioni garantiscono la libertà di professare il proprio credo. Ecco sinteticamente la ragione per cui la CM gode di consenso sociale universalmente accordato: essa è un rito praticato da coloro che professano la religione ebraica, che appartengono «all'*élite* sociale, culturale ed economica di Paesi dominanti come gli Stati Uniti, mentre altri riti, come le MGF seppure nelle forme più lievi assimilabili in tutto e per tutto alle CM, sono espressione di culture non conosciute, non accettate e comunque respinte come barbare»[109].

Benché la letteratura medica internazionale sconsigli caldamente la circoncisione, in Italia il Comitato Nazionale di Bioetica nel 1998 ha espresso un parere favorevole

---

[106] «Quando furono compiuti gli otto giorni dopo i quali egli doveva essere circonciso, gli fu messo il nome di Gesù (…)» in *Vangelo di Luca,* 2:2.

[107] ANGELUCCI A.*, Dietro la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, Giappichelli, Torino, 2018, p.19: «la circoncisione, oltre al significato di un patto con Dio, ne ha un altro meno manifesto (…) ha un significato simbolico che va oltre il naturale. È come se l'uomo attraverso la circoncisione si assumesse la responsabilità di perfezionare la natura stessa e l'opera del creatore».

[108] ANGELUCCI A.*, Dietro la circoncisione.*, cit., p. 20: «L'inosservanza del precetto di circoncidere i bambini entro l'ottavo giorno dalla nascita, oltre a essere causa di disonore e di ignominia, determina l'estromissione dell'incirconciso dal popolo eletto e quindi l'interdizione a partecipare alle cerimonie religiose, oltre al divieto di entrare a Gerusalemme».

[109] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 47.

e ha affermato che la stessa debba essere ritenuta lecita perché non lesiva, se compiuta secondo la buona tecnica medica[110].

Ulteriore rilevanza in materia, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, assume l'*Intesa tra lo Stato Italiano e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane* approvata con legge n. 101 del 1989[111], legge che sembra offrire valide ragioni alla legittimazione della CM concepita quale pratica religiosa e rito fondante del culto delle comunità ebraiche[112].

Alla luce di questi riferimenti normativi, ossia la Costituzione con la garanzia dell'art. 19 e, per quanto riguarda la religione ebraica, l'Intesa sopraccitata, è opportuno considerare che la giurisprudenza penale si è interessata alla CM in alcune sentenze che hanno sviluppato interessanti riflessioni circa l'interazione tra questa pratica e alcune fattispecie di reato quali le lesioni personali (artt. 582 e 583 c. p.), la morte e le lesioni come conseguenza di altro reato (art. 586 c. p.) e l'esercizio abusivo della professione medica (art. 348 c.p.).

La sentenza più citata in argomento prende avvio da un caso avente per oggetto una madre nigeriana imputata per il reato di lesioni per aver sottoposto a circoncisione il figlio senza ricorrere ad un medico, causando al bambino una forte emorragia che ha determinato un ricovero urgente in ospedale[113].

Più interessante, al di là del caso concreto, è l'argomentazione della Corte, che traccia una distinzione tra la circoncisione ebraica, cioè la circoncisione religiosa, e quella a sfondo culturale: la circoncisione di rito ebraico non appare contrastare con i principi del nostro ordinamento, mentre quella culturale assume rilevanza in

---

[110] Si veda COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La circoncisione: profili bioetici*, 25 settembre 1998.

Sul punto anche GARETTI S., *Quando il diritto all'identità culturale dei genitori si scontra con il diritto all'integrità psico-fisica del figlio minorenne: il caso della circoncisione rituale infantile*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, pp. 1421-1437.

[111] Legge 8 marzo 1989, n.101 *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane* (G.U. 23 marzo 1989, n. 69).

[112] ANGELUCCI A*., Dietro la circoncisione.*, cit., p. 43.

[113] Tribunale di Padova, 9 novembre 2007; sul punto anche GIANARIA F., MITTONE A., *Culture alla sbarra. Una riflessione sui reati multiculturali*, Einaudi, Torino, 2014, pp. 113-115 e RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 72.

sede penale. Sul punto la Corte afferma che «giammai il *mohel*[114] potrebbe incorrere nel reato di abusivo esercizio della professione medica e la sua condotta, che oggettivamente integra il reato di lesione personale, è scriminata, se non determina una apprezzabile lesione e non mostra segni di negligenza, imprudenza, imperizia»[115].

Per concludere, estendendo la riflessione al panorama europeo sul tema, si intende citare la sentenza della Corte di Appello di Colonia del 25 giugno 2012 che ha condannato la circoncisione religiosa perché la stessa violerebbe il diritto fondamentale dei bambini all'integrità fisica. Contrariamente al ragionamento del giudice italiano, in questa sentenza il diritto all'integrità fisica dei minori è prevalso sull'esercizio della libertà religiosa[116].

3. La nozione di reato culturalmente orientato

Queste premesse terminologiche permettono di fornire una definizione di reato culturalmente motivato o orientato[117].

Con questa espressione si fa riferimento a «un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo culturale (etnico) di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza.

---

[114] Medico che si occupa del rituale della circoncisione.

[115] Per un commento alla sentenza si veda CROCCO G., *Sistema penale e dinamiche interculturali: le implicazioni del movente culturale nella commissione del reato e rilevanza della cultural defences* in http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2015/04/GP_Crocco_sistema-penale-e-dinamiche-interculturali.pdf, p. 40.

[116] Cfr. RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 80: «I ripensamenti intorno alla circoncisione mostrano una sorta di "effetto vortice" (…) è infatti molto probabile che il mutamento di percezione intorno alla circoncisione che si è registrato in Germania sia una conseguenza dell'ampio dibattito che c'è stato intorno alle mutilazioni genitali femminili (…)».

[117] Entrambi gli aggettivi sono adoperati dalla dottrina penalistica, mentre è da escludersi l'utilizzo di "reati culturali" perché, come evidenziato anche da PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 16, non si valorizzerebbe «il meccanismo di influenza variabile della cultura sull'individuo». Tra le locuzioni orientati e motivati sarebbe preferibile la prima in quanto meglio sottolineerebbe l'assenza di condizionamento.

In senso contrario BERNARDI A., *Il "fattore culturale",* cit., p. 5 utilizza l'espressione reati culturali.

Tale comportamento è, tuttavia, approvato, accettato o imposto all'interno del gruppo culturale di minoranza cui appartiene il soggetto agente»[118].

Partendo da questa definizione possono essere avanzate alcune considerazioni.

Innanzitutto, adottando quale concetto di cultura quello riferito al gruppo etnico, la definizione permette di limitare il campo di indagine, evitando di ricomprendere nella nozione di reato culturalmente motivato qualsiasi comportamento *lato sensu* culturale[119].

Inoltre, da questa nozione emerge come il multiculturalismo che rileva per il diritto penale sia quello che genera una situazione di conflitto tra una norma giuridica e una norma culturale.

Nelle pagine a seguire si cercherà di comprendere le possibili ragioni di questo conflitto tra norme. per indagare se e in che modo debba essere data rilevanza all'appartenenza culturale in sede penale.

3.1. Società multietnica, società multiculturale e conflitti di culture

I conflitti tra norme culturali e norme giuridiche originano in società composite, complesse e articolate come quelle multietniche e multiculturali.

Una società può definirsi multietnica quando «comprende al suo interno gruppi etnici diversi e (...) i componenti di questi gruppi ritengono di possedere una propria cultura distinta da quella degli altri gruppi ed esprimono la volontà di preservare la propria identità comune»[120]. Mentre una società multietnica è sempre multiculturale

---

[118] Cfr., in particolare, DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 30 e BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 42 che riprendono la definizione di VAN BROECK J., *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, pp. 1-32, p. 5.

[119] Il riferimento è alla teoria del "fattore culturale" proposta da BERNARDI A., *Il "fattore culturale"*, cit., p. 5; l'autore distingue i reati culturali in senso stretto (commessi da soggetti appartenenti a una cultura minoritaria molto diversa da quella maggioritaria) dai reati culturali in senso ampio (commessi da soggetti non appartenenti a una cultura minoritaria, ma da individui appartenenti a ordinamenti non troppo diversi da quello in cui viene commesso il reato). In quest'ultima categoria non si riscontra quel rapporto di biunivocità tra cultura e identità e si rischia di dilatare troppo la nozione di reato culturalmente motivato.

[120] Cfr. DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 7 per una più dettagliata analisi.

per la necessaria presenza di differenze culturali, una società può essere multiculturale senza essere multietnica; la multiculturalità potrebbe fondarsi, infatti, su altre differenze rispetto a quelle etniche, come ad esempio quelle religiose[121].

Come ben evidenziato, nella letteratura italiana, da Fabio Basile[122] e, a livello internazionale, da Will Kymlicka[123], è possibile approfondire e meglio comprendere questa distinzione evidenziando due sottocategorie: una società multiculturale può essere classificata come multinazionale o come polietnica[124]. Nella prima ipotesi, le differenze culturali scaturiscono da processi di colonizzazione e fusione che determinano la presenza di minoranze autoctone[125] all'interno di uno Stato. Diverso, invece, è il caso di società multiculturali polietniche che scaturiscono da processi di immigrazione: spesso la mancata integrazione e la diversa scala valoriale del soggetto immigrato danno origine a un conflitto culturale che può esasperarsi drasticamente comportando l'ingresso

---

[121] *Ibidem.*

[122] BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 43.

[123] KYMLICKA W., *Multicultural Citizenship. A liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon, Oxford, 1996, trad. it. di G. GASPERONI, *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 1999; KYMLICKA W., *Multicultural Citizenship within Multination States*, in *Ethnicities*, 2011, pp. 281-302.

[124] Ovviamente queste due forme di multiculturalismo possono coesistere nella medesima società, come avviene ad esempio in Canada dove da un lato si è assistito a un processo di assorbimento delle minoranze da parte della comunità anglofona maggioritaria, dall'altro si assiste tutt'oggi a un multiculturalismo derivante dai flussi immigratori. Cfr. FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale*. *Pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 7.

[125] MAZZA M., *I diritti degli aborigeni nel mondo contemporaneo*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa (atti del XV Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, Messina-Taormina, 31 maggio e 2 giugno 2001)*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 427-485, p. 429 definisce il concetto di popolo nativo richiamando l'articolo 1 della Convenzione n. 169 adottata dalla *General Conference* della *International Labour Organisation* (ILO) del 27 giugno 1989 ai sensi del quale i popoli indigeni «devono essere formati da discendenti delle popolazioni che abitavano il Paese, o una regione geografica dello stesso, al tempo della 'conquista' o della 'colonizzazione'» e devono essere «riusciti a mantenere in vita, in misura integrale o anche solamente parziale, le istituzioni economiche, culturali e politiche 'ancestrali'».

dell'individuo nel sistema giudiziario penale a seguito della commissione di un reato culturalmente orientato.

Tendenzialmente, gli studi in materia di reati culturalmente orientati tengono nettamente distinte le due ipotesi, perché nel caso di minoranze culturali si registra un atteggiamento di maggiore tolleranza e comprensione; ciò non toglie che la metodologia adottata per comporre i conflitti delle società multinazionali possa essere applicata, con gli opportuni correttivi, anche a conflitti di matrice polietnica.

I conflitti culturali[126] che nascono nelle società sopradescritte rappresentano il presupposto logico dei reati culturalmente orientati.

Era stato il sociologo-criminologo Thorsten Sellin[127] nel 1938 ad approfondire per la prima volta la tematica dei cd. *cultural conflicts*. Questa teoria si è sviluppata attorno a un concetto di base: il conflitto tra i diversi sistemi culturali all'interno di

---

[126] PIZZO A., *Il diritto tra cultura e azione umana,* cit., p. 5 afferma come il problema alla base di questi conflitti consista nell'incapacità del diritto, espressione dei valori del gruppo maggioritario, di modificarsi e di rispondere in modo costruttivo alle esigenze della società tutta.

[127] SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, cit., p. 57.

La teoria in esame è stata elaborata da Sellin, esponente della cd. Scuola di Chicago, per far fronte alle problematiche derivanti dalla massiccia immigrazione di origine europea e alle questioni razziali interne al paese. Come ricorda GOISIS L., *Multiculturalismo e diritto penale in un'ottica comparatistica: l'esempio del Canada. Prime riflessioni alla luce della Convenzione di Istanbul*, in FODDAI M.A. (a cura di), *Il Canada come laboratorio giuridico. Spunti di riflessione per l'Italia*, Jovene Editore, Napoli, 2013, pp. 117-168, p. 122, la Scuola di Chicago è nota anche come «scuola dell'ecologia umana» perché si focalizza sui diversi comportamenti dell'uomo al mutare del contesto socio-culturale di riferimento.

Cfr. DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 13-18 per un approfondimento sulla teoria dei *cultural conflicts,* come sviluppata nel pensiero di George Vold, autore che sposta l'attenzione sul gruppo (il reato viene concepito come prodotto di un conflitto tra gruppi), e nell'opera di Austin Turk che fornisce una indicazione degli elementi che portano alla nascita del conflitto tra gruppi.

Sul tema, con riferimento alla dottrina italiana, cfr. PARISI F., *Cultura dell'«altro»*, cit., p. 60 e DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 11.

Cfr. anche FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo sociale*, Raffaello Cortina, Milano 2000; DE FRANCESCO G., *Autonomia individuale, condizionamenti culturali, responsabilità penale: metamorfosi e crisi di un paradigma*, in *Politica del diritto*, 2003, pp. 393-403.

un soggetto rappresenta la causa principale di una situazione di disagio che può culminare nella realizzazione di un reato[128].

L'uomo nasce all'interno di una determinata cultura e ne fa propri i valori fondamentali che formano la sua identità[129]; l'agire del singolo è orientato in base alla sua personalità che a sua volta è influenzata dalla cultura. Questa reciprocità trova il limite in quello che Sellin definisce il «*biological make-up*»[130], ossia quella parte di identità che non è influenzata dall'appartenenza culturale e che permette al singolo di agire in modo razionale, con facoltà di scelta e in autonomia rispetto ai valori culturali.

L'autore sottolinea come anche le cd. norme di condotta, espressione della approvazione o della condanna del gruppo verso una determinata azione, concorrono a formare l'identità dell'individuo.

Ad esse corrisponde un determinato «potenziale di reazione»[131] che si traduce nella gravità della sanzione che dipenderà dal valore che il gruppo attribuisce al bene protetto dalla norma.

Le diverse norme di condotta sono interiorizzate dal singolo che, si ribadisce, non è vincolato esclusivamente alla cultura di appartenenza[132]. L'individuo sceglierà di volta in volta a quale norma conformarsi, sulla base del differente potenziale di

---

[128] PASTORE B., *Identità culturali, conflitti normativi e processo penale*, in PASTORE B., LANZA L., *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 5-61, p. 16 si riferisce in tal senso ad una «situazione di "interlegalità", caratterizzata dall'esistenza di un reticolo di norme, contemporaneamente vigenti e interagenti, che, a diversi livelli ma in competizione fra loro, hanno la pretesa di regolare i comportamenti».

[129] Sul rapporto fra identità e cultura, cfr. FORST R., *Foundation of a theory of Multicultural Justice*, in *Costellations*, 1997, pp. 63-71.

[130] SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, cit., p. 25: «*The biological make-up of an individual fixes limits to personality development, determines the character of the receptive and adaptive processes which transform cultural elements into personality elements, and influences the latter's expressions in social activity*».

[131] SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, cit., p. 33.

[132] In tal senso anche BASILE F., *Le principali categorie di reati culturalmente motivati. Profili criminologici e normativi*, in *Diritto Penale e Uomo*, 26 giugno 2019, pp. 1-12, https://dirittopenaleuomo.org/wp-content/uploads/2019/06/Basile_Relazione-DPU-REV-DF.pdf, p. 3.

reazione - ossia in relazione alla diversa forza che la norma esercita sull'identità del singolo[133]: l'identità svolge, dunque, un ruolo fondamentale nell'orientare l'agire dell'uomo sulla base «delle diverse appartenenze di un soggetto»[134].

Il reato culturalmente orientato[135] si configura allorché l'individuo agisce aderendo a una determinata norma di condotta propria del gruppo culturale di appartenenza, ma in contrasto con l'ordinamento giuridico del gruppo maggioritario[136].

Questi conflitti, determinati dalla disomogeneità culturale, sono classificabili in primari (fra due diverse culture) e secondari (nella medesima cultura). Tre sono le diverse ipotesi che possono dare adito a un conflitto primario[137]: il primo caso concerne uno scontro tra diversi codici culturali che avviene in zone di confine; il secondo si verifica quando un gruppo culturale impone le proprie leggi a seguito della conquista del territorio; l'ultima ipotesi è quella che più interessa ai fini del presente studio e riguarda il caso del soggetto che emigra ed entra in contatto con un gruppo portatore di una diversa cultura. All'interno di questa tipologia sono identificabili due sottocategorie: i conflitti culturali interni ed esterni. Nel primo caso, il soggetto ha interiorizzato due norme opposte e vive una situazione di

---

[133] Cfr. SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, cit., p. 45.

[134] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 29.

[135] Molteplici sono le teorie che sono state sviluppate per spiegare il rapporto tra minoranze etniche e devianza, tra immigrazione e criminalità. Sul punto si rimanda al contributo di GOISIS L., *Giustizia penale e discriminazione razziale. Il soggetto «altro» dinanzi al diritto penale e alla criminologia. Atto I: Il contributo della criminologia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, pp. 1-70. L'autrice ricollega queste teorie a due modelli principali: il paradigma del consenso e quello del conflitto. Il primo sottolinea come la società e il sistema normativo si fondino su valori condivisi; il secondo modello, invece, intende il processo legislativo quale risultato di una serie di conflitti fra gruppi.

[136] Il fenomeno può essere ricollegato anche al concetto di antinomia giuridica, ossia il contrasto fra due norme dell'ordinamento che, al contempo, autorizzano e vietano il medesimo comportamento. Accanto a questa antinomia, cd. antinomia propria, esiste anche la cd. antinomia impropria: un contrasto giuridico che coinvolge norme di ordinamenti diversi. Sul punto cfr. BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 213-216.

[137] Si rimanda all'analisi di DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 12 e PARISI F., *Cultura dell'«altro»*, cit., p. 61.

conflitto interiore tra i diversi valori culturali[138]; nella seconda ipotesi, invece, un soggetto, che non ha fatto proprie le norme del gruppo culturale di maggioranza, vive esclusivamente secondo i dettami della cultura di origine[139]. Ne discende che la persona commette il reato o perché è assente il potenziale di reazione di una norma o perché sceglie razionalmente di agire rispettando una sola delle norme che ha interiorizzato[140].

In conclusione, emerge come nella commissione di un reato culturalmente orientato il potenziale di reazione e l'identità assumano un ruolo fondamentale: più una norma è affine all'identità dell'individuo, che, si ricorda, è portatrice di cultura ma non in modo deterministico, maggiormente il soggetto la interiorizzerà e, di conseguenza, razionalmente sceglierà di agire rispettando quella norma.

4. Le principali categorie di reati culturalmente orientati

La definizione di reato culturalmente orientato elaborata negli anni dalla dottrina è molto ampia e ricomprende ipotesi delittuose diverse fra loro, soprattutto in relazione al bene giuridico tutelato e al grado di offensività delle condotte criminose poste in essere. Si tenga, inoltre, presente che, tendenzialmente, non vi sono disposizioni di parte generale, né nel codice penale italiano né in quello degli altri Stati, che facciano espresso riferimento a questa categoria delittuosa di creazione dottrinale e giurisprudenziale.

Pertanto, al fine di comprendere quali condotte possano rientrare nel novero dei reati culturalmente orientati, è di interesse analizzare brevemente le sottocategorie

---

[138] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 13 ricorda come tale tipologia di conflitto sia propria delle seconde generazioni di immigrati, ancora legate ai valori culturali della famiglia, ma al contempo inserite nella società ospitante.

[139] L'esempio tipico di questo conflitto esterno è quello del padre siciliano che uccise il seduttore di sua figlia minorenne per motivi di onore; al momento dell'arresto fu sorpreso che tale condotta, considerata doverosa nella cultura di origine, fosse considerata reato negli Stati Uniti.

Cfr. SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, cit., p. 68.

[140] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 31.

che sono state individuate dalla dottrina tramite l'analisi della casistica giurisprudenziale in materia[141].

La prima abbraccia tutte le ipotesi di violenze perpetrate all'interno del contesto familiare (come ad esempio omicidi, lesioni personali o maltrattamenti[142]), solitamente messe in atto dal capofamiglia come mezzo per far rispettare i codici culturali ed etici, come possibile forma di punizione di atti di ribellione o, ancora, come mezzo per far accettare matrimoni combinati.

Un'altra sottocategoria comprende i reati commessi per difendere l'onore[143] nelle sue diverse declinazioni: l'onore familiare o del gruppo, sessuale oppure onore quale sinonimo di reputazione personale.

Vi è, poi, quella dei reati sessuali a danno di bambini, ragazze e donne: tali condotte sono state perpetrate a danno di ragazze minorenni unite in matrimonio molto giovani[144] e a danno di donne adulte in virtù della particolare concezione della

---

[141] La presente analisi si soffermerà sulle più recenti pronunce italiane in materia; per una più completa panoramica della giurisprudenza anche europea, cfr. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 157-260.

[142] In tal senso, Cass. Pen., sez. VI, 6 marzo 2017, n. 10906: due genitori di origine tunisina venivano imputati per maltrattamenti a danno del figlio affetto da disturbi comportamentali; la Corte ha riconosciuto le attenuanti generiche ritenendo che per motivi culturali la coppia non sarebbe stata in grado di comprendere l'inadeguatezza delle misure messe in atto nei confronti del figlio. Diversamente, Cass. Pen., sez. VI, 30 marzo 2012, n. 12089 non ha ritenuto sussistente la motivazione culturale del padre marocchino accusato di violenze a danno della figlia.

Cfr. anche Cass. Pen., sez. VI, 07 ottobre 2020, n. 27901; Cass. Pen., sez. III, 27 novembre 2019, n. 48188; Cass. Pen., sez. I, 24 settembre 2019, n. 39074; Cass. Pen., sez. VI, 31 maggio 2019, n. 24427.

[143] Sul punto, Cass. Pen., sez. I, 28 ottobre 2015, n. 11591 ha applicato l'aggravante dei futili motivi agli imputati di origine *rom* che avevano commesso un omicidio per ristabilire l'onore della famiglia. In senso contrario, Cass. Pen., sez. I, 18 dicembre 2013, n. 51059 ha negato l'applicazione dell'aggravante dei futili motivi a carico di un padre marocchino accusato di tentato omicidio della figlia a difesa dell'onore.

[144] Cfr. Cass. Pen., sez. III, 22 novembre 2017, n. 53135 che ha condannato l'imputato di origine *rom* per violenza sessuale a danno della compagna infa-sedicenne non consenziente, unita in matrimonio secondo un rito della cultura *rom*.

donna in alcune culture[145]; in questa categoria rientrano anche palpeggiamenti e baci alle parti intime di bambini molto piccoli[146] come forme di manifestazione di affetto e di esibizione di orgoglio proprie di determinati gruppi.

Anche i reati di mutilazioni o lesioni genitali femminili e le circoncisioni maschili rituali, compiuti in virtù delle tradizioni culturali e sociali del gruppo di appartenenza, rientrano nel novero dei reati culturalmente orientati[147].

---

[145] Ad esempio, Cass. Pen., sez. III, 31 maggio 2018, n. 24594 e Cass. Pen., sez. III, 13 aprile 2015, n.14960 che hanno visto imputati due mariti di origine albanese e tunisina per violenze sessuali a danno delle mogli; la difesa aveva chiesto l'applicazione della scriminante putativa dell'esercizio di un diritto in virtù della cultura degli imputati.

Cfr. anche Cass. Pen., sez. V, 06 settembre 2019, n. 37315; Cass. Pen, sez. III, 22 febbraio 2021, n. 6705 in cui la Corte ha affermato la necessità di esaminare il «contesto sociale, economico e culturale di provenienza dei soggetti».

[146] Cfr. Cass. Pen., sez. III, 2 luglio 2018, n. 29613 che ha visto imputato un padre di origine albanese per ripetuti palpeggiamenti, baci e carezze alle parti intime del figlio; la difesa ha chiesto che tali atti venissero letti alla luce delle usanze della tradizione albanese, che ricollega simili comportamenti a forme di affetto e amore verso il bambino.

Sul punto, BASILE F., *Quanto conta la "cultura"? La Cassazione torna sui reati cd. culturalmente motivati*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2018, pp. 2244-2251; RUGGIU I., *Omnia munda mundis. La pratica culturale dell'"omaggio al pene" del bambino: uno studio per la cultural defense*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2019, pp. 1-29; PROVERA A., *Carezze o violenze? La Cassazione affronta in problema dei reati sessuali a presunto orientamento culturale,* in *Diritto Penale e Processo*, 2018, pp. 1432-1438. Si permetta un rinvio anche a MONACHINI S.C., *Il* test *culturale nel processo penale: la Corte di Cassazione apre a un modello italiano*, in *L'Indice Penale*, 2020, pp. 698-713.

[147] Cfr. Corte di Appello di Venezia, 23 novembre 2012, n. 1485 che ha assolto i genitori nigeriani, che avevano praticato una piccola incisione dei genitali femminili delle figlie, per l'assenza del dolo specifico richiesto *ex* art. 583 *bis* c.p. Sul punto, cfr. BASILE F., *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2013, pp. 1-23.

Infine, si ascrivono ai reati culturalmente orientati quelli di riduzione in schiavitù a danno di figli minori, violazioni dei diritti dell'infanzia[148], reati in materia di stupefacenti e concernenti l'abbigliamento rituale[149].

5. I diversi modelli di gestione della diversità culturale

Si è analizzato come il presupposto logico dei reati culturalmente motivati sia rappresentato da una situazione di conflitto tra norme giuridiche e culturali. È interessante, dunque, indagare le risposte politico-istituzionali e *lato sensu* giuridiche adottate dagli ordinamenti dei diversi Stati per la gestione di tali conflitti per poi analizzare più nello specifico, nel prosieguo della presente tesi di ricerca, le possibili modalità di composizione adottabili in sede penale.

---

[148] Cfr. Tribunale di Rovigo, sez. Adria, 9 febbraio 2010 segnalata da GRANDI C., *Problemi in materia di errore scusabile nell'esercizio abusivo della professione medica*, in *Studium Iuris*, 2012, pp. 961-970, p. 965 in cui un padre di origini *rom* è stato imputato del delitto di abbandono di minori; il giudice lo ha, tuttavia, assolto in considerazione della concezione culturale, secondo la quale la maturità psicofisica e l'autonomia si raggiungono a 14 anni nella cultura di appartenenza dell'imputato.

[149] Cfr. Cass. Pen., sez. I, 14 giugno 2016, n. 24739; Cass. Pen., sez. I, 16 giugno 2016, n. 25163; Cass. Pen., sez. I, 15 maggio 2017, n. 24084; Cass. Pen., sez. VII, 18 aprile 2019, n. 16917 in materia di porto del *kirpan* da parte di indiani *sikh*. Sul punto, BERNARDI A., *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2017, pp. 673-689; CAVAGGION G., *Diritto alla libertà religiosa, pubblica sicurezza e "valori occidentali". Le implicazioni della sentenza della Cassazione nel "caso kirpan" per il modello di integrazione italiano*, in *Federalismi.it*, 2017, pp. 1-24; LICASTRO A., *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dall'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale),* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017, pp. 1-29; LICASTRO A., *La "sfida" del "kirpan" ai valori occidentali" nelle relazioni della dottrina alla pronunzia della Cassazione penale Sez. I, 15 maggio 2017, n. 24084*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2017, pp. 371-383; GIORGIO G., *In tema di autorizzazione del porto in luogo pubblico di un coltello, c.d. "Kirpan", quale simbolo religioso,* in *Foro Italiano*, 2010, pp. 228-231; PROVERA A., *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco alla tipicità*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2010, pp. 964-979; CARMIGNANI CARIDI S., *Ostentazione di simboli religiosi e porto di armi od oggetti atti ad offendere. Il problema del kirpan dei fedeli Sikh*, in *Diritto ecclesiastico*, 2009, pp. 739-766.

I diversi Stati, anche alla luce della loro storia geopolitica, hanno affrontato con approcci diversificati la questione multiculturale all'interno dei loro ordinamenti; la dottrina[150] ha individuato alcuni possibili modelli che rispecchiano e sintetizzano tali scelte. I principali sono due: quello assimilazionista-integrazionalista[151] (o assimilazionista-egualitario[152]) e quello multiculturale[153]; questi si differenziano principalmente per la diversa interpretazione e declinazione del principio di uguaglianza.

Alla base del modello assimilazionista-integrazionalista vi è, infatti, il concetto di eguaglianza formale implicante una assoluta parità di trattamento tra i consociati; l'uguaglianza in senso sostanziale è, invece, alla base del secondo modello che valorizza e attribuisce rilevanza giuridica alle differenze culturali.

5.1. Il modello assimilazionista-integrazionalista e il modello multiculturale

Nel modello assimilazionista-integrazionalista, l'ordinamento si pone in una posizione di totale estraneità e neutralità rispetto alle differenze culturali, non dando alcun rilievo alle stesse sul piano giuridico. Le scelte politico-istituzionali di stampo assimilazionista mirano, da un lato, a reprimere e disincentivare la diversità e, dall'altro, a tutelare e proteggere il sistema valoriale proprio dello Stato. Solitamente, gli ordinamenti che adottano una tale politica sono caratterizzati da società tendenzialmente omogenee e l'ingresso di soggetti stranieri è visto quale possibile minaccia per l'integrità culturale e sociale del paese. Trattasi,

---

[150] *Ex multis* e con particolare riferimento alla dottrina penalistica, cfr. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit.; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit.; BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006. Cfr. anche PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., pp. 86-97.

[151] *Ibidem.*

[152] *Ibidem.*

[153] *Ibidem.*

LONGOBARDO C., *Le mutilazioni genitali femminili*, in CILARDO A. (a cura di), *La tutela penalistica dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea: aspetti sociali, giuridici e medici*, ESI, Napoli, 2011, pp. 117-133, p. 118 affianca ai due modelli in analisi anche quello del cd. precarismo: il rapporto tra lo stato e l'immigrato è temporaneo e legato a particolari condizioni, come ad esempio una attività lavorativa a tempo determinato.

essenzialmente, di una strategia politica protettiva e garantista verso i valori culturali, giuridici e sociali della comunità nazionale.

Esemplificazione di questo modello è il sistema francese, ispirato al principio di eguaglianza in senso formale. La linea di indirizzo politico-giuridico per la gestione dei rapporti tra minoranze e maggioranza era ravvisabile già nella politica coloniale del paese: la Francia, infatti, mirava a modificare il diritto e le abitudini delle popolazioni colonizzate per uniformarle alla cultura francese[154]. Questa linea di indirizzo è riscontrabile ancora oggi: l'ordinamento francese mira ad includere i soggetti immigrati all'interno della cultura maggioritaria, omogenea e prevalente rispetto alle altre culture. Quest'ultime possono trovare espressione nella sfera privata dei singoli, ma non in ambito pubblico e tantomeno hanno rilevanza in sede giuridica.

Un esempio tangibile è rappresentato da una legge del 2004[155] che ha vietato la presenza di simboli religiosi di qualsivoglia natura all'interno di scuole pubbliche, imponendo una «omogeneità culturale»[156] a tutti i consociati a prescindere dalla loro appartenenza e dal loro credo religioso.

Questo modello, al di fuori del territorio europeo, era dominante anche in paesi quali Canada, Australia e Stati Uniti fino al 1970, per cui prendeva il nome di anglo-conformismo[157].

---

[154] Cfr. FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit. p. 13.

[155] Legge n. 228 del 15 marzo 2004, pubblicata nel *Journal officiel de la République Francaise*, n. 65. Cfr. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 58.

[156] FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 13.

[157] BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 58. Con particolare riferimento agli Stati Uniti, il modello di riferimento era il *melting pot.* Sinteticamente, tale concezione prevedeva la fusione delle diverse realtà culturali all'interno della nuova società americana. La strategia politica americana coinvolgeva sia la dimensione pubblica sia quella privata degli individui, legata ad aspetti culturali e religiosi. L'obiettivo di inclusione sociale fu perseguito anche tramite politiche volte a sviluppare un forte senso patriottico nei cittadini. Tale modello è entrato, però, in crisi a partire dagli anni '60 lasciando spazio al modello cd. del *salad bowl*: in netta contrapposizione con le precedenti scelte politico-istituzionali, questa nuova strategia mirava alla convivenza tra le diverse culture salvaguardando gli elementi di specificità. L'obiettivo è stato duplice: da un lato, valorizzare l'unità politico-economica degli Stati Uniti; dall'altro, enfatizzare le

Col finire del secolo scorso, tuttavia, questi paesi hanno modificato in modo significativo il modello di gestione della diversità culturale: si sono, infatti, affermate politiche improntate al multiculturalismo, che hanno valorizzato e promosso le differenze.

Da questo primo modello analizzato derivano delle precise scelte di politica criminale: il diritto penale di uno Stato che adotta uno schema assimilazionista-integrazionalista tende ad essere indifferente o intollerante verso il fattore culturale. Ne consegue che la motivazione culturale del soggetto o non avrà alcuna rilevanza in sede penale o la risposta sanzionatoria sarà addirittura aggravata in virtù della condotta culturalmente orientata[158].

In totale antitesi rispetto alla strategia assimilazionista, l'ideologia multiculturale concepisce la diversità come una ricchezza per la società.

Tradizionalmente, la dottrina ravvisa nell'ordinamento inglese il prototipo del modello multiculturale. Similmente a quanto avvenuto in Francia, dalla politica coloniale britannica si evincono alcuni elementi chiave per lo sviluppo delle successive scelte del paese in materia: la Gran Bretagna non si è, infatti, interessata ai rapporti interni con le popolazioni delle colonie e ha limitato la sua ingerenza al settore commerciale ed economico.

Sul versante giuridico, tale indirizzo ha favorito l'emanazione di leggi particolarmente sensibili e attente a questi aspetti: nel 1976 è stato introdotto il *Race*

---

differenze culturali tra i singoli individui che compongono la società americana. Significativo in tal senso è stato l'affermarsi delle espressioni italo-americano, latino-americano, afro-americano per indicare la valorizzazione della cultura di origine e lo sviluppo di una nuova identità connessa alla società americana. Sul punto, cfr. DE MAGLIE C., *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso Americano,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, pp. 173-199.

[158] BERNARDI A., *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Politica del diritto*, 2007, pp. 3-48, pp. 32-33 fa riferimento al «diritto penale dell'indifferenza» e al «diritto penale dell'intolleranza» e li contrappone al «diritto penale della tolleranza o della mitezza» tipico di un ordinamento che adotta il modello multiculturale. In tal senso anche PASTORE B., *Identità culturali*, cit., pp. 17-18.

Cfr. anche MASARONE V., *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in *Diritto penale e processo*, 2014, pp. 1237-1250.

Relations Act volto a impedire ogni forma di discriminazione per motivi di razza e nazionalità[159].

Con riferimento alle esperienze dei paesi oltreoceano, l'ordinamento canadese[160] costituisce un osservatorio privilegiato per approfondire lo studio della gestione della diversità: il Canada non solo presenta una società composita, caratterizzata da una moltitudine di gruppi che convivono, ma è stato il primo Stato a riconoscere, tutelare e valorizzare in termini giuridici questa diversità[161].

---

[159] FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 15.

[160] GROPPI T., *Canada*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 20 sottolinea come l'esperimento multiculturale, che «vede già nel 1971 la creazione di un apposito ministero, è poi consacrato nel 1982 con l'art. 27 della Carta canadese dei diritti e delle libertà e infine nel 1988 con il *Multiculturalism A*ct».

PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 94 sottolinea come il modello canadese rappresenti una delle due varianti del multiculturalismo. A differenza della cd. matrice liberale che è incentrata sull'individuo e sulla tutela delle differenze culturali con riferimento al singolo, l'ideologia multiculturale canadese è incentrata sulla comunità e non solo sulla salvaguardia delle differenze culturali, ma anche sulla valorizzazione della diversità.

[161] È, tuttavia, da segnalare che il processo che ha portato a questa valorizzazione delle diversità culturali è stato preceduto da una fase storica particolarmente buia. Non si può non ricordare l'esperienza drammatica delle *Residential Schools*, sistema scolastico governativo amministrato dalla chiesa e con l'obiettivo di conformare i bambini aborigeni alla società canadese con conseguente ripudio della cultura aborigena. I bambini, separati con la forza delle loro famiglie, venivano inseriti in questi collegi e obbligati a rinnegare le loro origini e la loro storia. Le *Residential Schools* sono state inaugurate nel 1880 e hanno continuato ad essere attive fino agli ultimi decenni del secolo scorso. Cfr. https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/the_residential_school_system/ e WAGAMESE R., *Indian Horse*, Douglas & McIntyre, Vancouver, 2012.

Tristemente noto è anche il cd. *60s sweep or scoop*, termine coniato nel 1983 da Patrick Johnston – autore del *report Native Children and the Child Welfare System*. Con questa espressione si fa riferimento alla rimozione dei bambini aborigeni dalle loro famiglie e all'affidamento degli stessi a famiglie canadesi. Sul punto, https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/sixties_scoop/.

Si segnala, infine, che tra maggio e giugno 2021 sono stati ritrovati i corpi di centinaia e centinaia di bambini e ragazzi aborigeni in fosse comuni nei pressi di alcune *Residential Schools* in British Columbia e Saskatchewan. Cfr. FRANCESCHINI E., *La vergogna del Canada: "Ecco le fosse comuni dei bambini indigeni"*, in LaRepubblica, 29 maggio 2021; GANDOLFI S., *Canada, ritrovati i resti di 761 persone, in gran parte bambini, in un'ex «scuola per indigeni» cattolica*, in Corriere della Sera, 24 giugno 2021.

La politica multiculturale canadese ha trovato attuazione tramite diverse modalità: è stato possibile introdurre un regime derogatorio in virtù dell'incidenza del fattore culturale e sono stati previsti strumenti a carattere promozionale a favore delle minoranze; ancora, sul versante pubblico e istituzionale, sono state attuate forme di autogoverno o particolari meccanismi rappresentativi[162].

Altrettanto significativa è l'esperienza statunitense: l'approccio multiculturale ha trovato pieno riconoscimento e attuazione anche nelle aule giudiziarie, soprattutto con riferimento al settore penale nell'accertamento della responsabilità[163].

É stata proprio la dottrina statunitense, infatti, ad interrogarsi per prima sulla necessità e sull'opportunità di introdurre nell'ordinamento la cd. *cultural defense*, ossia una difesa basata sul fattore culturale.

Entrambi i modelli analizzati - quello assimilazionista-integrazionalista e quello multiculturale - possiedono elementi di contatto e di commistione, non rimanendo del tutto estranei e impenetrabili gli uni agli altri e presentano punti di forza e di debolezza; il dibattito su quale modello debba essere preferibilmente adottato è acceso e privo, ad oggi, di una risposta valida, definitiva e universale.

È, tuttavia, innegabile che il modello multiculturale favorisca l'integrazione dei soggetti immigrati, affrontando i conflitti culturali in ottica conciliativa.

A sostegno del modello multiculturale, è significativo il contributo fornito di Will Kymlicka che, con riferimento al sistema canadese, ha evidenziato come nei paesi che adottano questo modello «gli immigrati non soltanto sono integrati da un punto di vista istituzionale, ma partecipano attivamente ai processi politici, notevolmente impegnati a proteggere la stabilità delle istituzioni di maggioranza e a sostenere i

---

[162] CHECCHERINI E., *Multiculturalismo*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. II (3° aggiornamento), 4ª edizione, UTET Giuridica, Milano, 2008, pp. 486-500, p. 487.

[163] Cfr. POULTER S., *English law and ethnic minority customs*, Butterworth, London, 1986; POULTER S., *Ethnicity, law, and human rights. The English experience*, Claredon press, Oxford, 1998; WOODMAN G.R., *The cultural defence in English common law: the potential for development*, in FOBLETS M.C., RENTELN A.D. (a cura di), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2009, pp. 7-34.

valori liberal-democratici»[164]. È, però, necessario e imprescindibile porre dei «limiti alla tolleranza»[165]; un multiculturalismo positivo e costruttivo non può infatti prescindere dalla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo che devono prevalere su ogni forma di salvaguardia dell'identità culturale.

Soprattutto in ambito penale è necessario riflettere sul «rapporto di circolarità»[166] esistente fra culture/valori e fattispecie/sanzioni che può essere garantito solo tenendo ben a mente il principio di *extrema ratio* che caratterizza il diritto penale. In altri termini, lo spirito di tolleranza e di apertura caratterizzante il modello multiculturale deve «cedere il campo solo in presenza di comportamenti atti a porre drammaticamente in crisi la stabilità sociale»[167].

5.2. Politiche multiculturali e immigrazione femminile

All'interno del dibattito relativo al multiculturalismo e ai reati culturalmente orientati, la prospettiva della donna immigrata riveste un ruolo di particolare interesse. Il rapporto che sussiste tra le politiche multiculturali e la tutela dei diritti fondamentali delle donne rappresenta, infatti, un delicato sottoinsieme all'interno dei conflitti normativi derivanti da differenze culturali[168].

---

[164] KYMLICKA W., *Teoria e prassi del multiculturalismo d'immigrazione*, in CANIGLIA E., SPREAFICO A. (a cura di), *Multiculturalismo o comunitarismo?*, Luiss University Press, Roma, 2003, pp. 123-157, p. 147.

[165] BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 70.

[166] BERNARDI A., *Modelli penali*, cit., p. 53.

[167] *Ibidem*.

[168] Cfr. CAMPAGNOLI M.N., *Quando il rispetto della/e tradizione/i veicola la discriminazione di genere*, in SCOZZAFAVA G. (a cura di), *La mossa giusta. Professioni a confronto contro la violenza di genere*, Key, Vicalvi, 2017, pp. 45-59. L'autrice, in questo saggio, analizza il complesso rapporto tra osservanza delle tradizioni culturali e discriminazione di genere. In particolare, la violazione dei diritti delle donne in diverse minoranze culturali deriverebbe dal conflitto tra identità collettiva e identità individuale: i diritti del gruppo culturale prevalgono sui diritti del singolo individuo e, più specificatamente, sui diritti delle donne. L'autrice ribadisce come, tuttavia, la «molteplicità e (la) frammentarietà culturale» non possano prevalere sull'universalismo dei diritti umani fondamentali. In tema anche DI GIOVINE O., *Multiculturalismo e violenza contro le donne*, in *Archivio penale*, 2018, pp. 115-142; BELVISI F., *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in *Ragion pratica*, 2004, pp. 503-522.

Il dibattito in materia si è sviluppato alla fine degli anni Novanta quando la filosofa Susan Moller Okin[169] ha evidenziato come spesso i gruppi che chiedono il riconoscimento giuridico delle istanze culturali non tutelino adeguatamente i diritti delle donne[170]: multiculturalismo e femminismo sarebbero in un rapporto di incompatibilità, nonostante queste due correnti di pensiero partano da presupposti comuni, quali la critica della presenza di un soggetto globalizzante e la rivendicazione di uno Stato neutrale, ed entrambe chiedano il riconoscimento delle rispettive identità collettive[171].

La maggior parte delle culture che invocano un trattamento giuridico differenziato sono caratterizzate da una spiccata impronta patriarcale, attribuendo all'uomo un forte potere di controllo sulla donna sia nella vita privata che in quella pubblica[172],

---

[169] OKIN S.M., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, in COHEN J., HOWARD M. (a cura di), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton University Press, Princenton, 1999, reperibile al link https://bostonreview.net/archives/BR22.5/okin.html.

Per completezza si segnala che la pubblicazione di Okin è stata preceduta da un altro saggio in materia, cfr. COLEMAN D.L., *Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, in *Columbia Law Review*, vol. 96, 1996, pp. 1093-1167. In quest'ultima opera citata, l'autrice, analizzando i principali casi in cui era stata invocate la difesa culturale, è giunta alla conclusione che una interpretazione culturalmente orientate è dannosa per il genere femminile.

[170] Cfr. SONG S., *Majority Norms, Multiculturalism, and Gender Equality*, in *The American Political Science Review*, vol. 99, 2005, pp. 473-489. In questo contributo si analizzano, da una prospettiva femminista, alcuni casi giurisprudenziali statunitensi concernenti la *cultural defense*, cercando di cogliere le implicazioni più rilevanti in merito all'utilizzo della difesa culturale per la tutela dei diritti delle donne.

[171] Cfr. FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, Milano, 2008, p. 132.

[172] Interessante è il riferimento all'aspetto mitologico quale esempio di questa subordinazione della figura femminile rispetto a quella maschile: «*Consider, for example, the founding myths of Greek and Roman antiquity, and of Judaism, Christianity, and Islam: they are rife with attempts to justify the control and subordination of women. These myths consist of a combination of denials of women's role in reproduction, appropriations by men of the power to reproduce themselves, characterizations of women as overly emotional, untrustworthy, evil, or sexually dangerous, and refusals to acknowledge mothers' rights over the disposition of their children. Think of Athena, sprung from the head of Zeus, and of Romulus and Remus, reared without a human mother. Or Adam, made by a male God, who then (at least according to one of the two biblical versions of the*

e hanno accolto una serie di usanze culturali espressione di questa subordinazione della figura femminile[173]. Si pensi, ad esempio, ai matrimoni combinati, alle cd. spose bambine o alle pratiche di mutilazione genitale femminile.

Alla luce di ciò, il quesito su cui si è interrogata Okin è il seguente: perché, in virtù di una politica multiculturale, una donna appartenente a una comunità caratterizzata da un regime sessista e patriarcale che emigra in un paese Occidentale dovrebbe essere meno tutelata verso queste forme di violenza rispetto alle donne del gruppo culturale di maggioranza?

Nel pensiero di Okin, il riconoscimento di una difesa culturale in sede penale non farebbe altro che acuire e legittimare l'asimmetria tra il ruolo della donna e quello dell'uomo, contribuendo alla diffusione di un messaggio *gender-biased*: «il multiculturalismo (...) rischia di non opporsi, e anzi a volte di perpetuare, pratiche, credenze, comportamenti discriminatori nei confronti delle componenti

story) made Eve out of part of Adam. Consider Eve, whose weakness led Adam astray. Think of all those endless "begats" in Genesis, where women's primary role in reproduction is completely ignored, or of the textual justifications for polygamy, once practiced in Judaism, still practiced in many parts of the Islamic world and (though illegally) by Mormons in some parts of the United States. Consider, too, the story of Abraham, a pivotal turning point in the development of monotheism. God commands Abraham to sacrifice "his" greatly loved son. Abraham prepares to do exactly what God asks of him, without even telling, much less asking, Isaac's mother, Sarah. Abraham's absolute obedience to God makes him the central, fundamental model of faith, for all three religions». Cfr. OKIN S.M., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, cit., reperibile al link https://bostonreview.net/archives/BR22.5/okin.html.

[173] Per un approfondimento sul punto, cfr. DIENI E., *Appartenenza religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo d'indagine*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, pp. 217-248. L'autore sottolinea come il diritto alla libertà religiosa, sia in ambito nazionale che internazionale, prevalga sul diritto alla non discriminazione.

femminili»[174]. Si introdurrebbe, quindi, un doppio *standard* di tutela e di protezione per i medesimi diritti[175].

Le tesi di Okin sono state fortemente criticate da un'altra corrente di pensiero, il cd. *Third World Feminism*: questo movimento, nato nei paesi in via di sviluppo, ha ritenuto la visione del femminismo occidentale limitata, parziale e non attenta ai bisogni e alle necessità delle donne immigrate. È necessario, infatti, considerare che le situazioni di conflitto si moltiplicano quando si studia l'immigrazione femminile: la donna è altro rispetto all'uomo, altro rispetto alla comunità autoctona e straniera rispetto alla donna occidentale[176]. Come ben sottolineato da Martha Nussbaum, i movimenti femministi d'occidente spesso dimenticano la storia dei propri paesi, caratterizzati per anni da sessismo e da disparità di genere. Concentrarsi esclusivamente sulla concezione occidentale di cultura, di diritti e di libertà impedirebbe, dunque, di cogliere la diversità culturale declinata nel mondo femminile[177].

Nonostante le critiche, il merito della tesi di Okin è sicuramente quello di aver posto l'attenzione sulla componente al femminile del multiculturalismo che spesso non viene adeguatamente considerata. Questa nuova prospettiva di riflessione rappresenta uno stimolo per gli studiosi del multiculturalismo, sollecitati a considerare le differenze culturali nell'orizzonte più ampio possibile: «il considerare in modo integrato e globale il problema delle diversità culturali permette di comprendere (...) che nella realtà empirica le fonti di differenza di

---

[174] LUNGHI C., *Le donne e il multiculturalismo: il valore della differenza*, in *Studi di sociologia*, 2003, pp. 41-66, reperibile al link https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=318115065115119126013069068009019087017069064045069066075089113069072005022122121018022103030104056120001030112090082002124093117022094008013004024020100125115006112065073085001075009017001115009086080089104071101077019111114113101031009107006087066074&EXT=pdf&INDEX=TRUE.

[175] OKIN S.M., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, cit., reperibile al link https://bostonreview.net/archives/BR22.5/okin.html.

[176] FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, Milano, 2008, p. 140.

[177] Cfr. NUSSBAUM M.C., *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 45.

sommano fra loro, acuendo e rinforzando gli effetti marginalizzanti e stigmatizzanti»[178].

6. Riassumendo

In questo primo capitolo si è cercato di delineare l'oggetto di studio della ricerca mediante l'analisi e la riflessione su alcuni concetti chiave.

Il termine cultura riveste una fondamentale rilevanza nello studio dei reati culturalmente orientati; nonostante i molteplici significati che tale nozione può assumere, si è scelto di fare riferimento alla cultura intesa in senso etnico e dinamico, per valorizzare il rapporto biunivoco tra identità del singolo e sistema culturale di appartenenza. È innegabile che la cultura influenzi in modo significativo l'agire umano rappresentandone uno dei principali elementi motivazionali, ma è importante sottolineare come l'individuo mantenga comunque autonomia e libertà rispetto al sistema culturale, proprio grazie alla sua identità. Emerge così il carattere dinamico del sistema: la cultura plasma l'identità del singolo, ma al contempo rappresenta un parametro che viene riletto e trasformato sulla base delle esperienze personali degli individui.

Il diritto - e in particolare quello penale - riveste un ruolo fondamentale essendo, come si è visto, un fenomeno culturale e locale, espressione della cultura maggioritaria. I reati culturalmente orientati possono essere definiti quale «manifestazione patologica della relazione biunivoca tra diritto e cultura»[179] e sono espressione di «una tensione che investe identità, costumi, principi ed istituti giuridici»[180].

---

[178] LUNGHI C., *Le donne e il multiculturalismo,* cit., reperibile al link https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=318115065115119126013069068009019087017069064045069066075089113069072005022122121018022103030104056120001030112090082002124093117022094008013004024020100125115006112065073085001075009017001115009086080089104071101077019111114113101031009107006087066074&EXT=pdf&INDEX=TRUE.

[179] MUZZICA R., LONGOBARDO C., *I reati culturalmente orientati: una triplice prospettiva criminologica*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2015, pp. 48-57, p. 48.

[180] CAMPAGNOLI M.N., *Osservazioni sulla possibile rilevanza penale del fattore culturale*, in AMATO MANGIAMELI A.C., DANIELE L., DI SIMONE M.R., TURCO BULGHERINI E. (a cura di),

Alla base dei reati culturalmente orientati vi è una situazione di conflitto che viene risolta dal singolo tramite un bilanciamento tra il potenziale di reazione della norma giuridica, il potenziale di reazione della norma culturale e l'identità dell'individuo[181]. Il concetto di identità assume, quindi, un ruolo chiave non solo per la definizione di cultura, ma anche nell'analisi di questa particolare tipologia di delitti, in quanto permette al singolo di agire in modo razionale.

Nonostante gli Stati abbiano adottato dei modelli di gestione dei conflitti culturali per fornire delle risposte agli interrogativi posti dal multiculturalismo al diritto, nei codici penali dei diversi Paesi sono tendenzialmente assenti disposizioni di parte generale volte a regolare la particolare categoria criminosa dei reati culturalmente orientati.

È opportuno, inoltre, sottolineare come, in ambito penale, il fattore culturale presenti alcune delicate problematicità essendo spesso in contrasto con diritti umani fondamentali[182]. Onde evitare facili e sbrigative risposte, è necessario indagare il

---

Immigrazione, Marginalizzazione, Integrazione, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 185-199, p. 187. L'autrice individua la cifra significativa dei reati culturalmente motivati nella «inevitabile tensione dialettica» che si instaura tra soggetto immigrato e ordinamento penale della società ospitante.

[181] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 31.

[182] Interessante la riflessione proposta da PITYANA N.B., *The Challenge of Culture for Human Rights in Africa: the African Charter in a Comparative Context*, in EVANS M., MURRAY R. (ed.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice, 1986-2000*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 219-245 in tema di rapporto tra diritti umani e cultura all'interno del binomio relativismo-universalismo. Per l'autore esisterebbero quattro gradi di interazione tra questi concetti: *in primis*, i diritti umani potrebbero essere concepiti quali prodotto della cultura europea e occidentale e prevalenti sulle altre culture; in secondo luogo, ipotizzando l'esistenza di diritti umani effettivamente e concretamente universali, la loro interpretazione e applicazione dipenderebbe da contesti sociali e culturali differenti fra loro; ancora, vi sarebbero dei diritti umani negoziabili sulla base di determinati contesti storici, sociali e culturali; infine, si potrebbe individuare un concetto ampio di universalità rispettoso anche delle possibili diverse interpretazioni connesse a differenze culturali. Alla luce di queste considerazioni, l'autore suggerisce che universalismo e relativismo culturale non debbano necessariamente essere considerati in antitesi, ma bensì in continuo rapporto fra loro. «*Universal principles had their genesis in local situations and traditions. They will be considered an imposition only to the extent that nations are unable to identify something of themselves and their values in the principles*». In tal

particolare ambito di contatto tra diritto e fattore culturale per individuare soluzioni ponderate che permettano di valorizzare le differenze culturali nel rispetto dei fondamentali diritti. Il carattere multiculturale rappresenta, infatti, una costante nelle odierne società ed è necessario che il diritto sviluppi degli strumenti volti a regolare e a valorizzare la diversità culturale.

Quest'ultima, infatti, da ostacolo alla coesione sociale deve essere concepita quale «preziosa risorsa per l'affinamento di strumenti intellettuali e per la ricerca, in sede politica, di soluzioni sempre più democratiche»[183]. A tal proposito non può che richiamarsi la già citata Dichiarazione Universale dell'UNESCO sulla Diversità Culturale che all'art. 1 recita: «La diversità culturale è, per il genere umano, necessaria quanto la biodiversità per qualsiasi forma di vita. In tal senso essa costituisce il patrimonio comune dell'umanità, e deve essere riconosciuta e affermata a beneficio delle generazioni presenti e future».

Questo è l'orizzonte della presente ricerca che nelle pagine a seguire si focalizzerà sulle soluzioni adottate da alcuni ordinamenti stranieri per la gestione dei conflitti multiculturali. Seguirà l'analisi dello stato dell'arte in Italia e si valuterà l'applicabilità nel nostro ordinamento di alcuni interessanti strumenti giuridici volti alla composizione democratica dei conflitti culturali, al fine di rispondere a due centrali quesiti: perché è importante che l'appartenenza culturale trovi riconoscimento in sede penale? In che modo deve attuarsi tale riconoscimento?

---

senso, l'autore afferma che ogni cultura contribuisce alla formazione e all'evoluzione del *corpus* normativo universale per eccellenza, ossia i diritti umani. In lingua italiana, cfr. PISANÒ A., *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 58-60.

[183] LUNGHI C., *Le donne e il multiculturalismo,* cit., reperibile al link https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=318115065115119126013069068009019087017069064045069066075089113069072005022122121018022103030104056120001030112090082002124093117022094008013004024020100125115006112065073085001075009017001115009086080089104071101077019111114113101031009107006087066074&EXT=pdf&INDEX=TRUE.

Significative anche le parole di D'AGOSTINO F., *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 278: «Teorizzare la diversità culturale come un ostacolo insuperabile (...) è un errore analogo a quello che commette chi, considerando la molteplicità dei linguaggi, li ritenesse reciprocamente incompatibili ed intraducibili (...)».

PARTE II
L'ESPERIENZA COMPARATA

CAPITOLO II
La gestione dei conflitti culturali in Canada: approccio riparativo al reato e *tests* di elaborazione giurisprudenziale

«La mamma è giudice, e il suo compito è quello di liquidare il passato con una sentenza definitiva, mentre io sono storico e il passato per me rappresenta una miniera profonda, inesauribile, piena di sorprese e di possibilità»

ABRAHAM B. YEHOSHUA

La sposa liberata

SOMMARIO: 1. Introduzione: la gestione giuridica della diversità, - 1.1. *Indigenous Legal Tradition*, - 2. Il paradigma riparativo come modello giuridico preferibile nella gestione dei conflitti di matrice culturale aborigena, - 2.1. La giurisprudenza anteriore alla riforma del Codice penale canadese, - 2.2 La riforma del Codice penale del 1996, - 2.3. La prima pronuncia giurisprudenziale in materia: *R v Gladue,* - 2.4. La successiva giurisprudenza, - 3. I *Gladue Reports*, - 4. Altri possibili modelli per la gestione del fattore culturale in sede penale, - 4.1. *Aboriginal Courts*, - 4.1.1. *Gladue (Aboriginal Persons) Court*, - 5. Nuovi possibili orizzonti: alcune recenti pronunce concernenti imputati afro-canadesi, - 6. Riflessioni parzialmente conclusive, - 7. *Test* culturale*, test* religioso e accomodamento ragionevole: un approccio giurisprudenziale al multiculturalismo, - 7.1. Il *test* culturale e il *test* religioso, - 7.2. L'accomodamento ragionevole, - 8. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione: la gestione giuridica della diversità

L'ordinamento canadese è notoriamente ritenuto un modello e un laboratorio in tema di multiculturalismo[184].

Da un punto di vista storico, si può sottolineare come, a partire dagli anni Settanta, si è iniziato a parlare di *Canadian multiculturalism*; prima di allora si preferiva l'espressione *Canadian mosaic* per differenziare il sistema canadese da quello americano definito *melting pot*. In sintesi, la principale differenza tra i due ordinamenti si riscontrava nel fatto che mentre il Canada mirava alla valorizzazione delle differenze culturali all'interno del paese, gli Stati Uniti puntavano alla omogeneizzazione delle diverse culture all'interno di quella americana[185].

---

[184] Per un approfondimento storico sul punto, cfr. MAGNET J.E*., Multiculturalism and Collective Rights*, in *The Supreme Court Law Review*, 2005, pp. 431-497; JEDWAB J., *To Preserve and Enhance: Canadian Multiculturalism Before and After the Charter*, in *The Supreme Court Law Review*, 2003, pp. 309-344; DEVEAUX M., *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice,* Cornell University Press, New York, 2000. A partire dagli anni Sessanta, sono stati plurimi gli interventi del governo canadese volti a promuovere questo indirizzo di politica interna. *Ex multis*, si possono ricordare il *Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism* pubblicato tra il 1963 e il 1967; il documento *Multiculturalism: Building the Canadian Mosaic* del 1987 che ha costituito la base per l'emanazione del *Canadian Multiculturalism Act* del 1988; infine, il *Multiculturalism: Being Canadian.* Sul punto, cfr. DAY R.J.F., *Multiculturalism and the History of Canadian Diversity*, University of Toronto Press, Toronto, 2000, pp. 18-23.

Interessante è il paragrafo 19 del *Multiculturalism: Being Canadian*: «*(...) to say that multiculturalism is for all Canadians is to say that Canadians from the majority communities can also, and should also, participate in multiculturalism (...) It recognizes that all Canadians have a cultural back-ground which forms the essence of Canada's cultural diversity, that is multiculturalism*».

[185] Per un approfondito confronto tra modello canadese e americano, cfr. STEVENSON G., *Building Nations from Diversity: Canadian and American Experience Compared*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 2014.

A partire dal 1971, è stata adottata nel paese una lineare e connotata *policy* di governo[186], volta a favorire e valorizzare un approccio multiculturale per la gestione delle differenze culturali[187].

Il Canada è stato definito quale «*legally pluralistic state*»[188] in virtù della pluralità delle tradizioni culturali e giuridiche che compongono il paese. È bene ricordare che tale caratteristica trova massima espressione e riconoscimento nella *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[189] che ha tradotto il valore e l'essenza del multiculturalismo in un principio di diritto, contenuto alla sezione 27 della Carta stessa: «*This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians*».

Come ben sintetizzato da Gaudreault-Desbiens[190], il pluralismo giuridico canadese si è sviluppato su tre diversi livelli specificatamente connessi alle vicende geopolitiche del paese.

Il primo trae le sue origini dalla storia di colonizzazione del paese, teatro di aspra contesa da parte di Francia e Inghilterra. Il Canada, infatti, fino al Trattato di Parigi del 1763, era suddiviso in domini inglesi e francesi. Questa divisione interna implicava anche una differente gestione delle questioni giuridiche: la Nuova Francia vedeva, infatti, applicato il diritto francese di *civil law*, diversamente da quanto avveniva nei restanti territori sottoposti al regime di *common law*. A partire

---

[186] NAGRA B., PENG I., *Has Multiculturalism Really Failed? A Canadian Muslim Perspective*, in *Religions*, vol. 4, 2013, pp. 603-620.

[187] Risale all'8 ottobre 1971 il discorso di Pierre Elliott Trudeau alla *House of Common*; tale data segna la nascita formale del multiculturalismo quale politica canadese. Sul punto cfr. FORBES H.D., *Trudeau as the First Theorist of Canadian Multiculturalism*, in TIERNEY S.J., *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, UBC Press, Vancouver, 2000, pp. 27-42.

[188] BORROWS J., *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto University Press, Toronto, 2017, p. 8.

[189] *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act,* 1982.

Per un commento alla sezione 27 della Carta, cfr. SMALL J., *Multiculturalism, Equality, and Canadian Constitutionalism: Cohesion and Difference*, in TIERNEY S.J., *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, UBC Press, Vancouver, 2000, pp. 196-211.

[190] GAUDREAULT-DESBIENS J.F., *Il Canada: un laboratorio,* cit., p. 9.

Una simile tripartizione del pluralismo giuridico canadese viene proposta anche da KYMLICKA W., *The Canadian Model of Diversity in a Comparative Perspective*, in TIERNEY S.J., *Multiculturalism*, cit., pp. 61-90, p. 67.

dal 1763, a seguito del dominio inglese sull'intero Canada, fu imposta l'applicazione del diritto inglese in tutte le controversie[191], anche nelle province che prima erano governate dal sistema di *civil law*. Tuttavia, a causa della forte insoddisfazione e del malcontento nel territorio di precedente colonizzazione francese, nel 1774 fu approvato il *Québec Act* che ripristinò l'utilizzo del diritto di *civil law* francese nelle controversie civilistiche[192].

Nel 1867 il *Constitutional Act*, che ha istituito l'attuale federazione canadese, ha attribuito la competenza alle province della maggior parte delle questioni civilistiche: questo formale riconoscimento ha permesso al Québec[193] di continuare ad applicare il diritto privato di *civil law* e di configurarsi quale territorio a cd. giurisdizione mista, con fonti del diritto appartenenti a diverse tradizioni giuridiche poste in piano di parità[194].

Oltre a questo, esiste un secondo livello di pluralismo: quello concernente l'ordinamento federale definito come bi-giuridico. Il diritto federale è, infatti, principalmente di *common law*, ma vi è anche la necessità che venga declinato e applicato all'interno del *civil law* del Québec. I problemi che ne derivano sono molteplici e non si intende analizzarli in questa sede; si tenga solamente presente che è necessaria un'intensa e costante opera di armonizzazione del diritto

[191] Eccezione rispetto alla regola secondo la quale le colonie potevano continuare a utilizzare il diritto locale, salvo nelle controversie con la Corona per le quali si doveva applicare il diritto inglese. Sul punto, cfr. GAUDREAULT-DESBIENS J.F., *Il Canada: un laboratorio,* cit., p. 3.

[192] Tale impostazione fu recepita anche nel *Constitutional Act* del 1791 e nello *Union A*ct del 1840. Cfr. GERVAIS M.C., *Harmonization and Dissonance: Language and Law in Canada and Europe*, in *Bijuralism and Harmonization: Genesis,* 2001, reperibile al link https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/hfl-hlf/b1-f1/bf1.pdf.

[193] GERVAIS M.C., *Harmonization and Dissonance*, cit., reperibile al link https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/hfl-hlf/b1-f1/bf1.pdf sottolinea come questo pluralismo sia riscontrabile anche nella composizione delle Corti canadesi. Infatti, non solo i giudici del Québec devono essere scelti fra soggetti appartenenti al cd. *bar* della provincia, ma anche nella *Supreme Court of Canada* tre dei nove giudici presenti devono appartenere al *Barreau du Québec.*

[194] GAUDREAULT-DESBIENS J.F., *Il Canada: un laboratorio,* cit., p. 4.

federale[195] con il *civil law* del Québec al fine di garantire una omogenea applicazione della legge e un medesimo trattamento giuridico dei cittadini[196].

Infine, al primo livello di pluralismo - derivante dal processo di colonizzazione - e al secondo livello - concernente, invece, il sistema federale canadese – si aggiunge un altro «strato»[197] di pluralismo giuridico: quello di matrice aborigena.

Preliminarmente, è opportuno precisare che con l'espressione *Aboriginal People*[198] ci si riferisce a tre distinti gruppi, riconosciuti dalla sezione 35(2) della Costituzione canadese: i *First Nations People*, noti anche come *North American Indians*; i *Métis*, una etnia nata dalle unioni tra donne native e coloni francesi; e gli *Inuit*, conosciuti come eschimesi.

Sul piano giuridico, piena e formale tutela dei diritti di coloro che appartengono alla popolazione aborigena è stata accordata dal *Constitution Act* del 1982[199], in

---

[195] Sul punto, cfr. GERVAIS M.C., *Harmonization and Dissonance*, cit., reperibile al link https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/hfl-hlf/b1-f1/bf1.pdf.

[196] GAUDREAULT-DESBIENS J.F., *Il Canada: un laboratorio,* cit., p. 7.

[197] GAUDREAULT-DESBIENS J.F., *Il Canada: un laboratorio,* cit., p. 11.

[198] Per un approfondimento, cfr. JEFFRIES S., STENNING P.C., *Sentencing Aboriginal Offenders: Law, Policy, and Practice in Three Countries*, in *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 56, 2014, pp. 447-494.

Come riportato in questo contributo, la popolazione aborigena non è divisa equamente sul territorio canadese: più della metà risiede, infatti, nelle province a ovest del paese (Manitoba, Saskatchewan, Alberta and British Columbia).

[199] *Constitution A*ct, 1982, *being Schedule B of the Canada* Act 1982.

Per una panoramica sulla condizione giuridica della popolazione aborigena prima del 1982, cfr. LAFORME S., TRUESDALE C., *Sectione 25 of the Charter; Sectione 35 of the Constitution Act, 1982: Aboriginal and Treaty Rights – 30 Years of Recognition and Affirmation,* in *The Supreme Court Law Review*, 2013, pp. 687-740.

Si permetta di ricordare l'*Indian Act* introdotto nel 1870 e utilizzato dal governo canadese per disciplinare i rapporti con i *First Nations*. Il testo in questione conteneva diverse disposizioni volte ad eliminare la cultura aborigina ed assimilarla all'interno di quella canadese; molteplici previsioni miravano ad annientare l'indentità, la cultura e qualsiasi forma associativa o di governo delle popolazioni aborigene. Uno dei capitoli più bui e tristi della storia canadese è quello relativo alle cd. *Residential Schools*, previste dall'*Indian Act*: un sistema scolastico messo a punto dal governo e gestito dalla chiesa con l'obiettivo di educare i bambini aborigeni ai valori della società canadese e

particolare alla sezione 25 della *Charter of Rights and Freedoms* e alla sezione 35 del *Constitution Act*. Le due disposizioni disciplinano le interazioni tra i diritti sanciti a livello costituzionale e quelli riconosciuti alla popolazione aborigena[200].
Nel dettaglio, la sezione 25 dispone che nessun diritto costituzionalmente protetto può essere utilizzato per abrogare o limitare i diritti degli *Aborginals*. La tutela accordata da questa sezione è particolarmente estesa e non è rivolta solamente ai diritti che hanno la loro fonte nei trattati, ma a qualsiasi diritto di altra fonte afferente i membri di queste comunità[201].

---

col contestuale scopo di eliminare ogni forma di appartenenza alla cultura aborigena. Questo sistema operò fino al 1996, anno di chiusura dell'ultima *Residential School*.
Parallelamente a questa tragica esperienza, si è assistito anche al cd. *Sixties Scoop*: il riferimento è a una politica di *child welfare* che ha visto la sua massima espressione negli anni Sessanta; i bambini aborigeni venivano forzatamente separati dalle loro famiglie e collocati in contesti familiari canadesi al fine di essere inseriti nella società.
A seguito di questi tragici episodi storici, nel 2007 il governo ha istituito la *Truth and Reconciliation Commission* al fine di fare luce su quanto avvenuto anche all'interno delle *Residential Schools*. Il *report* finale della commissione, presentato nel 2015, oltre a riportare le storie delle violenze fisiche e sessuali subite da coloro che furono inseriti nelle *Residential Schools*, contiene 94 *calls to action* volte a favorire la riconciliazione con la popolazione aborigena tramite interventi di natura politica, sociale e culturale.
La stima iniziale dei bambini che persero la vita all'interno di questi collegi fu di 3.200; si segnala, tuttavia, che ad oggi le vittime di quel tragico periodo storico sono raddoppiate e ammontano a circa 6.000 persone. Gli ultimi ritrovamenti delle fosse comuni risalgono a maggio e giugno 2021: sono stati ritrovati i resti di 215 bambini in British Columbia e 751 corpi in Saskatchewan. Cfr. *National Centre for Truth and Reconciliation* dell'Università del Manitoba al link https://nctr.ca.
Il 3 giugno 2021, con il *Bill* C-5 *An Act to amend the Bills of Exchange Act, the Interpretation Act and the Canada Labour Code,* il governo canadese ha istituito il *National Day for Truth and Reconciliation* che si celebrerà ogni anno al 30 di settembre. Cfr. https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/campaigns/national-day-truth-reconciliation.html.
Cfr. BORROWS J., *Residential Schools, Respect, and Responsibilities for Past Harms*, in *The University of Toronto law journal*, vol. 64, 2004, pp. 486-504.

[200] Cfr. PENTNEY W.F., *The Aborginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982*, ProQuest Dissertations Publishing Ottawa, 1987.

[201] Cfr. *Section 25 – Aboriginal and treaty rights, Government of Canada website* al link https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art25.html.

La sezione 35 riconosce formalmente e garantisce i cd. *Aboriginal and Treaty rights*. Si tratta di due diverse categorie di diritti: i *Treaty rights* derivano dai trattati stipulati con la Corona; gli *Aboriginal rights*, invece, non presentano un contenuto specificatamente descritto, ma fanno riferimento a tutti i diritti ancestrali di matrice culturale. Questi ultimi concernono questioni connesse alle forme di governo autonomo e alle tradizioni giuridiche, culturali e religiose delle comunità aborigene[202], praticate prima dell'arrivo dei coloni; tali costumi e consuetudini hanno continuato ad evolversi negli anni e a rappresentare una dimensione importante del pluralismo giuridico canadese[203].

Molteplici sono le implicazioni delle disposizioni costituzionali sopraccitate: in sede penale, le forme di giustizia tradizionale aborigena devono obbligatoriamente essere coordinate con il sistema di diritto penale canadese e, inoltre, il legislatore può adottare delle disposizioni volte ad accomodare le istanze aborigene[204].

1.1. *Indigenous Legal Tradition*

[202] Per un approfondimento, cfr. *Treaties and agreements, Government of Canada website* al link https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231#chp5.

[203] Come puntualizzato da NAPOLEON V., FRIEDLAND H., *Indigenous Legal Traditions: Roots to Renaissance*, in DUBBER M.D., HÖRNLE T. (ed.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 1-24, p. 3 questo aspetto deve essere considerato quale punto di partenza di ogni riflessione in materia: è, infatti, profondamente errato ritenere che le comunità aborigene fossero prive di una organizzazione giuridica prima dell'arrivo dei coloni.

L'autore sottolinea come, con la colonizzazione, si è assistito a un tentativo di soppressione delle tradizioni giuridiche aborigene considerate primitive e non degne di rilevanza giuridica.

Sul punto anche BORROWS J., *Indigenous Legal Traditions in Canada*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 19, 2005, pp. 167-223, p. 176 ricorda come spesso queste comunità fossero considerate pre-giuridiche e primitive proprio per l'assenza di un sistema statale vero e proprio.

[204] MACKLEM P., *Aboriginal Peoples, Criminal Justice Initiatives and the Constitution*, in *University of British Columbia Law Review*, vol. 26, 1992, pp. 280-305.

Il Canada può, dunque, essere definito quale sistema «tri-giuridico»[205]: alla tradizione di *civil law* e *common law* si affianca, infatti, la componente di *Indigenous Legal Tradition*[206].

Risulta difficile, nell'economia del presente lavoro, esaminare nel dettaglio il complesso sistema di *legal traditions* di matrice aborigena in quanto non esiste un unico orizzonte di riferimento: ogni tribù o comunità aborigena ha, infatti, un proprio e distinto sistema[207].

Si riscontrano, tuttavia, alcuni caratteri comuni. *In primis*, l'oralità: i principi e i concetti giuridici sono tramandati in forma orale, di generazione in generazione, spesso per mezzo di storie e leggende raccontate dagli *Elders*- depositari della cultura giuridica. Il momento della narrazione assume le vesti di una vera e propria cerimonia rituale. Un ruolo centrale è assunto dallo strumento utilizzato: le storie[208].

---

[205] BORROWS J., *Indigenous Legal Traditions,* cit., p. 198; l'autore sottolinea che definire l'ordinamento giuridico canadese come bi-giuridico sia riduttivo e inesatto considerata la presenza di una moltitudine di tradizioni giuridiche aborigene.

[206] Questo concetto ricomprende «*a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected and taught*». Ancora, «*Like all legal traditions, Indigenous legal traditions are cultural phenomena that must be interpreted in their proper cultural context. Indeed, no system of law has meaning outside of its cultural context*». Cfr. LAW COMMISSION OF CANADA, *Justice within: Indigenous Legal Tradition*, 2006.

[207] Per una panoramica sulle specificità delle singole comunità, cfr. MORRISON R.B., WILSON C.R. (ed.), *Native Peoples: The Canadian Experience*, Oxford University Press, Toronto, 2004.

Come riportato da NAPOLEON V., FRIEDLAND H., *Indigenous Legal Traditions,* cit., p. 2, in Canada vi sono circa 60 diversi gruppi aborigeni (se si considera tutto il Nord America il totale è di 500 comunità aborigene) che parlano 11 diverse lingue.

[208] Sul punto BORROWS J., *With or Without you: First Nations Law (in Canada)*, in *McGill Law Journal*, vol. 4, 1996, pp. 629-665 propone un interessante parallelismo tra lo strumento delle *stories* e quello dei *common law cases*. Entrambi, infatti, concernono possibili controversie giuridiche e le relative soluzioni in punto di diritto; si prevedono, inoltre, delle sanzioni nel caso in cui i principi in essi contenuti non siano rispettati; ancora, entrambi questi strumenti fungono da patrimonio giuridico collettivo.

Queste sono, infatti, fondamentali per coinvolgere la comunità[209] in un processo di riflessione e dialogo sui fondamentali principi giuridici e sui valori della giustizia[210]. Il concetto alla base di questo approccio è che il diritto è parte integrante della quotidianità di ogni persona e contribuisce a formare il *background* culturale dell'intera comunità.

Altro denominatore comune è rappresentato dalla pluralità delle fonti della *Indigenous law*: prima per importanza è la cd. *Sacred law,* insieme di principi di matrice religiosa, spirituale e morale; altra rilevante fonte è la cd. *Natural law* che trae origine dall'osservazione dei processi naturali in un contesto di stretta interconnessione tra l'uomo e la natura circostante; particolare menzione merita, poi, la cd. *Deliberative law,* risultato del dialogo e del confronto tra i membri della comunità, la quale diventa parte attiva nella produzione giuridica; in posizione residuale, la consuetudine che è considerata fonte giuridica del diritto aborigeno[211].

Alla luce di questa breve riflessione, volta ad evidenziare alcune peculiarità del sistema giuridico aborigeno, è opportuno interrogarsi sul concetto di giustizia che in queste comunità incorpora valori quali armonia ed equilibrio; la stessa è concepita quale processo di riconciliazione che coinvolge e va a beneficio della

---

Sulla scia di questa particolare interpretazione, NAPOLEON V., FRIEDLAND H., *An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions through Stories,* in *McGill Law Journal*, vol. 61, 2016, pp. 725-754 hanno sviluppato una metodologia giuridica volta a interpretare le storie e a tradurre i principi in esse contenuti utilizzando *skills* proprie del *common law*. Cfr. sul punto anche ASKEW H., *Learning from Bear-walker: Indigenous Legal Orders and Intercultural Legal Education in Canadian Law Schools*, in *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 33, 2017, pp. 29-46.

[209] *Ibidem*. Questo particolare strumento permette di coinvolgere l'intera comunità: anche i bambini, fin da piccoli, vengono avvicinati ai principi giuridici per il tramite delle storie.

[210] BORROWS J., *Indigenous Legal Traditions,* cit., p. 192 sottolinea come questo processo interpretativo sia comune a tutti i sistemi giuridici. Ogni legge *latu sensu* intesa necessita, infatti, di un'opera interpretativa che solitamente è affidata alle Corti.

[211] BORROWS J., *Canada's Indigenous Constitution,* cit., pp. 23-55. Come ben ricordato dell'autore, tutte queste fonti non sono separate tra loro, ma vivono in continua interazione e connessione formando un vero e proprio sistema giuridico.

collettività[212]. Come ben riassunto delle parole del giudice Sinclair «(*justice) is about life and about organizing our relationship within life*»[213]. Con particolare riferimento al diritto penale, il reato è considerato quale strappo tra il reo e la società e l'obiettivo diventa quello di sanare questa ferita tramite una giustizia che abbracci i valori *restorative* e *transformative*[214]. In tal senso, centrale è il concetto di «*justice as healing*» proprio per indicare questo percorso riparativo alla base della giustizia[215] concepita quale «*lived experience (...) a process of negotiation and agreement between parties to a conflict (that) involves a search for the truth in the eyes of those most immediately involved in a conflict. This means no more than that they ought to be provided the opportunity to give their version of what happened, to explain their intentions and provide reasons for their behavior in a language and manner to which they are accustomed. (...) By searching for truth in this sense, parties are better able to comprehend each other's position*»[216]. Questo processo è essenziale per permettere la ricostruzione dei legami sociali e delle relazioni umane, obiettivo primario del diritto per le comunità aborigene[217].

---

[212] SINCLAIR M., *Aboriginal Peoples, Justice and the Law*, in GOSSE R., HENDERSON J.Y., ROGER C. (ed.), *Continuing Poundmaker and Riel's Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice*, Purich Publishing, Saskatoon, 2014, pp. 173-184, p. 178: «*Justice in Aboriginal societies would be relationship-centred and the consequences of a particular disposition on other individuals and on the community, as well as on the offender, would be considered. This is not to say that punishment of an individual in Aboriginal societies would never occur, but punishment is likely to occur only if an accused has repeatedly failed to work with the community to restore peace and harmony (...)*».

[213] *Ibidem*.

[214] PROULX C., *Reclaiming Aboriginal Justice, Identity, and Community*, Purich Publishing, Saskatoon, 2003, p. 34.

[215] *Ibidem*.

[216] THE LAW COMMISSION OF CANADA, *From Restorative to Transformative Justice: A Discussion Paper*, Ottawa, 1999, pp. 22-23.

[217] Si ricorda, infatti, che per queste comunità il diritto e la giustizia sono considerati parte integrante della quotidianità perché concernono l'armonia e l'equilibrio nelle relazioni sociali e familiari: «*maintaining good relationships is at the heart of fulfilling your responsibilities as human being*». Cfr. MONTURE-ANGUS P., *Journeying Forward: Dreaming First Nations Independence*, Fernwood Publishing, Halifax, 1999, p. 160.

Una specificazione appare opportuna: tra la giustizia tradizionale aborigena e la cd. *restorative justice* non vi è una piena corrispondenza[218]; sarebbe, infatti fuorviante considerare la giustizia riparativa, così come elaborata dall'odierna letteratura giuridica, espressione o evoluzione del modello di giustizia tradizionale aborigeno. Quello che si può affermare è, invece, che le tradizioni giuridiche aborigene hanno costituito l'*humus* di riferimento per lo sviluppo del paradigma riparativo all'interno del panorama giuridico canadese. Di converso, alcune comunità aborigene hanno adottato modelli di giustizia riparativa di *Western Law* per favorire una positiva contaminazione e così permettere che i valori fondamentali del concetto di *justice as healing* venissero riconosciuti e rispettati all'interno del sistema giuridico non aborigeno.

È avvenuta, sostanzialmente, una positiva contaminazione culturale e giuridica volta a costruire un modello assimilante, protettivo e favorente il pluralismo culturale del paese[219] al fine di evitare che le marcate differenze giuridico-culturali

---

[218] In dottrina si utilizza frequentemente l'espressione «pratiche alternative di risoluzione dei conflitti» per indicare le forme di giustizia che hanno origine nella cultura aborigena e indigena, tra cui anche la giustizia riparativa *latu sensu*. WIELENGA C., BATLEY M., MURAMBADORO R., *Beyond Restorative Justice: Understanding Justice from an African Perspective*, in *Ubuntu: Journal of Conflict and Social Transformation*, vol. 9, 2020, pp. 43-69, p. 46 e s. suggerisce che tali pratiche non debbano essere considerate alternative e separate rispetto al concetto più tradizionale di giustizia; piuttosto, si potrebbe parlare di «*tradition-based practices*» per sottolineare che il modello alla base di queste forme di giustizia è rappresentato dalle tradizioni culturali radicate nei secoli.

[219] Cfr. FINCH L.S.G., *The Duty to Learn: Taking Account of Indigenous Legal Orders in Practice*, *paper* redatto per la *Continuing Legal Education Society of British Columbia*, novembre 2012, reperibile al link https://www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Documents_deposes_a_la_Commission/P-253.pdf ribadisce la necessità di prendere in seria considerazione la prospettiva aborigena, per rispettare appieno quanto stabilito in sede di riconciliazione con queste comunità. L'autore sottolinea come sia essenziale favorire una adeguata formazione anche giuridica in materia. La *Call* 28 della TRC stabilisce, ad esempio, l'obbligo per tutti gli studenti iscritti alla facoltà di giurisprudenza di seguire almeno un corso dedicato alla cultura giuridica e alla storia aborigena. Sono, inoltre, previsti corsi di laurea in giurisprudenza dedicati alla studio comparato delle tradizioni aborigene (si ricorda, ad esempio, quello avviato alla *University of British Columbia*).

si traducessero in indifferenza, inadeguatezza e insensibilità del sistema nei confronti delle questioni attinenti agli imputati di origine aborigena[220].

2. Il paradigma riparativo come modello giuridico preferibile nella gestione dei conflitti di matrice culturale aborigena

Il Canada rappresenta un importante *case study* del modello riparativo[221] applicato a conflitti culturali di rilevanza penale.

La ricerca di soluzioni giuridiche efficaci ed efficienti per gestire il marcato pluralismo culturale ha indotto l'ordinamento canadese ad adottare il paradigma riparativo[222] nella gestione dei conflitti culturali di matrice aborigena.

Sul punto anche MANDAMIN L., CALLIHOO D., ANGUS A., BULLER M., *The Criminal Code and Aboriginal People*, in *University of British Columbia Law Review*, vol. 26, 1992, pp. 5-39, p. 13 definiscono l'applicazione della legge penale canadese ai soggetti aborigeni come «*cultural clashes*».

[220] La *Supreme Court of Canada* nella decisione *R v Gladue* del 1999, richiamando le parole della *Royal Commission on Aboriginal People* del 1995, ha definito il problema della sovrarappresentazione della popolazione aborigena quale «*crisis in the criminal justice system*». Cfr. *R v Gladue*, [1999], 1 S. C. R. 688, para. 64 e ROYAL COMMISSION ON ABORIGINAL PEOPLES, *Bridging the Cultural Divide*, Ottawa, 1995, p. 309. Di simile avviso anche il *Report of the Osnaburgh/Windigo Tribal Justice Review Committee*, 1990, pp. 4-6; AMNESTY INTERNATIONAL CANADA, *Stolen Sisters: a Human Rights Response to Discrimination and Violence Against Indigenous Women in Canada*, AMR 20/003/2004, Ottawa; ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Paying the Price: the Human Cost of Racial Profiling*, Toronto, 2004.

[221] ROBERTS J.V., ROACH K., *Restorative Justice in Canada: From Sentencing Circles to Sentencing Principles*, in VON HIRSCH A., ROBERTS J.V., BOTTOMS A. (ed.), *Restorative Justice and Criminal Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 237-256, p. 237.

[222] Con specifico riferimento al panorama giuridico canadese, si segnala che la *Supreme Court of Canada* in *R v Proulx*, 2000 SCC 5 ha fornito una definizione di giustizia riparativa da intendersi quale tentativo di «*remedy the adverse effects of crime in a manner that addresses the needs of all parties involved (...) through rehabilitation of the offender, reparations to the victim and to the community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender and acknowledgement of the harm done to victims and the community*». Ancora, COOLEY D., *From Restorative Justice to Transformative Justice: A Discussion Paper*, Law Commission of Canada, Ottawa, 1999: «(...) *a response to conflict that brings victims, wrongdoers and the community together to collectively repair harm that has been done in a manner that satisfies their conceptions of justice*». Infine,

Di seguito si propone una rassegna delle più significative pronunce giurisprudenziali e dei principali interventi legislativi in argomento.

2.1. La giurisprudenza anteriore alla riforma del Codice penale canadese

La prima sentenza che si intende analizzare è costituita dal *leading case R v Moses*[223] del 1992 che ha introdotto lo strumento riparativo del *sentencing circle*[224] all'interno del sistema penale: questa pronuncia testimonia la spiccata sensibilità dei giudici verso le istanze culturali dei soggetti aborigeni e la propensione del sistema canadese alla sperimentazione giuridica[225].

LLEWLLYN J., HOWSE R., *Restorative Justice: A Conceptual Framework*, Law Commission of Canada, Ottawa, 1999 ribadiscono che l'approccio riparativo permette di focalizzare l'attenzione sul «*settlement of conflicts arising from the crime*», individuando nella comunità il principale strumento di controllo del crimine.

[223] *R v Moses*, (1992) 71 CCC 347.

[224] CAMERON A., *Restorative Justice: A Literature Review*, The British Columbia Institute Against Family Violence, Vancouver, 2005, p. 13 sottolinea come questo strumento sia quello più utilizzato in Canada per la migliore rispondenza alle tradizioni culturali della popolazione aborigena. Inoltre, il suo utilizzo è fortemente connesso alle istanze di *self-government* provenienti dalla comunità aborigena.

[225] È interessante segnalare come il Canada rappresenti un *case study* non solo nella gestione della differenza culturale per il tramite della giustizia riparativa, ma anche nella più generale applicazione della *restorative justice*. Nel 1974 ad Elmira, cittadina in Ontario, si è assistito alla prima esperienza di *Victim-Offender Reconciliation Programmes* (VORP). Questo strumento alternativo di risoluzione delle controversie è stato utilizzato in un procedimento penale a carico di due giovani che, sotto effetto di alcool, avevano devastato diverse proprietà causando ingenti danni. Vi fu un inteso dibattito all'interno della comunità di appartenenza (comunità cristiana anabattista) al fine di delineare una possibile risposta al reato diversa dalla reclusione in carcere, che non avrebbe di certo giovato ai due giovani. È nato, così, il primo programma di quello che oggi potrebbe essere definito «messa alla prova», volto a favorire il dialogo tra le parti coinvolte al fine di giungere alla riparazione.
Sul punto, interessante è *The Elmira Case Documentary Film. How a Drunken Rampage Changed Legal History* del 2015 in collaborazione con il *Community Justice Initiatives*.

È opportuno ricordare che i *sentencing circles* discendono dai *talking circles*, strumenti risolutivi delle controversie propri delle popolazioni aborigene[226] volti a favorire il dialogo fra tutte le parti coinvolte.

Le modalità per esperire un *sentencing circle* variano da comunità a comunità e non vi sono procedure condivise circa l'opportunità o meno della loro adozione[227].

A questa generica assenza di protocolli operativi, vi sono eccezioni a livello locale[228] come, ad esempio, in Saskatchewan. La Corte dovrà verificare alcuni requisiti: il consenso dell'imputato; la sua radicata appartenenza alla comunità che verrà coinvolta; la volontà degli *elders* di partecipare; il consenso libero della vittima a prendere parte al *circle*; l'accordo sulle vicende oggetto del processo, preferibilmente con una dichiarazione di colpevolezza da parte dell'imputato.

Si possono, comunque, individuare alcuni tratti comuni alle varie esperienze di *circles*[229] come, ad esempio, la particolare attenzione dedicata alla disposizione delle persone all'interno della stanza al fine di favorire un clima di fluida comunicazione e di parità fra le parti[230].

---

[226] È opportuno precisare che i *sentencing circles,* pur potendo essere ricondotti nei loro tratti essenziali a forme di giustizia tipicamente aborigene, rappresentano un adattamento degli *Aboriginal circles*. Sarebbe, infatti, errato ritenere sussistente una esatta rispondenza tra i due strumenti. ORCHARD B., *Sentencing Circles in Saskatchewan*, University of Saskatchewan, Saskatoon, 1998, p. 90: «*the justice system has borrowed the Aboriginal traditions of the talking and healing circles and has inserted them into the judicial process at the point of the sentencing hearing*».

Sul punto anche GOLDBACH T.S., *Instrumentalizing the Expressive: Transplanting Sentencing Circles into the Canadian Criminal Trial*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 25, 2015, pp. 61-107, p. 64.

[227] Il giudice, inoltre, non è generalmente vincolato a rispettare quanto proposto all'interno del *circle*; se decide di rigettare o modificare l'accordo raggiunto deve adeguatamente motivare la sua scelta. Cfr. *R v Jacko*, [2010] OJ 2583.

Sul punto, cfr. *R v Naappaluk*, [1994] 2 CNLR 142 e *R v Elliot*, [2014] NSJ 69.

[228] GREENE M., *Sentencing Circles – A Quick Guide to What are They and When They Can Be Used*, in *The Six-Minute Criminal Lawyer* (atti convegno), The Law Society of Upper Canada, Toronto, 2017, pp. 1-12, p. 6.

[229] GREENE M., *Sentencing Circles,* cit., p. 3.

[230] BORROWS J., *Canada's Indigenous Constitution,* cit., p. 39 specifica come all'interno delle comunità aborigine i «*circles are considered sacred and represent the bringing together of people in an atmosphere of equality*».

Importante sottolineare come questo strumento riparativo non miri solo al raggiungimento di una sentenza che rispetti i bisogni e le necessità del reo, della vittima e della comunità, ma anche alla reintegrazione e alla riabilitazione del soggetto reo all'interno della società: «*The sentencing circle offers a change in focus (…) the sentencing circle looks back to unearth any psychological, emotional or social problems then looks ahead to a more positive way to deal with those problems*»[231].

Con specifico riferimento al caso *R v Moses* in esame, non sono tanto i fatti[232] ad essere rilevanti, quanto piuttosto l'*iter* logico utilizzato dal giudice Barry Stuart nell'applicazione del *sentencing circle*[233]. Egli ha, innanzitutto, ricordato il ruolo fondamentale della comunità per la popolazione aborigena: essa svolge una funzione di deterrente in ottica sia special che general preventiva e il suo coinvolgimento permette una maggiore effettività della sanzione penale[234]. Citando le parole della Corte: «*The circuit court judge is a stranger (…) The shame and embarrassment of the few moments of sentencing by the judge quickly dissipates.*

---

[231] POITRAS M., *Alternative Dispute Resolution Sentencing Circles*, University of Saskatchewan, Saskatoon, 1994, p. 21.

[232] L'imputato, ventiseienne appartenente alla comunità aborigena nello Yukon, era accusato di furto e porto d'armi abusivo. Diversi erano i precedenti penali a carico del soggetto che aveva anche scontato una condanna a otto anni di carcere. A seguito del *sentencing circle* è stato approvato un programma riparativo volto a reinserire il soggetto all'interno della famiglia d'origine per il tramite anche di un processo di disintossicazione da svolgersi in comunità dedicata. Cfr. BENEVIDES H.J., *R. v. Moses and Sentencing Circles: A Case Comment*, in *Dalhousie Journal of Legal Studies,* vol. 3, 1994, pp. 241-250.

[233] Per una riflessione critica sull'opportunità di utilizzare questo strumento quando le vittime siano donne, cfr. CUNLIFFE E., CAMERON A., *Writing the Circle: Judicially Convened Sentencing Circles and the Textual Organization of Criminal Justice*, in *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 19, 2007, pp. 1-35. Le autrici richiamano l'attenzione sulla particolare situazione delle donne all'interno delle comunità aborigene, dove spesso la figura femminile non viene adeguatamente tenuta in considerazione; l'utilizzo di forme di giustizia riparative potrebbe rafforzare una concezione patriarcale della società aborigena.

[234] LAPRAIRIE C., *Aboriginal Crime and Justice: Explaining the Present, Exploring the Future*, in *Canadian Journal of Criminology*, vol. 34, 1992, pp. 281-297, pp. 281-284.

Sul punto anche GREEN R.G., *Justice in Aboriginal Communities. Sentencing Alternatives*, Purich Publishing, Saskatoon, 1998, p. 83.

Punished by a community, the offender must face his sentencers daily. (...) Punished by the community, the offender faces the disapproval of his neighbors, friends, and of those within his most immediate environment (...)»[235]. Oltre a favorire una maggiore presa di responsabilità da parte del reo, il *circle* coinvolge anche la comunità che è portata a riscoprirsi e a riscoprire l'importanza della funzione preventiva ed educativa che essa stessa svolge verso i consociati. Il *sentencing circle* permette, inoltre, alla Corte di comprendere se la pena «*resolves or exacerbates the fundamental problems promoting crime*»[236]. Infine, questo strumento rappresenta uno spazio di contatto e di dialogo tra realtà non sempre comunicanti tra loro, quali la comunità aborigena e il sistema penale, e una occasione di confronto «*to deal successfully with crime*»[237].

In alcune pronunce successive[238], i giudici hanno ribadito come lo scopo dei *sentencing circles* sia «*the protection of society by curtailing the commission of the crime by this offender and to others*», similmente a quanto avviene all'interno del sistema penale tradizionale.

Questa finalità viene ribadita, in particolare, nella sentenza *R v Moris*[239]: la Corte ha suggerito di utilizzare i *sentencing circles* non solo per i soggetti appartenenti alla comunità aborigena, ma in ogni situazione dove sia necessario avere un orizzonte di riferimento più ampio per comprendere la condotta criminosa accennando a un possibile parallelismo tra l'utilizzo di questo strumento e i *pre-sentence reports* utilizzati per ottenere informazioni più dettagliate in merito al reo.

La particolare sensibilità giuridica dimostrata dalle Corti canadesi in questo specifico ambito è stata recepita dal legislatore: il Canada ha, infatti, inserito nel codice penale un espresso riferimento al modello riparativo in sede di *sentencing* al

[235] *Mose,* cit., para. 127.

[236] *Mose,* cit., para. 369.

[237] BENEVIDES H.J., *R. v. Moses and Sentencing Circles,* cit., p. 246.

[238] Cfr. *R v Joseyounen*, [1995] 6 WWR 438 e, per la specifica parte citata, *R v Taylor*, [1998] 7 WWR 704.

[239] *R v Morris*, (1993) S.A.S.D. 7475-01.

fine di limitare l'utilizzo della pena detentiva soprattutto nei confronti della popolazione aborigena portatrice di particolari istanze culturali[240].

2.2. La riforma del Codice penale del 1996

A partire dagli anni '90, il Canada ha avviato una serie di riforme[241] volte a ridurre l'utilizzo della pena detentiva[242] quale principale risposta al reato, soprattutto per fronteggiare il grave problema della sovrarappresentazione carceraria[243] degli

---

[240] Si sottolinea come tale indirizzo sia stato ribadito anche nel 2015 dal *Prime Minister Of Canada* Justin Trudeau in una lettera indirizzata al Ministro della Giustizia Jody Wilson-Raybound. Cfr. *Letter from Prime Minister of Canada Justin Trudeau to Minister of Justice Jody Wilson Raybould, Minister of Justice and Attorney General of Canada Mandate Letter,* 15 novembre 2015, *Office of the Prime Minister*. Sul punto anche BERLIN M., *Restorative Justice Practices for Aboriginal Offenders: Developing an Expectation-Led Definition for Reform*, in *Appeal: Review of Current Law and Law Reform*, vol. 21, 2016, pp. 3-20, p. 20.

[241] Cfr., ad esempio, Canada, Solicitor General, *Task Force on Aboriginal Peoples in Federal Corrections, Final Report*, Minister of Supply and Services, Ottawa, 1988; Public Safety Canada, *CCRA 5-Year Review: Aboriginal Offenders*, Minister of Supply and Services, Otawa, 1998.

[242] RUDIN J., *Addressing Aboriginal Overrepresentation Post-Gladue: A Realistic Assessment of How Social Change Occurs*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 54, 2009, pp. 447-469; ROBERTS J.V., ROACH K., *Restorative Justice in Canada: From Sentencing Circles to Sentencing Principles*, in VON HIRSCH A., ROBERTS J.V., BOTTOMS A. (ed.), *Restorative Justice and Criminal Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 237-256.

[243] Sul punto, cfr. JACKSON M., *Locking Up Natives in Canada*, in *University of British Columbia Law Review*, vol. 23, 1989, pp. 215-300; LAPRAIRIE C., *The Role of Sentencing in the Over-Representation of Aboriginal People in Correctional Institutions*, in *Canadian Journal of Criminology*, vol. 32, 1990, 429-440; JEFFRIES S., STENNING P.C., *Sentencing Aboriginal Offenders,* cit., p. 450; HAMILTON A., SINCLAIR M., *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, Aboriginal Justice Inquiry, Winnipeg, 1999.

Il preoccupante numero di soggetti appartenenti alla comunità aborigena presenti nelle carceri canadesi è stato portato per la prima volta all'attenzione dell'opinione pubblica negli anni Ottanta, grazie alla pubblicazione del Prof. Micheal Jackson dell'Università della British Columbia dal titolo *Locking up Natives in Canada: a report of the Committee of the Canadian Bar Association on imprisonment and release.*

A seguito di questa pubblicazione, sono state elaborate diverse teorie per comprendere e spiegare la problematica condiione dei soggetti aborigeni all'interno del sistema penale e penitenziario

appartenenti alle comunità aborigene[244], circostanza che ha evidenziato come queste comunità necessitino di risposte al reato più attente alle differenze culturali[245].

canadese. Sinteticamente, si segnala che una prima teoria sostiene che questa situazione sia dovuta al mancato riconoscimento dei valori aborigeni da parte del sistema penale; una seconda teoria identifica la genesi del problema nella difficile condizione socio-economica in cui versa la maggior parte della popolazione aborigena; infine, l'ultima teoria fornisce una interpretazione connessa alle sofferenze e alle discriminazioni subite durante il processo di colonizzazione del paese. Cfr. RUDIN J., *Aboriginal Peoples and the Criminal Justice System [Ipprwash Inquiry],* Toronto, 2005, pp. 1-72, reperibile al link https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/ipperwash/policy_part/research/pdf/Rudin.pdf ; PROULX C., *Reclaiming Aboriginal Justice,* cit., pp. 25-33.

Per una dettagliata analisi statistica delle percentuali dei soggetti aborigeni nelle carceri canadesi, sia a livello regionale sia a livello federale, cfr. ROBERTS J.V., REID A.A., *Aboriginal Incarceration in Canada since 1978: Every Picture Tells the Same Story*, in *Canadian Journal of Criminology and Crime Justice*, vol. 59, 2017, pp. 313-345. L'autore sottolinea, inoltre, come il problema sia comune a tutti gli stati che presentano delle minoranze aborigene, come ad esempio Australia e Nuova Zelanda.

Alla massiccia presenza della popolazione aborigena nelle carceri corrisponde una opposta situazione all'interno degli organismi giudiziari: tribunali, giurie e ordini degli avvocati vedono, infatti, una scarsissima componente aborigena tra i propri membri. Questo fattore viene evidenziato quale possibile ulteriore causa di sovrarappresentazione della popolazione aborigena nelle carceri. Sul punto ROACH K., *Canadian Justice, Indigenous Injustice. The Gerald Stanley and Colten Boushie Case*, McGill University Press, Montreal, 2019.

[244] Critici ROBERTS J.V., VON HIRSCH A., *Statutory Sentencing Reform: The Purpose and Principles of Sentencing*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 37, 1995, pp. 220-242. Gli autori, infatti, ritengono che vi siano anche altre comunità fortemente interessate dal problema della *overincarceration*, ingiustificatamente rimaste escluse dall'intervento di riforma del 1996.

[245] MONTURE-OKANEE P.A., TURPEL M.E., *Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Law: Rethinking Justice*, in *University of British Columbia Law Review*, vol. 26, 1992, pp. 239-279; COUGHLAN S.G., *Separate Aboriginal Justice System: Some Whats and Whys*, in *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 42, 1993, pp. 259-270.

Si ricorda che in Canada non è presente alcuna disposizione all'interno del codice penale volta a riconosce formalmente la cd. *cultural defence.* Il Dipartimento della Giustizia nel 1994, tra le varie iniziative per promuovere una politica multiculturale in territorio canadese, aveva suggerito

Particolarmente significativo è l'intervento di riforma del Codice penale del 1996, considerato quale «*legal foundation*»[246] della giustizia riparativa per il sistema canadese.

Come si approfondirà nelle pagine a seguire, l'orizzonte di riferimento della riforma del 1996 e della successiva giurisprudenza è stato quello di tenere maggiormente in considerazione il fattore culturale degli appartenenti alla comunità aborigena per il tramite dei principi propri del paradigma riparativo di giustizia[247].

Procedendo nell'analisi di questa importante riforma, si segnala che una parte rilevante della stessa è stata dedicata alla regolamentazione dei principi e degli obiettivi che devono essere perseguiti dal giudice in sede di commisurazione della pena.

Si permetta, infatti, di ricordare che fino al 1996 questi aspetti erano lasciati alla discrezionalità del giudice, il quale si atteneva esclusivamente alla precedente giurisprudenza in materia, non essendoci disposizioni del codice penale canadese

---

l'introduzione della difesa culturale nella parte generale del codice penale. Molteplici sono state le voci contrarie a questa proposta che è stata, poi, abbandonata.

Cfr. DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA, *Reforming the General Part of the Criminal Code: A Consultation Paper*, Ottawa, 1994. In questo documento si prevedeva che «*such a defence would recognize the importance of beliefs and practices of other cultures (...) the person would be found not guilty for conduct that would otherwise be criminal when the person acted in accordance with his or her customs or beliefs*»

Sul punto cfr. KARAYANNI M.M., *Adjudicating Culture*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 47, 2009, pp. 371-387, p. 374; WONG C.M., *Good Intentions, Troublesome Applications: The Cultural Defence and Other Uses of Cultural Evidence in Canada*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 42, 1999, pp. 367-396.

Cfr. anche TOMER-FISHMAN T., *Cultural Defense, Cultural Offense, or No Culture at All: An Empirical Examination of Israeli Judicial Decisions in Cultural Conflict Criminal Cases and of the Factors Affecting Them*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100, 2010, pp. 475-521, pp. 482-483 oltre a segnalare la vicenda canadese concernente la mancata introduzione della *cultural defence*, l'autore ricorda come una proposta simile era stata avanzata anche in Israele nel 2008, ma fu bocciata.

[246] CAMERON A., *Restorative Justice,* cit*.,* p.9.

[247] STEPHENS M., *Lessons from the Front Lines*, cit., p. 26 definisce questo momento storico come il punto di inizio del *«Canadian restorative justice experiment»* e come *«turning point in the Canadian approach to sentencing».*

volte a regolare questo specifico e delicato ambito. La riforma[248] è, quindi, intervenuta per limitare il potere discrezionale del giudice e per fornire alle Corti un ancoraggio legislativo di riferimento.

In particolare, nella *section* 718 del codice penale canadese sono stati espressamente inseriti quali obiettivi da perseguire *«(e) to provide reparations for harm done to victims or the community; (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and the community*»[249]. La *section* 718.2 (e) ha, inoltre, imposto ai giudici[250] di tenere in considerazione «*all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances (...) with particular attention to the circumstances of aboriginal people*»[251]. Tale previsione, come emergerà dall'analisi della successiva giurisprudenza, risulta essere particolarmente significativa in quanto rappresenta l'anello di congiunzione tra istanze culturali e approccio riparativo al reato.

Infine, merita menzione la *section* 742 che ha introdotto la cd. *conditional sentence of imprisonment*[252]: per i soggetti condannati a pena detentiva inferiore agli anni due, la Corte può stabilire che la pena venga scontata all'interno della comunità a determinate condizioni; tale sanzione è concepita quale «*intermediate sanctions*

---

[248] Cfr. *Bill C-41, An Act to Amend the Criminal Code (Sentencing) and Other Acts in Consequence Thereof, SC 1995, c 22.*

[249] *Section* 718 *Canadian Criminal Code* 1996.

[250] MANIKIS M., *Towards Accountability and Fairness for Aboriginal People: The Recognition of Gladue as a Principle of Fundamental Justice That Applies to Prosecutor*s, in *Canadian Criminal Law Review*, vol. 21, 2016, pp. 164-184 ribadisce come tali principi non debbano essere rispettati solo dai giudici, ma da tutti gli operatori del diritto.

[251] *Section* 718.2 (e) *Canadian Criminal Code* 1996.

[252] *Section* 742 *Canadian Criminal Code* 1996: «*Where a person is convicted of imprisonment of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court (a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and (b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2, the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of the conditional sentence order made under section 742.3*».

with the potential to impose restorative conditions on offenders who would otherwise be sentenced to jail»[253].

La portata innovativa di queste disposizioni è stata subito colta e testimoniata dalle Corti canadesi nelle loro pronunce[254] di seguito analizzate.

2.3. La prima pronuncia giurisprudenziale in materia: *R v Gladue*

Leading case è costituito dalla decisione *R v Gladue*[255], la prima pronuncia[256] della Corte Suprema canadese concernente le materie oggetto della riforma del 1996 in tema di *sentencing*[257].

---

[253] ROBERTS J.V., ROACH K., *Restorative Justice in Canada*, cit., p. 246.

[254] Una buona sintesi è fornita da BERLIN M., *Restorative Justice Practices,* cit., pp. 9-11.

[255] *R v Gladue* [1999] 1 SRC 688; l'imputata, Marie Gladue, una ragazza di diciannove anni appartenente alla comunità aborigena e madre di due figli, si è dichiarata colpevole per l'omicidio del marito, Reuben Beaver, avvenuto a Nanaimo in British Columbia. La notte del diciannovesimo compleanno, l'imputata, venuta a conoscenza della relazione amorosa tra sua sorella e suo marito, a seguito di feroce discussione, ha pugnalato l'uomo al petto causandone la morte. La donna è stata condannata ad anni tre di reclusione. La Corte, nel caso di specie, ha tenuto in considerazione diverse circostanze attenuanti, come la giovane età della donna, il fatto che fosse madre e l'assenza di precedenti penali. La sezione 718.2 (e) non ha trovato espressa applicazione nel caso di specie perché la Corte ha ritenuto che la donna non fosse più strettamente legata alla comunità aborigena di appartenenza, ma la vicenda ha costituito occasione per la Corte per sviluppare una articolata riflessione circa la riforma del 1996 e le sue conseguenze applicative.
Cfr. PFEFFERLE B.R., *Gladue Sentencing: Uneasy Answers to the Hard Problem of Aboriginal Over-Incarceration*, in *Manitoba Law Journal*, vol. 32, 2008, pp. 113-143.

[256] GOLDBACH T.S., *Instrumentalizing the Expressive,* cit., p. 80 segnala che nel 1997 nella sentenza *R v R*, (1997) 205 A.R. 226 il Giudice Marshall della *Alberta Provincial Court* aveva interpretato la sezione 718.2 (e) del codice penale quale fonte giuridica per utilizzare i *sentencing circles* nel processo.

[257] ROACH K., RUDIN J., Gladue: *The Judicial and Political Reception of a Promising Decision*, in *Canadian Journal of Criminology*, vol. 42, 2000, pp. 355-388, p. 358 sottolineano come il ruolo dei giudici sia di fondamentale importanza perché sono coloro che determinano in concreto la sanzione da applicare e possono, dunque, incidere in modo positivo sul tasso di presenze dei soggetti aborigeni nelle carceri.

Molteplici sono gli aspetti rilevanti; in questa sede si analizzeranno, in particolare, i passaggi logici della motivazione afferenti alla giustizia riparativa e la sua applicazione a reati commessi da membri della comunità aborigena.

Innanzitutto, la Corte ha dimostrato di aver piena consapevolezza del modello riparativo di giustizia cui la riforma del 1996 si ispira[258]: i giudici hanno, infatti, individuato l'orizzonte del paradigma riparativo nella ricomposizione dell'equilibrio esistente prima della commissione del reato per il tramite di sanzioni adeguate con riferimento ai bisogni della vittima, della comunità e del reo[259].

In particolare, è stata fortemente sentita la necessità di tenere in considerazione la «*rehabilitation*» e i «*new restorative purposes relating to the acknowledgement and reparation of harm done to victims and the community*»[260].

Dall'argomentare della Corte è emersa, inoltre, la volontà di coniugare i principi di giustizia riparativa con quelli di *sentencing* tradizionale, senza necessariamente costruire un sistema alternativo di risposta al reato[261]. Ciò al fine di realizzare gli ambiziosi obiettivi di «*reparations for harm, responsibility and acknowledgment of harm*» sanciti nel codice penale alla *section* 718.

---

[258] Come ben ricorda RUDIN J., *Aboriginal Over-Representation and* R v. Gladue: *Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going*, in *The National Conference on Aboriginal Criminal Justice Post-Gladue* (papers), April 2008, pp. 1-28, p. 6 la sezione 718.2 (e) non si riferisce esclusivamente ai soggetti aborigeni, ma a qualsiasi persona coinvolta in un procedimento penale.

[259] *R v Gladue,* cit., paragrafo 57. La Corte ribadisce come l'attenzione debba focalizzarsi su «*the human beings closely affected by the crime*».

[260] ROACH K., RUDIN J., *Sentencing Indigenous Offenders: From* Gladue *to the Present and Beyond*, in COLE D., ROBERTS J.V. (ed.), *Sentencing in Canada*, Irwin Law, Toronto, 2020, pp. 226-249, p. 229.

[261] Cfr. paragrafo 48 della sentenza in commento: «*expanding the use of restorative justice principles in sentencing*».

ROACH K., RUDIN J., *Sentencing Indigenous Offenders,* cit., p. 230 evidenziano come la Corte non abbia considerato le concrete modalità di realizzazione e di attuazione di questi programmi riparativi; in particolare, non sembra aver tenuto in opportuna considerazione le risorse necessarie per la formazione di personale qualificato per la redazione dei necessari *reports* e per lo sviluppo di programmi dedicati in sede di esecuzione penale.

La riparazione del danno e la riconciliazione tra vittima, reo e società[262] assumono, dunque, un ruolo fondamentale nella fase di commisurazione della sanzione penale: la Corte ha affermato che i «*restorative sentencing goals do not usually correlate with the use of prison as a sanction and are better satisfied through community-based sanctions*»[263]. Le perplessità dei giudici circa la funzione e lo scopo della pena detentiva sono emerse in modo chiaro da un rilevante quesito lasciato aperto per la successiva giurisprudenza in materia: «*Would imprisonment effectively serve to deter or denounce crime in a sense that would be significant to the offender and community, or are crime prevention and other goals better achieved through healing?*»[264].

La portata innovativa di questa pronuncia non è limitata, tuttavia, a riconoscere e valorizzare in sede giurisprudenziale i principi riparativi; cifra significativa è stata la riflessione che la Corte ha proposto con riferimento agli imputati di origine aborigena: per una corretta e concreta applicazione e declinazione del modello riparativo ai casi concernenti gli *Aboriginals* è necessario e imprescindibile tenere in considerazione il *background* culturale degli imputati[265] per giungere a una

[262] *R v Gladue,* cit., paragrafo 43.

[263] *Ibidem*.

[264] *Ibidem*, paragrafo 80.

[265] MANIKIS M., *The Recognition of Prosecutorial Obligations in an Era of Mandatory Minimum Sentences of Imprisonment and Over-representation of Aboriginal People in Prisons*, in T*he Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 71, 2015, pp. 277-300, pp. 277-278 sottolinea che il principio giuridico di *proportionate sentence* ha assunto una interpretazione estensiva in Canada, includendo anche elementi connessi appunto al *background culturale* del reo.

sentenza equa e ponderata alla luce dei principi riparativi[266], come sancito dalla sezione 718.2 (e) del codice penale[267].

Per la Corte, infatti, gli *Aboriginal offenders* soffrirebbero maggiormente la reclusione in carcere e, al contempo, non riuscirebbero a inserirsi in quei progetti rieducativi e risocializzanti riservati ai detenuti proprio a causa delle loro differenze culturali[268].

In altri termini, la Corte ha affermato che, proprio in virtù della rilevanza del fattore culturale, l'approccio riparativo meglio soddisferebbe tutte le funzioni della pena con riferimento a imputati aborigeni. Ciò non significa attribuire maggior rilevanza alle istanze riparative quando si giudicano persone aborigene[269], ma è innegabile che i fattori culturali[270] possano aver influenzato la condotta degli imputati ed è pertanto necessario tenerli in considerazione in sede processuale[271]: *«(...) the words*

---

[266] ROACH K., RUDIN J., *Sentencing Indigenous Offenders,* cit., p. 230 segnalano che, nonostante la Corte ribadisca l'importanza di tenere in considerazione la prospettiva aborigena, non vi è alcun riferimento all'*Indigenous law* che potrebbe discostarsi, anche sensibilmente, da un approccio riparativo di matrice occidentale. Questo riporta l'attenzione sulla necessità di continuare quel cammino di conoscenza reciproca, di riconciliazione e di riconoscimento di pari dignità giuridica a tutte le componenti del tessuto sociale e culturale canadese.

[267] Nell'opera del giudice TURPEL-LAFOND M.E., *Sentencing within a Restorative Justice Paradigm: Procedural Implications of* R v Gladue, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 43, 1999, pp. 34-50 l'obiettivo, che si cerca di raggiungere con la pronuncia in esame, viene riassunto quale tentativo di «*build a bridge between their (Aboriginals) unique personal and community background experiences and criminal justice*».

[268] *R v Gladue,* cit., paragrafo 67-68.

[269] In *Laliberté*, unreported Feb 28, 2000 (Sask. C. A.) Docket 7748 si è sottolineato come i principi espressi nella sezione 718.2 (e) non devono essere interpretati quali strumenti di automatica riduzione della sanzione in ipotesi concernenti soggetti aborigeni. Nel caso di specie, infatti, l'applicazione di una sanzione diversa dalla pena detentiva ha esteso il tempo della pena.

[270] La Corte, ai paragrafi 67-68, ha affermato come le ripercussioni negative delle vicende storiche che hanno coinvolto le comunità aborigene siano ormai ben note: difficoltà economiche, disoccupazione, mancanza di opportunità lavorative ed educative, dipendenze da alcolici e altre sostanze.

[271] Per una dettagliata panoramica dei riflessi di questa importante decisione nella provincia del Québec, cfr. KLEIN A., *Gladue in Quebec*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 54, 2009, pp. 506-528.

of s. 718.2 (e) do not alter the fundamental duty of the sentencing judge to impose a sentence that is fit for the offence and the offender. (...) What s. 718.2 (e) does alter is the method of analysis which each sentencing judge must use in determining the nature of a fit sentence for an aboriginal offender»[272].

2.4. La successiva giurisprudenza

Copiosa è la giurisprudenza successiva a *Gladue* che ha affrontato queste tematiche[273].

In *R v Proulx*[274] degli anni 2000, la Corte ha rimarcato l'obiettivo cardine dell'intervento legislativo del 1996: ridurre l'utilizzo della pena carceraria e favorire l'approccio riparativo. In particolare, al paragrafo 20 della pronuncia in esame, il giudice Lamar ha ribadito come: «*a general principle that runs throughout Bill C-41 is that jails should be reserved for those who should be there. Alternative should be put in place for those who commits offences but who do not need or merit incarceration*»[275]. In *Proulx* si è, inoltre, affermato che l'utilizzo del modello riparativo non implica l'applicazione di una sanzione meno severa al reo; spesso, infatti, scontare la pena all'interno della comunità dopo aver ammesso le proprie responsabilità davanti alla vittima e alla comunità stessa rendono questo approccio più impegnativo rispetto alla mera pena detentiva. I giudici, in questa pronuncia, hanno, inoltre, sottolineato come l'approccio riparativo debba essere preferito per tutte le ipotesi di reato, anche per quelle commesse da soggetti non aborigeni: questo, per la Corte, è lo spirito e l'essenza della riforma del 1996.

L'autrice evidenzia come, in questo territorio, la percentuale di detenuti aborigeni sia pressoché uguale a quella degli appartenenti ad altre comunità.

[272] *R v Gladue,* cit., paragrafo 33.

[273] Per esigenze di sintesi, si riportano di seguito solo alcuni casi giudiziari di particolare rilevanza. Per una dettagliata analisi della giurisprudenza successiva a *Gladue*, cfr. ROACH K., *One Step Forward, Two Steps Back: Gladue at Ten and in the Courts of Appeal*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 54, 2009, pp. 470-505.

[274] *R v Proulx*, 2000 SCC 5.

[275] *Ibidem*.

Un'altra interessante pronuncia, in cui si è ribadita l'importanza dei principi affermati in *Gladue,* è *R v Kakekagamick*[276] della *Ontario Court of Appeal* nel 2006. La Corte ha sottolineato come la mancata applicazione di questi principi rappresenti «*an error justifying appellate intervention*»[277] ed è un obbligo per i giudici pronunciarsi alla luce di quanto sancito in *Gladue*.

È stato, inoltre, puntualizzato come la *section* 718.2 (e) non debba essere considerata come una «*get out of jail free card*»[278] .

In alcune pronunce successive a *Gladue*, si è, tuttavia, assistito a un tentativo di limitare la portata innovativa di questi principi e di inoculare dubbi circa la preferibilità dell'approccio riparativo per imputati appartenenti alla comunità aborigena.

In *R v Wells*[279], ad esempio, nonostante i giudici abbiamo affermato come il principio alla base della sezione 718.2 (e) del codice penale sia quello di limitare l'uso della pena detentiva e di favorire un approccio riparativo, la Corte ha negato la rilevanza del fattore culturale in casi di particolare gravità, ritenendo che in queste ipotesi il paradigma riparativo non può trovare applicazione, a prescindere da una sua eventuale migliore rispondenza alla cultura aborigena. La Corte ha sottolineato come, per questi gravi reati, la funzione general preventiva e quella special preventiva della pena possano essere pianamente soddisfatte unicamente a mezzo di pena detentiva. Si legge, infatti: *«(...) the more violent and serious the offence, the more likely as a practical matter that the appropriate sentence will not differ as between aboriginal and non-aboriginal offenders*»[280]. La Corte non ha dimostrato quella auspicabile sensibilità riscontrata, invece, in *Gladue*: no ha, infatti, colto come la pena detentiva applicata ai soggetti aborigeni non sia coerente con i principi alla base del *sentencing*[281].

---

[276] *R v Kakekagamick* (2006), 81 OR (3d) 664, 211 CCC (3d) 289 (Ont CA).

[277] *Ibidem*, paragrafo 56.

[278] *Ibidem*, paragrafo 34.

[279] *R v Wells* [2000] 1 SCR 207. La Corte ha rigettato l'appello di un soggetto aborigeno condannato a 20 mesi di carcere per violenza sessuale.

[280] *Ibidem*, paragrafo 42.

[281] Sul punto, cfr. ROACH K., RUDIN J., *Sentencing Indigenous Offenders,* cit., p. 232.

Simili restrittive argomentazioni, utilizzate in ulteriori pronunce[282], hanno indotto la *Supreme Court of Canada* a intervenire per ribadire l'importanza e l'attualità dei principi espressi in *Gladue*.

Nella decisione *R v Ipeelee*[283] del 2012, alla luce di una giurisprudenza non sempre costante in materia, la Corte ha confermato la piena rispondenza del paradigma riparativo a tutti gli scopi del *sentencing:* «*restorative justice is a sentencing principle which stands alongside traditional principles of deterrence, rehabilitation and punishment*»[284]. Ha, altresì, affermato che i fattori culturali attinenti alla storia personale dei soggetti imputati devono essere tenuti in considerazione a prescindere dall'approccio riparativo o retributivo utilizzato di volta in volta. Il *background* culturale, infatti, può assumere una fondamentale rilevanza per la determinazione di una pena che sia effettivamente e concretamente commisurata alla gravità del fatto e al grado di responsabilità del reo[285], in un'ottica risocializzativa.

I giudici, citando il paragrafo 69 della decisione *Gladue,* hanno ribadito che è imprescindibile valutare la sensatezza della pena detentiva anche e soprattutto con riferimento ai valori della comunità di cui l'imputato è membro.

Significative sono le parole della *Aboriginal Legal Services of Toronto*: «*a healing-based community sanction can promote the difficult and painful process of denouncing unlawful conduct and promoting a sense of responsibility with respect to the offence. The accountability to self, victims and community, which is promoted in such community-based programmes may be a proportionate response to the blameworthiness of even serious crime*». Cfr. ALST, *Factum in James Warren Wells v. The Queen*, 1999, p.13.

[282] Si veda, ad esempio, R *v L.F.W.* [2000] 1 SCR 132; *R v R.N.S.* [2000] 1 SCR 149; *R v R.A.R.* [2000] 1 SCR 163; *R v Bunn* [2000] 1 SCR 183; *R v Martin* [2011] ONCJ 423.

[283] *R v Ipeelee* [2012] 1 SCR 433. Nel caso di specie, gli imputati erano due soggetti aborigeni condannati per abuso di alcool e sostanze stupefacenti. La Corte ha evidenziato come il primo utilizzo di oppiacei da parte di uno degli imputati fosse avvenuto proprio all'interno del carcere in cui il soggetto era recluso senza «*culturally relevant programming and the resources of an Elder*».

[284] Cfr. FOLEY T., *Developing Restorative Justice Jurisprudence. Rethinking Responses to Criminal Wrongdoing*, Ashgate, Surrey, 2015, p. 129.

In *R v Ipeelee*, cit., paragrafo 60, il giudice Lebel ha ribadito che i principi guida elaborati in *Gladue* devono essere tenuti in considerazione anche in ipotesi di crimini di particolare gravità.

[285] *Ibidem*, paragrafo 73.

La Corte, inoltre, ha confermato la migliore rispondenza dell'approccio riparativo per la gestione dei conflitti culturali al fine di giungere a una *fit sentence*.

A sostegno dell'impianto motivazionale della sentenza in esame, si è richiamato il principio di eguaglianza sostanziale che impone di considerare come «*just sanctions (...). those that do not operate in a discriminatory manner*»[286]: ad avviso della Corte, l'imposizione della medesima sanzione a soggetti aborigeni e non aborigeni, senza tenere in considerazione il fattore culturale, può essere discriminatorio[287].

3. I *Gladue Reports*

Già nel 1999, nella sentenza *Gladue,* è stata affermata l'esigenza di tenere in considerazione il *background* culturale dei soggetti aborigeni; nulla, però, è stato espressamente previsto circa le modalità tramite cui dare effettiva e concreta attuazione a questa necessità. In altri termini, come può il giudice ottenere le informazioni necessarie per valutare l'incidenza del fattore culturale sull'agire del soggetto?

Questa domanda ha trovato una prima e possibile risposta nell'autunno del 2001: *l'Aboriginal Legal Service of Toronto*[288] ha elaborato per la prima volta i cd. *Gladue*

---

[286] *Ibidem*, paragrafo 68.

[287] Sul punto cfr. RUDIN J., ROACH K., *Broken Promises: A Response to Stenning and Roberts' " Empty Promises"*, in *Saskatchwan Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 3-34, p. 25. Gli autori ritengono che, proprio in virtù della particolare condizione dei soggetti aborigeni e della storia del paese, non si possa parlare di *reverse discrimination* con riferimento all'applicazione di misure collettive volte a sopperire alla situazione di svantaggio di questa comunità. Sul punto, cfr. ROACH K., RUDIN J., Gladue: *The Judicial and Political Reception*, cit., p. 380-31.

ROACH K., RUDIN J., *Sentencing Indigenous Offenders,* cit., p. 233 sottolineano come il riferimento al concetto di eguaglianza sostanziale sia dirompente per il suo utilizzo all'intero di una controversia penalistica, ambito tradizionalmente legato al concetto formale di eguaglianza.

[288] Per un approfondimento sul punto si rimanda ai paragrafi successivi. Ora basti ricordare che il *Toronto Community Council Program* dal 1992 fornisce assistenza a imputati di origine aborigena e insieme all'*Gladue Aboriginal Court* e all*'Aboriginal Legal Services of Toronto* sono incaricati di fornire questi dettagliati *reports.*

Reports all'interno di una vicenda in discussione alla *Gladue Court*, tribunale riservato esclusivamente alle controversie aborigene[289].

Questi *reports* hanno, poi, iniziato ad essere utilizzati su ampia scala all'interno del territorio canadese e ad essere considerati strumenti utili per fornire una concreta risposta alla necessità di tenere in considerazione le istanze culturali aborigene nel procedimento penale[290].

Sono documenti riassuntivi della storia personale e culturale dell'imputato, da presentare ai giudici prima della decisione: la Corte in *Ipeelee* li definisce come «*pre-sentence report tailored to the specific circumstances of Aboriginal offenders (...) indispensable to a judge in fulfilling his duties under s. 718.2 (e)*»[291].

Cfr. HEWITT J.G., *Indigenous Restorative Justice: Approaches, Meaning and Possibilities*, in *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 67, 2016, pp. 314-335, p. 331; HEBERT A., *Change in Paradigm or Change in Paradox: Gladue Report Practices and Access to Justice*, vol. 43, 2017, pp. 149-174, p. 150; KNAZAN B., *Time for Justice: One Approach to R v Gladue*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 54, 2009, pp. 431-446.

[289] Per l'analisi di questa particolare Corte si rimanda alla successiva trattazione.

[290] In *R v Kreko*, 2016 ONCA 367 la Corte ha sottolineato che questi *reports* devono essere utilizzati anche con riferimento a soggetti aborigeni che sono stati allontanati dalla comunità di appartenenza e sono stati inseriti forzatamente nella società canadese a seguito del processo di colonizzazione.

[291] *R v Ipeelee*, cit., paragrafo 60.

Come evidenziato da HEBERT A., *Change in Paradigm or Change in Paradox,* cit., p. 156, la Corte, nonostante ribadisca la fondamentale importanza di tali *reports*, non si pronuncia sulla obbligatorietà o meno degli stessi. A ciò si aggiunga che l'adozione di questi *reports* varia sensibilmente all'interno delle diverse province canadesi; l'unica provincia che li considera obbligatori è l'Alberta, regione in cui sono redatti dal Dipartimento della giustizia.

Nelle province dove questi *reports* non sono disponibili[292], spesso si utilizzano i *pre-sentencing reports* (PSRs)[293]. Le differenze tra i due strumenti sono, tuttavia, molteplici e particolarmente rilevanti: innanzitutto, diversamente dai *Gladue reports* che sono redatti da collaboratori esperti appartenenti alla comunità aborigena formati appositamente per la stesura di questi *reports*, i PSRs sono elaborati da dipendenti del Dipartimento della giustizia senza conoscenza specifica della storia e della cultura dei popoli nativi. I primi permettono ai giudici di tenere in considerazione le peculiarità del reo di origine aborigena per una sentenza «*culturally appropriate*»[294], mentre i PSRs indagano la pericolosità sociale del soggetto sulla base di diversi fattori attinenti alla vita del reo[295]. È stato evidenziato che i PSRs, applicati a vicende che coinvolgono i soggetti aborigeni, realizzano il risultato opposto a quello sancito in *Gladue*: è, infatti, altamente probabile che le condizioni di vita di tali soggetti, la scarsa formazione scolastica e la

[292] ROACH K., RUDIN J., *Sentencing Indigenous Offenders,* cit., p. 240 ricordano che in alcuni territori, quali Newfoundland, Labrador, New Brunswick, Manitoba, Saskatchewan, Northwest Territories e Nunavut, le Corti non hanno a disposizione questi *reports*. Le ragioni dell'assenza possono essere molteplici, ma gli autori segnalano come spesso vi sia una forte diffidenza da parte degli stessi giudici ad utilizzare questi strumenti. Si ricorda che le questioni relative all'amministrazione della giustizia rientrano nella competenza delle province e non del governo federale, che comunque ha messo a disposizione diversi fondi per l'implementazione dei *reports*.

[293] Per un approfondimento, cfr. MAURUTTO P., *Informing the Court: The Use of Pre-sentence and Gladue Reports at Sentencing*, in COLE D., ROBERTS J.V. (ed.), *Sentencing in Canada*, cit., pp. 96-112. L'autrice evidenzia che in *Gladue* i giudici si sono soffermati sul contenuto particolare che devono avere i PSRs quando sia coinvolto un soggetto aborigeno. La Corte ha, infatti, ribadito che tutte le informazioni relative alla storia di marginalizzazione del soggetto, ai possibili abusi subiti nelle *Residential Schools* e alle difficoltà di essere riammesso all'interno della comunità aborigena devono essere prese in considerazione nei PSRs.

[294] HEBERT A., *Change in Paradigm or Change in Paradox,* cit., p. 171 segnala che la *British Columbia Legal Services Society*, nel *report* del 2013 relativo al progetto pilota *Gladue Report Disbursement,* ha evidenziato che nei confronti di soggetti che si avvalgono dei *Gladue Reports* vengono pronunciate sentenze meno severe e con pene inferiori.

[295] MAURUTTO P., *Informing the Court,* cit., p. 101 riporta un elenco dei fattori che vengono tenuti in considerazione nella redazione dei PSRs: i precedenti penali e giudiziari, l'educazione e formazioni scolastica, l'occupazione, le condizioni di vita individuale, familiare e sociale, la condotta del reo antecedente al reato e l'eventuale utilizzo di sostanze stupefacenti.

disoccupazione vengano considerate come indicatori di una più elevata pericolosità sociale[296]. La stesura dei PSRs è collegata alla storia di deprivazione personale del soggetto e non si contestualizza nella dimensione storica della comunità aborigena di appartenenza; inevitabile conseguenza è l'accentuazione degli stereotipi a carico dei soggetti aborigeni, considerati pericolosi e violenti[297].

4. Altri possibili modelli per la gestione del fattore culturale in sede penale

La riforma del Codice penale del 1996 e la successiva giurisprudenza rappresentano un modello di adeguata gestione del fattore culturale all'interno del diritto penale, ma non l'unico sperimentato in territorio canadese. Sia concesso, infatti, di segnalare altre iniziative sviluppatesi in Canada volte a valorizzare le differenze culturali in sede giuridica.

4.1. *Aboriginal Courts*

In seguito alla fondamentale pronuncia del 1999, diverse province canadesi hanno istituito delle Corti dedicate esclusivamente a imputati appartenenti alle comunità

[296] HEBERT A., *Change in Paradigm or Change in Paradox*, cit., p. 157 si sofferma sulla differenza tra i *Gladue Reports* e i tradizionali *pre-sentencing reports*.

Cfr. sul punto anche HANNAH-MOFFAT K., MAURUTTO P., *Re-Contextualizing Pre-Sentence Reports: Risk and Race*, in *Punishment and Society*, vol. 12, 2010, pp. 262-286.

ROACH K., RUDIN J., *Sentencing Indigenous Offenders,* cit., p. 242 sottolineano come i fattori che incidono sulla determinazione della pericolosità sociale sono strettamente collegati alle violenze e ai soprusi subiti dalla popolazione aborigena nel corso della storia. L'obiettivo dei *Gladue Reports* è proprio quello di contestualizzare tali fattori per permettere al giudice di tenere in considerazione il *background* culturale del soggetto.

[297] MAURUTTO P., *Informing the Court,* cit., p. 107 afferma che, nel caso in cui la vittima sia una donna appartenente alla comunità aborigena, il contesto familiare indigeno viene addirittura definito quale «*incubators of risk*».

aborigene[298] con lo scopo di renderli destinatari di una giustizia «*more humane, restorative, and therapeutic*»[299].

Tra le principali si ricordano: la *Tsuu T'ina First Nation Court* di Calgary (Alberta) istituita nel 2000[300]; un anno dopo, hanno iniziato la loro attività anche la *Cree-*

[298] Oltre a queste specifiche Corti, sono stati istituiti dei protocolli, cd. *Negotiated Protocols,* tra i tribunali canadesi e le associazioni aborigene operanti all'interno delle varie comunità al fine di favorire lo sviluppo di iniziative in ottica *restorative*. Ogni protocollo ha delle proprie regole e delle proprie procedure; si segnala, tra le iniziative più conosciute, quella della *Hollow Water* nata a seguito dell'accordo firmato col *Manitoba Department of Justice*. Cfr. CAMERON A., *Restorative Justice*, cit., p. 17 e p. 49.

[299] JOHNSON S., *Developing First Nations Courts in Canada: Elders as Foundational to Indigenous Therapeutic Jurisprudence*, in *Journal of Indigenous Social Development*, vol. 3, 2014, pp. 1-14, p. 4.

Cfr. BAKHT N., *Problem Solving Courts as Agents of Change,* in *Criminal Law Quarterly,* vol. 50, 2005, pp. 224-254. Interessante è il riferimento che l'autore propone in merito alle cd. *Problem solving courts* e alla *therapeutic jurisprudence*. L'idea alla base di questi concetti è che la giustizia penale, così come la concepiamo noi oggi, non sia lo strumento migliore per affrontare determinate problematiche sociali e culturali. L'autore ricollega la nascita delle *problem solving courts* alla questione aborigena e alla relativa incapacità dei sistemi penali di gestire tale complessità. Con particolare riferimento al Canada, l'autore cita, quale prototipo di *problem solving court,* le *Aboriginal Courts* sviluppatesi dopo la riforma del codice penale canadese. Sul punto cfr. anche JOHNSON S., *Developing First Nations Courts*, cit., p. 3: « *the current (…) system largely does not recognize that differences in culture, values, language, and traditions directly impact a myriad of events and issues such as court appearances, defense case reasoning, choosing pleas of defense, confronting accusers, and showing emotion in courts*».

[300] La Corte di Calgary, che in origine si trovava all'intero di una riserva, adotta protocolli strettamente collegati alla cultura e alle tradizioni giuridiche della comunità aborigena di riferimento. Si segnala, ad esempio, la forte ritualità con cui si celebra il processo: all'inizio della cerimonia vengono bruciati incensi ed erbe sacre in segno di rispetto verso il cd. *Great Spirit*. Tutti gli operatori del diritto che operano all'interno della Corte sono aborigeni e la metodologia utilizzata per disciplinare le controversie penalistiche è quella di *peacemaking*. Il processo si celebra attraverso il cd. *healing circles* che permette a ogni partecipante di intervenire diverse volte finché non si trova un accordo da presentare al giudice. Spetta, poi, a quest'ultimo determinare l'appropriatezza o meno della soluzione proposta in sede di *peacemaking.* Una fase importante è rappresentata dall'ultimo *healing circles* che si tiene dopo che il soggetto ha soddisfatto quanto previsto nell'accordo stipulato

speaking Court in Saskatchewan e la *Gladue (Aboriginal Persons) Court* di Toronto[301].

Quest'ultima merita particolare attenzione rappresentando un *unicum* che mira a sviluppare una specifica metodologia volta ad approcciare in modo sistematico le differenze culturali dei soggetti aborigeni inserendole all'interno del panorama giuridico penale canadese.

4.1.1. *Gladue (Aboriginal Persons) Court*

L'idea di un tribunale dedicato esclusivamente alle controversie concernenti le persone aborigene[302] nasce nel settembre 2000, diciotto mesi dopo la pronuncia *Gladue*, ad Ottawa, dove si erano tenuti due importanti congressi della magistratura canadese.

Diversamente dalle altre Corti citate poc'anzi[303], quella istituita a Toronto non utilizza forme e modelli di giustizia aborigeni all'interno dei contenziosi penali: si

---

in fase di *peacemaking* iniziale: si tratta di una cerimonia finale con un forte significato simbolico che coinvolge l'intera comunità. Cfr. JOHNSON S., *Developing First Nations Courts*, cit., p. 6.

BAKHT N., *Problem Solving Court,* cit., p. 243 richiama l'esperienza della *Navajo Nation Court* negli Stati Uniti quale altro esempio di Corte aborigena che, similmente alla Corte di Calgary, adotta il modello di *peacemaking* nella risoluzione delle controversie concernenti soggetti appartenenti alla comunità aborigena di riferimento. L'autore ribadisce come queste esperienze rappresentino la massima espressione e realizzazione dei principi della *therapeutic jusrisprudence* e del *restorative healing*.

Cfr. COKER D., *Restorative Justice. Navajo Peacemaking and Domestic Violence*, in *Theoretical Criminology*, vol. 10, 2006, pp. 67-85.

[301] Cfr. WHONNOCK K., *Aboriginal Courts in Canada*, The Scow Institute, 2008, pp. 1-29; EHMAN A.J., *A People's Justice: Three New Aboriginal Courts are Finding Innovative Solutions for the Long-Standing Problem of Achieving Justice for Aboriginal Canadians. Cree Court Peacemaking Gladue Courts Special Treatment? A New System*, in *National*, vol. 11, 2002, p. 12-18.

[302] RUDIN J., *Addressing Aboriginal Overrepresentation,* cit., p. 462. Questa Corte ha iniziato la sua attività nel 2001 e, considerato il suo successo, sono state successivamente istituite altre due Corti dedicate ai soggetti aborigeni nella città di Toronto. Nel 2008 è stata istituita la prima Corte di questo tipo fuori dalla metropoli canadese.

[303] Cfr. MARCHETTI E., DOWNIE R., *Indigenous People and Sentencing Courts in Australia, New Zealand, and Canada*, in BUCERIUS S., TONRY M. (ed.), *The Oxford Handbook of Ethnicity, Crime,*

tratta di un tribunale ordinario che applica il Codice penale canadese[304], ma con una attenzione particolare all'approccio riparativo soprattutto in fase di *sentencing*[305].
In particolare, per permettere una corretta contestualizzazione del reato, vengono fornite alla Corte tutte le informazioni disponibili in merito alla comunità di appartenenza e alle vicende storiche che hanno coinvolto la comunità. A tal fine, di fondamentale importanza è l'attività svolta dai cd. *Gladue courtworkers:* un gruppo di persone altamente qualificate in materia e appartenenti alla comunità aborigena che ha il compito di redigere i *Gladue reports*[306].
Tutti gli operatori del diritto, dai giudici, agli avvocati e ai *courtworkers*, che lavorano all'interno di questa Corte, hanno ricevuto una specifica formazione da parte dell'*Aboriginal Legal Services of Toronto* (ALST), una organizzazione *no-profit* dedicata all'assistenza giuridica degli aborigeni. È, infatti, di primaria

and Immigration, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 360-387. Gli autori analizzano anche le Corti aborigene presenti in Australia e Nuova Zelanda. Con riferimento al territorio australiano, si segnalano quelle istituite nei grandi centri urbani e dotate di protocolli specifici per analizzare le controversie aborigene. Queste Corti non applicano la *indigenous law,* ma il diritto penale australiano. È, tuttavia, permesso agli *Elders* e alla comunità di partecipare al processo al fine di favorire una migliore contestualizzazione storico-culturale della condotta costituente reato. Sono due i modelli principali utilizzati da queste Corti, il cd. *Circle Court model* e il *Nunga Court model;* entrambi prevedono che il processo venga celebrato in un luogo diverso dal tribunale, quale può essere un edificio con un particolare valore simbolico, e che coinvolga l'intera comunità.
Cfr. anche BENNETT P., *Specialist Courts for Sentencing Aboriginal Offenders. Aboriginal Courts in Australia*, The Federation Press, Annandale, 2016.

[304] Cfr. MAURUTTO P., HANNAH-MOFFAT K., *Aboriginal Knowledges in Specialized Courts: Emerging Practices in Gladue Courts*, in *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 31, 2016, pp. 451-471.

[305] Per completezza si segnala che la fase di *trial*, volta ad accertare la colpevolezza del soggetto, non ha luogo nella *Gladue Court*, ma in un tribunale ordinario; la *Gladue Court* si occupa specificatamente della fase processuale successiva, ossia il *sentencing*.

[306] Sul punto, significative sono le parole del Giudice Knazan circa la difficoltà di «*acquire information regarding the circumstances of the offender as an Aboriginal person or be made aware of alternatives to incarceration that exist without someone who can talk to the offender, make contacts with community members and resource groups and report to the judge*». Cfr. KNAZAN B., *Sentencing Aboriginal Offenders in a Large City. The Toronto Gladue (Aboriginal Persons) Court*, *paper* per il *National Justice Institute Aboriginal Law Seminar*, Calgary, 2003.

importanza per i soggetti operanti nella *Gladue Court* unire alla formazione giuridica penalistica una specifica conoscenza della cultura, delle tradizioni e della storia della comunità aborigena.

La funzione principale della *Gladue Court* è quella di far emergere in sede giuridica, in particolare in sede di commisurazione della pena, la consapevolezza che le condotte dei soggetti aborigeni sono state condizionate da fattori socio-culturali[307].

5. Nuovi possibili orizzonti: alcune recenti pronunce concernenti imputati afro-canadesi

La possibilità, solo timidamente abbozzata in *Ipeelee*, di utilizzare i criteri di cui alla *section* 718.2 (e) anche in ipotesi di soggetti imputati non appartenenti alla comunità aborigena è stata presa in effettiva considerazione a partire dal 2018[308]: diverse pronunce[309] hanno, infatti, sottolineato l'importanza di applicare questi principi ai reati commessi dagli afro-canadesi.

La portata innovativa di questa giurisprudenza, particolarmente attenta alla rilevanza da attribuire al fattore culturale nelle controversie penalistiche, risiede nell'utilizzazione di uno strumento noto come *Impact of Race and Culture Assessment* (IRCA, o IRCAs al plurale). L'IRCA permetterebbe, infatti, alle Corti di ottenere tutte le informazioni necessarie per una adeguata valorizzazione della cultura e del contesto sociale dell'imputato, con particolare riferimento alla comunità afro-canadese[310].

---

[307] MAURUTTO P., HANNAH-MOFFAT K., *Aboriginal Knowledges,* cit., p. 468.

[308] Cfr. ROACH K., BERGER B. L., CUNLIFFE E., KIYANI A. G.(ed.), *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials*, Emond, Toronto, 2020, pp. 1017-1022.

[309] Cfr. DUGAS M.C., *Committing to Justice: The Case for Impact of Race and Culture Assessments in Sentencing African Canadians Offenders,* in *Dalhousie Law Journal*, vol. 43, 2020, pp. 103-158.

[310] DUGAS M.C., *Committing to Justice,* cit., p. 106 evidenzia come la presenza in carcere di membri di queste comunità sia particolarmente elevata. Come evidenziato dal *report* del *United Nations' Working Group of Experts on People of African Descent*, nonostante gli afro-canadesi ammontino al 3% della popolazione del Canada, essi rappresentavano circa il 9% della popolazione carceraria nel 2016-2017, dato che nel 2018 è aumentato al 12% della popolazione detenuta.

Cfr. sul punto UNITED NATIONS' WORKING GROUP, *Statement to the Media by the United Nations' Working Group of People of African Descent, on the Conclusion of its Official Visit to Canada, 17–*

Significative in tal senso sono le parole dei giudici nella decisione *R v X*[311]:

«*Sentencing judges struggle to understand the context of the crime and person being sentenced. To do that, judges rely on our own common sense and understanding of human nature. Sometimes that isn't enough. Our common sense and our understanding of human nature are products of our own background and experiences. An individual judge's common sense and understanding of human nature may offer little insight into the actions of a young African Nova Scotian male. The [IRCA] serves as a reminder of the fallibility of some assumptions based on an entirely different life experience*».

Due sentenze pronunciate dal giudice Nakatsaru nel 2018 sono considerate quali i più recenti e attuali *leading cases* sul tema in analisi.

Nella sentenza R v Jackson[312], la *Ontario Superior Court* ha affermato come i principi sanciti da *Gladue* e dalla successiva giurisprudenza possono ritenersi applicabili anche alla popolazione di colore canadese, considerate storia e condizione sociale di questo gruppo, accostabile in alcuni tratti essenziali alla realtà dei nativi aborigeni.

---

21 October 2016, 21 October 2016, reperibile al link www.ochr.org [https://perma.cc/D7XX-Y6TV]; Canada, *Office of the Correctional Investigator, Annual Report 2016–2017*, reperibile al link https://www.oci-bec.gc.ca/cnt/rpt/pdf/annrpt/annrpt20162017-eng. pdf [https://perma.cc/K6TM-QAMG] at 55–56 [OCI, Annual Report 2016–2017]; Canada, *Office of the Correctional Investigator, Annual Report 2017–2018*, reperibile al link https://www.oci-bec.gc.ca/cnt/rpt/annrpt/annrpt20172018-eng.aspx [https://perma.cc/LN7B-7P8P].

In tema si vedano anche ROBERTS D.E., *Criminal Justice and Black Families: The Collateral Damage of Over-Enforcement*, in *University of California Davis Law Review*, vol. 34, 2001, pp. 1005-1028; OWUSU-BEMPAH A., WORTLEY S., *Race, Crime, and Criminal Justice in Canada*, in BUCERIUS S., TONRY M. (ed.), *The Oxford Handbook of Ethnicity, Crime, and Immigration*, Oxford University Press, London, 2014, pp. 280-321; TANOVICH D.M., *Using the Charter to Stop Racial Profiling: The Development of an Equity-Based Conception of Arbitrary Detention*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 40, 2002, pp. 145-187.

Per una giurisprudenza di commento alla sovracarcerazione della comunità afro-canadese, cfr. *R v Golden*, 2001 SCC 83.

311 *R v X*, 2014 NSPC 95, paragrafo 198.

312 *R v Jackson*, 2018 ONSC 2527.

Nella sentenza *R v Morris*[313], concernente il porto d'armi abusivo da parte di un soggetto di colore, il giudice Nakatsuru ha affermato che: «*The criminal law has recognized that there are cases where, in order to determine a fit and proportionate sentence, consideration must be given to an individual's systemic and social circumstances».* La valutazione di questi fattori da parte dei giudici, si ribadisce, è espressamente prevista dalla sezione 718.2 (e) del codice penale canadese.

Infine, in *R v Anderson*[314], recentissima sentenza del 2021, la *Nova Scotia Court of Appeal,* nel pronunciarsi in merito a un caso che vedeva imputato un soggetto afro-canadese, ha fondato la sua decisione sulle evidenze risultanti dall'IRCA. Quest'ultimo strumento costituisce, a detta della Corte, il corrispettivo dei *Gladue reports* per coloro che non appartengono alla comunità aborigena e permette alle Corti di meglio contestualizzare la condotta criminosa e il grado di responsabilità del reo al fine di giungere a una sentenza che tenga conto anche del contesto sociale di riferimento e che individui sanzioni penali più efficaci rispetto al carcere. Come ribadito dalla Corte: «*This is not about individualized but contextual sentencing*»[315].

Particolarmente significative per la presente ricerca sono le considerazioni finali della motivazione.

I giudici hanno sottolineato come, nel caso di specie, dove sono coinvolti anche fattori culturali, il carcere non rappresenti una risposta adeguata[316]. Una pena, intesa in senso prettamente retributivo, non sarebbe, infatti, in grado di rieducare il soggetto essendo le sue azioni radicate in un contesto culturale e sociale favorente la commissione del reato[317]. In queste particolare ipotesi, anche la funzione general preventiva della pena non si realizzerebbe, in quanto la sanzione penale non sarebbe compresa ed interiorizzata dal gruppo di appartenenza.

Per la Corte, l'approccio riparativo meglio permetterebbe di soddisfare tutte le finalità della pena, anche tramite il coinvolgimento della comunità afro-canadese nel percorso volto a riparare il reato.

---

[313] *R v Morris*, 2018 ONSC 5186.

[314] *R v Anderson*, 2021 NSCA 62.

[315] *Ibidem*.

[316] *Ibidem,* paragrafi 75-79 e 95.

[317] *Ibidem*, paragrafo 88.

6. Riflessioni parzialmente conclusive

L'aspetto di maggior interesse, ai fini della successiva comparazione con l'ordinamento italiano, risiede nell'espresso riconoscimento del fattore culturale in sede penale. La rilevanza delle peculiarità culturali dei soggetti aborigeni in sede di commisurazione della pena[318] è valorizzata dal giudice tramite strumenti alternativi alla detenzione, pena che deve essere concepita nella sua natura di *extrema ratio.*
Altro elemento fondamentale è rappresentato dal connubio tra gestione del fattore culturale in sede penale e modello riparativo di giustizia, binomio affermato implicitamente a livello legislativo con l'intervento di riforma del 1996 e ribadito con forza dalla giurisprudenza analizzata.
La gestione della cd. questione aborigena costituisce un orizzonte di massimo interesse anche per studiosi del diritto operanti in contesti politico-sociali privi di minoranze autoctone; è problema di appartenenza culturale-identitaria che riporta l'attenzione sulla necessità di una risposta giuridica efficace, effettiva e pragmatica, soprattutto in sede penale, ove il modello retributivo e carcero-centrico sembra non fornire soluzioni adeguate.
L'utilizzo di un approccio riparativo al reato è preferito in Canada per due principali motivi: *in primis,* essendo un paradigma proprio delle comunità aborigene, è in

[318] A riprova dell'importanza di tale approccio anche in altri ordinamenti, cfr. FRENCH R., *Equal Justice and Cultural Diversity – The General Meets the Particular, paper* per *The Judicial Council on Cultural Diversity "Cultural Diversity and the Law Conference*, 14 marzo 2015, Sydney. L'autore afferma che la fase del *sentencing* rappresenta la sede privilegiata per tenere in considerazione le differenze culturali e valorizzare il principio di eguaglianza sostanziale anche in sede penale. Il giudice richiama la sentenza *Green v The Queen* del 2011: «*Equal justice according to law also requires, where the law permits, differential treatment of persons according to differences between them relevant to the scope, purpose and subject matter of the law*».
Sul punto anche il giudice KIDD P., *Cultural Diversity and the Law, Speech to the Australian Intercultural Society*, May 2019 ribadisce come la valorizzazione dell'elemento culturale in sede di *sentencing* permetta una migliore contestualizzazione della condotta criminosa. Tale contestualizzazione è fondamentale per una pronuncia che soddisfi appieno tutte le finalità della pena.
Per una analisi storico-giuridica del concetto di multiculturalismo nel contesto del diritto costituzionale australiano, cfr. WEBBER J., *Multiculturalism and the Australian Constitution*, in *University of New South Wales Law Journal*, vol. 24, 2001, pp. 882-894.

grado di meglio rispondere alle istanze di riconoscimento della sovranità e dell'identità di questo popolo[319]; in secondo luogo, il sistema riparativo è individuato quale metodo preferibile per la composizione dei conflitti giuridico-culturali, alla luce della inadeguatezza della giustizia penale carcero-centrica. È questo secondo aspetto a rappresentare la cifra significativa del modello canadese ai fini della presente ricerca e a costituire un valido orizzonte di riferimento per l'Italia[320], paese anch'esso interessato da complesse problematiche socioculturali, inerenti all'immigrazione. L'obiettivo non è quello di individuare un modello giuridico da trasferire all'interno dell'ordinamento italiano[321], ma piuttosto di indagare la metodologia con cui determinati Stati hanno affrontato le composite questioni legate al multiculturalismo, «accogliendo la sfida della loro complessità e aprendosi a soluzioni creative e costruttive»[322].

Si tratta di adottare una diversa lente prospettica al fine di favorire un ripensamento creativo del dilemma multiculturale e di individuare nel dialogo tra sistemi apparentemente distanti una possibile composizione alternativa del conflitto.

Questo approccio collaborativo e dialogante tra paradigmi differenti è alla base del cd. *joint governance approach*[323]. Tale teoria si basa sul presupposto innegabile che

---

[319] Alcuni autori raggruppano le esperienze in materia di giustizia riparativa applicata alle popolazioni aborigene di Canada, Australia e Nuova Zelanda all'interno del concetto di «*politics of decolonization*» per indicare come lo strumento riparativo venga utilizzato per raggiungere una complessiva riconciliazione con questi popoli. Cfr. CHISTE K.B., *Origins of Modern Restorative Justice: Five Examples from the English-Speaking World*, in *The University of British Columbia Law Review*, vol. 46, 2013, pp. 33-80, p. 35.

[320] Si ringrazia il Prof. Berger B.L., Professore di Diritto penale e responsabile del Settore ricerca in Pluralismo e Diritto pubblico, nonché tutor della scrivente durante il soggiorno di ricerca alla York University, per gli interessanti e stimolanti spunti di riflessione e per i consigli nell'indirizzare la ricerca in tal senso.

[321] REGGIO F., La nave di Milinda*. La* Restorative Justice *fra conquiste e sfide ancora aperte*, in SARRA C., REGGIO F. (a cura di), *Diritto, Metodologia Giuridica e Composizione del Conflitto*, Primiceri Editore, Padova, 2020, pp. 11-100, p. 22.

[322] *Ibidem*.

[323] Si veda SHACHAR A., *Multicultural Jurisdiction. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001. Come ben evidenziato dall'autrice, il

nelle odierne società gli individui non sono soggetti a una sola autorità identificabile nello Stato[324], ma a una pluralità di stimoli anche culturali e religiosi che concorrono a formare la «*source of legal authority*»[325]. Essa trova nel dialogo una possibile soluzione per una migliore comprensione culturale che permetta al singolo di identificarsi sia come cittadino sia come membro di un gruppo culturale o religioso, senza dover necessariamente sacrificare alcuni diritti a favore dell'una o dell'altra appartenenza[326].

Ovviamente, questa teoria non si declina in un unico modello di riferimento, ma in una molteplicità di soluzioni applicative in relazione all'ambito di appartenenza[327].

In sede penale, il paradigma di riferimento è stato individuato nell'approccio ripartivo in fase di *sentencing*.

Il diritto penale, senza rinunciare ai principi e alle garanzie proprie, si apre a un dialogo e a un confronto con un diverso sistema valoriale, quale appunto quello culturale, per addivenire a una soluzione che rispetti e tenga in adeguata considerazione il singolo.

In tale prospettiva metodologica verranno analizzati nelle pagine seguenti altri interessanti strumenti utilizzati dalle Corti canadesi: il *test* culturale (e religioso) e l'accomodamento ragionevole.

---

multiculturalismo rappresenta un tema di interesse mondiale a livello politico. Nonostante ogni stato abbia delle proprie peculiarità, l'analisi di problematiche comuni può suggerire delle soluzioni condivise. A pagina 16 dell'opera appena citata si invita a un «(...) *creative rethinking - with the complexities of identity held fully before us in view (...)*».

[324] In tal senso anche REGGIO F., La nave di Milinda, cit., p. 36 che, con riferimento alla giustizia riparativa, evidenzia come lo Stato non possa più essere considerato l'unico garante della stabilità sociale.

[325] SHACHAR A., *Multicultural Jurisdiction,* cit., p. 88.

[326] SHACHAR A., *Multicultural Jurisdiction,* cit., p. 89-90 chiarisce come il conflitto non è tanto tra lo stato e il gruppo minoritario o tra il singolo come cittadino e il gruppo minoritario, ma tra le istanze del singolo come cittadino e le istanze del singolo come parte del gruppo minoritario: «*joint governance opens up the possibility that our agency as members of a culture and our agency as citizens of a state may be mutually reinforced*».

[327] SHACHAR A., *Multicultural Jurisdiction,* cit., p. 147 ribadisce come non via siano «*one-size-fits-all solutions*» in questo tentativo di conciliazione delle problematiche connesse al multiculturalismo che spesso pongono il singolo davanti alla difficile scelta tra appartenenza culturale e comunitaria.

7. *Test* culturale, *test* religioso e accomodamento ragionevole: un approccio giurisprudenziale al multiculturalismo

L'elaborazione dei *tests* evidenzia la sentita necessità delle Corti di avere a disposizione strumenti standardizzati e costanti per la risoluzione dei conflitti di matrice culturale e religiosa, anche in ottica di certezza dell'impianto argomentativo delle decisioni.

Prima di procedere nell'analisi del *test* culturale canadese, è opportuno sottolineare come questo strumento possa avere applicazioni molteplici e contraddittorie. In particolare, la dottrina canadese si è focalizzata sulla efficacia del *test* nel riconoscere i diritti aborigeni come diritti tutelati costituzionalmente e in grado di garantire l'identità di questo popolo anche in ottica di sovranità[328], criticando

[328] Cfr., *ex multis*, BARSH R.L., HENDERSON J.Y., *The Supreme Court's Van der Peet Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand*, in *McGill Law Journal*, vol. 42, 1997, pp. 993-1010; BORROWS J., *Frozen Rights in Canada: Constitutional Interpretation and the Trickster*, in *American Indian Law Review*, vol. 22, 1997, pp. 37-64; CHENG C.C., *Touring the Museum: A Comment on R. v. Van der Peet*, in *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 55, 1997, pp. 419-434; ZALEWSKI A., *From Sparrow to Van der Peet: The Evolution of a Definition of Aboriginal Rights*, in *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 55, 1997, pp. 435-456; RUDIN J., *One Step Forward, Two Steps Back. The Political and Institutional Dynamics Behind the Supreme Court of Canada's Decision in* R. v. Sparrow, R. v. Van der Peet and Delgamuuku v. British Columbia, in *Journal of Law and Social Policy*, vol. 13, 1998, pp. 67-94; ASCH M., *The Judicial Conceptualization of Culture after Delgamuuku and Van Der Peet*, in *Review of Constitutional Studies*, vol. 5, 2000, pp. 119-137; KENT A., *The Van der Peet Test. Constitutional Recognition or Constitutional Restriction?*, in *The Arbutus Review*, vol. 3, 2012, pp. 20-36; TOKAWA K., Van der Peet *turns 20: Revisiting the Rights Equation and Building a New Test for Aboriginal Rights*, in *University of British Columbia Law Review*, vol. 49, 2016, pp. 817-833.

In generale, gli autori sottolineano l'inadeguatezza del *test* a riconoscere i diritti aborigeni quali diritti esistenti, attuali e meritevoli di protezione all'interno dell'ordinamento.

Cfr. RUDIN J., *One Step Forward, Two Steps Back,* cit., p. 68. L'autore illustra in modo chiaro la problematica sottesa alla decisione *R v Van Der Peet*, [1996] 2 SCR 507. A seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, il contenuto della sezione 35 è stato molto discusso, soprattutto con riferimento al concetto di «*existing aboriginal rights*». Il compito di fornire una interpretazione a questa formula è stato affidato alla Corte Suprema canadese. Il primo tentativo si è avuto con la decisione *R v Sparrow*, [1990] 1 SCR 1075, occasione in cui si è ribadito come il termine «*existing*» debba essere interpretato in modo da garantire il riconoscimento dei diritti aborigeni nella loro

l'utilizzo del *test* elaborato dalla Corte in quanto inadeguato allo scopo e riduttivo[329]: «*The purpose of s. 35(1), however, is to recognize a wholly separate and distinct body politic. Unfortunately, the Van der Peet test does not allow for a recognition of this separate body politic. Instead, it presents s. 35(1) as simply a means to accommodate cultural difference*»[330].

Queste riflessioni, per quanto siano fondamentali all'interno del panorama giuridico canadese, esulano dallo scopo della ricerca.

In questa sede il *test* culturale canadese verrà analizzato quale prototipo di una «procedura di valutazione critica»[331] che possa orientare l'*iter* argomentativo del giudice.

---

evoluzione nel tempo, rigettando così la cd. «*frozen rights doctrine*». Questa teoria è, invece, stata adottata nella decisione *Van der Peet* che costituisce un passo indietro nel processo di riconoscimento di questi diritti. La Corte, infatti, ha ritenuto che il concetto di «*existing*» fosse da riferire esclusivamente a diritti già esistenti prima dell'arrivo dei coloni. Questa impostazione, oltre a essere particolarmente riduttiva, esclude dal riconoscimento accordato dalla *section* 35 la comunità *Metis*: questa, infatti, si è sviluppata proprio a seguito dell'arrivo dei coloni.

Per un approfondimento in tema di riconoscimento della identità delle minoranze, anche aborigene, cfr. EISENBERG A., KYMLICKA W. (ed.), *Identity Politics in the Public Realm. Bringing Institutions Back In*, UBC Press, Vancouver, 2012.

[329] In tal senso EISENBERG A., *Multiculturalism in a Context of Minority Nationalism and Indigenous Rights*. The Canadian Case, in ASHCROFT R., BEVIR M. (ed.), *Multiculturalism in the British Commonwealth*, University of California Press, 2019, pp. 67-82.

[330] CHENG C.C., *Touring the Museum*, cit., pp. 430-432. L'argomentare della Corte ricondurrebbe le istante aborigene a mere pratiche culturali, senza considerare le questioni connesse al riconoscimento identitario della popolazione nativa e le istanze di *self-government*: «*Aboriginality is a claim to a collective identity that is logically prior to whatever discrete (and distinctive) cultural practices characterize a given society (...) the Court is in danger of reducing Aboriginality to a package of anthropological curiosities rather than manifestations of an Aboriginal nation's right to occupation, sovereignty and self-determination*».

[331] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 86. Sul punto anche EISENBERG A., *Reasoning about Identity: Canada's Distinctive Culture Test*, in EISENBERG A. (ed.), *Diversity and Equality. The Changing Framework of Freedom in Canada*, UBC Press, Vancouver, 2006, pp. 34-53, pp. 35 e 48-50: « (...) *the development of fair criteria by which the identity claims of minorities, including Aboriginal peoples, can be fairly assessed has important benefits. These criteria (...) deepen public understanding of the good reasons that exist to recognize different ways of life. They may provide motivation for institutional reform*».

7.1. Il *test* culturale e il *test* religioso

La Corte Suprema canadese ha utilizzato per la prima volta l'espressione «*distinctive cultural test*»[332] nel 1996 nella decisione *R v Van der Peet* concernente il riconoscimento costituzionale di alcune pratiche tradizionali e culturali dei popoli nativi quali diritti aborigeni tutelati dalla sezione 35 della Costituzione[333].

---

[332] Una embrionale anticipazione del *test* elaborato nel 1996 si ritrova nella decisione *R v Sparrow*, concernente un soggetto aborigeno accusato di aver pescato utilizzando una rete più grande rispetto a quella autorizzata. Anche in questo caso, la difesa ha invocato la prevalenza del diritto aborigeno rispetto alla legislazione canadese.

ASCH M., *The Judicial Conceptualization,* cit., p. 120 sottolinea come le riflessioni delle Corti canadesi in merito al concetto di cultura e di diritti aborigeni risalgano al 1919 con la decisione *In re Southern Rhodesia*, [1919] AC 210 PC.

[333] *R v Van Der Peet*, cit. Il caso in esame concerneva una donna aborigena, Dorothy Marie Van Der Peet, accusata di aver pescato dei salmoni all'interno di una zona protetta e di averli venduti a soggetti non aborigeni. La difesa ha sostenuto la prevalenza del diritto aborigeno della donna, tutelato *ex* art. 35 Cost., sulla legislazione canadese in materia di pesca. Per una completa ricostruzione della vicenda, cfr. CHENG C.C., *Touring the Museum*, cit., pp. 425-429.

Il *test* viene ripreso anche nella decisione *Delgamuukw v British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010.

Circa un decennio dopo, in un contesto differente rispetto a quello in cui è stato elaborato il *test* di natura giurisprudenziale, la studiosa canadese Eisenberg in EISENBERG A., *Reasons of Identity. A Normative Guide to the Political and Legal Assessment of Identity Claims*, Oxford University Press, New York, 2009 ha elaborato delle linee guida per il riconoscimento delle istanze minoritarie all'interno delle istituzioni pubbliche canadesi nell'ottica delle politiche di multiculturalismo. Nel pensiero della studiosa, il riconoscimento di una rivendicazione identitaria deve essere valutato alla luce di tre condizioni: la cd. *jeopardy condition*, ossia il rischio che corre la dimensione identitaria del gruppo dal mancato riconoscimento della pratica; la cd. *harm condition*, ossia una valutazione circa i possibili effetti dannosi della pratica culturale; e, infine, la cd. *validation condition,* ossia la accettazione condivisa della tradizione all'interno della comunità culturale di riferimento. Tale riflessione è stata richiamata quale possibile modello di *test* culturale di elaborazione dottrinale nel panorama canadese. Cfr. RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 269 e PROVERA A., *Tra frontiere e confini,* cit., p. 21.

Diversamente da quanto avvenuto in Canada, ove il *test* culturale è stato espressamente elaborato e formalizzato dalla giurisprudenza, negli Stati Uniti non esiste un simile strumento utilizzabile per i conflitti culturali. Mentre le controversie attinenti a pratiche religiose sono assistite dal cd. *test* religioso, il fattore culturale in sede penale viene preso in considerazione tramite la cd. *cultural*

defense, ossia una causa di giustificazione, una esimente o una attenuante culturale che non è, tuttavia, dotata di autonomia normativa. Essa, infatti, opera sempre per il tramite di altri istituti espressamente previsti a livello di diritto positivo. In altri termini, le argomentazioni attinenti alla cultura del soggetto si inseriscono all'interno di altre *defenses* dotate di espressa rilevanza giuridica e vanno ad incedere sia sul piano dell'elemento oggettivo sia su quello soggettivo del reato. È stata la dottrina americana che, alla luce di questo particolare contesto, ha elaborato tre domande essenziali per assistere i giudici nella valutazione di tale *defense*. I tre quesiti che compongono il cd. *cultural defense test* sono i seguenti: è l'imputato un membro del gruppo etnico?; le pratiche culturali invocate sono riconducibili alla cultura del gruppo?; l'agire dell'imputato è stato influenzato dalla cultura del gruppo?. Questi i tre passaggi che RENTELN A.D., *The Cultural Defense*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 207 reputa essenziali per una corretta applicazione della *cultural defense*. L'autrice sottolinea come, a posteriori, tale *test* sia rinvenibile in alcune sentenze, tra le quali, ad esempio, *Krasniqui v. Dallas County Child Protective Services Unit of the Texas Department of Human Services*, [1996] 809 S.W.2d 927. Nel caso di specie, l'imputato di origine albanese accusato di violenze sessuali a danno della figlia minore ha invocato la difesa culturale e la Corte, dopo aver sentito un esperto della comunità albanese, ha ritenuto sussistente la motivazione culturale alla luce dei tre quesiti individuati da Renteln: *«[...] the father was Albanian, Albanians had a custom of touching children that was not erotic, and the father was motivated by the custom when he touched his daughter*». Cfr. anche RENTELN A. D., *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, in FOBLETS M.C., RENTELN A.D. (ed.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 61-82.

Anche altri studiosi che hanno proposto dei passaggi logici per vagliare l'opportunità di invocare la difesa culturale. Sia permesso di richiamare, ad esempio, KIM N.S., *The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis*, in *New Mexico Law Review*, vol. 27, 1997, pp. 101-139, p. 133. L'autore individua quattro elementi che devono essere valutati: «*(1) the purpose of the cultural practice, (2) the moral culpability associated with the cultural practice, (3) the deterrence/educational value of prohibiting the cultural evidence, (4) alternative forms of sentencing*». Ancora, DORE I., *Homo Juridicus. Culture as a Normative Order*, Carolina Academic Press, Durham, 2016, p. 549 individua dodici condizioni minime perché possa essere ammessa la difesa culturale a processo: «*(1) genuine membership of a native class, (2) motivation on the part of the defendant by a cultural belief system, (3) innocent nature of defendant's conduct, (4) uniform acceptance of such conduct by the native class of culture, (5) the absence of victim harm, (6) lack of violence, (7) lack of intent, (8) absence of culpable mental state, (9) absence of extraneous proof of blameworthiness, (10) lack of moral turpitude, (11) legislative intent regarding unanticipated cases, and, in sexual cases, (12) absence of sexual gratification*».

Nonostante, si ribadisce, sia assente un *test* culturale standardizzato e formalizzato, gli studi in materia hanno evidenziato come siano tre i fattori ricorrenti che vengono analizzati dai giudici

La Corte ha elaborato alcuni passaggi logici[334] per determinare se e quando effettivamente si possa far riferimento a una pratica di tipo culturale[335].

Innanzitutto, è necessario tenere in considerazione la prospettiva aborigena nel definire il significato della pratica in esame[336]; la Corte ha sottolineato come sia fondamentale che il diritto di cui si chiede il riconoscimento «*exist(s) within the general legal system of Canada*»[337].

Successivamente, il giudice deve individuare l'usanza di riferimento in modo circostanziato: questo passaggio non può essere soddisfatto da un generico riferimento alla cultura aborigena, ma necessita di una identificazione concreta e dettagliata della tradizione[338] in questione.

---

americani chiamati a pronunciarsi in tema di conflitti culturali. *In primis*, la pratica culturale viene descritta nel dettaglio, anche grazie all'ausilio di esperti di antropologia; in secondo luogo, si valuta la ragionevolezza del comportamento tenuto dal soggetto alla luce di quello che sarebbe stato l'agire di una sorta di agente modello del gruppo culturale di appartenenza; infine, le corti indagano il livello di integrazione del soggetto agente e la durata della sua permanenza nel paese ospitante. Cfr. RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 130.

[334] BORROWS J., *Frozen Rights in Canada*, cit. delinea e commenta i passaggi principali del *test;* nella dottrina italiana, si veda RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit, p. 86.

[335] ASCH M., *The Judicial Conceptualization,* cit., p. 123 sottolinea come la Corte in questa decisione abbia elaborato una «*legal theory of culture*».

[336] *R v Van Der Peet,* cit., paragrafo 49. La Corte richiama, sul punto, la decisione *Sparrow*: «*crucial to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake*».

[337] *Ibidem*. La Corte ribadisce, infatti, come sia necessario che il diritto aborigeno possa declinarsi all'interno del panorama giuridico canadese di riferimento: «*take into account the aboriginal perspective, yet do so in terms which are cognizable to the non-aboriginal legal system*».

[338] Sul punto la Corte afferma come la natura culturale o economica di una pratica aborigena debba essere definita tenendo in considerazione la prospettiva di riferimento della comunità nativa. Nel caso di specie, ad esempio, la pesca del salmone ha una particolare valenza simbolica che esula dall'espetto economico. Cfr. *R v Van Der Peet,* cit., paragrafo 52.

BORROWS J., *Frozen Rights in Canada*, cit., p. 47 evidenzia come questo secondo passaggio del *test* sia composto da diversi livelli di accertamento: «*the nature of the action which the applicant [was] claiming was done pursuant to an [A]boriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the tradition, custom or practice being relied upon to establish the righ*». Cfr. *R v Van Der Peet,* cit., paragrafo 53.

La pratica culturale deve essere, inoltre, «*of central significance*», ossia determinante ed essenziale per l'identità del gruppo: *«(...) the practice, custom or tradition was one of the thing which made the culture of the society distinctive (...) made the society what it was*»[339].

Inoltre, la Corte deve accertare la natura specifica e peculiare della tradizione: deve, infatti, trattarsi di una prassi che distingue quel gruppo dal resto della società, ossia «*a defining feature of the culture*». Sono, quindi, escluse sia condotte meramente occasionali o accessorie, sia quelle tradizioni o quelle usanze diffuse e comuni alla società generalmente intesa[340].

La pratica così individuata deve, poi, trarre origine nel periodo precedente alla colonizzazione[341]; non è necessario che sia stata agita in modo ininterrotto negli anni, essendo sufficiente che, comunque, esistesse prima dell'arrivo dei coloni[342] e può aver subito una evoluzione, ad esempio, circa i mezzi utilizzati per realizzarla, ma questo non incide negativamente sul riconoscimento della stessa[343].

Da questa breve ricostruzione, che si è limitata ad analizzare gli aspetti del *test* rilevanti per la ricerca, emerge come sia preponderante, se non esclusiva, una

---

[339] *R v Van Der Peet,* cit., paragrafo 55.

[340] *R v Van Der Peet,* cit., paragrafo 56. Deve trattarsi di una pratica che «*makes those societies distinctive*».

[341] BORROWS J., *Frozen Rights in Canada*, cit., p. 49-50 sottolinea come questo passaggio rappresenti il punto più critico della motivazione della Corte perché «*freeze[s] [A]boriginal societies in their ancient modes and den[ies] to them the right to adapt, as all peoples must, to the changes in the society in which they live*». Cfr. *R v Van Der Peet,* cit., paragrafo 240. Sul punto anche EISENBERG A., *Reasons of Identity,* cit., p. 123.

BORROWS J., *Frozen Rights in Canada*, cit., p. 55 evidenzia, inoltre, come uno dei giudici del collegio, Justice McLachlin, avesse proposto, già in sede di motivazione della sentenza, una diversa strategia basata sul riconoscimento, da parte del *common law* canadese, del diritto e delle consuetudini aborigene come strumenti utili a definire caso per caso se il diritto in questione meriti tutela. Cfr. *R v Van Der Peet,* cit., paragrafo 263.

[342] *R v Van Der Peet,* cit., paragrafi 60-61. Il momento di contatto con i coloni varia da comunità a comunità in base all'avanzata della colonizzazione del Canada.

[343] Ad esempio, potrebbero essere modificate le reti per la pesca o la canoa potrebbe essere sostituita da imbarcazioni più moderne. Cfr. *R v Van Der Peet,* cit., paragrafo 64.

dimensione oggettiva di analisi[344]: tramite questi definiti *steps* costituenti il *test* vengono delineate le caratteristiche che la tradizione deve possedere per poter essere considerata culturale, senza attribuire tuttavia alcuna rilevanza a elementi soggettivi concernenti il singolo come, invece, avviene nel *test* religioso; quest'ultimo è stato elaborato e utilizzato per la prima volta dalla Corte nel 2004 nella decisione *Syndicat Northcrest v. Amselem*[345] sul modello del *test* religioso americano[346].

Similmente al *test* culturale, anche questo strumento richiede, innanzitutto, una precisa individuazione della pratica religiosa in questione, che deve essere

[344] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 86. L'autrice ricorda come questo *test* sia privo di una dimensione di bilanciamento dialettico e di una attenzione all'identità del singolo.

[345] *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 SCR 551. Il caso riguardava un ebreo ortodosso che aveva sul balcone, in violazione delle norme condominiali, una *succah,* ossia una costruzione simile a una capanna utilizzata a fini religiosi.

[346] Sul punto cfr. EISENBERG A., *Reasons of Identity*, cit., p. 93 per una completa analisi e confronto del *test* canadese e americano.

Il *test* religioso ha trovato espresso riconoscimento nell'ordinamento statunitense. Brevemente, il *leading-case* è la sentenza *Sherbert v Verner,* [1963] 374 U.S. 398 riguardante una donna che, per motivi religiosi, aveva lasciato una occupazione che le imponeva di lavorare di sabato (giorno festivo per la sua religione) e aveva, inoltre, rifiutato altre proposte lavorative per il medesimo motivo. La legge le impediva di fruire dell'assegno di disoccupazione a seguito di tali espressi e volontari rifiuti ad accettare diverse offerte di lavoro. Questo *test*, soppresso e reintrodotto, ha trovato espresso riconoscimento legislativo nel 1993 e, attualmente, si applica solo a livello federale, salvo che i singoli stati abbiamo introdotto specifiche leggi nazionali volte a riconoscerlo a livello statale.

Il *test* si articola in quattro passaggi: innanzitutto, è necessario individuare la pratica religiosa di riferimento tramite dei criteri particolarmente ampi (elemento oggettivo); il giudice deve, poi, indagare la sincerità del soggetto (elemento soggettivo); in terzo luogo, dovrà essere valutato il grado di compressione della pratica da parte della legge; infine, è necessario valutare la sussistenza di un interesse statale cogente («*compelling interest*») che consenta e legittimi la limitazione della pratica religiosa da parte dello stato, a cui è comunque imposto di utilizzare la misura meno ristrettiva possibile per attuare i propri interessi. Cfr. RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., pp. 120-124.

considerata essenziale e vincolante per il soggetto e non, invece, per l'autorità religiosa di riferimento[347].

Le limitazioni imposte all'osservanza e all'esercizio del culto religioso non possono, inoltre, essere di minima importanza o rilevanza; è necessario che via sia una effettiva lesione del diritto religioso in questione[348].

È, poi, richiesta la sincera adesione del soggetto ai precetti del suo credo che devono essere anche coerentemente ricompresi nello stile di vita complessivo dell'individuo, onde evitare un riferimento meramente fittizio e artificioso alla sfera spirituale[349].

Particolarmente interessanti sono gli altri due passaggi del *test* che ben evidenziano la natura dialogica e relazionale dello stesso: la Corte sottolinea come una pratica religiosa recante un danno fisico o psichico non possa trovare riconoscimento[350] e, inoltre, è necessario effettuare un bilanciamento tra la libertà religiosa e altri diritti potenzialmente in conflitto: « (...) *religious conduct which would potentially cause harm to or interference with the rights of others would not automatically be protected. The ultimate protection of any particular Charter right must be measured in relation to other rights and with a view to the underlying context in which the apparent conflict arises*»[351].

---

[347] *Syndicat Northcrest v. Amselem*, cit., paragrafo 43: «*should not need to prove the objective validity of their beliefs in that their beliefs are objectively recognized as valid by other members of the same religion, nor is such an inquiry appropriate for courts to make*».

[348] *Syndicat Northcrest v. Amselem*, cit., paragrafo 58.

[349] *Syndicat Northcrest v. Amselem*, cit., paragrafo 53.

[350] Cfr. *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, [2011] BCSC 1588 in tema di poligamia, ritenuta pratica religiosa dannosa e, quindi, non ammissibile.

[351] *Syndicat Northcrest v. Amselem*, cit., paragrafi 61-62. La Corte ribadisce come il diritto ad esercitare la propria fede religiosa non sia mai assoluto: «*(...) we live in a society of individuals in which we must always take the rights of others into account*». Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la presenza di queste costruzioni per pochi giorni all'anno, collocate in modo da non ostacolare eventuali vie di fuga in caso di emergenza, recasse un disturbo del tutto insignificante ai condomini. In ottica di bilanciamento e accomodamento delle diverse esigenze, la Corte ha, tuttavia, invitato i condomini ad adeguare quanto più possibile queste costruzioni alle linee di indirizzo estetico dell'edificio.

Infine, è chiesto al giudice di valutare se la limitazione sia ragionevole e proporzionata alla luce dei principi democratici.

La cifra distintiva e significativa di questo *test* è l'attenzione alla componente soggettiva, assente, invece, nel *test* culturale: la valutazione del giudice si basa sulla sincerità del credo del soggetto e sulla sua intima e convinta adesione allo stesso. La componente oggettiva nella valutazione del giudice non viene meno, ma viene bilanciata con quella soggettiva[352].

7.2. L'accomodamento ragionevole

Infine, una breve menzione merita un altro strumento utilizzato dalle Corti per gestire la diversità culturale e religiosa dei soggetti appartenenti alle minoranze non aborigene[353]: il cd. *reasonable accomodation*, ossia la capacità della legge di essere flessibile, aperta e tollerante verso le differenze culturali quando queste siano, appunto, ragionevoli[354].

Sul punto, rilevante è la decisione *Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 SCR 567 concernente la richiesta della comunità Utterina di non avere la foto sulla patente di guida, nel rispetto del proprio credo religioso che prescrive il divieto di farsi fotografare. In questa vicenda, i giudici, nonostante abbiano riconosciuto la sincerità della pratica, hanno ritenuto prevalenti altri diritti nel bilanciamento tra le diverse istanze.

[352] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., pp. 108-110. L'autrice sottolinea come la differente natura di questi due *tests*, nonostante siano sviluppati dal medesimo organo giurisdizionale, risieda nella diversa fonte giuridica alla base del riconoscimento dei diritti aborigeni e della libertà religiosa. I primi sono concepiti quali diritti collettivi, la libertà religiosa è intesa quale diritto individuale. Sul punto si rimanda a quando ricordato in apertura al presente elaborato di ricerca circa l'opportunità o meno di trattare questioni religiose e culturali in modo differenziato.

[353] Sul punto EISENBERG A., *Multiculturalism and Canada's Founding Peoples*, paper work, 2016, pp. 35-40, p. 38 evidenzia come l'accomodamento ragionevole non sia in grado di rispondere alle istanze aborigene di *self-determination* e *self-government.*

[354] EISENBERG A., *Rights in the Age of Identity Politics*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 50, 2013, pp. 609-636, p. 624. Come ben evidenziato da BERGER B.L., *The Cultural Limits of Legal Tolerance*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2008, pp. 245-277, pp. 246-247 la legge «*sits in a managerial role*» e permette di determinare fino a che punto lo stato possa rimanere neutrale verso le differenze culturali. Quando, infatti, queste pongono in serio rischio alcuni dei valori fondamentali

In Canada, il principio dell'accomodamento ragionevole è stato applicato a partire dagli anni Ottanta con riferimento a discriminazioni culturali e religiose in luoghi di lavoro[355]; il suo utilizzo è, poi, stato esteso a tutte le controversie di questa natura coinvolgenti istituzioni pubbliche e private[356].

Nel 2006, questo principio è stato utilizzato dalla Suprema Corte Canadese nella sentenza *Multani* in merito alla possibilità per uno studente di religione *Sikh* di portare all'interno della scuola il cd. *Kirpan*, coltello religioso[357].

Si ripercorre brevemente la vicenda oggetto della pronuncia *Multani*. Allo studente Gurbaj Singh Multani, ragazzino iscritto alla *Ste-Catherine-Labourè primary school*, cadde a terra il *kirpan* durante un momento ricreativo. A seguito di questo episodio, la proposta del Consiglio di istituto fu quella di autorizzare il porto del *kirpan* a determinate condizioni, che garantissero la non utilizzabilità dell'oggetto durante le ore di scuola. L'istituto, tuttavia, non ratificò l'accordo perché lo stesso non avrebbero comunque assicurato l'incolumità dei ragazzi.

La vicenda processuale, che si è articolata in diversi gradi di giudizio[358], ha visto in un primo momento la *Quebec Superior Court*[359] pronunciarsi a favore del porto del

---

tutelati dalla Costituzione, la legge deve intervenire e dichiarare tali differenze come irragionevoli e non meritevoli di tutela e di riconoscimento.

PETTINATO M.C., *La libertà dell'educazione religiosa davanti ai giudici canadesi (prendendo spunto dalla sentenza* Loyola High School vs. Québec), in *Stato, Chiese e pluralism confessionale*, 2017, pp. 1-37, p. 32 definisce l'accomodamento ragionevole quale «strumento efficace di vero pluralismo culturale».

[355] EISENBERG A., *Rights in the Age,* cit., p. 621.

[356] Sul punto, cfr. BEAMAN L.G. (ed.), *Reasolable Accomodation Managing Religious Diversity*, UBC Press, Vancouver, 2012; MASON R., NICOL J., WALKER J., *An Examination of the Duty to Accomodate in the Canadian Human Rights Context*, Library of Parliament Background Papers, Ottawa, 2021 reperibile al link https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2012-01-e.pdf.

[357] *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256.

[358] JAMAL M., *Freedom of Religion in the Supreme Court: Some Lessons from Multani*, in *National Journal of Constitutional Law*, 2007, pp. 291-313.

[359] *Multani v Marguerute-Bourgeoys (Commission scolaire)* (2002), 2002 CarswellQue 1237 (Que S.C.).

kirpan a scuola, subordinato, però, a determinate condizioni[360]: si trattava, infatti, di un oggetto meramente simbolico e privo, anche da un punto di vista storico, di portata offensiva. La *Quebec Court of Appeal* si è, tuttavia, espressa in senso contrario ritenendo che permettere tale condotta avrebbe rappresentato un pericoloso precedente.

Chiamata a pronunciarsi, infine, la *Supreme Court of Canada* ha ritenuto che proibire il porto del *kirpan* avrebbe violato, in modo ingiustificato, il diritto alla libertà religiosa[361]. Premesso che all'interno delle istituzioni scolastiche è necessario garantire la sicurezza degli studenti e del personale, questa non può intendersi in modo assoluto, ma deve essere ragionevolmente bilanciata con altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, anche alla luce del carattere multiculturale della società canadese. Una proibizione assoluta della condotta in esame avrebbe comportato, infatti, anche la violazione di alcuni principi fondamentali quali il multiculturalismo, la diversità e il rispetto dei diritti delle minoranze[362].

Si noti come, similmente a quanto avviene nel *test* religioso, il momento dialettico volto al confronto tra gli interessi contrapposti è di cruciale importanza: l'accomodamento ragionevole richiede, infatti, di accertare la ragionevolezza delle argomentazioni sia a sostegno della norma sia a sostegno della pratica culturale o religiosa in discussione per poi procedere ad una possibile composizione del conflitto[363]. In altri termini, questo strumento favorisce la ragion pratica del diritto

---

[360] Ad esempio, il *kirpan* deve essere indossato sotto ai vestiti, deve essere inserito in apposita custodia in legno con chiusura di sicurezza e non può essere mostrato od utilizzato in alcun modo. Cfr. JAMAL M., *Freedom of Religion*, pp. 297.

[361] In tema di libertà religiosa e ordinamento canadese, cfr. BERGER B.L., *Freedom of Religion*, in DES ROSIERS N., MACKLEM P., OLIVER P. (ed.), *The Oxford Handbook of Canadian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2017; BERGER B.L*., Law's Religion: Religious Difference and the Claims of Costitutionalism*, University of Toronto Press, Toronto, 2015; BERGER B.L., *Section 1, Constitutional Reasoning, and Cultural Difference: Assessing the Impacts of Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony*, in *Supreme Court Law Review*, 2010, pp. 25-46.

[362] *Multani*, cit., paragrafo 74.

[363] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 120 richiama il caso del taxista che, per motivi religiosi, vietò ad un soggetto non vedente di salire in auto con il cane guida. La Corte, pur rispettando la

rispetto ad argomentazioni di natura burocratica e di stretta interpretazione normativa: «*Whereas exemption is an either or approach, accommodation is both in one. Whereas exemption keeps groups apart, accommodation bridges people. Whereas exemption can be established in the abstract (by law), accommodation requires a practical exercise. It is performative. It is not a pattern that can be repeated but an avenue that is to be walked each time anew*»[364].

Come ben sottolineato da Berger, la Corte in *Multani* riconosce e afferma l'esigenza di favorire il bilanciamento tra il diritto alla libertà religiosa e culturale e altri diritti o interessi; nel caso in cui si ritenga di dover comprimere l'esercizio di una pratica culturale o religiosa, tale limite dovrà essere giustificabile in virtù dei valori fondanti la società democratica[365].

Dall'analisi del caso, emerge, quindi, come i precetti afferenti alla religione *Sikh* siano riconosciuti in Canada come espressione di una precisa identità religiosa e, in un giudizio di accomodamento ragionevole, prevalgano sulle istanze securitarie.

Infine, è opportuno sottolineare come l'ordinamento canadese non consideri il *kirpan* quale arma ai sensi dell'articolo 88(1) del codice penale: il significato religioso attribuito al pugnale in oggetto viene considerato quale elemento essenziale per escludere la tipicità del fatto[366].

---

volontà dell'autista, ha imposto allo stesso di chiamare un altro veicolo e di attendere assieme al soggetto non vedente l'arrivo di un altro mezzo di trasporto.

[364] CARTABIA M., *The Many and the Few: Clash of Values or Reasonable Accomodation?,* in *American University International Law Review*, 2018, pp. 667-679, p. 677.

[365] BERGER B., *The Cultural Limits*, cit., p. 256.

[366] Approccio diverso è quello adottato dall'ordinamento italiano. L'articolo 4, comma secondo della legge n. 110 del 1975 in materia di armi, munizioni ed esplosivi punisce il reato di porto ingiustificato di oggetti atti ad offendere. Ora, senza entrare nel dettaglio della confessione *Sikh,* basti ricordare che i fedeli di questa religione sono tenuti a rispettare cinque fondamentali comandamenti, tra cui anche indossare il *kirpan*. Il diritto di indossare questo pugnale sacro è tutelato a livello costituzionale nell'ordinamento indiano all'articolo 25 della Costituzione che riconosce la libertà religiosa. Cfr. CAVAGGION G., *Diritto alla libertà religiosa,* cit., pp. 3-4.
Per l'ordinamento italiano, questo pugnale, per la sua natura oggettiva, viene considerato quale arma o strumento atto ad offendere e, pertanto, se portato fuori dalla propria abitazione è qualificabile quale elemento costitutivo del reato di cui sopra. La qualificazione del *kirpan* come cd. arma propria

non ammetterebbe eccezioni al divieto di porto, salvo il possesso della licenza di porto d'armi che, però, non può essere concessa se non per le armi tassativamente indicate nella disciplina di riferimento; se qualificato, invece, come cd. arma impropria, ossia come oggetto atto ad offendere, il divieto sussisterebbe solo in assenza di un giustificato motivo. Cfr. LICASTRO A., *Simboli religiosi e "valori occidentali": diritto, religione, integrazione*, in *Ordines*, 2019, pp. 113-138, pp. 118-119. Proprio facendo leva sul concetto di libertà religiosa come giustificato motivo, parte della giurisprudenza di merito italiana ha ritenuto non sussistente il carattere illecito della condotta in vicende concernenti il porto del *kirpan* da parte di fedeli *Sikh.* Cfr. BASILE F., GIANNOCCOLI M.R., *Il coltello "kirpan", i valori occidentali e gli arcipelaghi culturali confliggenti. A proposito di una recente sentenza della Cassazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, pp. 1-7, pp. 1-2; BERNARDI A., *Populismo giudiziario?,* cit., p. 674; CAVAGGION G., *Diritto alla libertà religiosa,* cit., p. 6.

In senso contrario si è espresso il Consiglio di Stato in due pareri del 2010 e del 2013 concernenti il riconoscimento di personalità giuridica quale ente di culto a-cattolico alla comunità *Sikh*. L'istanza per il menzionato riconoscimento è stata respinta in virtù di alcuni aspetti della religione *Sikh* che sarebbero in contrasto con fondamentali principi costituzionali: in particolare, oltre al divieto di divorzio per le sole donne, il Consiglio di Stato ha fatto riferimento proprio al porto obbligatorio del *kirpan,* in contrasto con la disciplina in tema di porto di armi. Cfr. BERNARDI A., *Populismo giudiziario?,* cit., pp. 677-678.

Tale orientamento sembra essere stato recepito dalla Corte di Cassazione in due sentenze del 2016, in una sentenza del 2017 e, infine, anche nel 2019. Cfr. Cass. Pen., sez. I, 14 giugno 2016, n. 24739; Cass. Pen., sez. I, 16 giugno 2016, n. 25163; Cass. Pen., sez. I, 15 maggio 2017, n. 24084; Cass. Pen., sez. VII, 18 aprile 2019, n. 16917. Nonostante la Corte non abbia messo in dubbio la valenza simbolica e religiosa della pratica, quest'ultima non si è ritenuta rilevante ai fini della sussistenza dell'esimente: il giustificato motivo, infatti, come ribadito nelle pronunce della Cassazione del 2016, richiamate anche dalla pronuncia del 2019, deve essere valutato con riferimento «a regole comportamentali lecite relazionate alla natura dell'oggetto, alle modalità di verificazione del fatto, alle condizioni soggettive del portatore, ai luoghi dell'accadimento, alla normale funzione dell'oggetto». Questa contestualizzazione serve a sottolineare, come evidenziato da LICASTRO A., *Simboli religiosi e "valori occidentali"*, cit., p. 122, che, nel caso in cui il soggetto utilizzi uno strumento atto ad offendere in modo anomalo, il dubbio e il sospetto che si voglia realizzare una azione criminosa risultano più fondati. Nel caso del *kirpan*, tuttavia, la Corte sembra non aver attuato quella contestualizzazione richiamata nelle motivazioni: l'uso religioso e simbolico del *kirpan* rappresenta un utilizzo assolutamente normale dell'oggetto per il fedele *Sikh*. Dall'argomentare della Corte è emerso, inoltre, il prevalente rilievo che la stessa ha attribuito alla sicurezza pubblica: similmente a quanto verrà affermato anche nella successiva pronuncia del 2017, la Corte ha sottolineato come il diritto alla libertà religiosa può subire restrizioni quando queste siano necessarie

a garantire altri diritti. In particolare, il fondamento giuridico di tale limitazione è stato individuato nel comma secondo dell'articolo 8 Cost. che dispone: «le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano». Cfr. CAVAGGION G., *Diritto alla libertà religiosa,* cit., p. 7.

Con la pronuncia del 2019, i giudici hanno richiamato le argomentazioni contenute nelle due sentenze del 2016 aggiungendo un ulteriore passaggio motivazionale volto a ribadire «l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale», argomentazioni che hanno sollevato accese critiche in dottrina. Tralasciando la portata mediatica di tale inciso, come ben sottolineato da BASILE F., GIANNOCCOLI M.R., *Il coltello "kirpan",* cit., p. 1, il riferimento ai «valori occidentali» e «agli arcipelaghi culturali confliggenti», non rilevante ai fini della decisione, rischia di generale uno scontro e un conflitto tra culture in aperto contrasto con gli ideali e principi multiculturali e pluralisti di una moderna società democratica.

Come evidenziato da BASILE F., GIANNOCCOLI M.R., *Il coltello "kirpan",* cit., p. 5 in queste vicende concernenti il porto del *kirpan*, il bene giuridico non tanto offeso, ma meramente posto in pericolo - solamente astratto - è un bene collettivo e spersonalizzato (la sicurezza pubblica) che limita e pregiudica un diritto fondamentale della persona «in una sorta di ribaltamento della logica dello "sbarramento invalicabile"». In tal senso anche CAVAGGION G., *Diritto alla libertà religiosa,* cit., p. 21 sottolinea come, nonostante il mantenimento della sicurezza pubblica rappresenti certamente un interesse fondamentale in una società democratica, è difficile ritenere che tale interesse venga leso da un pericolo meramente astratto legato all'esercizio della libertà religiosa.

In ottica comparata, si segnala che, generalmente, la condotta in esame è ritenuta penalmente irrilevante. Oltre a richiamare l'esperienza canadese, altri esempi in tal senso sono rappresentati dagli ordinamenti inglese, belga, olandese, statunitense e australiano. Una eccezione è la Danimarca che nel 2006 ha condannato un fedele *Sikh* per porto non giustificato di armi. Sul versante comparato, cfr. CAVAGGION G., *Diritto alla libertà religiosa,* cit., pp. 4-5.

In tema, oltre ai contributi già citati nella presente nota, si vedano anche: CARMIGNANI CARIDI S., *Ostentazione di simboli religiosi,* cit.; CAVAGGION G., *Diritti culturali,* cit.; BIANCO M.I., *Pluralismo religioso e garanzie del diritto penale. Il difficile bilanciamento tra libertà individuali ed esigenze di tutela della collettività*, in AA.VV., *Pluralismo religioso e integrazione europea: le nuove sfide*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2019, pp. 15-53; GATTA G.L., *Nota a Tribunale di Vicenza decr. 28 gennaio 2009*, in *Il corriere del merito*, 2009; GIORGIO G., *In tema di autorizzazione,* cit.; GUSMAI A., *"Giustificato motivo" e (in)giustificate motivazioni sul porto del* kirpan. *A margine di Cass. Pe., Sez. I, sent. n. 24084/2017*, in *Dirittifondamentali.it*, 2017, reperibile al link http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/Gusmai-«Giustificato-motivo»-e-ingiustificate-motivazioni-sul-porto-del-kirpan.-A-margine-di-Cass.-pen.-Sez.-I-sent.-n.-24084-2017.pdf; LICASTRO A., *Il motivo religioso*, cit.; LICASTRO A., *La "sfida" del "kirpan",* cit.; NEGRI A., *Sikh condannato per porto del* kirpan: *una discutibile sentenza della Cassazione su*

8. Riflessioni conclusive

L'esperienza canadese mette in luce l'importanza del ruolo dei giudici nella elaborazione di soluzioni in grado di rispondere alle poliedriche istanze multiculturali che si pongono in un rapporto ambivalente - di contrapposizione, ma anche di dialogo - con il diritto e, in particolare, con quello penale: «al diritto legislativo, eroso nella sua centralità dalla crisi della sovranità statale si va affiancando e sostituendo il "diritto giudiziario" che ridisegna lo scenario del diritto globale contemporaneo»[367].

---

immigrazione e "valori del mondo occidentale", in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, pp. 246-250; NICO A.M., *Ordine pubblico e libertà di religione in una società multiculturale (Osservazioni a margine di una recente sentenza della Cassazione sul* kirpan), in *Osservatorio AIC*, 2017, reperibile al link https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/anna-maria-nico/ordine-pubblico-e-libert-di-religione-in-una-societ-multiculturale-osservazioni-a-margine-di-una-recente-sentenza-della-cassazione-sul-kirpan; PERRONE R., *Porto ingiustificato di arma da parte dei migranti e "conformazione ai valori del mondo occidentale" (nota a Cass. pen., Sez. I, sent. 15 maggio 2017, n. 24084)*, in *Consultaonline*, 2017, pp. 394-408; PIROSA R., *L'antinomia del reato culturalmente motivato. Ipotesi giusfilosofiche per un ripensamento*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, pp. 78-118; PROVERA A., *Il "giustificato motivo",* cit.; RUGGIU I., *"Spogliare" i migranti. I divieti contro kirpan, burqa, hijab, come eredità coloniale europea*, in *laCostituzione.info*, 8 febbraio 2018, reperibile al link https://www.lacostituzione.info/index.php/2018/02/08/spogliare-i-migranti-i-divieti-contro-kirpan-burqa-hijab-come-eredita-coloniale-europea/; SIMONI A., *La sentenza della Cassazione sul* kirpan: *"voce dal sen fuggita"? Brevi note comparatistiche sull'adesione della Suprema Corte all'ideologia della "diversità culturale degli immigrati"*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, reperibile al link https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/note-e-commenti/fascicolo-note-2017-n-2/127-la-sentenza-della-cassazione-sul-kirpan-voce-dal-sen-fuggita-brevi-note-comparatistiche-sull-adesione-della-suprema-corte-all-ideologia-della-diversita-culturale-degli-immigrati/file.

[367] FODDAI M.A., *Giustizia partecipativa e mediazione. Il caso del Canada*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2014, pp. 193-215, p. 194. In tema, cfr. anche BALDASSARE P., *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?,* in *Ars Intrpretandi*, 2001, pp. 157-193, p. 166: «Il diritto giurisprudenziale si pone come espressione di un diritto che nasce non tanto come regola imperativa imposta dall'alto, quanto come regola che viene elaborata dalle Corti, con il sostegno della cultura giuridica nel suo complesso, per rispondere alle variegate esigenze di un contesto destrutturato e multiforme».

L'esperienza comparata illumina sulla necessità e sull'urgenza di individuare un nuovo modello di giustizia, più partecipativo, capace di sperimentare nuove soluzioni che, pur nel rispetto delle garanzie giuridiche fondamentali del sistema giustizia, sia in grado di sperimentare metodologie alternative, o per meglio dire, adeguate alla risoluzione dei conflitti culturali[368].

La necessità di tale ripensamento del sistema è avvertita *in primis* dai giudici, definiti metaforicamente «*frontline workers*»[369], proprio a sottolineare come il loro compito si spinga ben oltre la mera applicazione della legge ai singoli casi di specie. Richiamando l'accurata riflessione del filosofo del diritto Ost, come riproposta da Foddai, il ruolo del giudice si è evoluto nel tempo: si è passati dalla figura del «giudice jupiteriano», che fonda il suo sapere esclusivamente sulla legge e sui codici, a quella del «giudice erculeo», che - alla luce dei principi giuridici dell'ordinamento - è attento e sensibile alle nuove istanze provenienti dalla società e compone gli interessi dei consociati[370]. Tuttavia, come ricorda Foddai, nelle odierne società il ruolo del giudice subisce una ulteriore evoluzione in ottica conciliativa e comunicativa: «La virtù [di questo modello di giudice] (...) non sta tanto nella sua capacità di risolvere la controversia assumendo delle decisioni, quanto nella sua capacità di stare nel conflitto, incanalando le ragioni e le emozioni delle parti nelle vie della discussione razionale»[371].

---

[368] FODDAI M.A., *Giustizia partecipativa e mediazione*, cit., p. 195: «L'inadeguatezza del modello giuridico gerarchico, (...), appare direttamente relata al fenomeno di graduale declino della giurisdizione come istituzione capace di soddisfare le aspettative sociali in materia di gestione dei conflitti». L'autrice invita a un ripensamento degli elementi costitutivi del sistema giustizia, sia civile che penale, in ottica partecipativa e conciliativa. In tal senso, a p. 195 viene citato Arnaud: «[s]ono le radici stesse del contratto sociale che lega il popolo ai suoi governanti a dover essere riconsiderate: fin tanto che non lo saranno, il diritto e il sistema giustizia, con tutti i suoi servitori, non potranno che essere in crisi».

[369] Espressione utilizzata in tal senso durante il seminario tenutosi alla York University di Toronto, il 19 novembre 2021 dal titolo *Expert Roundtable on R v Morris* organizzato dal *Nathanson Centre on Transnational Human Rights, Crime and Secutiry* di Toronto.

[370] FODDAI M.A., *Giustizia partecipativa e mediazione*, cit., p. 196, citando lo scritto di Ost: «Se il giudice jupiteriano era un uomo di legge, Ercole si sdoppia in un ingegnere sociale».

[371] *Ibidem*.

L'archetipo del giudice, quale operatore di giustizia capace di porsi in comunicazione con le parti e di reinterpretare il processo non come sede dell'esasperazione del conflitto, ma come suo superamento, è quello che emerge sullo sfondo dell'esperienza canadese[372].

Merita ricordare il Rapporto pubblicato nel 2003 dalla *Law Commission of Canada* dal titolo *Transforming Relationships Through Participatory Justice*[373] volto a promuovere forme alternative di giustizia rispetto a quella tradizionale, sia nel settore civile che in quello penale[374]. Il punto di partenza delle riflessioni della Commissione è costituito dal concetto di conflitto nelle sue possibili diverse declinazioni, nozione articolata e composita che impone una risposta giuridica ampia in grado di includere anche elementi sociali e culturali che spesso esulano dalla controversia giuridica tradizionalmente e formalmente intesa[375].

Il modello canadese, in conclusione, offre sicuramente degli interessanti e fecondi spunti di riflessione circa la possibilità di individuare un paradigma di giustizia, soprattutto penale, più umano e rispettoso della dimensione sociale e culturale del singolo: «*How we resolve conflicts defines who we are as a society. It must be part*

[372] FODDAI M.A., *Giustizia partecipativa e mediazione*, cit., p. 201 richiama la metafora degli uomini in mare per spiegare la differenza tra approccio conciliativo e retributivo alla giustizia: nel primo caso, le parti o nuotano o annegano insieme perché hanno degli obiettivi comuni; nel secondo caso, una parte nuota mentre l'altra annega.

[373] Rapporto reperibile al link https://publications.gc.ca/collections/Collection/JL2-22-2003E.pdf.

[374] Sul punto è significativo notare come la Commissione abbia volutamente cercato di superare la classica dicotomia tra diritto civile e penale, individuando nel conflitto tra le parti il punto di partenza comune per le successive riflessioni che hanno come orizzonte di riferimento un nuovo paradigma di giustizia partecipativa ricomprendente sia il settore penale che quello civile. Questo nuovo modello prospettato dalla Commissione si basa su valori comuni nella gestione del conflitto civilmente e penalmente inteso, come, ad esempio, la partecipazione consensuale delle parti nella gestione della controversia, il fondamentale ruolo della comunità, la responsabilizzazione delle parti coinvolte e il rispetto reciproco. Cfr. Rapporto LAW COMMISSION OF CANADA, *Transforming Relationships Through Participatory Justice,* 2003*,* pp. 118 ss.

[375] FODDAI M.A., *Giustizia partecipativa e mediazione*, cit., p. 203.

of an ongoing search for harmonious and respectful social relationships founded on principles of justice»[376].

[376] Rapporto LAW COMMISSION OF CANADA, cit., p. x.

CAPITOLO III

La gestione dei conflitti culturali in Sudafrica: *internal limitation clause, limitation inquiry* e *uBuntu*

«È partito tutto da uno dei casi più drammatici della storia; non è partita - questa esperienza [di giustizia riparativa]- sui piccoli reati; è partita nei grandi ambiti, nei grandi reati di sangue, nelle grandi discriminazioni, nelle grandi ferite della storia»

MARTA CARTABIA

Lezione inaugurale del Corso di Dottorato in Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Bicocca,

10 gennaio 2022

SOMMARIO: 1. Il sistema giuridico sudafricano: introduzione, - 2. Il fattore culturale nel sistema giuridico sudafricano, - 2.1. Analisi di alcune pratiche culturali rilevanti in sede penale, - 2.2. *Cultural defence vs test* culturale costituzionale, - 2.2.1. *Internal limitation clause e limitation inquiry*, - 2.3. Riflessioni conclusive, - 3. Il paradigma riparativo sudafricano: l'*uBuntu*, - 3.1. Il concetto di *uBuntu*, - 3.2. Analisi di alcune rilevanti sentenze, - 3.2.1. *S v Makwanyane and another,* - 3.2.2. La giurisprudenza successiva a *S v Makwanyane,* - 3.2.3. Riflessioni parzialmente conclusive, - 3.3. La giustizia riparativa: modello alternativo o complementare?, - 3.3.1. La proposta della dottrina sudafricana.

1. Il sistema giuridico sudafricano: introduzione

Il sistema sudafricano è definito come un modello ibrido[377]; marcata è la compresenza, anche nel panorama giuridico, delle diverse realtà culturali, storiche e sociali che contraddistinguono questo paese.

[377] BENNETT T.W.,*Ubuntu. An African Jurisprudence*, Juta, Claremont, 2018, p. 2 definisce il modello sudafricano come «*hybrid or mixed*».

Il pluralismo giuridico sudafricano[378] si caratterizza per una componente di *Western common law* e una di *African customary law*[379] che insieme formano la cd. *state law*[380]. La prima costituisce il precipitato della storia del paese: il *common law* sudafricano trae, infatti, origini dalla *Roman-Dutch Law* e dalla *English Law* risalenti alle colonizzazioni olandesi e inglesi[381].

La seconda componente, ossia la *African customary law,* ha trovato pieno riconoscimento sia a livello legislativo che giurisprudenziale solo col finire dell'*apartheid*[382] e con il conseguente processo di democratizzazione del paese. Come ribadito dalla *South African Law Commission*, è la stessa Costituzione[383] a

---

[378] Sul punto si segnala che il Sudafrica è stato definito come *Rainbow Nation* proprio per sottolineare la diversità culturale del paese che si declina in ogni settore e ambito della società.

[379] Cfr. sul punto RANTENBACH C., *Introduction to Legal Pluralism in South Africa*, LexisNexis South Africa, Durban, 2018; VAN NIEKERK G.J., *The Interaction of Indigenous Law and Western Law in South Africa: a Historical and Comparative Perspective*, University of South Africa (tesi di dottorato), 1995.

[380] Queste due componenti sono quelle che vengono ufficialmente riconosciute come fonti del diritto, ma vi è, poi, una moltitudine di cd. *non-state laws.*

MATTHEE J.L., *One Person's Culture is another Person's Crime: A Cultural Defence in South African Law?*, Potchefstroom Campus of the North-West University, 2014, reperibile al link https://repository.nwu.ac.za/bitstream/handle/10394/13362/Matthee_JL.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

[381] Sul punto cfr. POTESTÀ G.L., *Introduzione. Il faticoso ritorno di Gandhi. La via sudafricana alla mano tesa*, in POTESTÀ G.L., MAZZUCATO C., CATTANEO A. (a cura di), *Storie di giustizia riparativa. Il Sudafrica dall'apartheid alla riconciliazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 7-20. A seguito della colonizzazione britannica dell'inizio del XX secolo, il territorio del Sudafrica fu spartito tra i coloni olandesi e inglesi e la popolazione nera fu esclusa da tutte le attività inerenti l'amministrazione e la politica del paese. Nel 1948 venne negata alle persone di colore la cittadinanza e si formalizzò il regime dell'*apartheid* con la creazione delle cd. *homelands o townships*. Dopo una prima fase di risposta non violenta al regime di supremazia bianca, il partito dell*'African National Congress* (ANC) con a capo Nelson Mandela, a seguito della strage di Sharpeville del 1960, decise di passare alla lotta armata dando avvio alla fase più buia e difficile dell'*apartheid* caratterizzata da una vera e propria guerra civile che durò circa trenta anni.

[382] BENNETT T.W., *Ubuntu: An African Equity*, in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, vol. 14, 2011, pp. 30-61, p. 30.

[383] Cfr. *section* 30 e 31 della Costituzione del Sudafrica, reperibile al link https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/saconstitution-web-eng.pdf.

riconoscere e tutelare il pluralismo giuridico e culturale: «*the fact of legal and cultural diversity in this county is a reality that the Constitution demands we respect*»[384].

Diverse sono le disposizioni poste a protezione e a salvaguardia di tale pluralismo. Il preambolo della Costituzione del 1966, ad esempio, dispone che «*South Africa belongs to all who live in it, united in our diversity*»[385]. Ancora, alle sezioni 15, 30 e 31 della Carta costituzionale del 1996 si riconosce il diritto di ogni individuo alla libertà religiosa e culturale e si vieta qualsiasi discriminazione basata su tali motivi[386]; a nessuna persona può essere, inoltre, negato il diritto di esercitare la propria cultura e la propria religione all'interno del gruppo di appartenenza.

2. Il fattore culturale nel sistema giuridico sudafricano

Con l'entrata in vigore della Costituzione democratica nel 1996, la *African customary law* è stata equiparata al *common law*[387] e ha ottenuto pieno riconoscimento come fonte del diritto grazie alle sezioni 30 e 31 che tutelano il diritto di esprimere la propria cultura[388] e di aderire ai suoi principi. La *African customary law* viene frequentemente associata alle tradizioni e al patrimonio

---

[384] SOUTH AFRICAN LAW COMMISSION, *Project 90: Discussion Paper 93*, 2000, p. 13.

[385] Cfr. Preambolo della Costituzione del Sudafrica, reperibile al link https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/saconstitution-web-eng.pdf.

[386] Cfr. anche la sezione 9 della Costituzione del Sudafrica.

[387] Per una approfondita analisi, anche storica, del rapporto tra *customary* e *common law*, cfr. GROBLER C., *An Analysis of the Cultural Defence in South Africa Criminal Law*, University of Pretoria, Faculty of Law, 2014, reperibile al link https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/46121/Grobler_Analysis_2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

[388] Cfr. *section* 211(3) della Costituzione: «*The courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law*». Similmente il *Bill of Rights*, alla *section* 30, dispone che «*everyone has the right to use the language and to participate in the cultural life of their choice*»; ancora, la *section* 31 recita «*Persons belonging to a cultural, religious or linguistic community may not be denied the right, with other members of that community (a) to enjoy their culture, practice their religion and use their language; and (b) to form, join and maintain cultural, religious and linguistic associations and other organs of civil society*».

culturale sudafricano e, pertanto, il diritto costituzionalmente tutelato ad esercitare la propria cultura si traduce nel riconoscimento della *African customary law* come fonte giuridica parificata alle norme di *common law*[389].

Spesso emergono, tuttavia, dei contrasti normativi tra la *Western common law* e la *African customary law* perché le due fonti giuridiche non garantiscono la medesima tutela ad alcuni diritti, soprattutto in ambito penale[390]: in specie, il diritto di matrice *Western common law* considera reati alcune delle usanze e delle pratiche riconosciute, e quindi lecite, ai sensi della *African customary law*.

Diverse tradizioni culturali indigene[391] come, ad esempio, quelle di *witchcraft* e di *witch-killing*, di *tokoloshe* e di *muti-medicine* o ancora di *necklacing* e di *ukuthwala*, di cui si dirà, costituiscono reati per il diritto penale sudafricano e violano diritti umani fondamentali.

2.1. Analisi di alcune pratiche culturali rilevanti in sede penale

Senza entrare nel dettaglio di queste complesse prassi culturali, si riportano di seguito alcuni esempi delle più diffuse e significative.

---

389 Cfr. BENNETT T.W., *Human Rights and African Customary Law Under the South African Constitution*, Juta, Cape Town, 1995, p. 23.

390 Cfr. MATTHEE J.L., *One Person's Culture,* cit., reperibile al link https://repository.nwu.ac.za/bitstream/handle/10394/13362/Matthee_JL.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

391 Per alcuni esempi di queste pratiche culturali particolarmente complesse e radicate all'interno delle diverse comunità, cfr. MWAMBENE L., KRUUSE H., *Marital Rape and the Cultural Defence in South Africa*, in *Stellenbosch Law Review*, vol. 29, 2018, pp. 25-47; NEL M., *Violent Enforcement of Traditional Beliefs: Witchcraft, Vigilantism and State Legitimacy*, in *Acta Criminologica*, vol. 27, 2014, pp. 25-42; NEL M., *Crime ad Punishment: A Legal Perspective on Vigilantism in South Africa*, University of Stellenbosch, 2016; GELDENHUYS K., *When Cultural Beliefs Turn into Crime: The Witchcraft Issue*, in *Servamus*, vol. 109, 2016, pp. 24-31; PETRUS T.S., *Cultural Profiling: the (Ab)use of Cultural Beliefs in Criminal Profiling in Witchcraft-related Cases in the Eastern Cap*e, in *Acta Criminologica*, 2010, pp. 57-68; CARSTENS P.A., *The Cultural Defence in Criminal Law: South African Perspectives*, in FOBLETS M.C., RENTELN A.D. (ed.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 175-198.

Con *witchcraft* e *witch-killing* si intendono l'insieme delle pratiche di stregoneria: sono tradizioni radicate nella cultura indigena[392] e connesse alla convinzione che alcuni membri della comunità possiedano delle doti particolari; tali capacità sovrannaturali possono tradursi a beneficio della comunità e, in questo caso, si fa riferimento alla *positive witchcraft*. Diversa è l'ipotesi in cui queste persone decidano di usare in modo negativo questi poteri causando malattia, sfortuna o morte delle vittime designate. In quest'ultimo caso, il soggetto che pratica la maledizione viene ucciso e colui che compie il delitto in questione invoca una difesa culturale. Il reo, infatti, è convinto di agire a beneficio della comunità e nel rispetto della cultura diffusa, ritenendo l'omicidio l'unica modalità per liberarsi dalla maledizione inflitta[393].

Tra i rituali più utilizzati per uccidere questi soggetti accusati di stregoneria vi è il cd. *necklacing*: alla vittima, cosparsa di benzina, viene posta una ruota attorno al collo impregnata di liquido infiammabile e viene appiccato il fuoco. L'intera comunità assiste in segno di ringraziamento verso il reo che ha sconfitto il male.

Ancora, la pratica di *muti-medicine* consiste in particolari forme di medicina alternativa: alcune persone, chiamate *traditional healers*, sono portatrici di conoscenze tramandate di generazione in generazione e utilizzano erbe e altri prodotti naturali per curare diverse malattie. Il conflitto normativo sorge rispetto alla responsabilità penale di coloro che utilizzano parti del corpo umano di una vittima designata per la preparazione di queste cosiddette medicine di antica tradizione, con significato simbolico e spirituale.

Infine, con l'*ukuthwala* si fa riferimento a cerimonie prematrimoniali che possono assumere anche la natura di rapporti sessuali contro la volontà della donna.

---

[392] Si segnala che il Parlamento del Sudafrica, con l'intento di impedire l'ulteriore diffondersi di queste pratiche, nel 1957 ha approvato il *Witchcraft Suppression Act 3.* Tuttavia, come segnalato da MATTHEE J.L., *One Person's Culture,* cit., p. 129, tale atto non è stato recepito positivamente dalle comunità che credono nella stregoneria e che continuano a praticarla.

[393] MATTHEE J.L., *One Person's Culture,* cit., pp. 109-132 approfondisce il *witchcraft* e *witch-killing.*

Come sottolineato dall'autore, si tratta di pratiche culturali e religiose radicate all'interno delle comunità indigene del paese e spesso connesse anche a situazioni di povertà e di non istruzione.

In tutte queste ipotesi, a seconda del grado dell'offesa arrecata, il soggetto imputato può essere condannato ai sensi del diritto penale di *common law* per omicidio, tentato omicidio, lesione gravi o gravissime, violenza sessuale, sequestro di persona.

Fino a che punto il diritto ad esercitare la propria cultura, diritto che trova la sua massima espressione nella *African customary law*, può essere tutelato? La negazione della cd. *cultural defence* potrebbe essere una lesione e una delegittimazione della *African customary law* o, invece, sarebbero già presenti dei meccanismi volti a garantire un concreto ed effettivo riconoscimento del pluralismo culturale senza, tuttavia, autorizzare violazioni dei diritti umani?

2.2. *Cultural defence vs test* culturale costituzionale

Nonostante il Sudafrica sia considerato un ordinamento pluralistico e multiculturale per eccellenza, la difesa culturale non è mai stata prevista formalmente all'interno del sistema giuridico. Non mancano, naturalmente, studiosi favorevoli all'inserimento di tale *defence*: Carstens[394], in particolare, ritiene che, alla luce del pluralismo giuridico e culturale del paese, l'adozione della *cultural defence* sia una necessità. Per l'autore citato, questa costituirebbe utile ed indispensabile strumento per bilanciare e meglio correlare le istanze culturali con il diritto penale; viceversa, la mancata formalizzazione di tale *defence* andrebbe a depotenziare il concetto di giustizia in un contesto multiculturale come quelle sudafricano[395]. Sarebbe la stessa Costituzione che, implicitamente, con le plurime disposizioni dedicate alla diversità culturale e religiosa che connota il paese[396], suggerirebbe l'introduzione di tale *defence*

Tuttavia, come ben evidenziato da altri autori[397], la Costituzione prevede già strumenti giuridici volti a tutelare le istanze culturali anche in sede penale. Il

[394] Cfr. CARSTENS P.A., *The Cultural Defence in Criminal Law*, cit., pp. 175-198.

[395] *Ibidem*.

[396] *Ibidem*.

[397] BENNETT T.W., *The Cultural Defence and the Custom of Thwala in South African Law*, in *University of Botswana Law Journal*, vol. 10, 2010, pp. 3-26.

riferimento è, in particolare, alle cd. *internal limitation clause* e *limitation inquiry* previste rispettivamente alle sezioni 30, 31 e 36 della Costituzione.

2.2.1. *Internal limitation clause* e *limitation inquiry*

Ai sensi della sezione 30 della Costituzione, ogni individuo ha il diritto di utilizzare la propria lingua e di scegliere a quale cultura appartenere[398]; similmente, la sezione 31 della Costituzione dispone che a nessun membro di un gruppo culturale, religioso o linguistico minoritario possa essere negato il diritto di esercitare liberamente le proprie tradizioni culturali[399]. Sul punto una precisazione risulta necessaria: la cultura che viene tutelata dalla Costituzione è la cultura del gruppo di appartenenza e non una particolare convinzione o uno specifico credo del singolo individuo. Sarà, quindi, necessario dimostrare che la pratica, di cui si tratta, è diffusa e condivisa dal gruppo di appartenenza e che il soggetto è membro di tale specifica comunità[400].

Al paragrafo secondo di entrambi gli articoli appena menzionati si dispone che il diritto alla cultura non può mai violare altre disposizioni presenti nel *Bill of Rights,* poste a tutela dei diritti umani. Tale previsione normativa prende il nome di *internal limitation clause* e ha la funzione di evitare che l'esercizio del diritto alla cultura possa comprimere o negare altri diritti fondamentali[401]. Ogniqualvolta un soggetto dichiara di aver agito nel rispetto delle norme culturali proprie del gruppo di appartenenza sarà necessario verificare se la pratica culturale supera positivamente il vaglio della *internal limitation clause*.

Alla sezione 36 si prevede che le disposizioni contenute nel *Bill of Rights* possano soccombere a condizione che sussista un motivo giustificabile per una società democratica, rispettosa dei diritti umani inviolabili, e che vengano attentamente

---

[398] Cfr. *Constitution of the Republic of South Africa* 108, 1996, *section* 30 e 31 del *Bill of Rights*.

[399] *Ibidem*.

[400] Cfr. BENSON I.T., *Can Law Avoid Creating Culture and Religion in Its Own Image? The Context for Diversity, Religion and Culture in MEC for Education: KwaZulu-Natal and Others v Navaneethum Pillay: Reflections a Decade Later*, in *Journal for Juridical Science*, vol. 42, 2017, pp. 120-142, p. 127.

[401] Cfr. BENNETT T.W., MILLS C., MUNNICK G., *Virginity Testing: a Crime, a Delict or a Genuine Cultural Tradition?*, in *Journal of South African Law*, 2010, pp. 254-270, p. 262.

esaminati i criteri[402] di valutazione di seguito riportati: la natura del diritto che si mira a far prevalere; la *ratio* e la portata della limitazione; il rapporto tra la limitazione e i motivi alla base della stessa; eventuali comportamenti alternativi o meno lesivi per raggiungere il medesimo scopo[403]. Il procedimento sopradescritto, cd. *limitation inquiry,* consente dunque che leggi o consuetudini di diffusa applicazione a tutti i membri di un determinato gruppo possano essere considerate applicabili anche se violano altri diritti, purchè vi sia un bilanciamento tra la limitazione al diritto costituzionalmente tutelato e i benefici che tale restrizione può comportare[404].

Una pratica culturale diffusa e generalmente riconosciuta potrà, pertanto, essere ritenuta meritevole di tutela anche in ipotesi in cui violi il *Bill of Rights*, se e nella misura in cui tale violazione superi positivamente la *limitation inquiry* di cui alla sezione 36.

In conclusione, la funzione della *internal limitation clause* e della *limitation inquiry* è quella di garantire che l'esercizio del diritto alla cultura non possa essere invocato come agevole difesa contro violazioni dei diritti umani fondamentali[405] e i meccanismi di bilanciamento servono ad assicurare che la dignità umana prevalga ogniqualvolta si verifichino delle situazioni di conflitto tra sistemi giuridici portatori di diversi valori culturali[406].

---

[402] CURRIE I., DE WAAL J., *The Bill of Rights Handbook*, Juta, Cape Town, 2005, p. 178. Gli autori evidenziano come questi criteri non rappresentino un vero e proprio *test* formalizzato e, comunque, anche altri fattori possono essere presi in considerazione.

[403] Cfr. *Constitution of the Republic of South Africa* 108, 1996, *section* 36 del *Bill of Rights*.

[404] BENNETT T.W., MILLS C., MUNNICK G., *Virginity Testing: a Crime,* cit., p. 263.

Cfr. anche *S v Bhulwana; S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (CC), paragrafo 18: «*In sum, therefore, the Court places the purpose, effects and importance of the infringing legislation on one side of the scales and the nature and effect of the infringement caused by the legislation on the other. The more substantial the inroad into fundamental rights, the more persuasive the grounds of justification must be*».

[405] BENNETT T.W., *The Cultural Defence,* cit., p. 23.

[406] LABUSCHAGNE J.M.T., SCHOEMAN N.S., *Die Inheemse Ukuthwala-gebruik, Wederregtelikheidsbewussyn en Strafregtelike Aanspreeklikheid weens Ontvoering*, in *Journal for Juridical Science*, 1988, pp. 33-45.

La sede di questo difficile bilanciamento è il processo: sarà compito delle Corti individuare il corretto equilibrio tra l'esercizio del diritto alla cultura e la tutela dei diritti umani che di volta in volta possono essere violati[407].

Come suggerito da Mwambene e Kruuse[408], sarebbe opportuno consentire una consulenza volta a chiarire la pratica culturale; questo permetterebbe alle Corti di avere una migliore comprensione delle motivazioni della stessa e impedirebbe alla difesa di manipolare il fattore culturale con intento strategico. Si favorirebbe, così, un dialogo costruttivo tra le istituzioni e le comunità in un'ottica di reciproca comprensione e con l'obiettivo di promuovere la piena tutela dei diritti umani[409] e lo sviluppo di un sistema giuridico pluralistico ed inclusivo.

Come affermato dal giudice Van der Westhuizen J, nella sentenza *Shilubana v Nwamitwa*[410], le tradizioni culturali non sono statiche e immutabili, ma, anzi, esse possono adattarsi all'evolversi della società in modo dinamico e flessibile. A solo un anno di distanza, con la pronuncia *MEC for Education*[411], il giudice O'Regan J ha ribadito che la cultura è uno strumento fondamentale per fornire significato

---

[407] Cfr. *Alexkor Ltd v Richtersveld Community* 2004 5 SA 460 (CC), paragrafo 53; *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly In re Certification of the Constitution of the RSA, 1996* 1996 4 SA 744 (CC) 197; *Bhe v Magistrate Khayelitsha* 2005 1 SA 580 (CC), paragrafi 81 e 153.
I giudici hanno ribadito che solo quella che viene definita «*living version of customary law*» può trovare recepimento nel Sudafrica democratico: in particolare, solo la *African customary law* che è stata in grado di evolversi ed è rispettosa dei diritti umani potrà essere presa in considerazione dalle Corti in caso di conflitto normativo.

[408] MWAMBENE L., KRUUSE H., *Marital Rape and the Cultural Defence,* cit., p. 44.

[409] Come ben sintetizzato da CHANOCK M., *Constitutionalism, Democracy and Africa: Constitutionalism Upside Down*, in ELLMANN S., KLUG H., ANDREWS P. (ed.), *For Martin Chanock: Essays on Law and Society*, Federation Press, Alexandria, 2012, pp. 27-44, p. 127: «*one of the most urgent tasks of democratisation in Africa is to democratise in such a manner that law and the rule of law are relevant to social experience (...) It is extremely alienating for people to live under a system of law which does not connect to their social exprience*».

[410] Cfr. *Shilubana and Others v Nwamitwa and Others* 2007 5 SA 620 (CC), paragrafo 54.

[411] *MEC for Education, KwaZulu-Natal, and Others v Pillay* 2008 (1) SA 474 (CC).
Cfr. AMPOFO-ANTI O., BISHOP M., *On the Limits of Cultural Accommodation: KwaZulu-Natal MEC for Education v Pillay*, in *Acta Juridica*, 2015, pp. 459-494.

all'esistenza umana e deve sempre perseguire il rispetto della dignità, dell'unità e della solidarietà tra i membri della comunità.

2.3. Riflessioni conclusive

Il diritto costituzionalmente tutelato di esercitare liberamente la propria cultura non costituisce, come si è analizzato, un formale riconoscimento della *cultural defence,* ma rappresenta, invece, la chiave interpretativa per risolvere i conflitti tra diritto e cultura. La lettura costituzionalmente orientata della *African customary law* permette di tutelare, da un lato, i diritti fondamentali inviolabili e, dall'altro, il diritto di conformarsi alle pratiche culturali della comunità di appartenenza.

La Carta Costituzionale del Sudafrica, che si connota per il cd. *transformative constitutionalism*[412], impone una continua revisione del rapporto tra le due diverse anime del sistema giuridico al fine di promuovere la concreta ed effettiva tutela dei diritti sanciti dal *Bill of Rights*: un continuo *work-in-progress* per garantire che le tradizioni e le pratiche culturali o religiose rispettino gli *standards* di tutela sanciti nella Costituzione. Ovviamente, è un processo articolato che implica una graduale trasformazione non solo del sistema giuridico, ma anche della società nel suo complesso; come ben sintetizzato dal giudice Langa: «*transformation is not something that occurs only in courtrooms, parliaments and governmental departments. (...) is indispensable to our society*»[413].

3. Il paradigma riparativo sudafricano: l'*uBuntu*

Nonostante gli sforzi per armonizzare le diverse componenti giuridiche e dar vita a un modello unitario, l'ordinamento sudafricano rimane fortemente caratterizzato da un marcato dualismo: la *African customary law* è stata formalmente equiparata alle altre fonti di diritto, ma resta, comunque, espressione di un sistema giuridico

[412] Tra gli altri, cfr. DAVIS D.M., KLARE K., *Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law*, in *South African Journal of Human Rights*, vol. 26, 2010, pp. 403-509.

[413] LANGA P., *Transformative Constitutionalism*, in *Stellenbosch Law Review*, vol. 17, 2006, pp. 351-360, p. 358.

separato e distinto dal *common law* ed è, spesso, considerata di rango inferiore rispetto alla legge propriamente intesa[414].

Non mancano, tuttavia, esempi di positiva riuscita del processo di armonizzazione tra queste due componenti: il concetto di *uBuntu*[415] costituisce una delle massime dimostrazioni in tal senso.

uBuntu è un termine proprio della cultura e della tradizione africana, diffusamente utilizzato quale principio di diritto dalla *African customary Law* e incorporato all'interno del sistema di *Western common law*[416]; è un vibrante, flessibile e dinamico strumento giuridico, espressione di un possibile modello riparativo di giustizia.

3.1. Il concetto di *uBuntu*

Il termine *uBuntu* (anche noto come *botho* in alcune lingue del paese) è comunemente associato a ideali di solidarietà, di comprensione reciproca e di rispetto della dignità dell'uomo sia come singolo che come parte di una comunità[417]; i principi sottesi a questo concetto non si rivolgono solo al singolo, ma anche all'individuo concepito come parte di un gruppo. Significativa, in tal senso, è la puntualizzazione di Bennett: «*while the Western conception of dignity envisages the individual as the right-barer, ubuntu sees the individual as embedded in a community*»[418].

---

[414] BENNETT T.W., *Ubuntu: An African Equity*, cit., p. 30.

[415] Crf. PRAEG L., *An Answer to the Question: What is [ubuntu]?*, in *South African Journal of Philosophy*, vol. 27, 2008, pp. 367-385.

[416] Cfr. BENNETT T.W., *Ubuntu. An African Jurisprudence,* cit., p. 8 per una riflessione sulla scelta di non tradurre questo termine in inglese.

[417] Cfr. SKELTON A., *The South African Constitutional Court's Restorative Justice Jurisprudence*, in *Restorative Justice: An International Journal*, vol. 1, 2013, pp. 122-145, p. 123. In tal senso anche MAFEJE A., *Africanity: a Combative Ideology*, in *Codesria Bulletin*, 2000, pp. 66-77; MOKGORO Y., *Ubuntu and the Law in South Africa*, in *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 4, 1998, pp. 15-24.

[418] BENNETT T.W., *Ubuntu: An African Equity*, cit., p. 48.

Come ben sintetizzato dall'arcivescovo anglicano Desmond Tutu, premio Nobel per la pace recentemente scomparso[419], e figura fondamentale per il processo di riconciliazione del paese dopo gli anni di *apartheid*, l'*uBuntu* esprime l'appartenenza del singolo «*to a bundle of life*»[420].

Il primo utilizzo della parola *uBuntu* in forma scritta risale al 1846 e descriveva una particolare qualità dell'animo umano[421]. Solo a partire dai primi anni '20 del secolo scorso, il termine ha assunto un particolare valore etico-sociale e culturale ed è stato utilizzato da diversi movimenti politici che rivendicavano il riconoscimento delle identità dei popoli africani, tra gli altri, dagli Zulu[422].

Nel 1980 è stato pubblicato il primo studio interamente dedicato al concetto di *uBuntu* e alle sue possibili implicazioni politico-sociali[423]: in quest'opera, gli autori hanno associato *uBuntu* al concetto di *humanism.*

Questo binomio semantico è stato adottato, a partire dagli anni '90, anche dalla Commissione sudafricana incaricata di redigere la nuova Costituzione democratica del paese dopo il violento periodo di segregazione razziale. Nella *South Africa's Interim Constitution*[424] del 1993, nell'epilogo intitolato *National Unity and Reconciliation,* si legge:

---

[419] Cfr. CERETTI A., *Desmond Tutu. L'Arcivescovo della Nazione Arcobaleno*, in *Questione giustizia*, 3 gennaio 2022, reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/desmond-tutu-l-arcivescovo-della-nazione-arcobaleno?idn=78&idx=28211&idlink=3&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=20220108.

[420] TUTU D., *No Future Without Forgiveness*, Rider, London, 1999, p. 34-35.

[421] Le origini di questa parola vengono fatte risalire alla lingua *Bantu*, una delle lingue del Sudafrica. Cfr. SVARCA I., *Ubuntu in the Transitional Justice Mechanisms of South Africa*, in DIEDRICH F. (ed.), *Ubuntu, Good Faith and Equity: Flexible Legal Principles in Developing a Contemporary Jurisprudence*, Juta, Claremont, 2012, pp. 115-124, p. 115.

[422] Cfr. BENNETT T.W., *Ubuntu. An African Jurisprudence*, p. 26 per una sintetica ricostruzione storica di questi movimenti politici.

[423] SAMKANGE S., SAMKANGE T.M., *Hunhuism or Ubuntuism: a Zimbabwe Indigenous Political Philosophy*, Graham, Salisbury, 1980.

[424] A seguito delle prime elezioni democratiche tenutesi nel 1994 è stata approvata la versione definitiva della Costituzione, entrata in vigore nel 1996.

«*The adoption of this Constitution lays the secure foundation for the people of South Africa to transcend the divisions and strife of the past, which generated gross violations of human rights, the transgression of humanitarian principles in violent conflicts and a legacy of hatred, fear, guilt and revenge. These can now be addressed on the basis that there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for uBuntu but not for victimization*»[425].

Alcuni anni dopo, nel 1995, l'*uBuntu* è stato individuato quale principio guida dei lavori della *Truth and Reconciliation Commission* (da qui in avanti, TRC)[426] e posto

---

Per una sintesi storica dei lavori che hanno portato all'approvazione della Costituzione del 1994, cfr. KHUNOU S.F., NTHAI S., *The Contribution of Ubuntu to the Development of Constitutional Jurisprudence in a Democratic South Africa*, in DIEDRICH F. (ed.), *Ubuntu, Good Faith and Equity,* cit., p. 53 e s.

[425] *Interim Constitution Act* 200 of 1993.

L'inserimento del termine *uBuntu* nella *Interim Constitution* è espressione del riconoscimento e del rispetto verso la cultura africana da parte della popolazione bianca del paese. Cfr. SVARCA I., *Ubuntu in the Transitional Justice Mechanisms*, cit., p. 119.

[426] Cfr. in tal senso *The Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report* del 1998.

L'esperienza della TRC è considerata uno dei massimi esempi di applicazione del modello riparativo. La TRC è stata incarica di fare luce sui crimini commessi dal 1960 al 1994 durante il periodo di *apartheid*. Questa commissione, costituita con il *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34* del 1995 e presieduta dall'arcivesco Desmond Tutu, era articolata in tre sottogruppi. Il primo, cd. *Human Rights Violation Commitee,* era incaricato di individuare le vittime di quegli anni e di ricostruire la loro storia anche in termini di violenze subite; furono raccolte più di ventunomila testimonianze tramite udienze pubbliche, cui fu riservato ampio spazio mediatico. Il secondo, cd. la *Reparation and Rehabilitation Committee*, era responsabile di fornire supporto psicologico ed economico alle vittime. Infine, il cd. *Amnesty Committee* era incaricato di valutare le posizioni di coloro che avevano perpetuato le violenze. I compiti della Commissione sono stati espressamente definiti dalla legge del 1995: ricostruire, tramite udienze e testimonianze, le violazioni dei diritti umani commesse dal primo marzo 1960 (massacro di Sharpeville) al dieci maggio 1994 (inizio della presidenza di Nelson Mandela); valutare l'opportunità di concedere l'amnistia a coloro che avessero confessato tutti i crimini commessi per motivi politici; dare voce alle vittime, in ottica riparativa; fornire un rapporto complessivo dei lavori svolti. Nel 1998 furono resi pubblici i risultati dei lavori della Commissione, raccolti in cinque volumi, cui se ne aggiunsero altri due negli anni 2000. Cfr. METZ T., *South Africa's Truth and Reconciliation Commission in*

a fondamento dei nuovi ideali di giustizia del paese[427]. Come affermato da Yamamoto: «*Restorative justice is reflective of the African notion of 'ubuntu' or interconnectedness. Ubuntu is the idea that no one can be healthy when the community is sick (...) it characterizes justice as community restoration*»[428].

Dello stesso anno è la pubblicazione di Augustine Shutte[429], cui si deve la nota citazione «*a person is a person through people*»[430] che esprime magistralmente i valori fondanti alla base dell'*uBuntu*.

Nel 1997, il *White Paper for Social Welfare* dedica l'intera sezione 24 al concetto di *uBuntu*, considerato un ottimo modello per lo sviluppo del *welfare* sociale[431].

Il giudice Mokgoro, in un contributo del 1998 circa il rapporto tra l'*uBuntu* e la legge[432], ha affermato che questo termine rappresenta «*a world-view of African societies*»[433]; ancora, il professor Mkhize ha ribadito come «*the personhood is defined in relation to the community (...). To be is to belong and to participate*»[434].

Light of Ubuntu: A Comprehensive Appraisal, in SWART M., VON MARLE K. (ed.), *The Limits of Transition: The South African Truth and Reconciliation Commission 20 Years on*, Brill Nijhoff, Boston, 2017, pp. 221-252; POTESTÀ G.L., *Introduzione. Il faticoso ritorno di Gandhi*, cit., pp. 7-20; MAEPA T., *The Truth and Reconciliation Commission as Model of Restorative Justice*, in MAEPA T. (ed.), *Beyond Retribution. Prospects for Restorative Justice in South Africa*, Institute for Security Studies, Pretoria, 2005, pp. 66-88; BORAINE A., *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press Southern Africa, Cape Town, 2000; LLEWELLYN J.J., HOWSE R., *Institutions for Restorative Justice: the South African Truth and Reconciliation Commission*, in *The University of Toronto Law Journal*, vol. 49, 1999, pp. 355-388.

[427] BENNETT T.W., *Ubuntu: An African Equity*, cit., p. 33.

Per un approfondimento in tema di *transitional justice* durante l'esperienza della TRC, cfr. SVARCA I., *Ubuntu in the Transitional Justice Mechanisms*, cit., p. 120 e s.

[428] YAMAMOTO E.K., *Race Apologies*, in *Journal of Gender, Race and Justice*, vol. 1, 1997, pp. 47-88, p. 52.

[429] SHUTTE A., *A Philosophy for Africa*, Marquette University Press, Milwaukee, 1995.

[430] In lingua *isiXhosa*: «*umuntu ngumuntu ngabantu*».

[431] *Department of Welfare of the Republic of South Africa*, 1997 reperibile al link https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/whitepaperonsocialwelfare0.pdf.

[432] MOKGORO Y., *Ubuntu and the Law,* cit., p. 15.

[433] MOKGORO Y., *Ubuntu and the Law,* cit., p. 2.

[434] MKHIZE N., *Ubuntu and Harmony*, in NICOLSON R. (ed.), *Persons in Community: African Ethics in a Global Culture*, University of Kwazulu-Natal Press, Scottsville, 2008, pp. 35-44, p. 39.

Nonostante non esista una definizione univoca e non sia neppure volutamente adottata una traduzione letterale di questo termine[435], *uBuntu* è da intendersi quale principio alla base delle relazioni umane, sia del singolo che della comunità. La dignità[436], il rispetto per il prossimo, la tutela dei diritti umani fondamentali[437] e dei valori democratici sono i principi fondanti di questo concetto[438]. L'*uBuntu* valorizza l'essere umano portatore di una propria identità e, contemporaneamente, attribuisce fondamentale importanza al comportamento del singolo nelle sue interazioni con la comunità[439]. L'individuo, oltre ad identificarsi col gruppo e a considerarsi parte integrante dello stesso, è in rapporto di profonda solidarietà con gli altri consociati[440]. L'essere umano, infatti, è tale attraverso gli altri: «*humanity through community*»[441] e «*I am because we are*»[442] sono alcune delle espressioni che meglio

[435] MNYKA M., MOTLHABI M., *The African Concept of Ubuntu/Botho and Its Socio-Moral Significance*, in *Black Theology: An International Journal*, vol. 3, 2005, pp. 215-237.

[436] La tutela e il rispetto della dignità umana sono strettamente collegati con una nozione storico-filosofica di giustizia. Sul punto cfr. FOLEY T., *Developing Restorative Justice,* cit., p. 47.

[437] Cfr. MOKGORO Y., *Ubuntu as a Legal Principle in an Ever-Changing World*, in DIEDRICH F. (ed.), *Ubuntu, Good Faith and Equity,* cit., pp. 1-2. Similmente anche BOTHA C., *Statutory Interpretation: An Introduction for Students*, Juta, Cape Town, 2005.

Per completezza, si segnala che KEEVY I., *Ubuntu: Ethnophilosophy and Core Constitutional Value(s)*, in DIEDRICH F. (ed.), *Ubuntu, Good Faith and Equity,* cit., pp. 24-49 evidenzia come l'*uBuntu*, in realtà, abbia anche una «*dark side*» che impedirebbe di elevare lo stesso a principio costituzionale; l'autore elenca alcuni degli aspetti negativi che sono parte integrante di questo concetto: la gerarchia patriarcale, la diseguaglianza di genere, la discriminazione soprattutto in base all'orientamento sessuale.

[438] Cfr. MORE M.P., *South Africa Under and After Apartheid*, in WIREDU K. (ed.), *A Companion to African Philosophy*, Blackwell, Oxford, 2006, pp. 149-159.

[439] KAMGA S.D., *Cultural Values as a Source of Law: Emerging Trends of Ubuntu Jurisprudence in South Africa*, in *African Human Rights Law Journal*, vol. 18, 2018, pp. 625-649, p. 647 definisce i singoli come rami dello stesso albero per sottolineare questo concetto.

[440] Sul punto, cfr. METZ T., *Toward an African Moral Theory*, in *Journal of Political Philosophy*, vol. 15, 2017, pp. 321-341, p. 321.

[441] BENNETT T.W., *Ubuntu. An African Jurisprudence,* cit., p. 33.

[442] *Ibidem*.

sintetizzano questo concetto[443]. Come ben evidenziato da Bennett[444], nonostante una traduzione possa risultare utile per facilitare una sua più diffusa comprensione, è necessario avere contezza delle molteplici implicazioni anche culturali difficilmente traducibili[445].

È interessante analizzare come questo termine sia stato concretamente applicato anche in un contesto culturale, sociale e giuridico diverso e più ampio rispetto a quello di *African customary law*.

3.2. Analisi di alcune rilevanti sentenze

Dal 1993, anno in cui il concetto di *uBuntu* è stato menzionato formalmente all'interno del sistema giuridico sudafricano, le Corti lo hanno diffusamente[446] utilizzato nelle loro motivazioni in diversi settori del diritto[447], ma l'ambito in cui

---

[443] Un'altra diffusa espressione è quella utilizzata da John Donne, come riportato da BENNETT T.W., *Ubuntu. An African Jurisprudence,* cit., p. 33: «*No man is an island, entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main*».

[444] Cfr. BENNETT T.W., *Ubuntu: An African Equity*, cit., p. 31.

[445] Sul punto anche ROEDERER C., MOELLENDORF D., *Jurisprudence*, Juta, Landsdowne, 2004.

[446] BENNETT T.W., *Ubuntu. An African Jurisprudence,* cit., p. 60 riporta come la parola *uBuntu* sia stata citata in più di 39 casi giurisprudenziali negli ultimi anni; tra questi, 19 casi davanti alla *Constitutional Court* e 2 casi alla *Supreme Court of Appeal*.

[447] Senza pretese di completezza, si segnalano di seguito alcune pronunce in materia attinenti al diritto amministrativo, al diritto costituzionale, al diritto privato e al diritto del lavoro: *Bophunthatswana Broadcasting Corporation v Ramosa and others* [1997] JOL 283 (B); *S v Mandela* [2001] JOL 7754 (C*); Crossley and others v National Commissioner of South African Police Service and others* [2004] 3 All SA 436 (T); *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* [2005] (1) SA 217 (CC); *Barkhuizen v Napier* [2007] (5) SA 323 (CC); *City of Johannesburg v Rand Properties (Pty) Limited and others* [2007] (1) SA 78 (W); *Manyatshe v M&G Media Ltd and others* [2009] JOL 24238 (SCA); *Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd* [2012] (1) SA 256 (CC); *Dula Investments (pty) Ltd v Woolworths (Pty) Limited* [2013] JOL 30323 (KZD); *NM v Presiding Officer od Children's Court, Krugersdorp, and others* [2013] (4) SA 379 (GSJ); *Resnick v Government of the Republic of South Africa and another* [2014] (2) SA 337 (WCC); *Shoprite Checkers (Pty) Ltd v MEC for Economic Development, Eastern Cape and others* [2015] (6) SA 125 (CC).
Sul punto di rimanda all'analisi di BENNETT T.W., *Ubuntu. An African Jurisprudence,* cit., pp. 60-100.

esso ha rivestito e riveste tuttora un ruolo fondamentale è quello della giustizia penale. È stato, infatti, associato ai valori della giustizia riparativa[448], che ben si coniugano con l'obiettivo più intimo e profondo dell'*uBuntu*: la realizzazione dell'armonia sociale. Come affermato da Mangena, questi concetti si completano a vicenda e, pertanto, l'approccio africano[449] alla giustizia riparativa non può essere compreso ed analizzato se non tramite l'*uBuntu*[450].

3.2.1. *S v Makwanyane and another*

L'*uBuntu* viene menzionato per la prima volta dalla Corte Costituzionale[451] nella sentenza *S v Makwanyane and another*[452] che, per i temi ad oggetto, assume particolare rilevanza in sede penale.

---

[448] Cfr. HIMONGA C., TAYLOR M., POPE A., *Reflections on Judicial Views of Ubuntu*, in *Potchefstroom Electronic Law Journal,* vol. 16, 2013, pp. 370-247, p. 374; T.W., *Ubuntu: An African equity*, cit., p. 34.

Lo stesso autore segnala come il modello riparativo basato sul concetto di *uBuntu* sia stato individuato come manifesto programmatico per la riformulazione dei cd. *Traditional Courts* dal *Traditional Courts Bill* del 2008.

In tema, fra gli altri, cfr. O'MAHONY D., DOAK J., *Reimagining Restorative Justice. Agency and Accountability in the Criminal Process*, Hart, Oxford, 2017; VAN DER SPURY E., PARMENTIER S., DISSEL A. (ed.), *Restorative Justice: Politics, Policies and Prospects, Juta*, Cape Town, 2008; TSHEHLA B., *The Restorative Justice Bug Bites the South African Criminal Justice System*, in *South African Journal of Criminal Justice*, vol. 17, 2004, pp. 1-16.

Per una riflessione criminologica e filosofica, cfr. HORGOVAN H., *Restorative Justice: Yesterday, Today and Tomorrow. Making Sense of Shifting Perspective in Criminal Control and Criminal Justice in South Africa*, in *Acta Criminalia*, vol. 20, 2007, pp. 79-90.

[449] Per una analisi storico-economica, cfr. GALLINETTI J., REDPATH J., SLOTH-NIELSEN J., *Race, Class and Restorative Justice in South Africa: Achilles Heel, Glass Ceiling or Crowning Glory?*, in *South African Journal of Criminal Justice*, vol. 17, 2004, pp. 17-40.

[450] MANGENA F., *Restorative Justice's Deep Roots in Africa*, in *South African Journal of Philosophy*, vol. 34, 2015, pp. 1-12, p. 6.

[451] Per completezza di analisi, si segnala che il Sudafrica è un paese di *common law* in cui vige il principio dello *stare decisis*. Le decisioni della *Supreme Court of Appeal* e della *Constitutional Court* sono, pertanto, vincolanti per tutte le Corti di grado inferiore.

[452] *S v Makwanyane and another* [1995] (3) SA 391 (CC).

La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità della pena di morte per un soggetto imputato di omicidio, ha basato le sue argomentazioni proprio sul concetto di *uBuntu*.

I giudici hanno affermato che «*to be consistent with the value of "uBuntu" South Africa should be a society that 'wishes to prevent crimes (...) not to kill criminals simply to get even with them'*»[453].

La base motivazionale per ritenere non ammissibile la pena di morte è stata individuata nell'*uBuntu*, concetto interpretato alla stregua di fondamentali valori costituzionali, quali il diritto alla vita, alla dignità della persona, all'assenza di trattamenti inumani e degradanti.

Sette dei magistrati presenti hanno espressamente richiamato l'*uBuntu* nelle loro argomentazioni[454], di seguito analizzate nei passaggi più rilevanti.

Il giudice Langa J[455] ha definito l'*uBuntu* come un valore culturale tipicamente africano che attribuisce rilevanza alla comunità e all'interdipendenza dei suoi membri[456]. Egli ha illustrato, inoltre, come l'*uBuntu* riconosca al singolo i fondamentali diritti umani, ma al contempo richieda che vengano esercitati nel rispetto degli altri consociati[457].

Similmente, i giudici Mahomed J e Mokgoro J hanno ribadito la stretta reciprocità tra il singolo e la collettività[458]. In particolare, Mokgoro J ha affermato che l'*uBuntu* rappresenta un valore chiave nella rinascita democratica del paese[459] in quanto è

---

[453] *Ibidem*, paragrafo 223 con citazione della sentenza *Furman v Georgia* [1972] USSC 170.

[454] Cfr. KROEZE I.J., *Doing Things with Values: the Case of uBuntu,* in CORNELL D., MUVANGA N. (ed.), *Ubuntu and the Law. African Ideals and Postapartheid Jurisprudence*, Firdham University Press, New York, 2012, pp. 333-343.

[455] Si segnala che nei testi in lingua originale i nomi dei giudici della Corte Costituzionale sono seguiti dalla lettera J (es. Langa J); il nome del presidente è, invece, seguito dalle lettere CJ (*chief justice*).

[456] *S v Makwanyane*, cit., paragrafo 224.

[457] *Ibidem.*

[458] *S v Makwanyane*, cit., paragrafi 263 e 308.

[459] In tal senso, un'altra interessante sentenza della Corte Costituzionale è *Azanian Peoples Organisation v President of the Republic of South Africa* 1996 BCLR 1015 (CC), nota come *AZAPO*.

espressione del diritto alla vita e alla dignità umana del singolo in tutte le sue declinazioni[460]. Mokgoro J ha, inoltre, ravvisato nell'*uBuntu* un valore diffuso in tutta la popolazione sudafricana[461], capace di rappresentare una chiave interpretativa condivisa per la ricostruzione del paese dopo anni di divisioni e conflitti[462].

Il giudice Sachs J[463] ha sottolineato l'importanza delle fonti giuridiche tipiche della *African customary law*, tra cui l'*uBuntu*, al fine di interpretare correttamente la Costituzione[464].

Interessante è, ancora, la riflessione del giudice Madala J, il quale ha concepito l'*uBuntu* come un valore che ispira e permea l'intera carta costituzionale e, in particolare, la sezione terza dedicata alla tutela dei diritti umani fondamentali; egli ha affermato che è un concetto che include al suo interno l'essenza dell'idea di giustizia e il senso più profondo ed umano della risposta penale[465]: «*humaneness, social justice and fairness*»[466]. La pena di morte è considerata dal giudice Madala J in contrasto con tutte le funzioni della sanzione penale e, in particolare, con quella rieducativa. Questo passaggio argomentativo rappresenta la cifra più significativa e all'avanguardia rispetto alla sperimentazione della giustizia riparativa nel paese: per Madala J è il concetto stesso di *uBuntu* che impone di considerare la rieducazione e la risocializzazione quali obiettivi ultimi della pena, obiettivi che

---

La Corte ha ribadito l'importanza dei valori propri dell'*uBuntu* per la rinascita del paese dopo l'esperienza della TRC.

Cfr. SKELTON A., *The South African Constitutional*, cit., pp. 125-126; BENNETT T.W., *Ubuntu: An African Equity*, cit., p. 33.

[460] *S v Makwanyane*, cit., paragrafo 311.

[461] Sul punto, MANGENA F., *Restorative Justice's Deep Roots,*cit., p. 7 afferma che il concetto di *uBuntu*, anche se con nomi diversi, è presente anche in Ghana, Nigeria, Zimbabwe e Lesotho.

[462] *S v Makwanyane*, cit., paragrafo 306.

[463] Per una approfondita riflessione delle diverse pronunce del giudice Sachs J. in merito al concetto di *uBuntu* e giustizia riparativa, cfr. SKELTON A., *Face to Face: Sachs on Restorative Justice*, in *Southern African Public Law*, vol. 25, 2010, pp. 94-107.

[464] *S v Makwanyane*, cit., paragrafo 371 e ss.

[465]*S v Makwanyane*, cit., paragrafo 237.

[466] *S v Makwanyane*, cit., paragrafo 22.

devono essere perseguiti per il tramite del paradigma riparativo di giustizia[467]. L'essenza dell'*uBuntu*, secondo cui l'uomo è tale grazie alle interazioni con la società[468], trova corrispondenza, a livello giuridico, nella *restorative justice*[469]: dal momento che vi è forte interazione tra il singolo e la comunità, è necessario che anche la giustizia penale non si rivolga solamente al reo, ma coinvolga anche la collettività nel processo riabilitativo, rieducativo e risocializzativo del soggetto. Ne consegue che il crimine e la risposta allo stesso sono una responsabilità condivisa da tutta la comunità[470].

3.2.2. La giurisprudenza successiva a *S v Makwanyane*

A partire dalle riflessioni contenute nella sentenza *S v Makwanyane,* si è sviluppato un indirizzo giurisprudenziale che ha individuato nell'*uBuntu* la fonte giuridica per l'introduzione del modello riparativo nel sistema penale sudafricano[471].

---

[467] *Ibidem*, paragrafo 241.

Cfr. in tal senso SKELTON A., *The South African Constitutional*, cit., p. 124.

[468] Come ben sintetizzato da NABUDERE D.W., *Ubuntu Philosophy: Memory and Reconciliation*, 2001, pp. 1-20, reperibile al link https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/4521/3621.pdf l'essere umano è tale attraverso gli altri e, pertanto, la riconciliazione con l'altro diventa una costante necessità del singolo.

[469] In *Albutt v Centre for the Study of Violence and Reconciliation* 2010 (2) SACR 101 (CC) la Corte Costituzionale, pur non riferendosi espressamente al concetto di *uBuntu*, ha ribadito la fondamentale importanza dell'approccio riparativo. Cfr. SKELTON A., *The South African Constitutional*, cit., pp. 126-127.

[470] MANGENA F., *Restorative Justice's Deep Roots,* cit., p. 6.

[471] Sul punto, interessante è la riflessione di SKELTON A., *Tapping Indigenous Knowledge: Traditional Conflict Resolution, Restorative Justice and the Denunciation of Crime in South Africa*, in *Acta Juridica*, 2007, pp. 228-246. L'autrice sottolinea come lo studio della giustizia riparativa in Sudafrica non possa prescindere dall'analisi delle tradizioni culturali e giuridiche delle popolazioni indigene. Sono, infatti, molteplici i punti di contatto tra la *Restorative Justice* e le *Indigenous Legal Traditions*: entrambe mirano alla riconciliazione tra le parti favorendo il coinvolgimento della comunità; sono modelli applicabili sia a controversie civilistiche che penalistiche, senza tracciare una netta linea di demarcazione tra i due ambiti del diritto; prediligono un approccio informale alla giustizia con una particolare attenzione anche alla disposizione delle persone che prendono parte

Nel 2007 con la sentenza *S v M*[472], la Corte Costituzionale ha richiamato i principi riparativi in una controversia penalistica, senza tuttavia affermare esplicitamente la connessione tra tale modello e il concetto di *uBuntu*.

I giudici, pronunciandosi in materia di reato di truffa, hanno ribadito come l'approccio riparativo e riabilitativo volto al reinserimento del reo nella società debbano essere parte integrante della fase giudicante[473]. Il modello riparativo attribuisce un ruolo centrale alla comunità che viene concepita come luogo principe per un efficace controllo della criminalità e per una adeguata risocializzazione del reo[474]. Altro aspetto significativo, evidenziato dalla Corte, è la necessità di recuperare le relazioni che sono state lacerate dal reato e ricomporre la frattura causata dal crimine: «*reconciliation (...) would remove the silent brand of criminality that imprisonment would bring*»[475]. Alla luce del concetto di *uBuntu*, per cui il singolo è tale in quanto parte di un gruppo, è interesse primario della comunità che il reo ripari il danno e torni ad essere elemento proattivo del sistema.

A un anno di distanza, con le sentenze *S v Shilubane*[476] e *S v Maluleke*[477], la giurisprudenza è tornata a pronunciarsi sul tema, affermando esplicitamente la

---

agli incontri. Ovviamente, come ben evidenziato dall'autrice, vi sono anche significative differenze, come, ad esempio, l'utilizzo di pene corporali o l'assenza di principi e garanzie volte a tutelare il soggetto imputato. Questo, però, non vuol dire che le forme di giustizia aborigena debbano essere completamente rigettate: come afferma Skelton, con citazione di MAKANG J.M., *Of the Good Use of Tradition: Keeping the Critical Perspective in African Philosophy*, in EZE C.E. (ed.), *Postcolonial African Philosophy. A Critical Reader*, 1997, Blackwell, Oxford, pp. 324-338, riscoprire la tradizione implica «*using the praxis and wisdom of our foreparents as interpretive tools to enlighten present generations of Africans'*».

[472] *S v M* 2007 (2) SACR 539 (CC).

[473] *S v M*, cit., paragrafo 59.

[474] *Ibidem*.

[475] SKELTON A., *The South African Constitutional*, cit., p. 128.

[476] *S v Shilubane* [2008] (1) SACR 295 (T). L'imputato, incensurato, è stato condannato a mesi 9 di reclusione per il furto di una somma pari a circa 10 euro.

[477] *S v Maluleke* [2008] (1) SACR 49 (T). L'imputata, vedova madre di quattro figli minori, è stata accusata di omicidio in concorso con il marito morto prima dell'inizio del processo. È stata emessa sentenza di condanna ad anni 8 di reclusione, con pena sospesa per anni tre in virtù del percorso riparativo intrapreso nel corso del processo.

corrispondenza tra il modello di risoluzione dei conflitti della *customary law* e quello di giustizia riparativa[478].

Nella prima delle due pronunce in esame, il giudice Bosielo J si è limitato a notare come, nel caso di specie, sottoporre il soggetto a pena detentiva in carcere sarebbe stato dannoso non solo per il reo, ma anche per la comunità: è, infatti, opinione diffusa come il carcere sia un moltiplicatore di criminalità. Il giudice ha, pertanto, ribadito come la reclusione non possa rappresentare una sanzione idonea: alla luce dei valori propri dell'*uBuntu*, che devono essere declinati in ogni settore della giustizia, la Corte ha suggerito di applicare il paradigma riparativo, per favorire la riconciliazione tra le parti[479].

Nella seconda pronuncia, *S v Maluleke*, la Corte ha valutato la possibilità di adottare il modello riconciliativo di tradizione indigena[480] all'interno del sistema penale sudafricano mediante il parallelismo tra giustizia riparativa e *African customary law.*

Questa sentenza, in considerazione del fatto che in sede penale è riconosciuta una limitata rilevanza alla *African customary law*[481], ha evidenziato come altri ordinamenti, tra cui quello canadese[482], neozelandese e australiano[483], siano riusciti a conciliare le diverse tradizioni giuridiche anche in ambito penale e, pertanto, non

---

[478] In tal senso, con riferimento all'esperienza di Canada e Nuova Zelanda, cfr. BATLEY M., MAEPA T., *Introduction*, in MAEPA T. (ed.), *Beyond Retribution. Prospects for Restorative Justice in South Africa*, Institute for Security Studies, Pretoria, 2005, pp. 15-20, p. 16.

[479] *S v Shilubane*, cit., paragrafo 6.

[480] Per un approfondimento in materia, cfr. KGOSIMORE D.L., *Restorative Justice as An Alternative Way of Dealing with rime*, in *Acta Criminalia*, vol. 15, 2002, pp. 69-76, p. 71 e s.

[481] SANDERS A.J.G.M. (ed.), *The Internal Conflict of Laws in South Africa*, Butterworths, Durban, 1990, p. 10.

[482] Cfr. LUBAALE E.C., *Restorative Justice and Cases of Serious Offending: a South African and Canadian Perspective*, in *Obiter,* vol. 38, 2017, pp. 296-323.

[483] Cfr. BEKKER J.C., VAN DER MERWE A., *Indegenous Legal System and Sentencing: S v Maluleke 2008 1 SACR 49 (T),* in *De Jure*, 2009, pp. 239-250, pp. 246-249, reperibile al link https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/14243/Bekker_Indigenous%282009%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y; GAMBLE S., *Criminal Justice Initiatives for Indigenous Offenders*, in *Indigenous Law Bulletin 8*, 2005, reperibile al link http://www.austlii.edu.au/au/journals/ILB/2005/53.html.

si comprende il motivo, afferma la Corte, per cui questo non possa avvenire anche in Sudafrica[484].

L'occasione di riflessione è nata dalla richiesta di scuse e di spiegazioni proveniente dalla madre della vittima, richiesta che si fonda su principi propri della *African customary law.* Ciò ha permesso al giudice Bertlesmann J di sottolineare la profonda rispondenza di tale approccio al modello riparativo: «*our African heritage is relevant (...) restorative justice approach creates promising possibilities of introducing customary law principles into the formal criminal justice system*»[485].

La Corte ha, inoltre, ribadito l'importanza del paradigma riparativo improntato alla riconciliazione non solo reo-vittima, ma soprattutto reo-società affermando, così, implicitamente la coincidenza dello stesso con i principi cardine dell'*uBuntu*.

Tale passaggio viene esplicitato ulteriormente nella sentenza *S v Sibiya*[486] del 2010, nella quale si afferma che la reclusione, anche per un breve periodo di tempo, di un soggetto giovane e incensurato avrebbe prioritariamente causato un danno alla società: alla luce del concetto di *uBuntu*, che concepisce il singolo in costante relazione e interdipendenza con il gruppo, la Corte ha suggerito di intraprendere un percorso di giustizia riparativa al fine di favorire una piena assunzione di responsabilità del reo non solo verso la vittima, ma anche verso la società.

Questa virtuosa connessione tra *uBuntu* e modello riparativo di giustizia è stata ribadita anche dalla successiva giurisprudenza della Corte.

---

[484] *S v Maluleke,* cit., paragrafo 39-40.

Per una analisi critica sul punto, cfr. VAN NIEKERK G.J., *A Comparative Study of the Application of Indigenous Law in the Administration of Criminal Justice in Southern Africa*, University of South Africa (tesi di laurea), 1986.

[485] *S v Maluleke,* cit., paragrafo 30.

[486] *S v Sibiya* [2010] (1) SACR 284 (GNP). In ambito civilistico, sono due le principali sentenze di riferimento pronunciate dalla Corte Costituzionale: la prima è *Port Elizabeth v Various Occupiers*, cit., in cui si è promosso l'approccio conciliativo alla luce del concetto di *uBuntu*; la seconda è *Dikoko v Mokhatla* [2006] (6) SA 235 (CC), in cui la Corte ha sottolineato come, alla luce dei principi dell'*uBuntu,* debba essere data una specifica rilevanza alla giustizia conciliativa.

Per un commento, cfr. BEKKER T., *The Reemergence of uBuntu. A Critical Analysis*, in CORNELL D., MUVANGA N. (ed.), *Ubuntu and the Law,* cit., pp. 377-387; SKELTON A., *The South African Constitutional*, cit., pp. 129-134.

In *Van Vuren v Minister of Correctional Services*[487], si è sottolineato come entrambe le nozioni mirino a «*rehabilitating offenders so that they could be repossessed of the fuller scope of their rights, thereby acknowledging their dignity*»[488]. Ancora, significative sono le riflessioni dei giudici Mokgoro J e Sachs J, i quali affermano che il concetto di *uBuntu* è stato menzionato a livello internazionale come basilare modello di giustizia riparativa[489].

Non da ultimo, in *Afri-forum v Malema*[490], sono stati individuati dodici punti principali per la definizione del concetto di *uBuntu* ed è stata sottolineata la rispondenza degli stessi alle caratteristiche fondanti la giustizia riparativa[491]. Come sintesi, emerge che l'*uBuntu* si contrappone nettamente all'idea di vendetta e mira invece alla riconciliazione, all'incontro e al dialogo; l'obiettivo principale è quello di ristabilire l'armonia tra i consociati e di riconciliare vittima, reo e comunità; una piena presa di responsabilità da parte del reo è necessaria e può essere favorita proprio grazie al coinvolgimento della società nel processo riparativo[492].

3.2.3. Riflessioni parzialmente conclusive

Dalla presente analisi emerge come la Corte Costituzionale sudafricana abbia elaborato una particolare nozione di giustizia riparativa che trae origine dal concetto

---

[487] *Van Vuren v Minister of Correctional Services and others* [2012] (1) SACR 103 (CC).

[488] *Van Vuren v Minister of Correctional Services*, cit., paragrafo 51.

Per completezza si segnala che la tale connessione è stata messa in evidenza anche a livello legislativo: nel *Child Justice Act* del 2008, alla sezione 2(b) si afferma che l'obiettivo è quello di promuovere il concetto di *uBuntu* all'interno della legislazione minorile per il tramite degli strumenti di giustizia riparativa. In tema, cfr. SLOTH-NIELSEN J., GALLINETTI J., *"Just Say Sorry?" Ubuntu, Africanisation and the Child Justice System in the Child Justice Act 75 of 2008*, in DIEDRICH F. (ed.), *Ubuntu, Good Faith and Equity,* cit., pp. 70-87.

[489] *Dikoko v Mokhatla*, cit., paragrafo 114.

In tema, cfr. ELECHI O.O., MORRIS S.V.C., SCHAUER E.J., *Restorative Justice (Ubuntu): An African Perspective*, in *International Criminal Justice Review*, vol. 20, 2010, pp. 73-85.

[490] *Afriforum v Malema* [2011] (6) SA 240 (*Equality Court*).

[491] *Ibidem*.

[492] *Afriforum v Malema*, cit., paragrafo 18.

di *uBuntu*, proprio della *African customary law*[493]. Questo interessante e innovativo connubio di *uBuntu* e *restorative justice* ha rappresentato la chiave interpretativa utilizzata dalla Corte per promuovere i valori fondanti della Costituzione del nuovo Sudafrica democratico[494]. L'*uBuntu* ha permesso alla componente di *African customary law* di emergere all'interno del sistema giuridico del paese, favorendo così lo sviluppo di «*a cohesive, plural, South African legal culture*»[495] improntata a ideali di riconciliazione e di armonia tra le diverse realtà che caratterizzano la composita società sudafricana.

L'analisi di questa giurisprudenza dimostra come il dibattito sulla giustizia riparativa non sia più confinato all'accademia, ma sia un tema attuale e in costante sviluppo anche grazie alle interpretazioni delle Corti nei vari gradi di giudizio[496].

3.3. La giustizia riparativa: modello alternativo o complementare?

Nonostante la giustizia riparativa[497] abbia trovato la sua legittimazione all'interno dell'ordinamento sudafricano tramite l'*uBuntu* e lo sviluppo di una giurisprudenza sensibile al tema, non sono mancate pronunce che hanno messo in luce alcuni aspetti problematici di questo paradigma giuridico. Alcuni giudici hanno, infatti,

---

[493] Cfr. il rapporto presentato al *Conference on Strategies to Combact Overcrowding in Prisons* del 15 settembre 2015 in cui Nkosi Mzimela, presidente del *National House of Traditional Leaders*, ha affermato che il sistema giuridico africano tradizionale si fonda sul concetto di giustizia riparativa.

[494] Cfr. in tal senso HIMONGA C., *Exploring the Concept of Ubuntu in the South African Legal System*, in KISCHEL U. (ed.), *Ideologie und Weltschauung im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 1-22.

[495] KEEP H., MIDGLEY R., *The Emerging Role of Ubuntu-botho in Developing a Consensual South African Legal Culture*, in BRUINSMA F., NELKEN D. (ed.), *Recht der Werkelijkheid*, Reed Business, Gravenhage, 2007, pp. 29-56, p. 30.

[496] SKELTON A., BATLEY M., *Restorative Justice: a Contemporary South African Review*, in *Acta Criminologica*, vol. 21, 2008, pp. 37-51, p. 42.

[497] Per una rassegna dei diversi percorsi di giustizia riparativa avviati in Sudafrica, cfr. SKELTON A., BATLEY M., *Charting Progress, Mapping the Future: Restorative Justice in South Africa*, Restorative Justice Centre and Institute for Security Studies, Pretoria, 2006. Gli autori segnalano, inoltre, l'obbligo di frequentare corsi universitari in materia di giustizia riparativa per la laurearsi in alcune discipline, tra cui criminologia.

ritenuto che la giustizia riparativa non possa essere applicata a reati di particolare gravità.

In tal senso, significativa è la pronuncia *S v Thabethe*[498]: l'imputato è stato accusato di violenza sessuale a danno della figlia minorenne della sua convivente. Durante il processo, la vittima ha chiesto che l'uomo non fosse incarcerato perché questo avrebbe causato solo un ulteriore danno alla famiglia. Alla luce delle istanze avanzate dalla ragazza, la Corte di *prime cure* ha preferito adottare l'approccio riparativo disponendo un apposito *victim/offender programme*, al termine del quale l'imputato è stato condannato a dieci anni di reclusione con sospensione condizionale della pena per cinque anni e con l'obbligo di rispettare le condizioni stabilite nell'accordo riparativo[499]. La Corte di Appello[500] successivamente chiamata a pronunciarsi, ha ritenuto non applicabile il paradigma riparativo in considerazione della gravità del reato e ha condannato il reo a pena detentiva.

Dalla lettura della sopraccitata sentenza emerge chiaramente come la giustizia riparativa sia considerata una mera e utilitaristica alternativa al carcere e, pertanto, inappropriata in casi di particolare gravità e offensività: «(...) *RJ generally cannot co-exist alongside punishment by way of imprisonment. Implicity, the Court would seem to reduce RJ to an approach that excludes custodial sentences*»[501].

Questa interpretazione riduttiva non permette di cogliere le più significative e importanti implicazioni dell'approccio riparativo che, certamente, non può configurarsi come semplice scorciatoia rispetto alla pena detentiva[502].

In risposta a questi ripensamenti giurisprudenziali, la dottrina sudafricana ha sottolineato come il paradigma riparativo sia principio guida e ispiratore della

---

[498] *S v Thabethe* 2009 (2) SACR 62 (T).

[499] Cfr. LUBAALE E.C., *Restorative Justice and Cases of Serious Offending,* cit., p. 305 per un elenco completo delle condizioni dell'accordo.

[500] *Director of Public Prosecution, North Gauteng v Thabethe* 2011 (2) SACR 567 (SCA) (*Thabethe Appeal*).

[501] LUBAALE E.C., *Restorative Justice and Cases of Serious Offending,* cit., p. 306.

[502] Medesimo orientamento è stato espresso con la sentenza *Seedat v S* (731/2015) [2016] ZASCA 153: la vicenda era simile a quella di *Thabethe*; anche in questo caso, la richiesta di procedere in chiave riparativa proveniva dalla vittima del reato. La Corte di Appello ha, tuttavia, ribadito come la giustizia riparativa non sia applicabile a reati di tale gravità. Cfr. *Seedat v S*, cit., paragrafo 35-37.

giustizia penale in rapporto di complementarietà con il sistema tradizionale[503]: è inadeguato concepire la giustizia riparativa come totalmente estranea o addirittura opposta a quella tradizionale.

3.3.1. La proposta della dottrina sudafricana

Parte della dottrina ha, pertanto, cercato di fornire una possibile soluzione, traendo ancora una volta dai principi propri della tradizione culturale e giuridica sudafricana una sintesi costruttiva.

La giustizia riparativa pone al centro la riconciliazione tra le parti[504]; è, quindi, interessante ripercorrere il dibattito degli studiosi circa tale concetto. Come evidenziato da Metz[505], alla luce dell'*uBuntu,* la riconciliazione non può essere considerata quale mero perdono quando si riflette di giustizia riparativa[506]. Propriamente intesa, essa richiede l'applicazione di una sanzione al reo[507]; la pena, anche quella della reclusione in carcere, non risulta incompatibile con il paradigma riparativo, ma diventa una delle possibili declinazioni dello stesso. Questo tipo di sanzione potrebbe essere il presupposto di una successiva fase riconciliativa tra le parti[508]; spesso, infatti, le vittime e i loro familiari sarebbero in grado di ri-accettare

---

[503] LUBAALE E.C., *Restorative Justice and Cases of Serious Offending,* cit., p. 306.

[504] MCLAUGHLIN E., FERGUSSON R., HUGHES G., WESTMARLAND L. (ed.), *Restorative Justice. Critical Issues*, SAGE, London, 2004.

[505] METZ T., *Reconciliation as the Aim of a Criminal Trial: Ubuntu's Implications for Sentencing*, in *Constitutional Court Review*, vol. 9, 2019, pp. 113-134, p. 122.

[506] METZ T., *Why Reconciliation Requires Punishment but Not Forgiveness*, in SCHEITER K., SATNE P. (ed.), *Conflicts and Resolution: The Ethics of Forgiveness, Revenge, and Punishment,* Springer, Cham, 2021 (in corso di pubblicazione), pp. 1-31 della versione provvisoria.

[507] METZ T., *Why Reconciliation Requires Punishment*, cit., p. 9.

[508] Cfr. HAMBER B., MAEPA T., MOFOKENG T., VAN DER MERWE H., *Submission to the Truth and Reconciliation Commission: Survivors' Perceptions of the Truth and Reconciliation Commission and Suggestions for the Final Report*, *Recommendation 20*, 1998, reperibile al link *http://www csvr org za/publications/1705-submission-to-the- truth-and-reconciliation-commission-survivors-perceptions-of-the-truth-and-reconciliation-commission-and- suggestions-for-the-final-report*; HAMBER B., NAGENG D., O'MALLEY G., *"Telling It Like It Is..." Understanding the Truth and Reconciliation Commission from the Perspective of Survivors*, in *Psychology in Society*, vol. 26,

e re-inserire il reo nella comunità di appartenenza solo dopo un periodo di detenzione.

Inoltre, come suggerito da Metz, è possibile proporre una concezione ancora più innovativa. Non è l'applicazione della pena a favorire una successiva riconciliazione tra le parti, ma è la sanzione a essere parte integrante e costituente del processo riparativo: «*the uBuntu-based account of reconciliation typically carries a certain kind of punitive justice within it that differs from Western retribuitivism*»[509]. Questo approccio permette di superare la riduttiva convinzione per cui la giustizia riparativa non punirebbe il reo, ma mirerebbe esclusivamente a riparare il danno causato.

Nella innovativa visione di Metz, è proprio la riparazione del danno ad assumere la funzione di sanzione e a sostanziarsi in un impegno o in uno sforzo sincero e significativo teso alla rieducazione e alla risocializzazione[510]. La concezione tradizionale concepisce la rieducazione come mezzo per aiutare il reo a reinserirsi nella società, progetto riabilitativo del tutto indipendente ed estraneo rispetto al reato e al danno causato alla vittima.

Questa teoria della *reconciliatory sentencing*[511] propone, invece, di individualizzare la rieducazione del soggetto in base al bene giuridico offeso e in dialogo con la vittima[512] del reato: la rieducazione diventa essa stessa una sanzione, un *hardship* e un *burden* che devono essere scontati dal reo[513]. Riparazione e punizione sarebbero, così, concepite come due facce della stessa medaglia: «*(...) a novel and prima facie appealing conception of punishment relative to inflicting penalties for the sake of*

2000, pp. 18-42; HAMBER B., WILSON R., *Symbolic Closure through Memory, Reparation and Revenge in Post-Conflict Societies*, in *Journal of Human Rights*, vol. 1, 2002, pp. 35-53.

[509] METZ T., *Reconciliation as the Aim of a Criminal Trial*, cit., p. 125.

[510] METZ T., *Reconciliation as the Aim of a Criminal Trial,* cit., p. 124.

[511] METZ T., *Reconciliation as the Aim of a Criminal Trial,* cit., p. 123.

[512] Come segnalato da METZ T., *Reconciliation as the Aim of a Criminal Trial,* cit., pp. 126-127, nel caso in cui la vittima del reato non volesse avere contatti con il reo potrebbe suggerire un possibile percorso riparativo. Ad esempio, nel caso di vittima di violenza sessuale, l'autore del reato potrebbe svolgere volontariato all'interno di centri dedicati all'aiuto e all'assistenza di donne vittimi di simili reati.

[513] METZ T., *Why Reconciliation Requires Punishment*, cit., pp. 16-19.

paying back those who have offended or instilling fear in would-be offenders»[514]. Infine, il carcere si ricollocherebbe da principale risposta al crimine ad *extrema ratio*: la reclusione intramuraria, privilegiata non tanto per la sua efficacia deterrente, ma piuttosto per ribadire la disapprovazione e la condanna di determinati comportamenti, non richiede, infatti, al reo alcuna presa di responsabilità attiva nei confronti della vittima o della società[515].

La proposta della dottrina ha le sue radici all'interno del concetto stesso di *uBuntu*: il singolo è parte della comunità ed è tale per il tramite della stessa; al contempo, il gruppo si fonda su armoniose interazioni tra gli individui ed è, pertanto, di fondamentale importanza che situazioni di conflitto vengano risolte in modo costruttivo.

[514] METZ T., *Why Reconciliation Requires Punishment*, cit., p. 3.

[515] BAZAMORE G., *Restorative Justice, Earned Redemption and A Communitarian Response to Crime*, Florida Atlantic University, 1999, reperibile al link https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.611.3385&rep=rep1&type=pdf.

CAPITOLO IV
Cenni all'esperienza neozelandese in materia di giustizia riparativa

«Se una volta tanto anche noi decidessimo di imparare qualcosa dagli altri, questo sarebbe un insegnamento davvero utile per tutti»

FRANCESCO REMOTTI

L'ossessione identitaria

SOMMARIO: 1. *Leading cases* in materia di giustizia riparativa, - 1.1. Le sentenze *R v Clotworthy e Police v Stretch*, - 2. Il *Sentencing Act* del 2002 e la successiva giurisprudenza.

1. *Leading cases* in materia di giustizia riparativa

In chiusura di capitolo, merita di essere brevemente analizzata un'ulteriore esperienza comparata in materia di giustizia riparativa: quella neozelandese.

Le Corti di questo paese hanno ribadito la necessità di declinare i principi riparativi all'interno del sistema penale tradizionale al fine di coniugare i diversi paradigmi giuridici in ottica costruttiva.

1.1. Le sentenze *R v Clotworthy* e *Police v Stretch*

Un primo *leading-case* è costituito dalla decisione *Clotworthy*[516], nella quale la Corte ha individuato i criteri fondamentali per l'applicazione della giustizia riparativa in Nuova Zelanda[517], anche in ipotesi di crimini particolarmente gravi.

L'imputato, accusato di lesioni gravi e gravissime, è stato ammesso, a un percorso di giustizia riparativa su richiesta della vittima di reato, convinta che il carcere non

[516] *R v Clotworthy* [1998] 15 CRNZ 651 (CA). Per completezza si segnala che anche altre Corti avevano iniziato a inserire nelle proprie pronunce richiami alla giustizia riparativa. Sul punto, cfr. FOLEY T., *Developing Restorative Justice*, cit., p. 113.

[517] Per una panoramica generale e storica su alcuni progetti pilota nel paese, cfr. MORRIS A., MAXWELL G., *Restorative Justice in New Zealand*, in VON HIRSCH A., ROBERTS J.V., BOTTOMS A. (ed.), *Restorative Justice*, cit., pp. 257-271.

avrebbe giovato a nessuna delle parti coinvolte. Il *report* presentato al termine è stato tenuto in considerazione dalla Corte per la determinazione della pena.

Generalmente, in presenza di crimini particolarmente violenti, l'ordinamento neozelandese non permette la sospensione della pena detentiva, salvo la sanzione inflitta non sia superiore ad anni due e sussistano delle «*special circumstances*»[518]. Quest'ultime, alla luce del percorso riparativo intrapreso, sono state ritenute sussistenti nel caso di specie: il reo è stato condannato a due anni di reclusione con pena sospesa, con l'obbligo di svolgere lavori di pubblica utilità all'interno della comunità e di pagare alla vittima parte degli interventi di chirurgia necessari a seguito delle lesioni sofferte.

Significative sono state le parole della Corte al paragrafo 9 delle motivazioni: «*the only purpose served in this particular case by an unsuspended sentence of imprisonment, would be to satisfy that perceived community need for the court to be punitive*»[519].

Nonostante in sede di appello l'esito della decisione sia stato modificato in senso sfavorevole al reo, è importante notare come sia stato ribadito che la giustizia riparativa costituisce una valida soluzione anche in ipotesi di delitti particolarmente offensivi, salvo valutare caso per caso il bilanciamento con altre funzioni tipiche della pena[520].

Il caso *Clotworthy* illumina sulla necessità di bilanciare le istanze retributive con quelle riconciliative al momento della decisione[521].

Prima di procedere con l'analisi della successiva giurisprudenza, un ulteriore aspetto della decisione in esame merita di essere analizzato. La Corte ha sottolineato come l'interesse pubblico che viene tutelato dal sistema giuridico non corrisponde sempre all'interesse della comunità nel suo insieme, ma a quello di gruppi maggioritari della popolazione. I giudici hanno constatato come il sistema giuridico tradizionale non sia in grado di tenere in opportuna considerazione le differenze culturali dei membri della società, in particolare del gruppo dei Maori. Tale lacuna

---

[518] *Section 5* del *Criminal Justice Act* del 1985.

[519] *R v Clotworthy*, cit., paragrafo 9.

[520] Decisione della *Court of Appeal of New Zealand* del 1998 sul caso *R v Clotworthy,* p. 661.

[521] FOLEY T., *Developing Restorative Justice*, cit., p. 116.

ha determinato una generale sfiducia nel sistema giustizia e la urgente necessità di riflette sull'opportunità di individuare strumenti innovativi, come la giustizia riparativa, che meglio siano in grado di conciliare gli interessi di una società composita[522].

Il cd. *Clotworthy principle* è stato richiamato in diverse pronunce degli anni a seguire[523].

Nella decisione *Police v Stretch (Police)*[524] del 2001, che vedeva imputato un soggetto per il nostro corrispondente reato di omicidio stradale, la Corte, alla luce della volontà della famiglia della vittima di applicare un paradigma riparativo volto a facilitare il cd. *healing process,* ha condannato il reo a mesi 18 di reclusione[525]. In appello, la sentenza è stata modificata in senso sfavorevole, prevedendo l'applicazione della pena detentiva di due anni e mezzo. Nel modificare il *quantum* di pena, si è ribadita la necessità di bilanciare istanze retributive e riparative, alla luce dei principi espressi in *Clotworthy*: «*It appears the principles of restorative justice may stand in conflict with principles of deterrence which represent the norm, but if the recognition of restorative justice in Clotworthy is to have practical effect, then I think a balance must be sought, no matter how difficult it might be to find that balance*»[526].

---

[522] Sul punto, cfr. BOWEN H., THOMPSON T., *Restorative Justice and the New Zealand Court of Appeal's Decision in the Clotworthy Case,* in *Journal of South Pacific Law*, 2000, reperibile al link http://digilib.library.usp.ac.fj/gsdl/collect/jspl/index/assoc/HASH01da.dir/doc.pdf.

[523] Nel 1999, nel caso *D v Police* [1999] *Unreported High Court Auckland* AP 161/99 (Nicholson J), la Corte di appello ha modificato la sentenza di primo grado in senso favorevole al reo, ritenendo che non fosse stata data piena e opportuna rilevanza al percorso riparativo intrapreso; simile motivazione è stata utilizzata in: *R v Fletcher* [2000] *Unreported District Court Auckland* T.971545 (Thorburn J.); *Police v Carter* [2001] *Unreported District Court Wanganui* CRN 1083010524 (Becroft J.); *R v Castles* [2002] NZCA 28. Per una completa ricostruzione delle vicende giurisprudenziali, si veda FOLEY T., *Developing Restorative Justice*, cit., pp. 116-118.

[524] *Police v Stretch* [2001] *Unreported High Court Nelson* AP9/01 (Durie J).

[525] Come segnalato da LUBAALE E.C., *Concessions on Custodial Sentences. Learning from the New Zealand Approach to Restorative Justice,* in *South African Crime Quarterly*, 2017, pp. 31-39, p. 36 la pena prevista in casi simili ammontava a tre anni e mezzo di reclusione.

[526] *Police v Stretch,* cit., paragrafo 45.

La Corte ha riaffermato come i principi riparativi, pur non potendo giustificare eccessive riduzioni di pena in ipotesi di crimini particolarmente gravi, devono essere comunque tenuti in adeguata considerazione dai giudici.

Da questa breve analisi emerge come la giustizia neozelandese miri a coniugare l'approccio retributivo e riparativo in un nuovo ed unitario orizzonte di giustizia: «(...) *elements of RJ can co-exist alongside a sentencing approach that results in custodial sentences. This can be effectively accomplished by having RJ elements inform the length of the custodial sentence handed down*»[527].

2. Il *Sentencing Act* del 2002 e la successiva giurisprudenza

Nel 2002, a livello legislativo, questi indirizzi giurisprudenziali tesi a incorporare il paradigma riparativo in sede di *sentencing* tradizionale sono stati recepiti e positivizzati nel *Sentencing Act*[528]*:* per la prima volta, alla *section* 7, dedicata alle funzioni della pena, sono stati espressamente inseriti tra gli obiettivi che la sanzione penale deve perseguire: la promozione nel reo della consapevolezza della dannosità della propria condotta; la responsabilizzazione del soggetto verso la vittima e la garanzia della riparazione del danno. Alla *section* 8, inoltre, è stato previsto l'obbligo in capo ai giudici di tenere in considerazione l'esito del programma riparativo nella determinazione della pena. Di particolare interesse è la *section* 8(i)

LUBAALE E.C., *Concessions on Custodial Sentences,* cit., p. 36 sottolinea come l'aumento del *quantum* di pena detentiva non debba essere inteso quale tentativo di limitare lo strumento riparativo, ma come modalità per raggiungere un corretto bilanciamento tra le diverse istanze.

Sul punto anche FOLEY T., *Developing Restorative Justice*, cit., p. 117.

[527] LUBAALE E.C., *Concessions on Custodial Sentences,* cit., p. 38.

[528] *Sentencing Act* (NZ) 2002.

La riforma in esame rappresenta una precisa scelta volta integrare il modello riparativo all'interno del Sistema penale e processuale-penale tradizionale.

Per un commento in lingua italiana alla riforma cfr. MANNOZZI G., *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislative alla prassi applicative*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, pp. 1219-1265, p. 1251; SPRICIGO B., *La giustizia riparativa nel sistema penale e penitenziario in Nuova Zelanda e Australia: ipotesi di complementarietà*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, pp. 1923-1942.

che impone di valutare adeguatamente anche il retroterra culturale dei soggetti coinvolti nel processo. Con la *section* 10, inoltre, le condotte riparative tenute dal reo assumo rilevanza in sede processuale[529], come circostanze attenuanti ai sensi della *section* 9, per effettuare correttamente quel bilanciamento tra le diverse istanze riparative e retributive, come richiesto in *Clotworthy.*

Per completezza espositiva, si segnala che la riforma del 2002 ha interessato anche il *Parole Act* neozelandese: si è, infatti, previsto che eventuali attività riparative possano avere rilevanza in fase esecutiva per la concessione di misure alternative al carcere.

A seguito di questo intervento legislativo, si è assistito allo sviluppo di una giurisprudenza consapevole che attraverso la giustizia riparativa è possibile realizzare alcuni degli obiettivi tipicamente connessi alla funzione retributiva e general preventiva della pena.

A titolo meramente esemplificativo, si richiamano di seguito alcune delle pronunce in tal senso[530].

Nel 2003 la sentenza *R v Cassidy*[531], che vedeva imputato un dipendente di un locale per la morte di un cliente a seguito di rissa avvenuta sul luogo di lavoro, ha ribadito l'importanza di tenere in considerazione la volontà del reo di aderire agli incontri riparativi: «(...) *it is the hardest thing you have done and I can understand that. You did not need to do it, and you will be given credit for that*»[532]. Alla luce del bilanciamento tra le diverse istanze, l'autore del reato è stato condannato ad anni

---

[529] Il riferimento è all'elenco contenuto nella *section* 10: «*any offers of amends; any agreement between the offender and the victim as to how the offender may remedy the wrong, loss or damage; the responses of the offender or the offender's iarey, whanau, or family group of the victim; any measures taken to make compensation, apologize or otherwise make good the harm; any remedial action taken in relation to the circumstances of the offending*».

Si segnala, inoltre, che nell'udienza di commisurazione della pena possono, su richiesta del condannato, essere ascoltati soggetti che hanno partecipato al percorso riparativo.

[530] Si segnalano anche le seguenti decisioni in materia: *Feng v Police* [2002] *Unreported High Court Auckland* A127702 (Salmon J.); *R v Folaumoeloa* [2004] *Unreported District Court Auckland* (Thorburn J.); *R v Sami* [2006] NZDCR 128.

[531] *R v Cassidy* [2003] *Unreported High Court New Plymouth* T2/03 (Paterson J.).

[532] *Ibidem*, paragrafi 16-18.

due di reclusione: dalla motivazione della Corte è emerso come la funzione retributiva della pena fosse già stata parzialmente soddisfatta dal percorso riparativo, circostanza che ha permesso di ridurre la pena detentiva nel caso di specie[533].

Infine, particolarmente significativa per la presente ricerca è la sentenza *R v Buttar* del 2008[534]: l'imputato, membro della comunità *Sikh*, è stato accusato del reato di lesioni gravi. A seguito del percorso riparativo, la pena detentiva è stata ridotta da parte della Corte, la quale, nelle sue valutazioni, ha tenuto in considerazione anche la testimonianza di un esperto in merito al valore che la condotta riparativa ha all'interno della comunità *Sikh*, dotata di forte valenza identitaria e spiccate peculiarità religiose e culturali.

Questa apertura ha soddisfatto al meglio alcune delle finalità della pena, tra cui, ad esempio, la funzione general e special preventiva[535].

Ancora una volta, lo studio della giurisprudenza comparata ha evidenziato come la giustizia riparativa sia strumento privilegiato di risposta al reato, ancora più efficace e proficuo quando siano coinvolte istanze culturali sottese alla vicenda penale[536].

---

[533] Cfr. FOLEY T., *Developing Restorative Justice*, cit., p. 119.

[534] *R v Buttar* [2008] NZCA 28.

[535] Cfr. MCELREA F.W.M., *Twenty Years of Restorative Justice in New Zealand – Reflection of a Judicial Participant*, in *Journal of Commonwealth Criminal Law*, 2011, pp. 43-54, p. 50.

[536] Sul punto cfr. DECKERT A., WOOD W.R., *Socrates in Aotearoa: Teaching Restorative Justice in New Zealand*, in *Contemporary Justice Review*, 2013, pp. 70-90.

PARTE III
L'ESPERIENZA ITALIANA

CAPITOLO V
Il formante legislativo: fattispecie di reati culturalmente orientati nel codice penale

«Senza pietà diventa crudeltà la giustizia. E la pietade senza giustizia è debolezza»
PIETRO METASTASIO
La clemenza di Tito

SOMMARIO: 1. L'orientamento del legislatore italiano in tema di rapporti fra diritto penale e cultura, - 2. Le mutilazioni genitali femminili: alcune premesse, - 2.1. Origini storiche e contesto socio-antropologico di riferimento, - 3. Fattispecie penali applicate anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 7 del 2006, - 4. La legge n. 7 del 2006, - 4.1. Finalità preventiva, - 4.2. Finalità repressiva, - 4.3. Alcuni rilievi critici, - 5. Altre ipotesi di reati culturalmente orientati nella legislazione penale italiana, - 5.1. Il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio e organizzazione dell'accattonaggio, - 5.2. Il delitto di costrizione o induzione in matrimonio.

1. L'orientamento del legislatore italiano in tema di rapporti fra diritto penale e cultura

Nel primo capitolo del presente elaborato dedicato alle premesse definitorie e metodologiche per lo studio dei reati culturalmente orientati, si sono analizzate le diverse risposte politico-istituzionali e *latu sensu* giuridiche adottate per la gestione dei conflitti multiculturali e i relativi modelli di riferimento elaborati dalla dottrina. È emerso come siano principalmente due i paradigmi: quello assimilazionista-integraziolalista (o assimilazionista-egualitario) e quello multiculturale.

Il legislatore italiano fino al 2006 non si era mai espresso in merito alla rilevanza giuridica del fattore culturale, mostrando una sorta di insensibilità e indifferenza

alla tematica in esame[537]. Tale atteggiamento è riconducibile anche a ragioni storiche: la società italiana non è mai stata interessata da fenomeni di immigrazione massiccia e ha sempre mantenuto un tessuto sociale abbastanza omogeneo; circostante, queste, che non hanno sollecitato il legislatore ad interessarsi all'elemento culturale sotto il profilo giuridico[538].

Solo nel 2006, con la legge[539] n.7 del 9 gennaio, alcune condotte riconducibili alla categoria dei reati culturalmente orientati sono state espressamente penalizzate: è stato, infatti, introdotto nel codice penale il reato di mutilazione degli organi genitali femminili (d'ora in avanti MGF). Tale disciplina merita di essere analizzata in quanto rappresenta il punto di partenza delle principali riflessioni della letteratura penalistica italiana in materia di reati culturalmente orientati. Lo studio e l'analisi del reato previsto all'articolo 583 *bis* c.p. permette di meglio comprendere la posizione adottata dal legislatore italiano in tema di rapporto fra diritto penale e fattore culturale.

La marcata intolleranza verso l'elemento culturale, tratto caratterizzante della disciplina del 2006, ha indotto parte della dottrina a classificare l'ordinamento giuridico italiano come assimilazionista-discriminatorio[540]: assimilazionista perché

---

[537] BERNARDI A., *Modelli penali*, cit., p. 117.

[538] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 36.

Cfr. anche BERNARDI A., *Modelli penali*, cit., p. 61. L'autore riconduce principalmente a due ragioni la mancata presa di posizione dell'ordinamento italiano sul tema dei reati culturalmente orientati: il primo motivo è, appunto, di ordine storico, in quanto in passato in Italia non vi erano minoranze culturali con costumi profondamente diversi da quelli della cultura maggioritaria; la seconda ragione è di natura politica, legata allo scetticismo del legislatore per i modelli di impronta multiculturale, soprattutto sul piano preventivo-punitivo.

[539] Legge 9 gennaio 2006, n.7, *Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazionegenitale femminile* (G.U. 18 gennaio 2006, n. 14).

[540] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 32. Di diverso avviso è BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 63, il quale evidenzia come esempi di una presa di posizione in senso multiculturale potrebbero essere costituiti dall'art. 42 del T.U. immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) ove si sancisce che Stato, Regioni e autonomie locali hanno il compito di favorire «la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali, ricreative, sociali, economiche e religiose degli stranieri»; ancora, dall'art. 43 del medesimo T.U. in cui si vietano

l'obiettivo è quello di perseguire una omogeneità culturale e discriminatorio perché tale uniformità è realizzata attraverso previsioni normative iper-punitive[541]. L'elemento culturale è, infatti, considerato quale presupposto per l'inasprimento del trattamento sanzionatorio. È sufficiente fare riferimento all'art. 583 *bis* c.p., introdotto dalla sopraccitata legge del 2006, per comprendere il carattere discriminatorio della scelta adottata: le pratiche di MGF sono, infatti, punite più gravemente delle lesioni di cui agli articoli 582 e 583 c.p. che disciplinano rispettivamente le lesioni personali e le relative circostanze aggravanti.

Dall'analisi di queste e di altre significative disposizioni normative emergerà come l'intervento di risposta del legislatore italiano alla diversità culturale sia sostanzialmente in chiave di criminalizzazione. Si può affermare, in via preliminare, che la composizione dei conflitti culturali sia stata affidata principalmente, se non esclusivamente, al diritto penale, settore giuridico dotato di una elevata carica simbolica[542]. Quest'ultimo aspetto emerge chiaramente dagli interventi normativi oggetto del presente studio. Innanzitutto, le fattispecie in esame

---

forme di discriminazione verso i soggetti immigrati; con riferimento al settore scolastico, dall'art. 38, comma 3 del T.U. citato che valorizza le differenze linguistiche e culturali; dall'art. 1 del Decreto Ministeriale 11 giugno del 1980 e dall'art. 5 del d.lgs. n. 333 del 1998 e ove, in materia di macellazione, si consentono alcune eccezioni alla normativa generale in virtù di particolari credi religiosi; infine, ulteriore deroga legislativa è costituita dall'art. 1 della legge 30 marzo 2001, n.130 in materia di cremazione e dispersione delle ceneri, ammessa per espressa volontà del defunto se autorizzata dall'ufficiale di stato civile. Similmente a Basile, anche PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 174 evidenzia come l'ordinamento italiano in alcuni casi preveda delle esenzioni in virtù della diversità culturale e, in altri casi, invece criminalizzi le pratiche culturali.

Diverso l'approccio giurisprudenziale: riprendendo la riflessione di RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 56, già dagli anni Sessanta i giudici nelle loro argomentazioni facevano riferimento a concetti quali il sistema cultura, la «vita sociale», i «tempi», la «tradizione culturale». L'autrice rimanda a due storiche sentenze della Corte Costituzionale (Sentenza n. 64/1961 e Sentenza n. 126/1968) dove veniva affrontata la legittimità costituzionale del reato di cui all'articolo 559 c.p., reato di adulterio femminile, nelle quali si stabilisce che «elemento centrale della motivazione sono profili socio-culturali attinenti al ruolo della donna e della famiglia in Italia.».

[541] Sul punto cfr. anche BIANCO M.I., *Pluralismo religioso e garanzie del diritto penale*, cit., p. 23-25.

[542] PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 179.

non risponderebbero al principio di sussidiarietà che caratterizza il diritto penale: tutte le condotte in esame erano già punibili e non vi era, dunque, alcun vuoto di tutela. Inoltre, sono state previste pene particolarmente severe, esclusivamente in virtù della connotazione culturale della condotta[543]. Infine, le fattispecie introdotte sarebbero pressoché inefficaci: le condotte incriminate hanno, infatti, solidi radici all'interno dei gruppi di riferimento ed era, pertanto, necessaria e preferibile una attività di sensibilizzazione, educazione e formazione, più che di mera criminalizzazione.

2. Le mutilazioni genitali femminili: alcune premesse

L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definisce le MGF in via convenzionale come «qualsiasi intervento che comporta l'ablazione totale o parziale dei genitali esterni della donna e/o la lesione degli organi genitali femminili praticata per ragioni culturali e per ogni altro motivo non terapeutico»[544].

---

[543] Parte della dottrina segnala che si potrebbe far riferimento al cd. diritto penale d'autore, invece che al cd. diritto
penale del fatto. Cfr. PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 180.

[544] WHO, *Female genital mutilation: a joint WHO/UNICEF/UNFPA Statement*, Ginevra, 1997, reperibile al link https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41903/9241561866.pdf?sequence=1&isAllowed=y?.
BARBIERI C., LUZZAGO A., *Il fenomeno delle mutilazioni genitali femminili fra cultura, sessualità e distruttività*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2011, pp. 18-28, p. 20 segnalano che le pratiche di MGF sono diffuse in modo statisticamente consistente in tutto il mondo: «Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità, (…) sono stati denunciati tra i 100 e i 135 milioni di casi e, ogni anno, altri 2 milioni di donne circa subiscono una qualche mutilazione genitale. (…) le MGF sono regolarmente praticate in 28 stati africani; inoltre sono stati segnalati casi in comunità di immigrati in Europa, in America del Nord, in Australia e in Nuova Zelanda. (…) esse sono diffuse in alcuni stati dell'Asia occidentale e in alcune comunità di altri stati asiatici». Similmente anche BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, Bonomia University Press, Bologna, 2009, p. 48.
Altri termini utilizzati per riferirsi al fenomeno sono escissione, circoncisione femminile, clitoridectomia e infibulazione. Mentre l'espressione escissione ha un significato neutrale, riferendosi alle pratiche tradizionali effettuate sin dall'antichità, il termine circoncisione femminile

Con riferimento alla definizione fornita dall'OMS si possono individuare quattro differenti tipologie di MGF, suddivise per modalità e per conseguenze dell'intervento[545].

La prima tipologia di MGF è la clitoridectomia, ossia la parziale o totale rimozione del clitoride e/o del prepuzio clitorideo, chiamata anche *sunna* (termine arabo traducibile con "tradizione").

La seconda tipologia di MGF è detta escissione e comporta la parziale o totale rimozione del clitoride e delle piccole labbra, con o senza escissione delle grandi labbra[546]. Queste prime due categorie di MGF risultano essere quelle più diffuse soprattutto nel mondo arabo.

La terza tipologia di MGF è l'infibulazione, ossia l'escissione parziale o totale dei genitali esterni e la sutura o restringimento dell'apertura vaginale[547]. Essa è

---

sottende un'analogia con la circoncisione maschile. A differenza di quest'ultima, tuttavia, l'intervento sugli organi genitali femminili ha effetti ben diversi e più invasivi: esso, infatti, comporta una «diminuzione di funzionalità paragonabile negli effetti all'asportazione totale o parziale di un organo». Cfr. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo,* cit., p. 45.

I termini clitoridectomia e infibulazione hanno invece un significato più limitato e non comprendono tutte le possibili forme di intervento sugli organi genitali della donna; esse sono infatti due particolari declinazioni di MGF.

[545] Nel 2008 l'OMS ha modificato la classificazione inserendo delle sotto-tipologie per mettere maggiormente in luce i rischi e le conseguenze dei diversi interventi. Per un'analisi più approfondita sul punto WHO, *Eliminating female genital mutilation: an interagency statement UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCHR, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO*, 2008, reperibile al link http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43839/9789241596442_eng.pdf?sequence=1.

Cfr. anche BOTTI F., *Manipolazioni del corpo,* cit., p. 46; MORRONE A., *La speranza ferita. Storia delle mutilazioni genitali femminili*, FrancoAngeli, Milano, 2017, p. 116; PROSPERI G., *La vittimologia e la vittima culturale. Il caso paradigmatico delle mutilazioni genitali femminili*, Aracne, Roma, 2010, p. 127. Tale classificazione costituisce un modello di riferimento per orientare gli operatori del settore a standardizzare la classificazione delle pratiche. Cfr. MAZZETTI M., *Senza le ali: le mutilazioni genitali femminili*, FrancoAngeli, Milano, 2000, p. 7.

PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 181 sottolinea come la prospettiva adottata dall'Organizzazione mondiale della Sanità sia di tipo quantitativo.

[546] *Ibidem.*

[547] *Ibidem.*

conosciuta anche con il nome di circoncisione faraonica o sudanese e rappresenta l'ipotesi più grave di MGF.

Nell'ultima tipologia rientrano tutte le restanti pratiche di intervento sugli organi genitali femminili, come ad esempio l'incisione del clitoride e dei tessuti vicini, il raschiamento del tessuto circostante l'orifizio vaginale (detta anche *angurya cut),* l'incisione (o *gishiri cuts*) o l'introduzione di sostanze corrosive o erbe nella vagina per provocare restringimento o sanguinamento[548].

2.1. Origini storiche e contesto socio-antropologico di riferimento

Le pratiche di MGF hanno un'origine plurimillenaria; non vi sono, tuttavia, testimonianze certe sulla nascita di queste usanze. Una leggenda popolare narra come «(…) molto tempo fa, una donna di nome *Araweelo* regnava sui territori (…) [del] la Somalia. Questa regina era molto potente e soleva castrare tutti i maschi del suo regno subito dopo la nascita, poiché riteneva che in tal modo le sarebbe stato più facile sottoporli alle proprie leggi e che mai alcuno avrebbe insidiato il suo potere. (…) *Araweelo* venne uccisa da un suo parente maschio, che lei stessa aveva voluto sottrarre alla castrazione, e il suo corpo fu bruciato, smembrato e seppellito in diverse zone della Somalia (…). (…) dopo la sua morte i maschi, per vendicarsi, iniziarono a mutilare le donne»[549].

Le uniche fonti scritte giunte fino ai giorni nostri fanno riferimento esclusivamente alla circoncisione maschile[550], collocando la nascita di tale pratica nell'antico

---

[548] Si veda sul punto BASILE F., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2007, pp. 1296-1345; PASQUINELLI C., *Donne africane in Italia (mutilazioni genitali femminili, identità di genere e appartenenza etnica)*, in *Questione giustizia*, 2001, pp. 487-501; PAGANELLI M., VENTURA F., *Una nuova fattispecie delittuosa: le mutilazioni genitali femminili,* in *Rassegna italiana di criminologia*, 2004, pp. 453-468.

[549] MORRONE A., *La speranza ferita,* cit., p. 23; COLOMBO C.*, L'articolo 583* bis *c.p. un illecito compiuto in nome della religione?*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2009, pp. 60-67, p. 61.

[550] La più antica fonte scritta circa la circoncisione maschile si trova nell'opera di Erodoto, storico e scrittore vissuto nel V secolo a. C. Nella sua opera *Historiae*, 2.35, Erodoto afferma che l'escissione veniva praticata da Egizi, Fenici, Hittiti ed Etiopi. Anche l'archeologo tedesco Georg

Egitto. Avvalorando la tesi proposta da Marrone[551], i dati e le fonti concernenti la circoncisione maschile sarebbero rilevanti anche per gli studi in materia di MGF. L'autore ritiene, infatti, molto probabile uno sviluppo parallelo e contemporaneo: «Dagli studi finora effettuati si evince che in tutte le società in cui viene praticata la circoncisione femminile è presente anche quella maschile»[552].

Queste pratiche erano diffuse anche nell'antica Roma, soprattutto nei confronti di schiavi e di gladiatori al fine di prevenire rapporti sessuali e gravidanze indesiderate.

Con il diffondersi del Cristianesimo, le MGF sono scomparse in Occidente, mentre hanno continuato ad essere e sono tutt'ora un fenomeno caratterizzante il continente africano[553].

Arduo, se non impossibile, è individuare una spiegazione univoca del significato delle MGF, ma vi è, tuttavia, un denominatore comune che può aiutare a

---

Moritz Ebers (1837 – 1898) colloca la pratica di circoncisione maschile in epoca egizia: dall'analisi di un papiro e di una mummia del 3000 a. C., infatti, emergono chiari riferimenti alla pratica e ai rimedi successivi all'intervento.

[551] MORRONE A., *La speranza ferita,* cit., p. 23.

[552] MORRONE A., *La speranza ferita,* cit., p. 24.

[553] Discussa è la possibile origine e la relativa obbligatorietà di queste pratiche all'interno della religione islamica.

Si veda PROSPERI G., *La vittimologia e la vittima culturale.*, cit., p. 136; COLOMBO C*., L'articolo 583 bis c.p*, cit., p. 61; CASSANO G., PATRUNO F., *Mutilazioni genitali femminili*, in *Famiglia e diritto*, 2007, pp. 179-200, p. 182; BOTTI F., *Manipolazioni del corpo*, cit., p. 48; FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale,* cit., p. 80; VANZAN A., MIAZZI L., *Modificazioni genitali: tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2006, pp. 13-34, p. 19.

PROSPERI G., *La vittimologia e la vittima culturale.*, cit., p. 147, in relazione al rapporto tra Islam e MGF, evidenzia come la dottrina religiosa islamica non ritenga tale pratica obbligatoria, ma al contempo non la vieti, eccezion fatta per la tipologia faraonica.

Diversa l'opinione di PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., pp. 184-187. L'autore afferma, infatti, come queste pratiche siano diffuse quasi esclusivamente tra i fedeli musulmani e siano oggi concepite ed interpretate alla stregua di un dovere: «il dovere religioso (...) ha (...) una vincolatività per il fedele di gran lunga maggiore rispetto a qualsiasi azione anche di tipo legislativo penale». Alla luce di questa considerazione, l'autore ribadisce come, in contesti totalmente islamizzati, leggi volte a penalizzare tali pratiche siano inefficaci.

comprenderne la valenza sociale e culturale: nel loro significato tradizionale[554], coronano il passaggio all'età adulta, favoriscono l'identità di genere femminile e permettono alle donne di inserirsi nel tessuto sociale. Nelle comunità africane, infatti, lo *status* di donna si assume solo in seguito all'eliminazione del clitoride, considerato un elemento maschile all'interno dell'apparato femminile ed è per questo motivo che le MGF vengono definite in letteratura un «marcatore sessuale»[555], similmente a quanto avviene per la circoncisione maschile[556].

3. Fattispecie penali applicate anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 7 del 2006

Prima della novella legislativa del 2006 era assente in Italia una specifica legislazione in materia di MGF; tali pratiche, essendo in contrasto con le tutele garantite dalla nostra Costituzione, in particolare con quelle relative alla salute e all'integrità fisica di cui l'art. 32 Cost., erano sussumibili nella fattispecie comune di lesioni personali dolose di cui all'articolo 582 c.p. ed, eventualmente, a seconda della malattia inferiore o superiore a venti giorni, erano classificate come lesioni gravi o gravissime[557].

---

[554] Vi sono poi, oltre alla rilevanza tradizionale, anche altre funzioni che vengono di volta in volta attribuite alle MGF nelle diverse culture; in particolare queste pratiche conferiscono un ruolo sociale alla figura femminile: esse sono infatti volte a preservare la purezza e la verginità della donna fino al matrimonio. Nelle società africane la castità è considerata *conditio sine qua non* per essere parte integrante della comunità: la MGF permette, infatti, alla donna di acquisire il fondamentale *status* di moglie e di madre all'interno della società. Infine, si elencano di seguito altre motivazioni che è necessario almeno citare per completezza d'analisi: le MGF vengono, talvolta, collegate a ragioni igieniche (queste pratiche salvaguarderebbero la "purezza" della donna che viene altrimenti considerata "sporca"), estetiche (i genitali femminili sarebbero poco "gradevoli" da vedere) e psicologiche (la libido sessuale femminile verrebbe diminuita, salvaguardando così la castità della donna).

[555] PASQUINELLI C., *Donne africane in Italia,* cit., p. 491.

[556] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 187.

[557] In particolare, tralasciando le sotto categorizzazioni delle lesioni personali, si sottolinea che le MGF, per la loro natura, erano generalmente sussumibili nella fattispecie di lesioni gravissimi o gravi. Nel primo caso, la perdita dell'uso dell'organo o della capacità di procreare poteva comportare

Erano, inoltre, applicabili anche le aggravanti di cui agli articoli 577, comma 1, n. 1 c.p. e 585 c.p. nel caso in cui il fatto fosse stato commesso dai genitori a danno dei figli.

Sul versante civilistico[558], inoltre, particolare rilievo assumevano gli articoli 330 e 333 c.c. (rubricati rispettivamente «Decadenza dalla potestà -oggi responsabilità genitoriale- sui figli» e «Condotta del genitore pregiudizievole ai figli») e l'articolo 5 c.c. che vieta ogni atto di disposizione del proprio corpo quando da ciò derivi una diminuzione permanente dell'integrità fisica o quando sia altrimenti contrario alla legge. Da ciò si evince che le MGF erano sanzionabili in ambito civilistico anche *ex* articolo 2043 c.c., implicante l'obbligo di risarcimento per qualunque fatto, doloso o colposo, che cagioni ad altri un danno ingiusto.

Si segnala che a livello giurisprudenziale, prima dell'entrata in vigore della legge n. 7 del 2006, sono stati solamente due i casi affrontati dai tribunali italiani[559].

---

la reclusione dai sei ai dodici anni; nel secondo caso, invece, a seguito dell'indebolimento permanente dell'organo, la condanna era stabilita dai tre ai sette anni di reclusione. In entrambi i casi, come sottolinea PROSPERI G., *La vittimologia e la vittima culturale.*,

cit., p. 217, si poteva procedere d'ufficio, erano applicabili le misure cautelari personali, era facoltativo l'arresto in flagranza ed era altresì consentito il fermo.

[558] Cfr. LANFRANCO L., *Le mutilazioni genitali femminili: punti di forza e criticità del sistema di contrasto*, in *Minorigiustizia*, 2020, pp. 43-52, p. 49-50.

[559] Per la ricostruzione delle vicende processuali si veda GIANARIA F., MITTONE A., *Culture alla sbarra,* cit., p.111;

PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 191-193.

Il primo caso risale al 1997, quando un padre egiziano è stato accusato dall'*ex* moglie italiana per aver sottoposto le figlie minori alle pratiche di mutilazione sessuale mentre si trovavano in vacanza in Egitto. L'uomo è stato imputato per lesioni gravi aggravate «(per) avere commesso il fatto contro il discendente; (per) avere agito con premeditazione; (per) avere profittato di circostanze di luogo e di persona tali da ostacolare la privata difesa (…) e (per) avere commesso il fatto con abuso di autorità e coabitazione»; a seguito di applicazione della pena su richiesta delle parti, è stato condannato dal Tribunale di Milano a due anni di reclusione nel 1999.

Il secondo caso di cui si ha notizia riguarda, invece, una bambina, figlia di genitori nigeriani appartenenti all'etnia Edo, sottoposta a MGF in Nigeria. Al rientro in Italia, la stessa è stata immediatamente ricoverata all'ospedale di Torino per un grave ascesso nella zona genitale. Immediato l'intervento del Tribunale per i minorenni di Torino che ha disposto l'allontanamento dei

Ciononostante, il fenomeno delle pratiche di MGF raggiungeva già in quegli anni cifre allarmanti sul territorio italiano, con un picco di casi nella regione Toscana: «Nel corso di tre anni (1991 – 1993) è stato intervistato un campione di trecentoquattro donne somale, residenti in Toscana e appartenenti ad una fascia di età compresa fra gli 11 e i 48 anni, su tutte è stata praticata l'infibulazione»[560].
Infine, merita menzione una proposta di medicalizzazione delle pratiche di MGF elaborata negli anni duemila su impulso di un ginecologo somalo, il Dott. Abdulkadir Omar Hussen[561], con lo scopo di introdurre un rito simbolico mantenendo la valenza culturale propria delle MGF, ma eliminando al contempo ogni tipo di sofferenza per la donna.

genitori e un'indagine sulla famiglia, con l'assistenza di un mediatore culturale. L'intervento di quest'ultimo è stato essenziale per l'esito del procedimento penale: si è, infatti, messo in luce che la pratica in questione era necessaria, secondo le consuetudini dell'etnia Edo, per l'inserimento della donna nella comunità. Il Tribunale, visto l'esito positivo della relazione familiare, ha deciso di riaffidare la bambina ai genitori con la vigilanza dei servizi sociali. La vicenda giudiziaria, iniziata a seguito della denuncia dei medici della struttura sanitaria torinese, si è chiusa con un decreto di archiviazione su richiesta del PM. Quest'ultimo, infatti, ha ritenuto mancanti le condizioni per legittimare l'azione penale «poiché i genitori avevano sottoposto la figlia a pratiche accettate dalle tradizioni locali e dalle leggi del loro paese».

[560] PROSPERI G, *La vittimologia e la vittima culturale.*, cit., p. 172.

[561] PROSPERI G, *La vittimologia e la vittima culturale.*, cit., p. 189.
Il modello a cui fece riferimento il medico per avviare questo ambizioso progetto è stato mutuato da un Paese africano in cui le MGF sono fortemente radicate: la Somalia, già da anni, aveva sostituito gli interventi sui genitali femminili con pratiche simboliche come la puntura del clitoride o la simulazione della stessa effettuata esclusivamente da personale medico.
Il Dottor Hussen, già a partire dagli anni Ottanta, si era dedicato alla problematica delle MGF e si era fatto promotore del primo Centro di Coordinamento socio-sanitario degli immigrati con sede nella clinica ostetrica ginecologica dell'ospedale Carreggi di Firenze, riconosciuto nel novembre 2003 come Centro di riferimento regionale. Il Centro ha anche una funzione fondamentale nel panorama internazionale, mettendo a disposizione tutti i dati e le ricerche sul tema in questione. Le principali finalità di questo centro sono quelle preventive e informative, con lo scopo di sensibilizzare le donne, soprattutto africane, sul complesso tema delle MGF.

Particolarmente negative e critiche furono le risposte a livello politico e, anzi, come sostenuto da parte della dottrina[562], proprio questa proposta di medicalizzazione delle MGF avrebbe dato impulso alla riforma del 2006.

Si segnala, tuttavia, che una risposta positiva all'introduzione di questo rito alternativo era stata fornita dalla Commissione Regionale di bioetica nel marzo 2004: «La Commissione regionale di Bioetica ritiene (…) che la proposta di tale procedura possa trovare accoglienza in ambito sanitario, solamente quale eventuale risposta da offrire a quei genitori che richiedono di poter effettuare sulle figlie minorenni, senza rischi per la loro salute, un rito simbolico sostitutivo all'infibulazione (…). Tale procedura, comunque, deve essere intesa come parte integrante di un percorso volto al completo superamento di ogni forma di mutilazione e manipolazione dei genitali femminili»[563].

A differenza delle forze politiche, la Commissione sembrava aver colto la natura più profonda della proposta: essa non si poneva quale accettazione delle MGF, ma come tentativo di procedere all'eliminazione delle pratiche in modo graduale.

4. La legge n. 7 del 2006

Con l'entrata in vigore della legge n. 7 del 2006 il legislatore italiano è intervenuto in materia di MGF non solo sotto un profilo repressivo, ma anche - almeno formalmente - in chiave preventiva[564].

Il primo articolo della legge, infatti, ha precisato le finalità dell'intervento normativo che si declinano espressamente nel «(…) prevenire, contrastare e reprimere le pratiche di MGF quali violazioni dei diritti fondamentali all'integrità

---

[562] GIANARIA F., MITTONE A., *Culture alla sbarra*, cit., p. 112.

[563] Commissione Regionale di Bioetica, *Prevenzione delle mutilazioni genitali femminili: liceità etica, deontologica e giuridica della partecipazione dei medici alla pratica di un rito alternativo*, 9 marzo 2004.

[564] Sul punto BERNARDI A., *Modelli penali*, cit., p. 120 definisce l'aspetto preventivo quale quello «più condivisibile della legge». Molto critica, invece, DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 39 che rileva un intento fortemente assimilatorio in queste disposizioni. In senso contrario, esprime opinione positiva verso queste disposizioni DI IORIO T., *Le mutilazioni genitali femminili tra misure di prevenzione e di contrasto: prospettive per l'eradicazione del fenomeno in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2019, pp. 26-45.

della persona e alla salute delle donne e delle bambine, in attuazione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione e di quanto previsto dalla Dichiarazione e dal Programma di azione adottati a Pechino il 15 settembre 1995 nella quarta Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulle donne».

4.1. Finalità preventiva

Nella legge in esame sono ben cinque gli articoli dedicati alla prevenzione del fenomeno mediante strumenti alternativi a quello repressivo.

In particolare, all'articolo 3 sono state previste campagne informative per gli immigrati provenienti dai Paesi in cui sono diffuse le pratiche di MGF con lo scopo di sollecitare una diffusa conoscenza dei diritti fondamentali della persona tutelati nel nostro ordinamento. Sono state, inoltre, favorite attività di sensibilizzazione con il coinvolgimento di operatori sociali, sanitari e insegnanti delle scuole dell'obbligo.

Particolare attenzione è stata riservata al personale sanitario: l'art. 4 è intervenuto nell'ambito della formazione di questa categoria professionale al fine di avviare un percorso volto alla prevenzione, all'assistenza e alla riabilitazione delle donne e delle bambine già sottoposte a tali pratiche.

L'articolo 5 ha istituito, inoltre, un apposito numero verde per le segnalazioni da parte di chiunque venga a conoscenza di condotte volte ad effettuare interventi di MGF e per fornire informazioni sulle attività di volontariato presenti nel settore.

Infine, l'articolo 7 ha promosso progetti di formazione e sensibilizzazione sul tema e istituito dei centri antiviolenza per le donne.

4.2. Finalità repressiva

Con l'articolo 6 della legge sono stati introdotti nel nostro codice penale, nel Titolo XII dedicato ai Delitti contro la persona, capo I dei Delitti contro la vita e l'incolumità individuale, gli articoli 583 *bis* (pratiche di mutilazione degli organi

genitali femminili) e 583 *ter* (pena accessoria della interdizione dalla professione sanitaria)[565].

L'articolo 583 *bis* c.p. prevede due autonome fattispecie di reato: al primo comma è punito il delitto di mutilazione degli organi genitali femminili, mentre al secondo comma si sanziona il delitto di lesioni degli organi genitali femminili.

Il bene giuridico tutelato è l'integrità fisica e la salute sessuale delle donne e delle bambine sottoposte alle MGF; essendo queste pratiche considerate quali strumenti di controllo del corpo e della sessualità femminile, si deve ritenere oggetto di tutela anche la dignità della donna[566].

L'oggetto materiale è costituito dai soli organi genitali femminili esterni, escludendo quindi espressamente che possano rientrare in queste ipotesi delittuose interventi su vittime di sesso maschile[567].

Il primo comma dell'art. 583 *bis* c.p. disciplina il delitto di mutilazione; quest'ultimo concetto, come precisato dalla norma stessa, ricomprende la

---

[565] Per un dettagliato commento della fattispecie si rimanda a BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p. – Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in DOLCINI E., GATTA G. L. (a cura di), *Codice Penale commentato*, tomo III, 5ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 1019-1035; TORDINI CAGLI S., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p. – Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice Penale*, tomo II, 7ª edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp. 3701-3707; STRANO LIGATO S., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p. – Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in FORTI G., SEMINARA S., ZUCCALÀ G. (a cura di), *Commentario breve al Codice Penale*, 6ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 1855-1858.

[566] BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p.*, cit., p. 1024; BASILE F., *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili: Legge 9 gennaio 2006*, n. 7, in *Diritto penale e processo*, 2006, pp. 678-692, p. 685; MAGNINI V., *La disciplina penale delle mutilazioni genitali femminili. Le nuove fattispecie di cui agli artt. 583* bis *e 583* ter *c.p.*, in *Studium iuris*, 2006, pp. 1081-1089, p. 1084.

[567] BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p.,* cit., p. 1024 per un approfondimento sulla definizione di organo genitale femminili e sulla relativa differenziazione tra interni ed esterni.

Con riferimento al soggetto attivo, entrambe le fattispecie sono reati comuni anche se nella realtà dei fatti le pratiche di MGF sono spesso effettuate da soggetti specifici operanti all'interno delle comunità di appartenenza e deputati agli interventi in questione.

clitoridectomia, l'escissione, l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo.

Eccezion fatta per la clitoridectomia, che è identificata in ambito medico quale totale o parziale rimozione del clitoride, l'escissione e l'infibulazione non hanno un contenuto descrittivo scientificamente definito[568] ed è, pertanto, necessario fare riferimento alla classificazione fornita dall'OMS, come recepita dalla Risoluzione 2035/2001 del Parlamento europeo. L'escissione è qui definita come ablazione del clitoride e delle piccole labbra e l'infibulazione quale ablazione totale del clitoride e delle piccole labbra, nonché della superficie interna delle grandi labbra e cucitura della vulva per lasciare soltanto una stretta apertura vaginale[569].

Particolarmente criticata sotto il profilo della tecnica legislativa è l'ultima ipotesi presente al comma primo: «Si tratta di una clausola di chiusura che (…) pecca di poca chiarezza e (…) (è) in contrasto con il principio di legalità/precisione che obbliga il legislatore penale a formulare norme comprensibili e chiare»[570].

Per altra parte della dottrina[571], clitoridectomia, escissione e infibulazione sarebbero, invece, in rapporto di gravità crescente e, pertanto, costituirebbero ipotesi tra loro omogenee; il *genus* delle condotte d'interesse sarebbe, così, limitato e risulterebbe «possibile, sulla scorta di una valutazione di similarità con esse, individuare anche le ipotesi rientranti nella clausola finale»[572]. In tal senso, la formula di chiusura ricomprenderebbe tutte le pratiche *latu sensu* chirurgiche che cagionino una mutilazione.

Il comma secondo dell'articolo in esame punisce il delitto di lesioni, concepito in funzione sussidiaria rispetto all'articolo 583 *bis*, comma primo c.p.

L'elemento distintivo è la condotta che consiste nella lesione (e non nella mutilazione) degli organi genitali femminili con conseguente malattia nel corpo o

---

[568] BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p.*, cit., p. 1025; PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 195.

[569] *Ibidem.*

[570] GOISIS L., *Multiculturalismo e diritto penale,* cit., p. 150.

[571] BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p.* cit., p. 1026.

[572] *Ibidem*.

nella mente, come si verifica ad esempio nell'ipotesi di emorragie o di processi infiammatori[573].

In entrambe le fattispecie si riscontra un presupposto negativo della condotta, ossia l'assenza di esigenze terapeutiche poste nell'interesse della salute della donna. L'esistenza di queste ultime deve interpretarsi in senso oggettivo, ossia confrontando le diverse valutazioni ed esperienze della scienza e della letteratura medica, non essendo sufficienti mere convinzioni culturali o sociali sul miglioramento della salute psico-fisica della donna a seguito dell'intervento[574].

Entrambi i delitti in questione sono puniti a titolo di dolo: per l'ipotesi di cui al primo comma è richiesto il dolo generico consistente nella coscienza e volontà di cagionare una mutilazione genitale femminile; per il reato di lesioni di cui al secondo comma è, invece, richiesto il dolo specifico ed è, quindi, altresì necessario che il soggetto persegua la finalità di menomare le funzioni sessuali.

Numerose sono state le critiche della dottrina sul punto[575]: il requisito del dolo specifico rischia sostanzialmente di paralizzare l'applicazione della fattispecie prevista da questo comma; infatti, chi realizza tali condotte non agisce al fine di menomare le funzioni sessuali della donna, ma alla luce di specifiche motivazioni culturali[576].

Sullo spinoso tema delle scriminanti, in particolare quella del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) e quella dell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.), la dottrina italiana ha assunto posizioni divergenti e contrastanti.

---

[573] *Ibidem*.

[574] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 195. Sul punto anche NATALINI A., *Mai più ferite tribali al corpo delle donne. Mutilazioni genitali, nuovo reato. Sanzioni alla clinica-complice*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, pp. 99-102, p. 101.

[575] Cfr. in particolare BOTTI F., *Manipolazioni del corpo*, cit., p. 222; NATALINI A., *Mai più ferite tribali*, cit., p. 101; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 42.

[576] Parte della dottrina ritiene che tali critiche non siano condivisibili, in quanto «il legislatore con l'espressione al fine di menomare le funzioni sessuali, non si riferisce alle motivazioni ultime che inducono gli appartenenti a certe comunità a compiere le pratiche rituali, ma all'effetto stesso prodotto dalle mutilazioni». Tale espressione, per questo filone dottrinale, sarebbe da considerare quindi in modo equivalente al fine di provocare una mutilazione genitale. *Cfr.* MAGNINI V., *La disciplina penale*, cit., p. 1086.

Con riferimento alla scriminante del consenso dell'avente diritto, il focus dell'analisi è il contrasto con l'articolo 5 c.c. che prevede il divieto di disporre del proprio corpo quando questo comporti una diminuzione permanente dell'integrità fisica o quando sia contraria alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

In relazione alle pratiche di cui al primo comma, la mutilazione comporta sempre una diminuzione permanente dell'integrità fisica della donna e, pertanto, il consenso non potrebbe avere valore scriminante. Tuttavia, in dottrina si è sottolineato che il nostro ordinamento consente degli interventi comportanti diminuzioni permanenti laddove essi favoriscano il miglioramento della salute della donna: si pensi, ad esempio, a interventi per il mutamento di sesso, al prelievo di un rene o ancora ad alcuni interventi di circoncisione maschile. Queste riflessioni portano a ritenere che anche nel caso delle MGF, la donna che «in modo consapevole e spontaneo, sceglie di sottoporsi a MGF in piena adesione alle motivazioni socio-culturali che sottostanno a siffatte pratiche, esercita il proprio diritto di libertà di autodeterminazione e persegue un miglioramento della propria salute, per lo meno psichica»[577].

Per quanto attiene, invece, alle pratiche di lesione, esse non determinano necessariamente una diminuzione permanente dell'integrità fisica della donna e non sarebbero nemmeno in aperto contrasto con la legge, l'ordine pubblico e il buon costume[578].

---

[577] BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p.* cit., p. 1027-1028; in tal senso anche FORNASARI G., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in BERNARDI A., PASTORE B., PUGIOTTO A. (a cura di)*, Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, 179-202.

[578] BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p.*, cit., p. 1028; in senso contrario MAGNINI V., *La disciplina penale*, cit., p. 1088. Il punto più critico e più delicato è quello di individuare il soggetto legittimato a prestare il consenso, dato che il più delle volte si tratta di bambine o comunque ragazze minorenni prive, pertanto, della capacità richiesta per poter esprimere il consenso all'intervento. In tali ipotesi, legittimati a prestare il consenso sono solitamente i genitori in veste di legali rappresentanti del minore, ma si pone qui un ulteriore e annoso problema circa i limiti entro cui i genitori possono prestare il consenso per interventi non obiettivamente utili ai figli.

La scriminante dell'esercizio di un diritto è, invece, generalmente non ritenuta applicabile ai casi di specie[579].

L'esercizio di un diritto potrebbe essere invocato sia con riferimento alla libertà religiosa che alla consuetudine. Con riferimento alla prima ipotesi, il diritto alla libertà religiosa ex art. 19 Cost. è da intendersi anche come diritto di educare e istruire i figli secondo la propria fede. Vi è, tuttavia, un limite invalicabile che non consente di applicare al caso di specie la scriminante di cui all'articolo 51 c.p.: «l'esercizio della libertà religiosa non può mai comportare il sacrificio di prevalenti diritti di rilievo costituzionale della figlia, quali l'integrità fisica e la salute psico-sessuale, nonché la dignità personale».

Alla medesima conclusione si giungerebbe anche nell'ipotesi in cui venissero invocati, con funzione scriminante, gli articoli 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e l'articolo 30 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 1989.

Potrebbe poi essere invocata, come anticipato, la scriminante dell'esercizio di un diritto nascente da una consuetudine, ma sarebbero assenti gli elementi necessari per ritenere esistente una consuetudine giuridicamente rilevante[580].

Proseguendo con l'analisi del reato, entrambi i delitti sono a consumazione istantanea: mentre il comma primo è ad effetti permanenti e la consumazione si ha all'atto della mutilazione, il comma secondo è ad effetti solo eventualmente permanenti e la consumazione si ha quando insorge la malattia[581].

Il trattamento sanzionatorio previsto dal nostro legislatore nel 2006 per le fattispecie in esame è estremamente rigoroso: il reato di cui al comma primo dell'articolo 583 bis c.p. è punito con la pena della reclusione da 4 a 12 anni, mentre le condotte di cui al secondo comma dell'articolo in esame con la reclusione da 3 a 7 anni.

---

[579] BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p.*, cit., p. 1028.

[580] Mancherebbe, anzitutto, il requisito della ripetizione generale, costante e uniforme nel tempo del comportamento, sorretta dall' *opinio iuris et necessitatis*. Inoltre, non vi sarebbe alcun richiamo alla consuetudine da parte di legge alcuna. In ultimo, si sottolinea altresì che la consuetudine in esame è estranea al nostro ordinamento e, di conseguenza, per avere rilevanza in funzione scriminante in territorio italiano dovrebbe essere recepita ai sensi dell'art. 10 Cost., circostanza che non avviene nel caso di specie. Cfr. BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p.*, cit., p. 1029.

[581] BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p.*, cit., p. 1030.

L'articolo 583 *bis*, comma terzo c.p. introduce due circostanze aggravanti per entrambi i delitti: si prevede l'aumento di pena di un terzo quando le pratiche siano commesse a danno di minori o a fini di lucro.
Per il reato di cui al secondo comma è prevista, inoltre, l'attenuante delle lesioni di lieve entità, con riferimento all'articolo 582 c.p. per determinare la gravità della lesione. Questo reato, nell'ipotesi attenuata in esame, è punito con pena ridotta fino a due terzi.
Tutte le aggravanti previste o richiamate all'art. 585 c.p. possono essere applicate ai delitti in esame, compresa quella inerente al rapporto genitoriale tra reo e vittima[582].
L'articolo 583 ter c.p., anch'esso introdotto nel 2006 dalla legge in esame, prevede la pena accessoria dell'interdizione dalla professione sanitaria da 3 a 10 anni e la comunicazione all'Ordine dei medici chirurghi nel caso di condanna di un operatore sanitario per uno dei reati previsti ex articolo 583 *bis* c.p..
In ultimo, circa i rapporti con altri reati, si evidenzia che entrambe le fattispecie sono speciali e le stesse prevalgono rispetto ai delitti di lesioni personali e, in caso di morte non voluta della donna, non si applicherà l'articolo 584 c.p. (omicidio preterintenzionale), ma l'articolo 586 c.p. (morte o lesioni come conseguenza di altro delitto).
Il comma quarto dell'articolo 583 *bis* estende i limiti di applicabilità della legge penale nello spazio, stabilendo la punibilità delle condotte in esame anche per fatti commessi all'estero quando il soggetto attivo o il soggetto passivo siano cittadini italiani o stranieri residenti in Italia.
Si segnala, infine, che i reati in questioni sono stati inseriti quali reati presupposto per la responsabilità amministrativa da reato degli enti: alla struttura nella quale venga commesso uno dei reati in esame sarà applicata una sanzione pecuniaria da 300 a 700 quote e una sanzione interdittiva, così come prevista dal decreto legislativo n. 231/2001.

4.3. Alcuni rilievi critici

[582] PECORELLA C., *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Rivista italiana di diritto procedura penale*, 2011, pp. 837-866, p. 865.

Come anticipato, la disciplina introdotta dal legislatore italiano nel 2006 ha suscitato diverse critiche in dottrina, sia sul piano sistematico sia su quello politico criminale.

Innanzitutto, sono state avanzate perplessità sulla necessità e sulla adeguatezza dell'intervento repressivo al fine di contrastare il fenomeno delle MGF mettendo in risalto l'«inutilità sistematica»[583] della disciplina. Si è evidenziato come una simile fattispecie ad hoc non fosse necessaria all'interno del nostro sistema penale: non si era, infatti, in presenza di una lacuna legislativa da colmare, ma anzi le condotte in esame erano già punibili come lesioni gravi o gravissime[584]. La dottrina penalistica, sul punto, ha rilevato come «il disvalore aggiunto dei nuovi reati di mutilazione genitale femminile rispetto alle lesioni personali comuni risiede tutto nella motivazione culturale del fatto e non certo in una sua maggior gravità lesiva»[585].

Come ben ribadito da Basile e Provera[586], l'introduzione di tale ipotesi delittuosa ad hoc non è stata, tuttavia, determinata esclusivamente dalla volontà di introdurre una sorta di norma-manifesto, ma anche dalla necessità di garantire una adeguata risposta sanzionatoria; prima del 2006, infatti, le ipotesi di MGF sussumibili nel reato di lesioni gravi o gravissime potevano essere soggette a un giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti.

Una critica unanime[587] alla normativa del 2006 attiene al trattamento sanzionatorio, ritenuto eccessivo: il legislatore sembra infatti avere «"gonfiato i muscoli", mettendo in campo tutte le armi disponibili nel suo arsenale sanzionatorio (rigorose pene principali; pena accessoria speciale; sanzione amministrativa per l'ente)»[588].

---

[583] Espressione utilizzata da PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 199.

[584] In particolare DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 41; FORNASARI G., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo,* cit., p. 184.

[585] GOISIS L., *Multiculturalismo e diritto penale,* cit., p. 153.

[586] BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p.*, cit., p. 1023; PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 200.

[587] PECORELLA C., *Mutilazioni genitali femminili,* cit., p. 859 sottolinea come la previsione di un reato autonomo con un simile trattamento sanzionatorio derivi dal fatto che le mutilazioni e le lesioni in questione sono riferibili a un controllo violento della sessualità femminile più che a delle mere lesioni.

[588] BASILE F., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 56.

Anche la sanzione interdittiva prevista a carico del medico che effettui un intervento di MGF rappresenta «un accanimento che non ricorre in alcuno altro caso di abuso della professione medica»[589].

Un ulteriore aspetto che ha suscitato non poche perplessità sulla natura e sulle motivazioni sottese alla normativa in esame è l'inserimento del reato di MGF all'interno dei reati presupposto per la responsabilità da reato degli enti. Si è, infatti, notato come, nonostante vi siano molti ambiti, più rilevanti in campo economico, ancora esenti da responsabilità penale da reato degli enti, il legislatore nel 2006 abbia ritenuto essenziale inserire tra i reati presupposto le pratiche di MGF[590].

Da un punto di vista politico-criminale, la dottrina penalistica ha rilevato un forte rischio di ineffettività della norma: più che sradicare o limitare le pratiche di MGF, una siffatta disciplina penale rischia di rendere gli interventi di MGF clandestini e occulti[591]. Si noti, infatti, come nonostante le applicazioni della legge dopo il 2006 siano risultate scarse se non pressoché inesistenti[592], dati sconcertanti ed allarmanti

---

[589] *Ibidem.*

[590] Sul punto, PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 197 rileva come si tratti di una scelta singolare che fa emergere il particolare disvalore che il legislatore attribuisce a tali condotte. Infatti, ad esempio, i reati di lesioni gravi e gravissime non sono inseriti fra i reati presupposto. Questo costituirebbe un elemento a sostegno della forte valenza simbolico-repressiva della legge.

[591] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 43; PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 199.

[592] Dall'intervento legislativo in materia di MGF ad oggi, pochissime sono le applicazioni giurisprudenziali dell'art. 583 *bis* c.p. In particolare, si segnalano le sentenze del Tribunale di Verona, sez. penale, 14 aprile 2010, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, con nota di PECORELLA C., *Mutilazioni genitali femminili,* cit., pp. 837-866 e della Corte di Appello di Venezia, 23 novembre 2012, n.1485 riguardanti il medesimo procedimento. Cfr. BASILE F., *Il reato di "pratiche di mutilazione,* cit., pp. 1-23.

Appare opportuno ripercorre brevemente la vicenda processuale che ha portato alla pronuncia del 2012: sono stati esaminati due casi distinti, ma con alcuni elementi simili.

In entrambi i casi, il *locus commissi delicti* era Verona e i soggetti coinvolti erano cittadini nigeriani appartenenti all'etnia Edo-bini: una ostetrica nigeriana, G.O., e i genitori nigeriani, rispettivamente della minore X di due mesi all'epoca dei fatti e della minore Y di due settimane.

Mentre con riferimento al primo episodio G.O. praticava a danno della minore X la cd. *arguè*, ossia un'incisione superficiale del clitoride, nella seconda vicenda G.O. veniva fermata dalla polizia

mentre, con tutti gli attrezzi necessari per praticare la MGF in oggetto, varcava la soglia di casa del padre di Y.

Per i fatti sopra riportati, all'esito del processo di primo grado, la donna nigeriana G.O. veniva ritenuta responsabile del delitto di lesione degli organi genitali femminili ex articolo 583 *bis,* comma secondo e del tentativo del delitto di lesione degli organi genitali femminili di cui all'articolo 583 *bis*, comma secondo con applicazione dell'attenuante della lieve entità, prevalente rispetto alle aggravanti (nel caso di specie, fatto commesso a danno di minore e fatto commesso per fini di lucro).

In concorso con G.O. venivano ritenuti responsabili anche la madre della minore X, per quanto attiene al primo episodio, e il padre di Y, con riferimento alla seconda vicenda, con l'applicazione dell'attenuante della lesione di lieve entità in entrambi i casi.

Il Tribunale di Verona, in prima istanza, condannava G.O. a 1 anno e 8 mesi di reclusione, mentre la madre della minore X veniva condannata a 8 mesi di reclusione e il padre di Y, trattandosi di mero tentativo di reato, a 4 mesi.

Cfr. Tribunale di Verona, sez. penale, 14 aprile 2010, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, con nota di PECORELLA C., *Mutilazioni genitali femminili,* cit., pp. 837-866.

Come si evince da questa breve ricostruzione, il trattamento sanzionatorio è risultato abbastanza mite se si confronta con il rigore della normativa del 2006.

Il motivo determinante è costituito, oltre che dalla lieve entità della lesione inferta, proprio dalla motivazione culturale alla base dell'agire degli imputati.

La difesa aveva, infatti, ottenuto l'audizione a processo di alcuni testi qualificati proprio per enfatizzare e rendere chiara ai giudici la ratio culturale alla base delle MGF: fondamentale è stato quanto rappresentato nel processo da un docente di antropologia dell'educazione, da una docente universitaria di pedagogia della mediazione e da un sacerdote della Chiesa pentecostale di etnia Edo-bini.

Tale attenzione alla motivazione culturale è stata ulteriormente ribadita dalla Corte di Appello di Venezia, non solo in sede di commisurazione della pena in senso attenuante, come avviene nella sentenza di primo grado, ma anche al momento dell'accertamento della sussistenza del reato.

Il 24 novembre 2012, a due anni dalla condanna in primo grado, i genitori sono stati assolti con formula piena dalla seconda sezione della Corte di Appello di Venezia.

La parte più rilevante di questa sentenza è costituita dalle motivazioni che hanno portano ad escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo.

Come analizzato precedentemente, l'articolo 583 *bis,* comma secondo richiede il dolo specifico, ossia il fine di menomare le funzioni sessuali della donna.

Rifacendosi alle dichiarazioni della madre e del padre delle minori rilasciate durante il processo e alle deposizioni dei testi qualificati, la Corte ha rilevato la difficoltà, se non l'impossibilità, di accertare il requisito soggettivo del dolo specifico.

sono emersi dalle indagini della Società Italiana di Ginecologia: «L'infibulazione in Italia si pratica con molta frequenza. Il più delle volte è fai da te, in casa: ci pensa

La Corte ha affermato che «nessun riferimento all'aver agito allo scopo di menomare le funzioni sessuali è desumibile (…) dalla natura dell'intervento richiesto e concordato, assolutamente inidoneo, per la sua consistenza, a palesare una intenzione in tal senso».

Per la Corte, l'*arguè*, per la sua carica simbolica e per la sua lieve entità, non sarebbe concretamente idonea a menomare le funzioni sessuali della donna.

In conclusione, si può affermare che la Corte, in sede di valutazione dell'elemento soggettivo, sia riuscita a dare rilevanza alla motivazione culturale del soggetto agente anche, per assurdo, grazie alla formulazione della fattispecie di reato: i giudici, infatti, con una certa criticità hanno affermato che «La difficoltà, o meglio, l'impossibilità di ricostruire l'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie esaminata in presenza di forti e provate motivazioni socio-culturali, che non contemplano quale scopo perseguito dai soggetti che alle stesse aderiscono il fine di menomare le funzioni sessuali della donna, erano ben presenti sia al legislatore, in occasione dei lavori preparatori e sia nei primi commenti della nuova fattispecie che si esprimevano in termini di "paralisi", sotto questo profilo, della norma incriminatrice».

Per una ulteriore applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 *bis* c.p., si vedano anche le sentenze del Tribunale di Torino, 8 novembre 2018, n. 1626, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fascicolo 2/2019, reperibile al link https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/allegati/fascicolo-n-2-2019/386-trib-to-8-11-2018-penale/file, della Corte di Appello di Torino, 26 febbraio 2020, n. 1410 e della Cass. Pen., sez. V, 14 ottobre 2021, n. 37422 che riguardano il medesimo procedimento, per il quale viene condannata una madre di origine egiziana che aveva sottoposto le figlie a mutilazione genitale nel paese di origine nel 2007. Per un approfondimento in merito alle motivazioni che sono state fornite dalle Corti nei diversi gradi di giudizio, si rimanda al capitolo della presente tesi dedicato al formante giurisprudenziale in materia di reati culturalmente orientati; in questa sede, è sufficiente segnalare che i giudici hanno respinto la tesi della difesa circa l'assenza di colpevolezza in campo alla madre che «per quanto influenzata dalla sua tradizione etnica, [era] capace di cogliere e percepire i valori fondamentali della nostra cultura giuridica e di comprendere l'illeceità della sua condotta, il che rende inescusabile *l'ignorantia legis*». Inoltre, come ben evidenziato dalla Corte di Cassazione, all'epoca dei fatti, in Egitto, la pratica culturale in questione era oggetto di forte dibattito all'interno dell'opinione pubblica e nel 2008 una legge ha vietato le mutilazioni genitali femminili. Tali ultimi rilievi concorrono, per la Corte, ad escludere la buona fede della donna e far ritenere infondata la tesi dell'ignoranza inevitabile della legge penale. Cfr. BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p.*, cit., p. 1034.

la nonna o l'anziana che ricopre in famiglia il ruolo di infibulatrice ufficiale»[593]. L'introduzione di una fattispecie ad hoc così formulata, con una totale mancanza di attenzione al fattore culturale, ha ottenuto l'effetto opposto rispetto a quello della maggiore tutela dell'integrità fisio-psichica della donna.

In apertura al presente capitolo, si è evidenziato come proprio questa riforma legislativa abbia permesso alla dottrina di classificare l'ordinamento italiano come assimilazionista-discriminatorio.

È, tuttavia, opportuno ribadire come la legge del 2006 abbia recepito sostanzialmente l'atteggiamento di aperta e forte condanna a livello internazionale[594] verso le pratiche di MGF che violano i diritti umani.

---

[593] ZECCHINELLI C., *In Italia 30 mila casi ma dal divieto del 2006 neanche un processo,* in *Il Corriere della Sera*, 23 dicembre 2008.

[594] Innanzitutto, senza pretese di completezza, vi sono alcune fonti internazionali che nelle loro enunciazioni si collegano strettamente alle MGF, pur non citandole *apertis verbis*. A tal proposito si ricordino la *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo* (approvata dall' Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948); la *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* (adottata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 1965 ed entrata in vigore il 4 gennaio 1969); la *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo* (adottata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore il 2 settembre 1990); e la *Convenzione contro ogni forma di discriminazione contro le donne* (CEDAW, adottata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel dicembre 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre 1981).

Altre fonti internazionali, invece, condannano espressamente le pratiche di MGF. Tra queste, si ricordino la *Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'eliminazione della violenza contro le donne* (adottata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 dicembre 1993); le *Risoluzioni ONU n. 48/104* del 1993 e *n. 53/117 del 1998*; la *Quarta conferenza mondiale sulle donne (Conferenza di Pechino)* del 1995; la *Risoluzione ONU A/RES/67/146* (adottata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 dicembre 2012); e la *Risoluzione ONU A/C.3/69/L.22* (adottata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 2014).

In ambito europeo, invece, si possono citare, *ex multis*, la *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo* del Consiglio d'Europa (in vigore dal 3 settembre 1953); la *Risoluzione sull'Islam* del Parlamento europeo del settembre 1998; la *Raccomandazione n. 1371/1998* concernente i *Maltrattamenti inflitti ai fanciulli* del Consiglio d'Europa; la *Raccomandazione n. 1450/2000* sulla *violenza contro le donne in Europa* del Consiglio d'Europa; la *Risoluzione n. 2035/2001* del Parlamento europeo; la *Risoluzione* del Parlamento europeo del 24 marzo 2009 concernente la *Lotta contro le mutilazioni*

sessuali femminili praticate nell'Unione Europea; la *Risoluzione* del Parlamento europeo del 14 giugno 2012, che ribadisce quando previsto nel 2009 e promuove il *Programma DAPHNE - Developing National Plans of Action to Eliminate FGM in UE*, con lo scopo di elaborare, da parte di ciascuno Stato membro, un piano di azione nazionale per l'eliminazione delle MGF; la *Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* (cd. *Convenzione di Istanbul*) adottata il 7 aprile 2011 dal Consiglio d'Europa che definisce le MGF come grave violazione dei diritti umani delle donne e delle ragazze e principale ostacolo al raggiungimento della parità tra i sessi; e la *Risoluzione del Parlamento europeo* del 6 febbraio 2014. Cfr. DI IORIO T., *Le mutilazioni genitali femminili,* cit., p. 30; FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale,* cit., p. 89; GENTILOMO A., *Mutilazioni genitali femminili. La risposta giudiziaria e le questioni connesse*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2007, pp. 1-12; VITALONE A., *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giurisprudenza di merito*, 2001, pp. 854-870.

PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 208-2018 sviluppa una interessante riflessione sulle scelte adottate da alcuni paesi europei con riferimento alle pratiche in questione. Sinteticamente, a prescindere dall'adozione o meno di una fattispecie penale astratta volta a incriminare tali pratiche, l'atteggiamento dei legislatori è quello di aperta condanna, senza attribuire rilevanza all'elemento culturale. Interessante notare che anche la Francia, paese con una percentuale particolarmente elevata di casi di MGF, dopo una prima tendenza giurisprudenziale in senso di riconoscimento del fattore culturale quale attenuante, abbia condannato tali pratiche contrarie ai diritti fondamentali delle donne.

Per una panoramica globale in materia di MGF, cfr. il report *Female Genitale Mutilation/Cutting: A Call for a Global Response* pubblicato a marzo 2020 da The End FGM European Network, The U.S. End FGM/C Network and Equality Now, reperibile al link https://www.endfgm.eu/editor/files/2020/04/FGM_Global_-_ONLINE_PDF_VERSION_-_07.pdf.

Per completezza, si segnala che in Canada tali pratiche sono punite ai sensi dell'articolo 268, comma 3 del codice penale. Oltre all'ipotesi di sussistenza di esigenze terapeutiche, non costituiscono reato MGF compiute su donne maggiorenni e consenzienti, purché l'intervento non causi un *bodily harm*. PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 213 segnala come questo ultimo concetto possa risultare di difficile interpretazione: se con *bodily harm* si intendesse una lesione, questa sarebbe presente in tutti i casi di MGF, da quelli di lieve entità a quelli particolarmente gravi.

Infine, in Sudafrica, le pratiche sono espressamente punite dal *Children's Act* 38 del 2005 alla sezione 12(3); il riferimento è solo alle pratiche di mutilazione vera e propria, non alle ipotesi meno offensive. Sul punto cfr. COUZENS M., *The Prosecution of Female genital Mutilation: A Discussion of Its Implications for South Africa in the Light of a Recent Australian Case*, in *South African Law Journal*, vol. 134, 2017, pp. 116-140.

La presente analisi, pertanto, a prescindere da possibili diverse posizioni dottrinali presenti nella letteratura penalistica italiana, non mette in dubbio la necessità di porre dei limiti alla tolleranza culturale, che non può assolutamente prevalere sui diritti fondamentali dell'uomo, e non nega l'importanza di una legislazione volta ad incriminare le pratiche di MGF.

Proprio alla luce delle presenti considerazioni circa l'inefficacia della repressione penale tradizionalmente intesa, soprattutto quando sono coinvolte dinamiche culturali e religiose, quello che si vorrebbe proporre è un diverso approccio al tema dei reati culturalmente orientati: lo strumento penale dovrebbe essere concepito come extrema ratio e si dovrebbe evitare che condotte assai eterogenee anche sul versante dell'offensività vengano ricomprese in una sola fattispecie assolutamente generalizzante, come avvenuto per le MGF[595].

L'intervento penale, quando necessario, dovrebbe orientarsi maggiormente in senso educativo, ma soprattutto ri-educativo. L'auspicio, come si approfondirà, è che anche il diritto penale possa contribuire a un dialogo interculturale che consenta il confronto «nella consapevolezza che ciascun individuo o gruppo sociale possa abbandonare una pratica culturalmente orientata [e, si aggiunge, lesiva dei diritti umani fondamentali] solamente nel momento in cui percepisce le ragioni culturali oltre che giuridiche del divieto di tale condotta in un sistema diverso»[596]. In tal senso, anche alla luce del principio di sussidiarietà, si dovrebbe ricercare, tra tutti gli strumenti di risposta al reato, quello meno invasivo della libertà individuale che permetta di evitare «lacerazioni umane e sociali assolutamente non necessarie»[597].

5. Altre ipotesi di reati culturalmente orientati nella legislazione penale italiana

Inoltre, MGF a danno di una donna adulta non sarebbero sussumibili nella disposizione in esame che si riferisce esclusivamente a vittime minorenni. Pratiche compiute a danno di donne adulte sarebbero condannate, esclusivamente in ottica di non discriminazione a danno della donna, ai sensi della sezione 8 del *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* 4 del 2000 (cd. PEPUDA): tale previsione, tuttavia, non ha rilevanza in sede penale.

[595] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 203.

[596] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 220.

[597] FORNASARI G., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo,* cit., p. 202.

Oltre alla disciplina concernente le MGF, considerata in linea di massima legge manifesto della repressione dei reati culturalmente orientati, vi sono altre specifiche disposizioni del codice penale che rilevano in materia.

Si precisa che la riflessione si focalizza esclusivamente sui reati appositamente introdotti per arginare condotte culturalmente/religiosamente orientate, come nel caso delle MGF; in questa sede non si analizzeranno, invece, fattispecie ordinarie che potrebbero trovare applicazione anche in ipotesi di condotte culturalmente orientate, come ad esempio i maltrattamenti in famiglia commessi da soggetti immigrati appartenenti a determinate culture. Lo scopo del presente capitolo è, infatti, quello di indagare se il legislatore abbia inserito all'interno del codice penale specifiche ipotesi delittuose proprio in considerazione del fattore culturale quale elemento caratterizzante il reato[598].

5.1. Il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio e organizzazione dell'accattonaggio

Oltre alla normativa introdotta nel 2006, un ulteriore esempio che corrobora la tesi che classifica l'ordinamento italiano quale assimilazionista discriminatorio è costituito dalla disciplina in materia di contrasto all'accattonaggio, con particolare riferimento all'art. 600 *octies* c.p. che sanziona il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio e organizzazione dell'accattonaggio[599].

---

[598] Per completezza si segnala che PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 176 rileva come tra le norme che criminalizzano le pratiche culturali potrebbe essere inserito anche il reato di bigamia, previsto dall'art. 556 c.p.

Inoltre, anche se non si tratta di norme che puniscono condotte culturalmente orientate, meritano menzione l'art. 4 della legge n. 110 del 1975 in materia di armi, munizioni ed esplosivi che punisce il reato di porto ingiustificato di oggetti atti ad offendere e l'art. 5 della legge 152 del 1975 che vieta l'uso in luogo pubblico, senza giustificato motivo, di caschi protettivi e altri oggetti che rendano difficoltoso il riconoscimento delle persone. Tali disposizioni sono, infatti, frequentemente invocate per condannare condotte culturalmente orientate, quali il porto del *kirpan* e del *burqa*. Con riferimento alla questione del porto del *kirpan*, si rimanda all'approfondimento contenuto nel capitolo dedicato all'esperienza giuridica canadese.

[599] MIEDICO M., *Commento* sub *art. 600* octies *c.p. – Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio*, in DOLCINI E., GATTA G.L. (a cura di), *Codice Penale*

Questo articolo, introdotto nel 2009 dal cd. Pacchetto sicurezza[600], ha sostituito la contravvenzione presente all'abrogato art. 671 c.p. che, già prima del 2009, puniva la condotta in esame. La principale differenza, che è stata posta anche alla base dell'abrogazione dell'art. 671 c.p., si ritrova nel bene giuridico tutelato: mentre l'art. 671 c.p. individuava quest'ultimo nella moralità pubblica e nel pubblico decoro, l'art. 600 *octies* c.p. tutela l'integrità psico-fisica del minore[601] (e della persona comunque non imputabile).

Introdotto nel Titolo XII dedicato ai Delitti contro la persona, capo III dei Delitti contro la libertà individuale, l'articolo 600 *octies*, comma primo c.p. punisce con la reclusione fino a tre anni «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque si avvale per mendicare di una persona minore degli anni quattordici, comunque, non imputabile, ovvero permette che tale persona, ove sottoposta alla sua autorità o affidata alla sua custodia o vigilanza, mendichi, o che altri se ne avvalga per mendicare».

---

commentato, cit., pp. 1581-1586; GARGIULO R., *Commento* sub *art. 600* octies *c.p. – Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio,* in PADOVANI T. (a cura di), *Codice Penale*, cit., pp. 4098-4106; FERLA L., *Commento* sub *art. 600* octies *c.p. – Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio,* in FORTI G., SEMINARA S., ZUCCALÀ G., *Commentario breve*, cit., pp. 1980-1982; VIGANÒ F., *La giurisprudenza sui reati commessi da Rom e Sinti nei confronti dei minori*, in BONETTI P., SIMONI A., VITALE T. (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia (Atti del Convegno Internazionale. Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010)*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1109-1126, pp. 1117 e ss.

[600] Legge 15 luglio 2009, n. 94 (G.U. 24 luglio 2009, n. 170) *Disposizioni in materia di pubblica sicurezza*. Sul punto DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 49 sottolinea come questa disciplina si inserisca all'interno di una serie di interventi in materia penale volti a garantire la sicurezza pubblica minacciata da una serie di fenomeni eterogenei che generano forte allarme sociale. In tema anche TELESCA M., *La "riesumazione" dell'accattonaggio (art. 669*-bis *c.p. dopo la l.n. 132/2018). Ovvero il continuum tra legislazione fascista e "pacchetti sicurezza"*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, pp. 33-68.

[601] In tal senso ZIZANOVICH R., *Le modifiche apportate al codice penale dalla L. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, pp. 2943-2960.

Con il Decreto Sicurezza[602] del 2018 è stato introdotto il comma secondo che punisce con pena della reclusione fino a tre anni «chiunque organizzi l'altrui accattonaggio, se ne avvalga o comunque lo favorisca a fini di profitto» e, di conseguenza, la rubrica dell'art. 600 *octies* è stata novellata in «Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio».

Per completezza si segnala che con la medesima legge del 2018 si è, inoltre, introdotta la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 669 *bis* c.p. che sanziona l'esercizio molesto dell'accattonaggio[603], punendo con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 3.000 a 6.000 euro «chiunque esercita l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà». La fattispecie di cui all'art. 600 *octies* c.p. non pone particolari problemi interpretativi per quanto attiene alla struttura del

[602] Legge di conversione 1 dicembre 2018, n. 132 del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (G.U. 3 dicembre 2018, n. 381).

[603] La fattispecie di mendicità invasiva era punita dall'articolo 670 c.p. abrogato nel 1999. L'articolo puniva, al primo comma, «chiunque mendica in luogo pubblico o aperto al pubblico»; al secondo comma, si sanzionava più gravemente «il fatto commesso in modo ripugnante o vessatorio, ovvero simulando deformità o malattie, o adoperando altri mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà». Per un approfondimento in tema di costituzionalità dell'art. 670 c.p., cfr. AIMI A., *Il "Decreto sicurezza" 2018: i profili penalistici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, pp. 135-194; NAPOLETANO E., DI FIORINO E., *Il contrasto alle forme di accattonaggio nel Decreto Sicurezza: una prima analisi*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, reperibile al link https://www.giurisprudenzapenale.com/2019/01/31/contrasto-alle-forme-accattonaggio-nel-decreto-sicurezza-analisi/.

Particolarmente critico sulla scelta di reintrodurre questa fattispecie nel codice penale MATTIO S., *Profili di rilevanza penale del "Decreto Sicurezza",* in *Studium iuris*, 2019, pp. 572-578.

reato[604], ma ha suscitato alcune osservazioni critiche in dottrina in merito al suo possibile valore simbolico[605].

[604] La condotta di cui al comma primo, sostanzialmente analoga a quella dell'abrogato art. 671 c.p., si articola in tre possibili alternative: avvalersi del minore o del non imputabile per mendicare, permettere al minore o al non imputabile di mendicare o consentire che altri se ne avvalgano. Con riferimento al comma secondo, le condotte sanzionabili sono quella dell'organizzare l'altrui accattonaggio, quella di avvalersi dell'accattonaggio altrui e quella di favorire l'accattonaggio altrui. Si precisa che, mentre con riferimento al comma primo la non imputabilità del soggetto passivo è un presupposto della condotta, la fattispecie di cui al comma secondo punisce le condotte menzionate anche fuori dall'ipotesi di accattonaggio minorile o del non imputabile. Cfr. MIEDICO M., *Commento* sub *art. 600* octies *c.p.,* cit., p. 1583; CASSANO M.E., *Sicurezza e disagio sociale nel c.d. Decreto Salvini*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, pp. 5-30, p. 19; CURI F., *Il reato di accattonaggio: "A volte ritornano",* in *Diritto penale contemporaneo*, 21 gennaio 2019, reperibile al link https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/8914-curi2019a.pdf.

Per quanto attiene al soggetto attivo, in relazione alla condotta di impiego del minore nell'accattonaggio si configura un reato comune; si è in presenza di un reato proprio, in quanto viene richiesto il rapporto di autorità, di custodia o di vigilanza, nelle ipotesi in cui si permette al minore di mendicare o si permette che altri se ne avvalgano. È un reato di pericolo astratto che tutela il corretto sviluppo della personalità del minore dalla possibilità di assorbimento di impulsi negativi derivanti dall'attività di accattonaggio. Cfr. sul punto Cass. Pen., sez. V, 28 dicembre 2020, n. 37538 dove si afferma che «ai fini della configurabilità del reato non occorre la consapevolezza del minore della natura dell'attività in cui è coinvolto ma soltanto che egli sia in grado di recepire gli stimoli negativi da essa derivanti ed abbia, quindi, raggiunto l'età della coscienza».

Per quanto attiene l'elemento soggettivo, essendo configurato come delitto e non più come contravvenzione, è richiesto il dolo generico per le condotte di cui al comma primo; è, invece, richiesto il dolo specifico per la sussistenza dell'elemento soggettivo per le ipotesi delittuose di cui al comma secondo dell'articolo in esame. Critici su quest'ultimo aspetto CASSANO M.E., *Sicurezza e disagio sociale*, cit., p. 19; NAPOLETANO E., DI FIORINO E., *Il contrasto alle forme di accattonaggio,* cit.*,* p. 9.

L'articolo in esame presenta, inoltre, la clausola di sussidiarietà espressa che rileva in tema di rapporto con altre fattispecie. Ad esempio, l'art. 600 *octies* c.p. è sussidiario rispetto alla fattispecie di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù di cui all'art. 600 c.p. (come suggerito in dottrina, potrebbe configurarsi lo schema del reato complesso); con riferimento ai maltrattamenti in famiglia *ex* art. 572 c.p., questa fattispecie assorbe il delitto di cui all'art. 600 *octies* c.p. solo quando sussistano concretamente condizioni di vessazione, di sopraffazione o di sfruttamento a danno del minore e che determinino una concreta sofferenza fisica o psichica dello stesso. Cfr. SCOLETTA M.,

L'impiego dei minori nell'accattonaggio è, infatti, una pratica fortemente diffusa all'interno delle comunità *ROM*[606], proprio in virtù di alcuni caratteri fondanti della cultura di questo popolo[607]. Particolare menzione in tal senso merita il nomadismo, che ha inciso fortemente sullo sviluppo di altre usanze tipiche di queste comunità[608], e la centralità del ruolo della famiglia per la vita sociale ed economica dei membri. In questo specifico contesto sociale, i bambini vengono considerati essenziali e

---

Nuovo delitto di impiego di minori nell'accattonaggio, in CORBETTA S., GATTA G.L., DELLA BELLA A. (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Ipsoa, Milano, 2009, pp. 123-132.

[605] In tal senso, cfr. i numerosi contributi pubblicati nei due tomi di BONETTI P., SIMONI A., VITALE T. (a cura di),

La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia (Atti del Convegno Internazionale. Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010), tomo I e II, Giuffrè, Milano, 2011 con particolare riferimento alla Sezione XI del Tomo II dedicata ai profili penali.

Sul punto, cfr. anche SCUDIERI L., *Dalla "Cultural Defense" al "test culturale": luci e (soprattutto) ombre del dibattito italiano*, in *Sociologia del Diritto*, 2018, pp. 125-154, p. 138.

RUGGIU I., *Is begging a Roma cultural practice?: Answer from the Italian legal system and anthropology*, in *Romani Studies*, vol. 26, 2016, pp. 31-61, p. 34 afferma come l'introduzione della nuova fattispecie sia stata una diretta conseguenza della parziale tolleranza giurisprudenziale della condotta tipica letta alla luce degli elementi culturali caratterizzanti il popolo Rom.

[606] MASERA L., *Il diritto penale di fronte a Rom e Sinti*, in BONETTI P., SIMONI A., VITALE T. (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia (Atti del Convegno Internazionale. Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010)*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1099-1107, p. 1099 segnala che vi principalmente sono due categorie di reati che interessano questa comunità: quelli commessi nei confronti dei minori (riduzione in schiavitù, uso dei minori nell'accattonaggio, maltrattamenti, inadempimento dell'obbligo scolastico) e quelli contro il patrimonio (furto, rapina, ricettazione e riciclaggio).

[607] Per alcune riflessioni in merito, cfr. DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 51-54; MANCINI L., *I* rom *tra cultura e devianza*, in *Diritto penale e processo*, 1998, pp. 770-773; KUSTERS J., *Criminalising Romani Culture through Law,* in FOBLETS M.C., RENTELN A.D. (ed.), *Multicultural Jurisprudence*, cit., pp. 199-228.

Per un approfondimento socioculturale si rimanda alle pubblicazioni di Santino Spinelli, tra cui la recente SPINELLI S., *Le verità negate. Storia, cultura e tradizioni della popolazione romaní*, Meltemi, Milano, 2021.

[608] MANCINI L., *I* rom *tra cultura*, cit., p. 770 sottolinea come sia marcata la diversità di usi e costumi tra le diverse comunità *ROM.*

fondamentali per il mantenimento della famiglia e, pertanto, coinvolti nelle attività lavorative tipiche della comunità[609], tra cui anche quella nota come *mangel*[610] che integra il reato di impiego di minori nell'accattonaggio nel nostro ordinamento. Non è un caso, infatti, che spesso i membri di queste comunità, in sede penale, invochino la scriminante dell'esercizio di un diritto, ossia il rispetto delle consuetudini e delle tradizioni *ROM*[611], per giustificare l'impiego di minori nell'accattonaggio[612].

Ora, la trasformazione della fattispecie da contravvenzione a delitto, il conseguente aumento del trattamento sanzionatorio[613] (da sei mesi ad un anno prima, fino a tre anni con la nuova formulazione) e l'assenza della specifica previsione della sanzione accessoria della sospensione della responsabilità genitoriale sono elementi che hanno portato la dottrina a identificare questa previsione come una ulteriore ipotesi di reato con una spiccata valenza culturale e indicativa della scelta del legislatore in senso assimilazionista[614].

La dottrina ha ribadito come il rischio di ineffettività della fattispecie introdotta sia particolarmente elevato: si incriminano, senza disporre altri strumenti di prevenzione, educazione e integrazione, delle condotte fortemente radicate

---

[609] *Ibidem*.

[610] Sul punto SALETTI SALZA C., *I minori "nomadi" e le relazioni economiche e sociali con i gagè. Qualche riflessione sull'accattonaggio tra i romà*, in *Minori Giustizia*, 2008, pp. 280-286, p. 283 ribadisce come vi sia uno «scarto di interpretazione tra la norma culturale e l'interpretazione giuridica». Le condotte che integrano il reato di accattonaggio sono, infatti, considerate come vere e proprie attività di natura economica, in cui sono specializzati donne e bambini. Nel contesto culturale di riferimento il cd. *mangel* assume, quindi, una importante funzione socioeconomica.

[611] La rilevanza del fattore culturale in queste ipotesi è stata esclusa dalla giurisprudenza; cfr., ad esempio, Cass. Pen., sez. III, 15 aprile 2010, n. 18072.

[612] RUGGIU I., *Is begging a Roma cultural practice*, cit., pp. 46-48 sottolinea come l'impiego di minori nell'accattonaggio non sia in sé una pratica culturale, ma sia strettamente connessa ad usanze e tradizioni del popolo Rom.

[613] Anche alla luce dell'ipotesi contravvenzionale dell'impiego di minori di anni 15 in attività lavorative punita con l'arresto fino a sei mesi, la sanzione per il reato in esame risulta sproporzionata: il bene giuridico tutelato è, infatti, il medesimo. Cfr. PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 181.

[614] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 54.

all'interno di una specifica comunità che meramente subisce la pena, senza realizzazione alcuna della funzione general e special preventiva[615].

5.2. Il delitto di costrizione o induzione in matrimonio

Ulteriore ipotesi delittuosa che assume rilievo in seno alla presente analisi concernente il formante legislativo in materia di reati culturalmente orientati è quella contenuta all'art. 588 *bis* c.p. che punisce il reato di costrizione o induzione in matrimonio[616].

La fattispecie in esame è stata introdotta nel codice penale italiano con la legge[617] 19 luglio 2019, n. 69, nota come "Codice Rosso". Tale intervento legislativo è volto ad ampliare la tutela penale delle vittime di violenza di genere[618] e si articola sia in chiave preventiva, tramite una serie di strumenti di protezione e di informazione, sia in chiave repressiva, introducendo nuovi reati o inasprendo il trattamento sanzionatorio per quelli già in essere[619].

---

[615] *Ibidem*. In tal senso anche SIMONI A., *Appunti per una lettura romanì del pacchetto sicurezza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, pp. 217-230.

RUGGIU I., *Is begging a Roma cultural practice,* cit., p. 57 afferma: «*What I am claiming is that the criminal tools are disproportionate, and not appropriate to face the problem. They even make it worse, lacing at risk other rights of the child*».

[616] Per un commento alla fattispecie, cfr. BERNARDI S., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p. - Costrizione o induzione in matrimonio*, in DOLCINI E., GATTA G.L. (a cura di), *Codice Penale commentato*, cit., pp. 642-652; SPENA A., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p. - Costrizione o induzione in matrimonio*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice Penale*, cit., pp. 3534-3539.

[617] Legge 19 luglio 2019, n. 69 (G. U. 25 luglio 2019, n. 173) *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere.*

[618] Per un approfondimento circa le dimensioni del fenomeno in questione, cfr. PECORELLA C., *Violenza di genere e sistema penale*, in *Diritto penale e processo*, 2019, pp. 1181-1187, p. 1182.

[619] BASILE F., *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco...al Codice Rosso*, in *Diritto penale e uomo*, 2019, pp. 1-16, reperibile al link https://dirittopenaleuomo.org/contributi_dpu/la-tutela-delle-donne-dalla-violenza-delluomo-dal-codice-rocco-al-codice-rosso/. L'autore propone una panoramica, anche in chiave storica, della normativa penale posta a tutela delle donne vittime di violenza a partire dall'impostazione del Codice Rosso del 1930. In particolare, si segnalano due interventi legislativi che hanno preceduto la

Nell'economia del presente elaborato, particolare attenzione merita l'art. 558 *bis* c.p. con il quale si puniscono i cd. matrimoni forzati (dall'inglese *forced marriage*), fenomeno che interessa principalmente giovanissime donne e ragazze immigrate[620]. Come sottolineato dalla dottrina[621], anche alla luce della dimensione transnazionale del reato e della sua stretta connessione con particolari contesti socioculturali, l'introduzione di una specifica norma mirava a produrre un preciso effetto deterrente soprattutto all'interno di quelle comunità che abbracciano tale pratica.
Si precisa, inoltre, che l'obbligo di incriminazione di tali condotte è previsto all'art. 37 della Convenzione di Istanbul[622], ratificata dall'Italia nel 2013; il legislatore italiano, pertanto, con l'introduzione dell'articolo in commento si è conformato alla normativa sovranazionale in materia[623].

---

legge del 2019 e che mirano a rafforzare la tutela penale delle vittime di violenza di genere: il riferimento è alla Legge cd. *anti-stalking* del 2009 che ha introdotto il delitto di atti persecutori all'art. 612 *bis* c.p. e alla Legge cd. *sul femminicidio* del 2013.

[620] Molteplici sono gli eclatanti fatti di cronaca portati all'attenzione dell'opinione pubblica, soprattutto negli ultimi anni; *ex multis*, oltre al tristemente noto caso della giovane Hina Saleem uccisa dal padre a Brescia nel 2006 dopo aver rifiutato lo sposo imposto dalla famiglia, si segnala il recentissimo caso di una quattordicenne del Bangladesh. Cfr. GIUFFRIDA S., MONACO L., *"Io pestata da mia madre e mio fratello per aver rifiutato il matrimonio combinato", la denuncia shock di una 14enne bengalese a Ostia*, in *LaRepubblica*, 16 novembre 2021, reperibile al link https://roma.repubblica.it/cronaca/2021/11/16/news/io_pestata_da_mia_madre_e_mio_fratello_perche_ho_rifiutato_il_matrimonio_combinato_la_denuncia_shock_della_14enne_bengale-326519173/.

[621] BERNARDI S., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p,* cit., p. 643.

[622] *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e il contrasto alla violenza contro le donne e della violenza domestica*, aperta alla firma a Istanbul l'11 maggio 2011 e ratificata dall'Italia con l. 27 giugno 2013, n. 77.

Cfr. BELLO B.G., *Il contrasto dei matrimoni forzati nelle società multiculturali: riflessioni a partire dalla Convenzione di Istanbul*, in *Politeia*, 2016, pp. 95-109 per l'analisi delle risposte di alcuni ordinamenti esteri.

[623] Come evidenziato da BERNARDI S., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p,* cit., p. 644, il legislatore italiano non si sarebbe conformato a quanto previsto dal paragrafo secondo dell'art. 37 della Convenzione che impone alle parti di reprimere anche chi attira «intenzionalmente con l'inganno un adulto o un bambino sul territorio di una Parte o di uno Stato diverso da quello in cui risiede, allo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio».

Prima di procedere con l'analisi del reato, è opportuno soffermarsi sul fenomeno che l'art. 558 *bis* c.p. mira a reprimere.

Il cd. matrimonio forzato è stato definito quale unione in cui «*one or both spouses do not (or, in the case of some adults with learning or physical disabilities or mental incapacity, cannot) consent to the marriage and violence, threats, or any other form of coercion is involved. Coercion may include emotional force, physical force or the threat of physical force, and, financial pressure*»[624]. È un matrimonio *latu sensu* inteso, ricomprendente qualsiasi tipo di unione a prescindere dagli effetti civili che essa produce in uno specifico ordinamento; il consenso non è espresso liberamente, ma viene estorto con violenza o minaccia o con l'abuso della particolare relazione che lega reo e vittima mediante l'approfittamento della vulnerabilità di quest'ultima[625]. In dottrina[626] si è evidenziata la differenza, almeno teorica, che intercorre tra i matrimoni forzati e i matrimoni combinati: in questi ultimi, infatti,

---

[624] Cfr. HOME OFFICE, FOREIGN AND COMMONWEALTH OFFICE, *Forced Marriage Unit Statistics 2017*, 16 marzo 2018, p. 4, reperibile al link https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/730155/2017_FMU_statistics_FINAL.pdf.

Cfr. anche UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *In-depth study on all forms of violence against women – Report of the Secretary-General,* A/61/122/Add.1, New York, 06 luglio 2006, p. 40, par. 122, reperibile al link https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/419/74/PDF/N0641974.pdf?OpenElement; UNITED NATIONS, COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Joint general recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices,* CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18, New York, 14 novembre 2014, p. 7, reperibile al link https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/627/78/PDF/N1462778.pdf?OpenElement.

[625] BERNARDI S., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p,* cit., p. 644.

[626] PEPÈ G., *I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia? Qualche approfondimento sul fenomeno ed un primo commento alla norma volta a contrastarlo, contenuta nel Disegno di Legge "Codice Rosso",* in *Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2019, reperibile al link https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6684-i-matrimoni-forzati-presto-previsti-come-reato-anche-in-italia#_ftn4. Sul punto anche CERATO M., *Matrimoni forzati, matrimoni precoci e libertà matrimoniale del minore. Nota sul nuovo art. 558* bis *c.p. Commento a legge 19 luglio 2019 n.69*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 2018, pp. 623-636, p. 623.

gli sposi rimarrebbero liberi di esprimere il loro consenso circa l'unione proposta ed organizzata dalle rispettive famiglie. Affine ai matrimoni forzati è il fenomeno dei cd. matrimoni precoci (dall'inglese *early/child marriages*) che interessa unioni in cui il nubendo è un soggetto minore degli anni 18.

A prescindere da queste possibili sotto classificazioni, i tratti principali e caratterizzanti il matrimonio forzato possono essere riassunti come segue[627]: innanzitutto il riferimento è alle modalità coercitive utilizzate per estorcere il consenso della vittima; ancora, la dimensione familiare del fenomeno che ne rende spesso difficile l'emersione; infine, la transnazionalità di questi matrimoni che, nella maggior parte dei casi, vengono celebrati all'estero.

Tali condotte, già prima dell'introduzione del reato *ad hoc*, erano sussumibili in altre fattispecie come, ad esempio, quella della violenza privata, delle minacce, delle percosse, delle lesioni, dei maltrattamenti, della sottrazione di minore o di incapace, della violenza sessuale, del sequestro di persona, di tratta e di schiavitù[628].

Poste queste brevi premesse introduttive, è ora opportuno analizzare l'art. 558 *bis* c.p.

Il bene giuridico tutelato dalla norma è la libertà di autodeterminazione dell'individuo, con specifico riferimento alla libertà di scelta in ambito affettivo e sessuale[629]. Alcune perplessità in merito alla collocazione della fattispecie sono state espresse dalla dottrina: in particolare, alla luce dell'interesse protetto dalla norma, non parrebbe pienamente condivisibile la scelta di inserire il reato tra i delitti contro il matrimonio di cui al Capo I, Titolo XI del codice penale; preferibile sarebbe stata l'introduzione del reato tra i delitti contro la personalità individuale di cui alla Sezione I, Capo III, Titolo XII alla luce dell'offesa che tali condotte arrecano non solo alla libertà morale, ma anche alla libertà personale e sessuale, nonché alla stessa dignità dell'essere umano[630].

---

[627] *Ibidem*.

[628] BERNARDI S., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p,* cit., p. 643. Sul punto PEPÈ G., *I matrimoni forzati,* cit., par. 3.1 sottolinea come la tutela così comunque garantita non fosse, però, uniforme.

[629] BERNARDI S., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p,* cit., p. 644.

[630] *Ibidem*. In tal senso anche PEPÈ G., *I matrimoni forzati,* cit., par. 4.

L'art. 558 *bis* c.p. prevede due distinte fattispecie delittuose, rispettivamente al comma primo e al comma secondo, che si differenziano per le modalità e per l'incidenza della condotta coercitiva.

Il comma primo punisce la costrizione a contrarre matrimonio o unione civile mediante violenza o minaccia, mentre il secondo comma sanziona l'ipotesi di induzione a contrarre matrimonio o unione civile mediante «approfittamento delle condizioni di vulnerabilità, di inferiorità psichica o di necessità di una persona, con abuso delle relazioni familiari, domestiche, lavorative o dell'autorità derivante dall'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia»[631].

Rispetto al comma primo, configurato come reato comune, le condotte di cui al comma secondo possono essere realizzate solamente da soggetti titolari di una particolare relazione qualificata con la vittima[632].

Entrambe le fattispecie si configurano come reati di evento a forma vincolata e l'evento consiste nell'effetto di coazione psicologica o di induzione e nella conseguente contrazione di matrimonio o unione civile[633]. In merito a questi ultimi due concetti si sono posti in dottrina alcuni problemi interpretativi: la lettera della norma parrebbe, infatti, fare riferimento esclusivamente a unioni produttive di effetti civili, ma -alla luce del bene giuridico tutelato- si deve ritenere che l'offesa

[631] Si rimanda a BERNARDI S., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p,* cit., p. 645-646 per una dettagliata analisi dei diversi concetti richiamati dal secondo comma dell'articolo, già diffusamente interpretati dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento ad altri articoli del codice penale. Il concetto di approfittamento della situazione di vulnerabilità merita di essere brevemente illustrato in questa sede, essendo di introduzione relativamente recente. È stato, infatti, inserito nel 2014 a seguito del recepimento della direttiva europea in materia di contrasto alla tratta di esseri umani. Come ricorda l'autore, può essere inteso quale «concreto avvantaggiarsi da parte dell'agente di una preesistente condizione di vulnerabilità in cui si trovi il soggetto passivo, tale per cui, in assenza di detta condizione, quest'ultimo non avrebbe mai prestato il proprio consenso» e potrebbe ricomprendere sia le situazioni di inferiorità psichica che quelle di necessità.

[632] SPENA A., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p*., cit., p. 3536 per un approfondimento in tal senso.

[633] BERNARDI S., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p,* cit., p. 647.

si verifichi a prescindere dal prodursi di validi effetti civili nel nostro ordinamento[634].

Per quanto attiene all'elemento soggettivo del reato è richiesto il dolo generico; nell'ipotesi di cui al comma secondo, si presuppone la conoscenza delle condizioni richieste in capo alla vittima e della particolare relazione sussistente con l'agente[635].

Sono, inoltre, presenti due circostanze aggravanti speciali nel caso in cui il reato sia commesso a danno di minori con un aumento di pena differenziato in relazione alla specifica età della vittima (una a efficacia comune se si tratta di minore di anni 18 e una a effetto speciale per soggetti con meno di 14 anni)[636].

Infine, similmente a quanto previsto per il reato di cui all'art. 583 *bis* c.p., l'ultimo comma introduce una deroga al principio di territorialità della legge penale: le disposizioni precedenti si applicano anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia o in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia[637].

Quanto al profilo sanzionatorio, per entrambe le fattispecie, la pena è della reclusione da uno a cinque anni. Si segnala, infine, che le pene accessorie *ex* art. 600 *septies*.2 c.p. non sono applicabili al caso di specie e il reato di costrizione o induzione al matrimonio non è tra quelli che permettono allo straniero di ottenere uno speciale permesso di soggiorno in virtù della violenza di genere subita *ex* art. 18 *bis* del t.u. immigrazione d.lgs. 286/1998.

---

[634] *Ibidem.* L'autore ribadisce come il fatto che il reato sussista anche in ipotesi di soggetti minori degli anni diciotto, anche quando il matrimonio venga commesso all'estero, andrebbe a sostegno di questa interpretazione che ritiene integrato il reato anche qualora il matrimonio non producesse effetti civili. Diversamente, non si configurerebbe il reato in esame quando le condotte siano poste in essere per mantenere il vincolo coniugale precedentemente contratto.

PEPÈ G., *I matrimoni forzati,* cit., par. 4.2 ricorda come in uno dei disegni di legge presentati (D.d.l.n. S. 174) fosse contenuta la dicitura «vincolo di natura personale da cui derivano uno o più obblighi tipici del matrimonio o dell'unione civile», precisazione adottata anche da altri ordinamenti europei.

[635] BERNARDI S., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p,* cit., p. 648.

[636] *Ibidem*. L'autrice auspicava l'introduzione di autonoma fattispecie delittuosa nelle ipotesi in cui siano coinvolti soggetti minorenni, su modello dell'art. 609 *quater* c.p. che punisce il reato di atti sessuali con minorenne.

[637] Questa deroga è oggetto di espresso obbligo contenuto nella Convenzione di Istanbul, all'art. 44, paragrafo 2.

Come sottolineato in apertura alla presente riflessione in merito alla fattispecie di cui all'art. 558 *bis* c.p., il reato di costrizione o induzione al matrimonio può rientrare nel novero dei reati culturalmente orientati espressamente previsti dal nostro legislatore: le condotte incriminate sono espressione di convinzioni e tradizioni radicate in determinati contesti socio-culturali ed estranee ai valori del gruppo maggioritario di cui l'ordinamento giuridico è espressione. Questo scontro tra norma culturale e norma giuridica è emerso in modo chiaro dalle argomentazioni difensive di un imputato di origine Rom accusato di aver promesso e dato in sposa la figlia minorenne - senza il consenso di quest'ultima - ad un uomo, in cambio di un beneficio economico[638]. La vicenda in esame assume rilevanza sotto molteplici profili: innanzitutto, si tratta di uno dei pochi casi in cui la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi in merito a simili condotte che spesso, per il contesto familiare in cui si verificano, rimangono sommerse[639]; a ciò si deve aggiungere che la pronuncia in questione risulta essere la prima occasione per la Corte di soffermarsi anche in merito alla fattispecie di cui all'art. 558 *bis* c.p. dopo la sua introduzione[640] nel 2019; infine, la sentenza offre una chiara e utile sintesi degli orientamenti giurisprudenziali in materia di reati culturalmente orientati.

Rimandando l'analisi di quest'ultimo aspetto al capitolo della presente tesi dedicato al formante giurisprudenziale, in questa sede ciò che preme sottolineare, tramite una veloce analisi delle argomentazioni della difesa dell'imputato, è la valenza culturale della pratica oggetto di censura. Si è, infatti, sottolineata l'importanza delle tradizioni connesse al matrimonio all'interno della comunità Rom di

---

[638] Cfr. Cass. Pen., sez. V, 13 maggio 2021, n. 30538.

[639] Sul punto, cfr. PEPÈ G., *Matrimoni forzati e "prezzo della sposa": la Cassazione ribadisce l'irrilevanza di tradizioni e culture lesive della libertà individuale*, in *Sistema Penale*, 15 febbraio 2022, reperibile al link https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-2021-30538-matrimoni-forzati-prezzo-sposa-reati-culturalmente-motivati.

[640] È opportuno precisare che l'uomo è stato imputato per il reato di riduzione in schiavitù *ex* art. 600, comma 1 c.p. in quanto all'epoca della commissione dei fatti la specifica fattispecie di cui all'art. 558 *bis* c.p. non era ancora in vigore; ciononostante la Corte si è soffermata sul rapporto tra le due fattispecie e ha fornito per la prima volta una interpretazione giurisprudenziale ad alcune questioni connesse al reato di recente introduzione. Cfr. PEPÈ G., *Matrimoni forzati e "prezzo della sposa",* cit., paragrafi 9-9.3.

riferimento. Ad avviso della difesa, l'imputato avrebbe agito in conformità ad un vero e proprio istituto giuridico (non mera tradizione) che attribuisce una valenza risarcitoria al cd. prezzo della sposa: in altri termini, la famiglia della sposa avrebbe ricevuto una somma di denaro a titolo di risarcimento per il venir meno della fanciulla dal contesto familiare di origine e, al contempo, tale danaro avrebbe costituito garanzia per la donna stessa e per i futuri figli[641]. Come si analizzerà nel proseguo del presente elaborato, tali argomentazioni difensive sono state rigettate dalla Corte di Cassazione, la quale ha ribadito come le tradizioni culturali non possano prevalere sui diritti umani fondamentali.

[641] *Ibidem*, paragrafo 8.

CAPITOLO VI

Il formante dottrinale: il *test* culturale

«(...) è la somiglianza che conta, non la differenza»
ANNE PHILLIPS
Multiculturalism without Culture

«*Noi intellettuali tendiamo sempre a identificare la "cultura" con la nostra cultura: quindi la morale con la nostra morale e l'ideologia con la nostra ideologia. Questo significa che non usiamo la parola "cultura" nel senso scientifico [e] che esprimiamo, con questo, un certo insopprimibile razzismo verso coloro che vivono, appunto, un'altra cultura*»
PIER PAOLO PASOLINI
Ampliamento del "Bozzetto" sulla rivoluzione antropologica in Italia

SOMMARIO: 1. Introduzione, - 2. I «tre gradi di verifica» suggeriti da Cristina De Maglie, - 3. Il *test* culturale proposto da Ilenia Ruggiu, - 3.1. La componente oggettiva, - 3.2. La componente soggettiva, - 3.3. La componente relazionale, - 4. I «tre criteri di valutazione» individuati da Fabio Basile, - 5. Alcune riflessioni in merito ai modelli di *tests* culturali analizzati: il profilo probatorio, - 5.1. La prova culturale, - 6. Riflessioni conclusive nella prospettiva dell'ermeneutica giurisprudenziale.

1. Introduzione

La dottrina penalistica italiana ha indagato l'ambito dei reati culturalmente orientati focalizzandosi principalmente sulla collocazione da attribuire alla motivazione culturale all'interno delle categorie dogmatiche del diritto penale. Rimane, tuttavia, imprescindibile soffermandosi su un passaggio logico precedente: come si accerta la sussistenza di un reato culturalmente orientato? È, infatti, necessario, prima di interrogarsi sul rapporto tra dato culturale e tipicità, antigiuridicità, colpevolezza o punibilità, verificare se il fatto tipico possa essere ricondotto alla categoria dei reati culturalmente orientati. L'accertamento processuale della connotazione culturale del fatto è di fondamentale importanza: «la praticabilità e l'effettività di ogni opzione legislativa e giudiziaria relativa al trattamento penalistico della

motivazione culturale presuppone proprio la possibilità di provare in giudizio tutti i requisiti necessari a sussumere il fatto per cui si procede alla categoria dei reati culturalmente motivati»[642].

Partendo dall'analisi delle riflessioni dottrinali in materia, l'obiettivo è quello di individuare uno strumento tecnico-giuridico, «un protocollo di indagine»[643], valido e standardizzato per verificare se un reato possa essere qualificato come culturalmente orientato.

Il cd. *test* culturale[644], definibile quale «procedura standardizzata di accertamento dei requisiti che un giudice ritiene rilevanti e/o indispensabili per dare rilevanza alla "cultura" di una delle parti in un processo»[645], potrebbe rappresentare una possibile e valida risposta a questo quesito di ricerca.

Lo strumento del *test* culturale appartiene, infatti, alla categoria del cd. *cultural expertise*, ossia l'insieme di diverse modalità attraverso le quali viene resa la consulenza di un esperto delle scienze umane chiamato a favorire la risoluzione della controversia. Una più articolata definizione di questo concetto viene proposta da Holden[646]: «(...) *a special knowledge that enables socio-legal scholars, experts*

---

[642] GRANDI C., *A proposito di reati culturalmente motivati*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, pp. 1-16, p. 14.

[643] BIANCO M.I., *Pluralismo religioso e garanzie del diritto penale*, cit., p. 48.

[644] CAVAGGION G., *Diritti culturali e modello costituzionale,* cit. p. 408 auspica che tale strumento, il cui utilizzo in Italia è limitato al diritto penale, possa essere oggetto di analisi e studio anche in diversi settori del diritto.

[645] Tale definizione viene fornita da RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 86. L'autrice sottolinea la differenza che intercorre tra *test* e argomento culturale: il primo è «un modo di verificare l'argomento, per costruire la prova culturale e la sua capacità di fondare il convincimento del giudice». Mentre l'argomento culturale è sinonimo di motivazione *latu sensu* culturale, il *test* è «ricorrente, costante, standardizzato» e, pertanto, fornisce maggiore coerenza e uniformità alle argomentazioni delle corti.

[646] HOLDEN L., *Cultural Expertise: An Emergent Concept and Evolving Practices*, in HOLDEN L. (ed.), *Cultural Expertise. An Emergent Concept and Evolving Practices*, Special Issue, in *Laws*, 2019, pp. 1-4, p. 2.

In tema si permetta anche di rimandare al Progetto *Cultural Expertise in Europe: What is it useful for?* (EURO-EXPERT), Consolidator Grant Project n. 681814 finanziato anche dall'*European Research Council*, link web https://culturalexpertise.net.

in laws and cultures, and cultural mediators - the so-called cultural brokers - to locate and describe relevant facts, in light of a particular background of the claimants/litigants/accused and for the use of conflict resolution or the decision-making authority»[647]. Questo concetto di *cultural expertise* è particolarmente ampio e ricomprende diversi strumenti utilizzabili dal giudice, dalla perizia propriamente intesa a tutte le altre modalità che consentono l'emersione della conoscenza antropologica in sede processuale.

L'utilizzo del sapere antropologico per assistere il giudice nella decisione, come si è analizzato, non è un elemento di novità per alcuni ordinamenti esteri: «*In specialized fields of law, such as native land titles and First Nations' rights (...), the appointment of social scientists as experts, especially anthropologists, dates back to the 19th century. Social scientists have played an active role (...) for more than 200 years*»[648]. È, dunque, plausibile ritenere che l'esperienza comparata[649] abbia

---

[647] *Ibidem*. L'autrice evidenzia come si tratti di una definizione aggiornata rispetto a quella fornita in HOLDEN L., *Cultural Expertise and Litigation*, Routledge, Abingdon, 2011. La nuova versione si riferisce a un concetto allargato di *cultural expertise* che ricomprende strumenti utilizzabili sia a processo, sia in sede di risoluzione stragiudiziale della controversia.

[648] HOLDEN L., *Cultural Expertise,* cit., p. 1.

[649] Si rimanda al capitolo dedicato all'esperienza comparata per i relativi approfondimenti, soprattutto per quanto riguarda il *test* canadese di elaborazione giurisprudenziale. In questa sede, si richiamano brevemente i principali modelli dottrinali proposti da Eisenberg e Renteln.

Come si è già analizzato, la studiosa canadese Eisenberg in EISENBERG A., *Reasons of Identity,* cit. ha elaborato delle linee guida per il riconoscimento delle istanze minoritarie all'interno delle istituzioni pubbliche canadesi nell'ottica delle politiche di multiculturalismo. Nel pensiero della studiosa, il riconoscimento di una rivendicazione identitaria deve essere valutato alla luce di tre condizioni: la cd. *jeopardy condition*, ossia il rischio che corre la dimensione identitaria del gruppo dal mancato riconoscimento della pratica; la cd. *harm condition*, ossia una valutazione circa i possibili effetti dannosi della pratica culturale; e, infine, la cd. *validation condition,* ossia la accettazione condivisa della tradizione all'interno della comunità culturale di riferimento.

Negli Stati Uniti è RENTELN A.D., *The Cultural Defense,* cit. a proporre tre livelli di accertamento per valutare l'applicabilità della cd. *cultural defense.* I tre quesiti che compongono il cd. *cultural defense test* sono i seguenti: è l'imputato un membro del gruppo etnico?; le pratiche culturali invocate sono riconducibili alla cultura del gruppo?; l'agire dell'imputato è stato influenzato dalla cultura del gruppo?

rivestito un ruolo fondamentale nell'elaborazione delle tre principali proposte della dottrina italiana in tema di *test* culturale, a testimonianza della sentita e condivisa necessità di recuperare e valorizzare la dimensione dialogante dell'esperienza giuridica.

Prima di analizzare nel dettaglio i modelli suggeriti, è utile evidenziare come il *test*, oltre a rappresentare una possibile procedura di accertamento standardizzata, permetta di rifocalizzarsi su quel fondamentale rapporto di osmosi tra identità del singolo e cultura, come analizzato in apertura al presente elaborato di ricerca. Il *test* culturale, infatti, mira a verificare quanto effettivamente la cultura abbia influito sull'agire del singolo che, si ribadisce, non è «un prodotto dell'appartenenza culturale»[650].

Conditio sine qua non dei tre modelli che verranno presentati, ma -più in generale- di ogni *test* culturale e di ogni riflessione in tema di multiculturalismo e diritto, è l'adozione della prospettiva dell'altro nella risoluzione dei conflitti culturali[651]: è necessario e imprescindibile interpretare «il fatto oggetto della controversia attraverso la prospettiva della parte che è portatrice di un'altra visione del

---

Questi due *tests* sono i più celebri nel panorama comparato; non mancano tuttavia, come si è analizzato, altri studiosi che hanno proposto dei passaggi logici per vagliare l'opportunità di invocare la difesa culturale. Sia permesso di richiamare, ad esempio, KIM N.S., *The Cultural Defense*, cit., p. 133. L'autore individua quattro elementi che devono essere valutati: «*(1) the purpose of the cultural practice, (2) the moral culpability associated with the cultural practice, (3) the deterrence/educational value of prohibiting the cultural evidence, (4) alternative forms of sentencing*». Particolarmente interessante, anche ai fini del modello di gestione dei conflitti culturali che si vuole proporre con la presente ricerca, è l'ultimo quesito attinente a possibili forme alternative di *sentencing*.

Ancora, DORE I., *Homo Juridicus*, cit., p. 549 individua dodici condizioni minime perché possa essere ammessa la difesa culturale a processo: «*(1) genuine membership of a native class, (2) motivation on the part of the defendant by a cultural belief system, (3) innocent nature of defendant's conduct, (4) uniform acceptance of such conduct by the native class of culture, (5) the absence of victim harm, (6) lack of violence, (7) lack of intent, (8) absence of culpable mental state, (9) absence of extraneous proof of blameworthiness, (10) lack of moral turpitude, (11) legislative intent regarding unanticipated cases, and, in sexual cases, (12) absence of sexual gratification*».

[650] PROVERA A., *Tra frontiere e confini,* cit., p. 26.

[651] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 289.

mondo»[652]. Se si prescindesse da questo requisito fondamentale, verrebbe meno il desiderio di comprendere le ragioni dell'altro in ottica costruttiva e dialogante e, al contempo, sul piano giuridico, non sarebbe più sentita la necessità di formulare risposte di giustizia adeguate ai conflitti culturali.

Lo studio del *test* culturale e della sua evoluzione nel contesto dottrinale permetterà, infine, di individuare anche un possibile limite della riflessione in tema del rapporto tra multiculturalismo e diritto penale.

Il *test* si pone infatti quale tassello di una più ampia metodologia di analisi delle condotte culturalmente orientate; non solo permette di verificare se effettivamente sussiste il fattore culturale alla base dell'agire, ma fornisce anche l'orizzonte di senso per proseguire l'indagine penalistica in materia.

2. I «tre gradi di verifica» suggeriti da Cristina De Maglie

Nella dottrina italiana è Cristina De Maglie[653], per prima, a suggerire l'opportunità di adottare un modello di verifica basato su diversi passaggi logicamente e cronologicamente separati, ma in successione tra loro.

L'autrice non definisce espressamente il modello proposto come *test* culturale, ma come «griglia di accertamento di tipo gradualistico» composta da tre passaggi[654]. Per provare l'esistenza di un fatto culturalmente orientato è necessario che ogni *step* logico venga superato con esito positivo: la mancata verifica di uno dei requisiti impedisce di dimostrare che la condotta in esame rientri tra quelle culturalmente orientate.

Lo «schema lineare»[655] di accertamento proposto dall'autrice si articola in senso soggettivo e oggettivo: dopo aver indagato quale sia la motivazione personale alla

---

[652] *Ibidem*.

[653] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., pp. 146 e ss. In DE MAGLIE C., *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., p. 192, l'autrice aveva già individuato lo strumento di accertamento in esame sulla base dell'esperienza americana in materia. De Maglie afferma: «Si tratta dunque di uno schema lineare, che per ora è solo abbozzato, ma che intendo perfezionare, e che ritengo utile da adottare sul piano pratico».

[654] DE MAGLIE C., *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., p. 191 definisce questo procedimento come «griglia di principi base» per l'accertamento dei reati culturalmente orientati.

[655] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 117.

base dell'agire del soggetto, si deve procedere a verificare che tale giustificazione sia condivisa dal gruppo di riferimento e che sia un elemento che caratterizzi la cultura dell'agente.

Di seguito, più nel dettaglio, saranno analizzati i singoli passaggi logici proposti.

In primis, deve sussistere il cd. «motivo culturale»[656]: il reato è , infatti, espressione di una pratica culturale. Dovranno essere considerati «tutti gli aspetti della personalità e della vita del singolo per vedere se la motivazione psicologica che lo ha portato ad agire trova un appoggio sui suoi principi culturali»[657]. In altri termini, l'azione del soggetto è una manifestazione dei valori culturali di cui egli stesso è portatore. Non è, pertanto, sufficiente richiamare genericamente una tradizione, ma è necessario indagare il comportamento complessivo del soggetto per verificare se possa essere letto e illustrato alla luce di specifici valori culturali. Questi ultimi, dunque, spiegano e chiariscono il comportamento del soggetto, ma non possono essere interpretati come mera «giustificazione *ex post*»[658] della condotta.

A differenza di questo primo livello di accertamento che è incentrato esclusivamente sul singolo privilegiando, quindi, una dimensione soggettiva, il secondo passaggio amplia l'orizzonte di indagine al rapporto tra il singolo e il gruppo. La motivazione o spiegazione culturale[659] non può limitarsi ad essere espressione dei valori culturali per come interpretati dal singolo, ma deve trovare approvazione e riscontro nella cultura del gruppo culturale di riferimento. Il

---

[656] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., pp. 146 e ss.

PANIZZO F., *Immigrazione e integrazione: lo specchio scheggiato del Mediterraneo*, in *Critica del diritto*, 2016, pp. 79-100, p. 89 ben evidenzia la fondamentale differenza che intercorre tra motivo culturale e fatto culturalmente orientato. Il primo è, infatti, necessario, ma non sufficiente per ritenere integrata questa particolare fattispecie delittuosa: perché si configuri un reato culturalmente orientato non basta che il soggetto agisca alla luce di uno specifico motivo culturale.

[657] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 118. L'autrice richiama la cd. causa psichica che determina il soggetto ad agire.

[658] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., pp. 146 e ss.

[659] L'autrice evidenzia come il termine spiegazione sia più adatto a descrivere il processo di verifica che «richiede una valutazione omnicomprensiva del comportamento dell'agente, che va oltre le sue dichiarazioni espresse e che si estende obbligatoriamente ad un esame globale del suo comportamento, dei suoi atteggiamenti, delle circostanze in cui ha operato, di come le ha interpretate». DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 147.

riferimento è alla cd. «coincidenza di reazione»[660] tra la condotta del soggetto e quella che avrebbe potuto tenere un altro membro della medesima comunità[661]. Ovviamente, non si richiede una coincidenza di reazione assoluta che interessi la totalità dei componenti del gruppo; è sufficiente che la generalità dei membri condivida la valutazione e l'interpretazione del comportamento in chiave culturale[662].

Questo secondo passaggio logico necessita di essere articolato in due ulteriori momenti di verifica. Innanzitutto, si deve individuare il gruppo culturale di riferimento, avendo ben a mente i requisiti che tale gruppo deve possedere[663]. Dopo

---

[660] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 119.

[661] Forte è il richiamo al cd. *reasonable cultural person test* che, come si è analizzato precedentemente, è uno degli elementi ricorrenti delle motivazioni delle corti americane chiamate a pronunciarsi in tema di *cultural defense.* Sul punto si richiama RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., pp. 132-134. In questa sede basti ricordare che il *reasonable cultural person* è una declinazione del più generale requisito del *reasonable man under all circumstances*. Oltre alla specificazione dell'agente modello in chiave culturale, la giurisprudenza americana ha elaborato altri tre modelli di riferimento: il *reasonable woman standard*, il *reasonable battered woman standard* e il *reasonable black person standard.* La diversificazione dell'agente modello a seconda del diverso contesto di riferimento permetterebbe di meglio rispondere alle specifiche esigenze di giustizia del caso concreto. L'agente modello standard (uomo bianco, anglosassone, maschio) non sarebbe, infatti, in grado di fornire una risposta adeguata in ipotesi di violenze alle donne sul luogo di lavoro, di maltrattamenti domestici, di reati culturalmente orientati o commessi dalla popolazione di colore americana.

[662] Particolarmente utili sul punto sono i pareri che possono essere forniti dagli esperti culturali. Ancora una volta l'esperienza comparata può fungere da esempio: il riferimento è ai cd. *Gladue Reports* redatti da soggetti esperti membri della comunità aborigena coinvolta a processo. Tali *reports*, come si è analizzato, aiutano il giudice a comprendere il retroterra culturale cui appartiene l'imputato.

[663] Sul punto si rimanda al Capitolo Primo dedicato alle premesse definitorie. Brevemente, si ricorda che la diversità culturale che interessa è solo quella che scaturisce dall'appartenenza a una minoranza nazionale o per effetto dell'immigrazione. Si tratta di una nozione ristretta che si concentra esclusivamente sul gruppo etnico di appartenenza, caratterizzato da una cultura comune, da un nome, da una storia, da valori condivisi, da uno specifico ambito territoriale e dal senso di appartenenza al gruppo.

DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 148 ribadisce come la cd. criminalità culturale non coincide con la cd. criminalità d'immigrazione.

aver identificato la minoranza culturale di cui il soggetto agente è membro, si deve verificare se, a parità di condizioni, gli altri componenti del gruppo avrebbero tenuto la medesima condotta adottata dal singolo. Questo collegamento tra la dimensione cd. soggettiva e quella cd. oggettiva rappresenta un momento nevralgico dell'accertamento della sussistenza del fatto culturalmente orientato e impedisce di «catalogare come reati culturalmente motivati condotte esclusivamente espressive delle scelte esistenziali del soggetto attivo»[664].

La corrispondenza biunivoca tra dimensione soggettiva ed oggettiva della pratica è, inoltre, importante perché permette di arginare ipotesi di «abuso»[665] della difesa culturale. Non di rado, si assiste a un tentativo di difesa processuale volto a ricondurre pratiche sviluppatesi in contesti di povertà e di deprivazione connessa all'estrema difficoltà sociale ed economica di alcuni paesi a pratiche sorrette da specifici motivi culturali radicati nella tradizione del gruppo etnico di riferimento[666]. Tale equiparazione, frutto di una manipolazione del concetto di cultura, viene impedita grazie al secondo livello di accertamento proposto.

Infine, l'ultimo passaggio verifica il cd. «divario tra culture»[667]: la condotta del soggetto può essere considerata culturalmente orientata solo se il trattamento e la

---

[664] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 146.

[665] RENTELN A.D., *The Use and Abuse,* cit., p. 61 utilizza i termini «*misuse*» e «*abuse*» per indicare un utilizzo non corretto della difesa culturale a processo.

[666] RENTELN A.D., *The Use and Abuse,* cit., p. 74 ricostruisce il caso Reddy, particolarmente significativo in tema. Sinteticamente, Lakireddy Bali Reddy era un uomo d'affari indiano immigrato in California che aveva avviato un traffico illecito di ragazze indiane: le giovani venivano comprate in India e portate in America per prostituirsi o compiere altre attività illecite. A seguito della morte di una delle ragazze, Reddy veniva processato e la difesa ha invocato il fattore culturale a giustificazione della condotta dell'imputato. Reddy, infatti, sosteneva che l'attività ritenuta illecita dalla Corte californiana fosse espressione di usanze e pratiche tipiche della cultura di appartenenza. I giudici, anche grazie alla testimonianza di un antropologo esperto culturale, hanno tuttavia ribadito come tali condotte non fossero espressione di una cultura diffusa, ma fossero piuttosto una conseguenza delle difficili condizioni di vita delle famiglie in diverse aree dell'India. Sul punto anche DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 120. Cfr. *United States v Reddy, Indictment*, 25 October 2000.

[667] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 31.

considerazione di tale condotta variano in modo sensibile tra la cultura di origine dell'individuo e quella maggioritaria. In altri termini, la condotta culturalmente orientata deve essere espressione di valori culturali qualificanti e caratterizzanti la cultura minoritaria che si differenzia, così, sensibilmente da quella maggioritaria[668].

3. Il *test* culturale proposto da Ilenia Ruggiu

Un vero e proprio *test* culturale, più articolato e complesso di quello appena analizzato, è stato proposto in dottrina da Ilenia Ruggiu. Con l'obiettivo di individuare stabili e ricorrenti tecniche argomentative per risolvere i conflitti multiculturali, la studiosa ha elaborato un *test* che, nella sua ultima versione[669], si articola in tredici domande volte a verificare la sussistenza di un fatto culturalmente orientato (e l'eventuale rilevanza da attribuire al fattore culturale)[670].

Il merito di questo *test* è quello di aver composto e armonizzato i diversi elementi caratterizzanti i singoli *test* di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, esistenti soprattutto nel panorama giuridico comparato, e di proporsi come modello utile alla risoluzione non solo dei conflitti culturali, ma anche religiosi.

I tredici passaggi logico-argomentativi del *test* sono i seguenti:

1. La categoria «cultura» è utilizzabile?
2. Descrivere la pratica culturale e le caratteristiche del gruppo.

CAVAGGION G., *Diritti culturali e modello costituzionale,* cit., p. 405 è particolarmente critico sul punto; l'autore ritiene che una minoranza culturale potrebbe essere minoranza anche nell'ordinamento d'origine e verrebbe, così, meno la coincidenza di reazione.

668 Tale requisito richiama quello previsto dal *test* culturale canadese: come diffusamente analizzato nel capitolo dedicato, la Corte suprema nel caso *Van der Peet* richiede che la pratica culturale sia un elemento di differenziazione proprio di quel determinato gruppo. Il carattere "distinto" della pratica e la sua specificità sono essenziali per la tutela della tradizione culturale.

669 Una prima versione del *test* è presente in RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., pp. 292 e ss. Successivamente, il *test* parzialmente revisionato è stato pubblicato in RUGGIU I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione Giustizia*, 2017, reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-giudice-antropologo-e-il-test-culturale_431.php.

670 CAVAGGION G., *Diritti culturali e modello costituzionale,* cit., p. 407 definisce il modello di Ruggiu come «il primo caso di *test* culturale "costituzionalmente orientato"» perché si focalizza sulla lesività della pratica non come mero danno fisico, ma come «*irreparable harm* costituzionale».

3. Inserire la singola pratica nel più ampio sistema culturale da cui proviene.
4. La pratica è essenziale alla sopravvivenza del gruppo, obbligatoria o facoltativa?
5. Quanto la pratica è condivisa dal gruppo o è contestata?
6. Come si comporterebbe l'agente modello di quella cultura?
7. Quanto è sincero e coerente il soggetto che rivendica la pratica?
8. Il gruppo è discriminato nella società?
9. Esiste un'equivalente culturale nella cultura della maggioranza?
10. La pratica arreca un danno?
11. La pratica perpetua il patriarcato?
12. Che impatto ha l'altrui pratica sulla cultura ospite?
13. Che buone ragioni presenta la maggioranza per continuare la pratica? Il criterio della scelta di vita ugualmente valida.

Da una preliminare analisi di queste domande, emerge come oltre alla dimensione soggettiva ed oggettiva della pratica, il *test* aggiunga una ulteriore componente attinente alla dimensione relazionale della tradizione culturale.

3.1. La componente oggettiva

Procedendo con ordine, le prime sei domande compongono la parte oggettiva o antropologica del *test*[671], volta ad indagare il sistema cultura in chiave obiettiva senza alcun riferimento al singolo[672].

[671] RUGGIU I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, cit., par. 4; RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 286. Come sottolineato dall'autrice, il *test* è caratterizzato da elementi del ragionamento antropologico, cui si aggiungono e si combinano caratteri propri dell'argomentazione giuridica.

[672] PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit*.,* p. 366 propone dei passaggi parzialmente diversi che modificano e integrano le prime tre domande del *test* di Ruggiu. L'autrice ritiene necessario dimostrare: «a) come si configura la pratica in oggetto; b) qual è il peso, l'impatto che la pratica riveste e assume rispetto all'identità dell'individuo (...); c) qual è il significato della pratica all'interno dello specifico contesto socio-culturale da cui proviene il soggetto».

Il primo quesito accerta se la pratica sia riconducibile al concetto di cultura[673] e non sia, invece, semplicemente il frutto di un comportamento deviante del singolo. Il giudice sarà, pertanto, chiamato a verificare se la condotta trova un riconoscimento diffuso all'interno del gruppo; dovrà, inoltre, indagare le origini storiche e le possibili evoluzioni dell'usanza culturale in esame.

La seconda domanda del *test* mira alla ricostruzione puntuale della pratica: il giudice non potrà, infatti, accontentarsi di un richiamo generico alle tradizioni culturali di un gruppo, ma sarà necessario individuarle esattamente[674]. Tale passaggio riveste una valenza particolarmente importante nell'economia del *test* culturale, inteso quale *iter* logico per la motivazione delle sentenze[675]. La precisa descrizione della pratica consente, infatti, una maggiore comprensione del comportamento, essenziale per lo sviluppo di una motivazione forte e convincente: «Per poter sottoporre all'opinione pubblica la validità del ragionamento del giudice, deve essere chiaro a quale tipo di comportamento ci si stia riferendo, che interessi la parte rivendica, che cosa di quel vastissimo universo che è un sistema culturale si stia prendendo in considerazione»[676].

Il terzo passaggio del *test* contestualizza la singola pratica all'interno del sistema culturale di riferimento e permette, pertanto, di discernere quelli che sono comportamenti diffusi o devianti da quelli che, invece, sono culturalmente orientati[677].

---

[673] RUGGIU I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, cit., par. 4. Questo primo passaggio è essenziale per evitare di ricondurre nel novero dei reati culturalmente motivati qualsiasi comportamento che venga attuato da soggetti non appartenenti alla cultura maggioritaria. Non è raro, infatti, che si instauri un parallelismo tra straniero e cultura, fonte spesso di stereotipi.

[674] Sul punto si ricorda come tale requisito sia ricorrente anche negli altri *tests* analizzati. In particolare, è la Corte Suprema canadese nel 1996 a sancire espressamente la necessità di una descrizione precisa e puntuale della pratica culturale, ponendo tale requisito al primo posto nell'*iter* di accertamento.

[675] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 300.

[676] *Ibidem*.

[677] RUGGIU I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, cit., par. 4 propone un interessante parallelismo tra il giurista e l'antropologo per spiegare l'importanza di contestualizzare la pratica culturale all'interno del sistema cultura: «Così come soltanto un giurista inesperto leggerebbe una

La quarta domanda verifica se la pratica è essenziale, obbligatoria o facoltativa all'interno del gruppo. Da un punto di vista terminologico, essenzialità e obbligatorietà non possono essere considerati come sinonimi[678]: una pratica è essenziale quando senza di essa verrebbe meno la qualificazione del gruppo in ottica culturale; è, invece, obbligatoria quando è percepita come vincolante, ma non incide sull'identificazione della comunità[679]. Nonostante, da un lato, la difficoltà di determinare quale pratica possa essere definita essenziale (e quale sia il soggetto deputato a prendere questa decisione) e, dall'altro, l'auspicio e la necessità che anche pratiche non obbligatorie possano essere protette quando meritevoli di tutela in una società democratica[680], questo passaggio può comunque essere utile al giudice per effettuare il bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti[681].

---

disposizione isolandola dalle altre, per un antropologo è un grave errore isolare una singola pratica dal contesto in cui si svolge».

[678] Interessante, sul punto, il caso *M. H. Quareshi v. State of Bihar*, AIR 1958 SC esaminato dalla Corte Suprema indiana vertente sul sacrificio delle vacche da parte di fedeli musulmani. In India vi è una legge che vieta l'uccisione di questo animale perché considerato sacro. Tale conflitto culturale è stato risolto dalla Corte sulla base della considerazione che gli indù avrebbero percepito come compromessa la loro identità se tale sacrificio fosse stato ammesso; viceversa, l'uccisione delle vacche non è stato considerato quale tratto essenziale della comunità musulmana. Cfr. YILDIRIM S., *Expanding secularism's scope: an Indian case study*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 52, 2004, pp. 901-918

[679] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 305.

Anche questo requisito è ricorrente nei *tests* giurisprudenziali precedentemente analizzati. Si ricorda, ad esempio, che il modello canadese richiede che la pratica sia «*distinctive*», ossia essenziale per la sopravvivenza del gruppo.

[680] Come si analizzerà nel capitolo dedicato al *test* culturale italiano di natura giurisprudenziale, questo quarto livello di verifica è assente: una pratica culturale, anche se facoltativa, può essere tutelata finché non viola i diritti umani fondamentali.

[681] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 309, con riferimento alla circoncisione ebraica, suggerisce come tale requisito dovrebbe avere una importanza particolare all'interno della motivazione dei giudici. Nonostante essenzialità e obbligatorietà non possano essere ritenute decisive per accordare maggiore tutela alla pratica della circoncisione rispetto alla tutela degli interessi dei bambini, il giudice dovrebbe rilevare come la pratica in questione non solo è obbligatoria, ma è anche essenziale per gli ebrei: «senza (...) si resta fuori dalla comunità del popolo eletto, e secondo alcuni, anche dalla comunità ebraica».

Alla luce della mutevolezza e non staticità dei valori culturali e religiosi, la quinta domanda del *test* ha l'obiettivo di verificare se la pratica è in fase di contestazione da parte del gruppo e, pertanto, non più condivisa.

Da un punto di vista giuridico, il processo di revisione interno della tradizione culturale attenua le esigenze di tutela e, di conseguenza, anche la forza dell'argomento culturale[682]. Un elemento che riveste particolare significato in tal senso è l'incriminazione della condotta culturalmente orientata: è quello che è accaduto, ad esempio, in molti stati africani con le pratiche di mutilazione genitale femminile che sono oggi reato anche nella maggior parte di quegli ordinamenti.

La sesta domanda, l'ultima afferente a questa prima parte oggettiva o antropologica del *test*, indaga se e in che termini il gruppo minoritario è discriminato o se è vittima di ingiustizie. Tale valutazione, impone al giudice di verificare se effettivamente una decisione che valorizzi l'elemento culturale sia positiva per il gruppo o se, invece, non perpetui pregiudizi e stereotipi; nel primo caso, il riconoscimento culturale può favorire un processo antidiscriminatorio ed essere considerato alla stregua di una azione positiva volta a rimuovere gli ostacoli per il singolo appartenente al gruppo discriminato[683].

3.2. La componente soggettiva

Dopo queste prime sei domande, il *test* prevede due quesiti che attengono alla cd. valutazione soggettiva, ossia un accertamento che si focalizza sul singolo e sul rapporto tra singolo e cultura, concepita non più in modo astratto, ma come «cultura vissuta»[684]. Innanzitutto, con la domanda numero sette, il giudice è chiamato a verificare se l'agente modello cd. culturalmente situato avrebbe agito nello stesso modo in cui ha agito il soggetto: è necessario, quindi, adottare il punto di vista della

[682] RUGGIU I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, cit., par. 4.

[683] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 312.

[684] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 313.

minoranza per vagliare la corrispondenza della condotta con quella della persona media appartenente, appunto, al gruppo minoritario[685].

La seconda domanda di questa parte cd. soggettiva (e ottava domanda del *test* culturale) ha l'obiettivo di accertare la sincerità e la coerenza del soggetto nel rivendicare l'adesione alla pratica culturale. In altri termini, quest'ultima deve essere «costitutiva del suo modo di vedere il mondo»[686]. Per rispondere a questo quesito sarà necessario indagare il comportamento complessivo del soggetto e le sue scelte di vita per evitare che la motivazione culturale possa venire invocata sulla base della mera appartenenza culturale, a prescindere da una vera aderenza alla regola culturale. Al contempo, questa domanda permette al giudice di valutare adeguatamente e, quindi, di meglio bilanciare nel caso concreto il rapporto tra singolo e cultura: una pratica potrebbe essere obbligatoria o essenziale per il gruppo, ma non essere considerata tale dal singolo; viceversa, una tradizione che il gruppo considera facoltativa potrebbe rivelarsi fondamentale per l'identità del singolo[687]. Queste considerazioni, anche se - come già ribadito - non sono decisive se considerate singolarmente, sono importanti per orientare la motivazione del giudice verso una «composizione ragionevole del conflitto»[688].

3.3. La componente relazionale

Oltre ad una valutazione in chiave oggettiva e soggettiva della pratica culturale, il *test* in esame prevede anche una fase di analisi del conflitto in ottica relazionale. Mentre le prime due componenti, quella oggettiva e soggettiva, verificano la sussistenza di una condotta culturalmente orientata, questa ultima e ulteriore fase è orientata ad accertare se la pratica possa essere riconosciuta e tutelata all'interno

---

[685] Tale requisito è presente anche nel *test* proposto da Cristina De Maglie e prende il nome, come si è analizzato, di cd. coincidenza di reazione. RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 314 sottolinea come tale accertamento viene svolto anche dalla giurisprudenza italiana, ma in modo totalmente occasionale. Il vantaggio di inserire tale verifica nel *test* è proprio quello di rendere obbligato e standardizzato questo momento di verifica.

[686] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 315.

[687] *Ibidem*.

[688] *Ibidem.*

dell'ordinamento senza, tuttavia, fornire indicazioni sulle modalità con cui può essere accordata tutela sul piano giuridico.

La componente relazionale si articola sempre sul piano valutativo, presentando elementi propri del ragionamento antropologico e di quello giuridico. L'obiettivo è quello di favorire un confronto tra le diverse parti coinvolte, confronto che porta al superamento del conflitto tramite la comprensione dello stesso e delle ragioni dell'altro. Questo percorso di conoscenza tende all'individuazione di «nuovi orizzonti di senso diversi da quelli che ognuna[o] (...) aveva quando il conflitto è iniziato»[689].

Per raggiungere questo obiettivo, fondamentale è il connubio tra il sapere antropologico e giuridico. Da un lato, infatti, l'antropologia insegna che le culture - come si è analizzato - non sono insiemi statici, ma sono in grado di modificarsi ed evolversi nel tempo grazie agli stimoli che provengono sia dall'identità del singolo, sia dall'esterno; dall'altro lato è, invece, necessario individuare un metodo per favorire questa costruttiva rivisitazione dei propri valori culturali. Ecco, quindi, il ruolo fondamentale del diritto caratterizzato da una costante tensione trasformativa delle regole sociali per garantire una convivenza pacifica tra i consociati: «l'esperienza giuridica è esperienza di confronto di ragioni»[690]. È la dimensione dialogante propria del diritto che emerge con forza in questa ultima parte del *test*.

Al fine di porre in relazione i due sistemi culturali in antitesi, il *test* prevede alcune domande utili a «smuovere la pratica dal suo isolamento e a leggerla in relazione al contesto»[691]. *In primis*, il giudice è chiamato a verificare se vi sia il cd. equivalente culturale, ossia una pratica tipica del gruppo di maggioranza che può essere funzionale per spiegare la tradizione culturale della minoranza. Questo punto del *test* permette non solo una migliore comprensione della pratica estranea, ma favorisce anche una autoriflessione critica sui valori culturali del gruppo

[689] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 303.

[690] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 212.

[691] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 317.

maggioritario[692]. La nuova consapevolezza dell'altro e di sé rappresenta il punto di partenza per individuare un nuovo orizzonte di riferimento.

La domanda successiva del *test* individua un possibile limite al riconoscimento della pratica culturale, ossia quello del danno che essa può arrecare. Se, infatti, la dimensione invalicabile è la dignità dell'uomo e la tutela dei diritti umani inviolabili, una pratica lesiva di questi fondamentali valori non può trovare accoglimento alcuno[693].

Dopo aver valutato se la pratica ha conseguenze dannose sul soggetto, il giudice è chiamato a verificare se l'eventuale accoglimento della tradizione culturale possa avere ripercussioni sulla società ospitante. In un'ottica di composizione del conflitto, infatti, il *test* deve favorire l'equilibro tra interessi delle parti: alla maggioranza è chiesto di riconoscere le ragioni dell'altro, di rispettarle e di non impedire l'esercizio delle pratiche culturali nei limiti sopra richiamati; la minoranza che rivendica il diritto alla propria cultura, viceversa, dovrebbe comprendere le motivazioni alla base della condanna della pratica da parte dell'ordinamento[694].

---

[692] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., pp. 318 e ss. L'individuazione dell'equivalente culturale ha una particolare importanza nel giudizio di bilanciamento del giudice, volto anche a valutare la forza della motivazione culturale rispetto agli altri interessi in gioco. Ad esempio, come ricorda l'autrice, la richiesta di togliere il velo per andare al lavoro ha una valenza diversa se equiparata alla domanda di andare in ufficio in costume o in abbigliamento intimo oppure a quella di non indossare smalto, gioielli o altri accessori femminili. Similmente, alcune forme di sacrificio di animali per motivi religiosi potrebbero essere ricondotte alla moderna caccia delle società occidentali. Certamente il processo si complica quando sono coinvolti diritti umani fondamentali, come nel caso delle mutilazioni genitali femminili. L'autrice, anche in chiave provocatoria, evidenzia come certe usanze accettate e condivise dalla società occidentale potrebbero essere paragonate alle mutilazioni, soprattutto con riferimento a soggetti minorenni: si pensi alla chirurgia plastica.

[693] RUGGIU I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, cit., par. 4.2. Parzialmente diversa era l'opinione dell'autrice in RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., pp. 328 e ss. In quest'opera, Ruggiu si interrogava maggiormente sulla riversibilità o meno del danno e sulla lesione della funzionalità della parte del corpo interessata, giungendo alla conclusione che forse avrebbero dovuto essere altri gli aspetti da valutare (ad esempio, la finalità per cui il danno è commesso, le ragioni alla base, il consenso e la libertà).

[694] Come ben sintetizzato da RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., pp. 322-323: «Così come il giudice della cultura ospite è in grado di sposare il punto di vista dell'altro anche il soggetto che

Questo confronto permette di superare l'immobilismo culturale[695] e di innescare un processo di costruttiva trasformazione dei valori fondanti le diverse comunità[696].
La domanda in esame, ad avviso di chi scrive, avrebbe anche il pregio di impedire, a seguito di giudizi stereotipati, la condanna di certe usanze culturali in assenza di valide motivazioni circa i rischi che la maggioranza correrebbe se tali pratiche fossero considerate lecite. Una autoriflessione in tal senso permetterebbe, forse, di giungere a soluzioni differenti soprattutto con riferimento a quelle vicende che non ledono diritti fondamentali.
Infine, anche la domanda conclusiva[697] del *test,* ossia quali buone ragioni ha il soggetto per conservare la pratica, si inserisce all'interno del percorso trasformativo

---

rivendica una pratica minoritaria può e deve farlo. Negare a priori questa possibilità significa, in qualche modo, intrappolare l'altro in un immobilismo».

[695] Come analizzato, le componenti oggettiva e soggettiva del *test*, se non affiancate da questa fase relazionale, rischiano di esasperare il conflitto perché non favoriscono il dialogo tra le parti.

[696] L'idea alla base di tale percorso trasformativo è quella per cui l'uomo, anche grazie allo strumento giuridico, sia in grado di comprendere il punto di vista dell'altro e di adattare o di modificare almeno parzialmente il proprio comportamento per favorire la reciproca convivenza. Cfr. RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 333.

[697] Per completezza di analisi, si segnala che in RUGGIU I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, cit., par. 4 è presenta una ulteriore domanda volta ad indagare se la pratica favorisce o perpetua il patriarcato. Questa domanda era assente nella prima formulazione del *test*. In RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 288, l'autrice si interroga sull'opportunità o meno di introdurre questa specifica domanda, ma motiva in senso contrario alla presenza di questo quesito nel *test*. Due sono le motivazioni alla base del ragionamento dell'autrice: innanzitutto, Ruggiu ritiene che si tratti di un elemento «che (...) si presti ad una visione eccessivamente etnocentrica di che cosa sia oppressivo»; inoltre, tale domanda «sarebbe potuta rilevarsi parzialmente escludente verso altre "minoranze dentro le minoranze"».

Per un approfondimento sull'opportunità di inserire l'argomento di genere all'interno del *test*, cfr. anche SCUDIERI L., *Dalla "Cultural Defense" al "test culturale",* cit., pp. 140 e ss. L'autrice ritiene che la prima domanda del *test* dovrebbe verificare se la condotta violi la Convenzione di Istanbul; quando, infatti, vengono poste in essere pratiche violente contro le donne, le condotte non potrebbero essere interpretate in chiave culturale, ma esclusivamente come espressioni patriarcali non suscettibili di negoziazione in sede processuale. Nell'opinione della studiosa, il *test* culturale (e, più in generale, la difesa culturale) sarebbe uno strumento «di "tutela" prevalentemente per l'uomo

citato: il *test* aiuta il giudice a individuare, quando possibile, un nuovo orizzonte di convivenza anche grazie all'apporto del ragionamento giuridico. Una volta soddisfatti tutti i requisiti previsti dal *test*, grazie a quest'ultima domanda, si possono cercare delle «mediazioni»[698] tra le ragioni delle parti che vadano oltre al mero bilanciamento di interessi: lo strumento che assume particolare importanza in tal senso è quello dell'accomodamento ragionevole. Una volta accertato che la pratica culturale rappresenta «una scelta di vita ugualmente valida»[699], anche se diversa da quella adottata dalla maggioranza, si possono individuare delle modalità per consentire un esercizio "accomodato" della tradizione culturale al fine di comporre il conflitto nel miglior modo possibile.

4. I «i tre criteri di valutazione» individuati da Fabio Basile

Infine, un possibile modello di *test* culturale viene suggerito da Fabio Basile. Prima di procedere con l'analisi della proposta di Basile, alcune considerazioni meritano di essere avanzate.

---

maltrattante». Scudieri ritiene che il dibattito dovrebbe essere reindirizzato verso una maggiore tutela della figura femminile vittima di violenze che spesso si celano dietro a giustificazioni culturali. Nell'ottica di favorire una maggiore protezione delle donne vittime di violenza, in conclusione al citato articolo, l'autrice richiama una proposta avanza da MAUGERI A.M., *Le "aggravanti" nei confronti degli uomini autori di "violenza di genere" nella disciplina spagnola: possibile strategia politico criminale o strumento di una politica della "sicurezza" discriminatoria*?, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2016, reperibile al link https://www.juragentium.org/forum/violenzadonne/it/maugeri.html: si potrebbe ipotizzare l'introduzione di una «aggravante culturale per tutti gli uomini violenti». Su modello dell'esperienza spagnola del 2004 che ha visto l'introduzione di fattispecie aggravate per gli uomini che pongono in essere condotte violente a danno di donne con cui sussiste o sussisteva una relazione affettiva, Maugeri sottolinea come una simile previsione normativa potrebbe rivelarsi utile anche in Italia, soprattutto in relazione ai reati culturalmente orientati. L'autrice, infatti, afferma che «l'aggravante in questione comunicherebbe in maniera chiara in giudizio di disvalore espresso dal legislatore italiano in relazione alla violenza di genere, espressione di discriminazione maschilista nei confronti delle donne, anche agli uomini immigrati». Tuttavia, l'autrice segnala il rischio di una possibile strumentalizzazione politica dell'introduzione di tale disciplina.

Per ulteriori approfondimenti in tema si rimanda all'opera citata.

[698] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 340.

[699] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 333.

Già nel 2010, nella sua opera monografia[700] in tema di reati culturalmente orientati, l'autore individuava delle «variabili» ricorrenti e rilevanti utili per risolvere i conflitti culturali in sede giuridica. Basile, tuttavia, non contestualizza tali criteri all'interno dell'orizzonte metodologico di un possibile *test* per orientare la motivazione della sentenza. È nel 2017 che queste tre variabili vengono considerate per la prima volta quale possibile «ossatura»[701] di un *test* culturale, probabilmente anche alla luce degli approfonditi studi di Ilenia Ruggiu finalizzati ad individuare una procedura standardizzata per i giudici[702].

Come si analizzerà nel capitolo dedicato al formante giurisprudenziale, le tre variabili individuate da Basile risultano essere quelle adottate anche dai giudici italiani (in modo più o meno esplicito) per tenere in considerazione il dato culturale nella motivazione. Volendo, quindi, fornire un quadro quanto più completo della tematica del *test* culturale elaborato dalla dottrina italiana, si può forse affermare che il merito di aver portato l'attenzione sul concetto di *test*, sulla necessità di un preciso e costante *iter* logico che orienti e fornisca stabilità e certezza alla motivazione del giudice possa essere attribuito agli studi sistematici e comparati di Ilenia Ruggiu; mentre, alla luce anche del *feedback* proveniente dalla giurisprudenza italiana, gli «snodi fondamentali»[703] in cui si articola il *test* culturale italiano trovano eco negli scritti di Fabio Basile.

Di seguito, le tre variabili di accertamento proposte dall'autore per l'analisi dei reati culturalmente orientati.

La prima attiene al bene giuridico offeso e al grado dell'offesa arrecata, ossia «il livello di offensività del fatto commesso»[704]. L'individuazione di questo criterio è dettata dalla necessità di differenziare il trattamento giuridico e normativo delle diverse condotte che connotano i reati culturalmente orientati; si è, infatti,

---

[700] BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 361.

[701] BASILE F., *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione Giustizia*, 2017, pp. 126-135, p. 132.

[702] *Ibidem*. È lo stesso autore che richiama gli studi di Ruggiu quando qualifica le tre variabili individuate nel 2010 come possibili passaggi di un nuovo modello di *test* culturale.

[703] BASILE F., *Quanto conta la "cultura"?,* cit., p. 2250.

[704] BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 361 e BASILE F., *I reati cd. «culturalmente motivati»,* cit., p. 131.

analizzato come quest'ultima sia «un'etichetta dai confini molto ampi, applicabile a casi tra loro anche profondamente eterogenei»[705]. Se da un lato, infatti, in ipotesi di reati a bassa offensività, il giudice potrà adeguatamente valutare il dato culturale e attribuirvi anche valore scriminante o attenuante, totalmente diverso sarà il risultato quando siano interessati diritti fondamentali: con riferimento a queste figure delittuose il fattore culturale difficilmente potrà avere la stessa rilevanza.

La seconda variabile individuata da Basile attiene alla «natura della norma culturale in adesione alla quale è stato commesso il reato»[706]. A tal fine, l'autore suggerisce tre livelli di indagine: innanzitutto, è utile verificare se la norma sia di matrice religiosa; successivamente, è rilevante accertare se la norma trovi corrispondenza nel diritto positivo del paese di origine del soggetto; infine, anche il grado di vincolatività della norma può assumere particolare significato all'interno di condotte culturalmente orientate[707].

Infine, la terza e ultima variabile di questo *test* culturale concerne il soggetto agente e, in particolare, il «suo grado di integrazione nella cultura del Paese d'arrivo e (...) il suo grado di perdurante adesione alla cultura d'origine»[708]. Sussisterebbe, infatti, secondo l'opinione dell'autore, un rapporto di proporzionalità inversa tra il grado di integrazione e la rilevanza del fattore culturale in sede penale: più un soggetto è inserito nella comunità ospitante, minori saranno gli spazi per consentire

[705] BASILE F., *I reati cd. «culturalmente motivati»,* cit., p. 130.

[706] BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 362 e BASILE F., *I reati cd. «culturalmente motivati»,* cit., p. 131.

[707] FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale,* cit., pp. 66 e ss. evidenzia come alcune pratiche culturali hanno un grado di vincolatività particolarmente elevato e la mancata adesione alle stesse comporta sanzioni sociali e/o isolamento del soggetto dal resto del gruppo; diversamente, altre usanze sono prive da tale valore vincolante essendo semplicemente diffuse tra la società; infine, vi sono alcuni comportamenti che, anche se tollerati dal gruppo, non rientrano nella dimensione culturale dello stesso, ma sono dettati da difficoltà economiche estreme.

[708] BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 363 e BASILE F., *I reati cd. «culturalmente motivati»,* cit., p. 131.

l'emersione di una difesa culturale in sede processuale - soprattutto con riferimento alla categoria della colpevolezza[709].

5. Alcune riflessioni in merito ai modelli di *tests* culturali analizzati: il profilo probatorio

I *tests* culturali analizzati rappresentano dei possibili modelli per garantire ordine e metodo scientifico alle argomentazioni dei giudici chiamati a confrontarsi con elementi culturali all'interno del processo, assicurando una maggiore concordanza e uniformità agli esisti processuali. Il *test* non deve essere interpretato come mezzo di risoluzione dei conflitti culturali, ma come strumento metodologico per fondare l'analisi giuridico argomentativa del giudice: «dà un ordine a una ricerca che troppo spesso avviene in modo convulso»[710].

Nonostante i diversi elementi che di volta in volta sono stati presi in considerazione nei *tests* dottrinali analizzati, il denominatore comune di questi modelli è la ricerca di un *iter* che procedimentalizzi il ragionamento giuridico affinchè la questione della diversità culturale venga affrontata con piena dignità scientifica e antropologica anche all'interno del diritto e, in particolare, di quello penale. Questa considerazione risulta essenziale per evitare che il modello del *test* culturale venga rigettato perché considerato uno strumento connotato da ridondante formalismo[711] e incapace, pertanto, di trovare applicazione in tutti i casi di conflitti culturali. Esso non si sostituisce all'esperienza giuridica, ma la affianca fungendo da «tecnica

---

[709] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 288 è parzialmente contraria all'inserimento di questo criterio nel *test*. L'autrice sostiene, infatti, che, nonostante esso si discosti dal concetto di acculturazione (secondo cui il contesto culturale in cui si nasce è determinante e tendenzialmente immodificabili), tale elemento implicherebbe una sorta di assimilazione forzata del soggetto alla cultura maggioritaria in relazione al trascorrere del tempo: «il risultato cui conduce tale approccio argomentativo è che l'eccezione culturale è ammissibile soltanto in via temporanea». Cfr. RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., pp. 76- 79.

[710] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 280.

[711] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 275 individua nel formalismo un possibile aspetto di critica del *test*. La rigidità delle domande e i passaggi obbligati non permetterebbero di valutare tutti gli aspetti inerenti alla controversia. Per l'autrice, tuttavia, la componente relazionale del modello proposto riuscirebbe a superare la critica in esame.

argomentativa, (...) percorso guidato (...), itinerario che favorisce (...) [la] ricerca della giustizia del caso concreto»[712].

Non mancano, ovviamente, dei profili di criticità: oltre alla difficoltà di determinare gli appropriati snodi concettuali del *test* e di individuare una nozione condivisa di cultura, la dottrina[713] si è interrogata su un ulteriore aspetto che attiene all'assenza di una previsione normativa che formalizzi il *test*. L'applicazione in via giurisprudenziale di questo strumento sarebbe, infatti, in conflitto con quanto sancito dall'art. 101, comma 2 della Costituzione, ai sensi del quale il giudice è soggetto solo alla legge. Per superare questo contrasto possono, tuttavia, essere avanzate due possibili soluzioni[714]: innanzitutto, il *test* non si configura come vincolante per i giudici, ma solo come *iter* argomentativo o schema logico del ragionamento; inoltre, l'utilizzo costante e ripetuto da parte della Corte di cassazione concorrerebbe a delineare il *test* quale «*proper way to state the reasons in the context of a cultural case*»[715].

Certamente, il *test* non rappresenta l'unico modello possibile per studiare i reati culturalmente orientati; tuttavia, nonostante la sua apparente rigidità e la sua stringente procedimentalizzazione (che può apparire quasi come una tendenza a burocratizzare il conflitto), il *test* permette di considerare il caso concreto nelle sue peculiarità, senza necessariamente attribuire una particolare forma di riconoscimento al fattore culturale. Il *test* rappresenta una chiave di lettura innovativa dei conflitti culturali: esso si inserisce in un più ampio orizzonte che mira a individuare un diverso *modus operandi* per disciplinare i reati culturalmente orientati alla luce di una parziale inidoneità degli stessi ad essere ricondotti alle

---

[712] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 278.

[713] RUGGIU I., *The "Cultural Test" as Cultural Expertise: Evolution of a Legal-Anthropological Tool for Judges*, in HOLDEN L. (ed.), *Cultural Expertise. An Emergent Concept and Evolving Practices*, Special Issue, in *Laws*, 2019, pp. 58-72, pp. 10 e ss. Rileva questo aspetto critico anche PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 143.

[714] *Ibidem.*

[715] *Ibidem*.

classiche categorie giuridiche, in particolare a quelle proprie della dogmatica penalistica[716].

Infine, un'ultima considerazione emerge dallo studio proposto: la necessità per la scienza giuridica di essere assistita da altri saperi scientifici. Anche alla luce della relativa novità dell'oggetto d'indagine, soprattutto nel panorama giuridico italiano, è fondamentale l'adozione di un approccio interdisciplinare che permetta una quanto più possibile piena comprensione del concetto di cultura. Il sapere antropologico riveste, dunque, un ruolo fondamentale nel processo di accertamento cui è chiamato il giudice.

Considerato il marcato carattere tecnico-antropologico che caratterizza la componente oggettiva dei *tests*, sarebbe auspicabile che le risposte ai relativi quesiti fossero elaborate da un esperto culturale.

Affidare l'indagine al solo giudice «rischia di trasformare il *iura novit curia* in una sorta di *omnia novit curia*, ponendo in capo al giudice uno sforzo tantalico»[717]; ciò non implica che il conflitto culturale si debba risolvere sulla base di argomentazioni antropologiche[718].

---

[716] Come si analizzerà più dettagliatamente nei capitoli a seguire, il tentativo di prevedere una eccezione culturale all'interno del diritto penale non ha trovato accoglimento. La difesa culturale non ha esplicito riconoscimento né negli Stati Uniti, né in Canada – paesi per primi interessati dai conflitti culturali. Similmente, anche nel contesto europeo non si è assistito ad una formalizzazione della difesa culturale sul piano del diritto positivo. Cfr. RUGGIU I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, cit., par. 2.5 in cui si sottolinea come un paese che ha introdotto una esimente basata sul fattore culturale sia il Perù. L'art. 15 del Codice penale peruviano prevede il cd. errore di comprensione culturalmente condizionato.

[717] RUGGIU I., *Dis-eguaglianza e identità culturale,* cit., p. 214.

[718] Illuminanti in tal senso le parole di CAUGHEY J.L., *The Anthropologist as Expert Witness: the Case of a Murder in Maine*, in FOBLETS M.C., RENTELN A.D. (ed.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 322-334, p. 334: «*We anthropologists (…) have an obligation to participate in cases where culture is relevant and we have an important role to play in seeking to persuade courts about the reality and power of culture to influence thoughts, perceptions, state of mind and behaviour. However, while cultural evidence may be important to understanding what happened, it does not necessarily constitute a defense, in the sense of mitigating or exculpating evidence. This is something to be determined by research and consultation with legal experts and ultimately must be decided by the judge and jury.*

Il sapere antropologico dovrà rivestire una funzione ausiliaria, assolutamente preziosa, per giungere a una corretta e compiuta motivazione della sentenza: «i due momenti della valutazione antropologica e della valutazione giuridica non devono coincidere, perché esprimono due prestazioni sociali profondamente distinte: descrivere l'altrui punto di vista, l'una; favorirne la composizione e l'incontro con quello degli altri consociati, l'altra»[719]. È, tuttavia, indubbio che l'apporto dell'antropologia sia essenziale per il giudice: egli, infatti, è portatore della propria cultura[720] (che presumibilmente sarà quella del gruppo maggioritario), ma non ha la competenza richiesta per indagare le differenti culture che di volta in volta caratterizzato i reati culturalmente orientati[721]: «i giudici mancano degli strumenti

---

(...) Without our engagement in this debate, key aspects of the complex ways in which culture influences human thought, emotion and behaviour are likely to be overlooked, misunderstood or neglected».

[719] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 275.

[720] Come ben puntualizzato da DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 149, il senso comune e la cultura dell'uomo medio non sono nozioni che possono assistere il giudice con riferimento a queste particolari categorie delittuose che si caratterizzano proprio per il conflitto valoriale con la società maggioritaria. La condotta del reo culturalmente orientata si scontra con la cultura del gruppo maggioritario e, di conseguenza, anche con quella del giudice.

Sul punto interessante notare come DOMINIONI O., *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 57, nella sua trattazione in tema di prova scientifica, affermi come sia importante indagare il «sapere comune» che mette in relazione il giudice e le parti e lo definisca come «comune "cultura (...)" del giudice e delle parti». Tale affermazione è difficilmente declinabile nel contesto dei reati culturalmente orientati.

PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 136 ribadisce quanto segue: « Occorre anche considerare il fatto che il giudice non "dice il diritto" da un "non luogo"; piuttosto, esercita la sua funzione quale individuo situato in un determinato contesto giuridico, sociale, culturale e da quel contesto è inevitabilmente influenzato».

[721] Sul punto cfr. anche UBERTIS G., *Multiculturalismo e processo penale*, in BONETTI P., SIMONI A., VITALE T. (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia (Atti del Convegno Internazionale. Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010)*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1127-1135, p. 1129. L'autore ribadisce l'importanza non solo del coinvolgimento del reo a processo con la garanzia della piena comprensione della vicenda processuale anche da un punto di vista linguistico, ma anche la centralità del fatto che egli «sia giudicato da un soggetto idoneo a comprendere il significato della condotta ascrittagli».

necessari non solo a colmare, ma prima ancora a riconoscere quel "dilemma culturale" che inevitabilmente si viene a creare nelle ipotesi di (supposto) reato culturale»[722]. Tale mancanza, dovuta anche all'assenza di una specifica formazione degli operatori del diritto in ambito antropologico[723], incide non solo sul riconoscimento del dato culturale in sede giuridica, ma - in un orizzonte più ampio - essa si ripercuote anche sulla «consapevolezza del problema e delle enormi implicazioni che un tema come questo porta con sé»[724]. Proprio per permettere al giudice di verificare la sussistenza della motivazione alla base della condotta dell'agente, dovrebbero ammettersi testimonianze da parte dei membri della comunità di appartenenza e pareri tecnici di antropologi[725].

5.1. La prova culturale

Come può, quindi, il giudice esprimersi su vicende che coinvolgono saperi tecnici o scientifici che esulano delle sue competenze, ma che sono indispensabili per l'accertamento del fatto? Lo strumento elaborato in sede processuale è quello della perizia[726], la quale si sostanzia nella collaborazione di un esperto che assista il giudice e gli fornisca quelle nozioni tecnico-scientifiche di cui egli non dispone[727].

---

[722] PANNIA P., *Quando la cultura entra nell'aula giudiziaria: uno studio sulle argomentazioni dei giudici italiani*, in *Sociologia del diritto*, 2016, pp. 133-162, p. 135.

[723] BIGIARINI A., *La prova culturale*, cit., p. 413 sottolinea come, oltre ad una «prospettiva *hic et nunc*» legata alla ricerca di adeguati mezzi di prova per poter utilizzare saperi scientifici di natura antropologica a processo, sia fondamentale «il ruolo della *formazione*» di tutti gli operatori del diritto in tale settore. In tal senso anche PANNIA P., *Quando la cultura entra nell'aula giudiziaria,* cit., pp. 156 e ss.

[724] *Ibidem*.

[725] UBERTIS G., *Multiculturalismo e processo penale,* cit., p. 1134 definisce questo aspetto come «profilo oggettivo» dell'indagine, mentre il «profilo soggettivo» attiene alla verifica di una sincera e concreta adesione del reo alle pratiche culturali invocate a sua difesa.

[726] TARUFFO M., *La prova scientifica. Cenni generali*, in *Ragion pratica*, 2016, pp. 335-354, p. 335.

[727] *Ibidem*.

Prima di procedere con lo studio della perizia antropologica o culturale, alcune brevi riflessioni circa la prova scientifica[728] sono opportune per meglio contestualizzare il tema in analisi.

Il dibattito in merito al concetto di prova scientifica ha origine negli Stati Uniti nel 1993, quando la Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Daubert* è stata chiamata ad individuare i criteri per stabilire la validità delle conoscenze scientifiche che posso entrare nel processo come prove[729]. Prima di questa pronuncia, veniva applicato il cd. *Frye test* - dal nome della sentenza del 1923 in cui il *test* era stato elaborato - che riteneva ammissibile la prova quando essa trovava diffuso consenso nella comunità scientifica. Tale impostazione è stata superata con la pronuncia in esame che ha elaborato quattro diverse condizioni di ammissibilità della prova scientifica: controllabilità e falsificabilità della teoria che sta alla base della prova scientifica; determinazione del margine di errore; controllo sulla teoria da parte di altri esperti; accettazione di tali metodi idi indagine da parte della comunità scientifica. Infine, la prova deve avere rilevanza per gli specifici fatti oggetto del processo (e non un mero significato generico).

Un problema particolarmente interessante, strettamente connesso al tema della prova scientifica, è il concetto di scienza e a cosa si debba intendere con questo termine. Certamente, la cd. *junk science*, ossia forme di presunta e pretesa conoscenza prive di fondamento scientifico, non rientreranno nella nozione di scienza che può assistere il giudice[730]. Più dibattuto è, invece, comprendere se le cd. *soft science*, ossia le scienze umane come la psicologia, l'antropologia o la

---

[728] Sul punto, *ex multis*, CANZIO G., LUPÁRIA L. (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2017; RIVELLO P.P., *La prova scientifica*, Giuffrè, Milano, 2014; GAITO A., *La prova penale*, UTET, Milano, 2008; DOMINIONI O., *La prova penale scientifica,* cit.

[729] Cfr. GENNARI G., *I criteri di ammissione della prova scientifica nel conteso internazionale*, in LUPÁRIA L. (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp.165-200 e DOMINIONI O., *La prova penale scientifica,* cit., pp. 115-204 per una dettagliata ricostruzione del tema della prova scientifica nel processo penale americano.

BIGIARINI A., *La prova culturale*, cit., p. 415 ricorda come «l'eco della pronuncia nordamericana» sia riscontrabile nelle notissime sentenze *Franzese* e *Cozzini* della Corte di cassazione italiana del 2002 e del 2010.

[730] TARUFFO M., *La prova scientifica*, cit. p. 340.

sociologia, possano essere considerate al pari delle cd. *hard science* o scienze dure (o della natura), come la fisica, la chimica, la matematica, la medicina, ecc. Ad oggi, si può affermare che con il termine scienza ci si riferisce sia alle cd. scienze della spiegazione (ossia le scienze dure), sia alle cd. scienze della comprensione (ossia le scienze umane)[731].

Solitamente, le riflessioni in tema di prova scientifica si concentrano sulle *hard science*; infatti, il caso *Daubert*, che ha elaborato i criteri di scientificità da adottare per poter classificare un sapere come scientifico, riguardava una vicenda relativa alla pericolosità di un medicinale.

Il problema che interessa in questa sede è l'eventuale possibilità di estendere i criteri di scientificità del metodo come individuati in *Daubert* anche alle cd. *soft science*. La diversa natura delle due tipologie di scienza impedisce di adottare un unico modello per vagliarne la scientificità; le scienze sociali, infatti, non si fondano su principi come il tasso di errore o la ripetibilità dell'esperimento. Tuttavia, tale considerazione, ossia che i criteri volti ad accertare la validità di una prova attinente alle scienze sociali non saranno i medesimi di quelli utilizzati per le cd. scienze dure, non esclude a priori la scientificità delle cd. *soft science*[732] che «possono essere usate come fonti di prova tutte le volte che i fatti della causa richiedono, per essere accertati e interpretati correttamente, di fare ricorso ad esse»[733].

Alla luce di queste considerazioni, si potrebbe ipotizzare l'introduzione nel nostro ordinamento di una perizia antropologica o culturale (dall'inglese *cultural evidence*[734]) volta ad assistere il giudice nella risoluzione dei conflitti culturali in sede penale.

---

[731] Sul punto anche DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 153. Per alcuni brevi riferimenti all'evoluzione di questa concezione, cfr. TARUFFO M., *La prova scientifica*, cit. p. 340.

[732] Cfr. BIGIARINI A., *La prova culturale*, cit., p. 416.

[733] TARUFFO M., *La prova scientifica*, cit., p. 341. L'autore sottolinea come per le scienze sociali non si può fare riferimento a parametri generali, ma è necessario verificare caso per caso la corretta applicazione del metodo utilizzato.

[734] Per una riflessione sulle modalità con cui espletare la prova culturale e per la sua ammissibilità all'interno dei processi per reati culturalmente orientati celebratesi negli Stati Uniti, cfr. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 319-325. L'autore ricorda le due modalità

La dottrina penalistica italiana è parzialmente divisa in merito all'ammissibilità nel nostro ordinamento di una simile perizia.

L'articolo 220, comma 2 c.p.p. vieta, infatti, la perizia psicologica o criminologica volta a stabilire, tra le altre ipotesi, anche «il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche»[735]. Il timore di incorrere in questo divieto nell'ipotesi di perizia culturale non sembrerebbe, tuttavia, fondato[736]: l'oggetto dell'accertamento peritale non sarebbero, infatti, nel caso dei reati culturalmente orientati, la personalità dell'imputato o le sue qualità psichiche. L'indagine verterebbe, invece, sul gruppo di appartenenza e sulle sue specificità culturali, sulla corrispondenza della condotta dell'imputato con i valori

---

principali con cui può essere fornita una prova culturale nel contesto giudiziario americano. *In primis*, possono essere chiamati a testimoniare degli esperti (paragonabili ai consulenti tecnici di parte) che devono rispettare determinati requisiti stabiliti dalla *Rule* 702 (*Testimony by Experts*) delle *Federal Rules of Evidence.* In alternativa, possono testimoniare dei membri del gruppo culturale di appartenenza in qualità di testimoni sulla base delle norme relative alla prova testimoniale (*Rule* 601 e 602 delle *Federal Rules of Evidence*). Come sottolinea l'autore, il rispetto di questi requisiti non garantisce l'ammissibilità o la rilevanza della prova culturale in sede processuale. Dovranno essere, infatti, indagati altri due profili attinenti alla persona dell'imputato («il motivo della sua presenza» in America e «il suo grado di integrazione) e alla connessione fra reato commesso e cultura di origine.

[735] Per un commento all'art. 220 c.p.p. in merito all'oggetto della perizia, cfr. ADORNO R., GIARDA C.L., *Commento* sub *art. 220 c.p.p. – Oggetto della perizia*, in GIARDA A., SPANGHER G. (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, tomo I, 5ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 2188-2225; VICOLI D., *Commento* sub *art. 220 c.p.p. – Oggetto della perizia*, in ILLUMINATI G., GIULIANI L. (a cura di), *Commentario breve al Codice di procedura penale*, 12ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 875-886.

Per una panoramica storico-giuridica sul tema, cfr. ZILIOTTO A., *Cultural Expertise in Italian Criminal Justice: From Criminal Anthropology to Anthropological Expert Witnessing*, in HOLDEN L. (ed.), *Cultural Expertise. An Emergent Concept and Evolving Practices*, Special Issue, in *Laws*, 2019, pp. 5-22.

[736] In tal senso cfr. DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 157; UBERTIS G., *Multiculturalismo e processo penale,* cit., p. 1132; RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 67; RUGGIU I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, cit., par. 4.1; BIGIARINI A., *La prova culturale*, cit., p. 413. In senso forse parzialmente contrario, cfr. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 360.

culturali del gruppo cui egli appartiene: «Non è un giudizio *sull'imputato*, dunque, ma solo sulla eventuale *valenza culturale* del fatto da lui commesso. (...) la qualificazione del fatto come "culturale" non deriva dalle condizioni psicologiche del soggetto, ma dalla corrispondenza tra il suo comportamento e i criteri culturali di valutazione che vigono all'interno di un gruppo etnico determinato»[737].

Inoltre, l'assenza di un albo dedicato agli antropologi renderebbe più difficoltosa la nomina del perito da parte del giudice[738].

Oltre a questa motivazione legata al dato codicistico, sussisterebbe un'altra ragione[739] per spiegare il limitato interesse verso l'utilizzo di tale perizia: si assisterebbe a una tendenza da parte dei giudici a voler fare affidamento al proprio bagaglio culturale, alle proprie conoscenze[740] e al senso comune in ambito antropologico (o, più in generale, nel settore delle scienze umane). Tuttavia, in questo modo «si disconosce il fatto che i parametri usati nell'ambito delle scienze

---

[737] DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 157. Cfr. anche BIGIARINI A., *La prova culturale*, cit., p. 413, il quale afferma che «è vero che il "fattore culturale" afferisce alla *mens rea* e condiziona il comportamento dell'imputato; ma l'oggetto della perizia in parola è un altro (...) all'esperto culturale si chiede di verificare soltanto se quel determinato comportamento dell'agente possa avere un significato "culturale" da un punto di vista etnologico».

Sul punto cfr. anche RIVELLO P.P., *La prova scientifica*, cit., p. 378. L'autore afferma che non sarebbe riconducibile al divieto codicistico una «perizia volta a fornire (...) *background informations* in ordine (...) [allo] stile di vita tipico degli autori di taluni delitti».

[738] BIGIARINI A., *La prova culturale*, cit., p. 414. L'autore, con riferimento a questo secondo aspetto, ribadisce come ai sensi dell'art. 221 c.p.p. il giudice potrebbe comunque scegliere tale persona esperta tra «le persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina».

[739] Cfr. BIGIARINI A., *La prova culturale*, cit., p. 414; TARUFFO M., *La prova scientifica*, cit. p. 341.

[740] TARUFFO M., *La prova scientifica*, cit. pp. 347 e ss. evidenzia come, in ogni, caso si assisterebbe a una specie di «paradosso»; il giudice ricorre al sapere di un perito esperto perché non ha le conoscenze tecnico-scientifiche necessarie per poter pronunciarsi, ma egli, in qualità di «*peritus peritorum*», è chiamato a valutare la perizia presentata: «il paradosso, però, è soltanto apparente (...) ciò che si chiede al giudice non è di trasformarsi in un esperto (...) Il giudice non deve sostituirsi all'esperto per svolgere un'altra volta le attività che costui ha già svolto (...) Ciò che al giudice si chiede è di effettuare quei controlli di validità scientifica (...) poiché solo stabilendo che il metodo seguito dall'esperto era scientificamente valido (...) il giudice può concludere che l'esito cui è pervenuto l'esperto può essere considerato attendibile».

In tal senso anche RUGGIU I., *Dis-eguaglianza e identità culturale,* cit., p. 212.

sociali possono divergere anche in maniera decisiva dai criteri che si adoperano nell'ambito del senso comune»[741].

6. Riflessioni conclusive nella prospettiva dell'ermeneutica giurisprudenziale

Le dinamiche delle odierne società multiculturali impongono una interconnessione collaborante tra la scienza giuridica e quella antropologica al fine di comprendere, analizzare e comporre i conflitti e non, invece, radicalizzarli ed esasperarli.

È, pertanto, necessario individuare degli strumenti per permettere l'intreccio e la contaminazione di questi due saperi perché, oggi più che mai, «*the law needs anthropology to ensure justice*»[742].

La categoria delle cd. *cultural expertise* riveste un ruolo fondamentale in quanto governa l'emersione delle conoscenze antropologiche in sede giuridica. Non si tratta, tuttavia, di un insieme definito e tassativo di strumenti utilizzabili: i diversi ordinamenti adottano differenti strategie per consentire questa "apertura culturale" dell'orizzonte giuridico. Senza pretese di esaustività e rimandando al capitolo dedicato per ulteriori approfondimenti, si ricordino, ad esempio, alcuni possibili modelli di *cultural expertise* propri del contesto canadese: il *test* culturale elaborato dalla Corte Suprema canadese per i soggetti aborigeni, i *Gladue reports* e i cd. IRACs. Ancora, particolarmente interessante e di recente formulazione, è la cd. audizione etnica (*escuta étnica*) elaborata in Brasile dal Tribunale Federale di Paranaguá[743]. Il giudice brasiliano, per addivenire ad una corretta decisione in

---

[741] TARUFFO M., *La prova scientifica*, cit. p. 341.

[742] RUGGIU I., *The "Cultural Test*", cit., p. 58.

[743] La decisione *Pubblico Ministero Federale v. Valdenai Da Silva* (sentenza delle Sezione giudiziaria del Paraná, 1° Distretto federale di Paranaguá, caso n. 5002882-22.2015.4.04.7000/PR, 23 marzo 2015 (inizio procedimento); decisione del 31 agosto 2018; giudice relatore Guilherme Roman Borges) viene riportata e diffusamente analizzata da RUGGIU I., *Reati culturalmente motivati in Brasile: il caso di stupro-non stupro presso gli indios Guaranì (con riflessioni sui matrimoni precoci Rom)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2022, pp. 61-86. La sentenza ha una importanza particolare: per la prima volta, infatti, in Brasile viene espressamente riconosciuta la categoria dei reati culturalmente motivati. La vicenda riguardava un imputato indigeno accusato di

merito a una vicenda che vedeva coinvolta una comunità aborigena e le relative tradizioni, dopo aver disposto una perizia antropologica per comprendere le pratiche culturali del gruppo, ritenendo necessari ulteriori approfondimenti, ha elaborato una quarantina di domande[744] da porre personalmente ai membri del gruppo indigeno di riferimento al fine di «ricostruire tutto il sistema culturale per leggere il comportamento»[745]. Come ben sintetizza Ruggiu, con questo nuovo strumento, il giudice diventa «artefice di una sorta di propria perizia culturale, forgiata e condotta da lui medesimo, con la presenza di un'antropologa in funzione di mediatrice culturale, per rispondere alle questioni che emergono nel caso concreto»[746].

Il *test* culturale, nelle sue diverse formulazioni proposte dalla dottrina italiana, è un esempio di *cultural expertise* che ha il merito di standardizzare e procedimentalizzare l'ingresso del sapere antropologico nel giudizio penale. La

---

violenza sessuale a danno di una vittima minorenne. Per la decisione è stato di fondamentale importanza l'apporto delle scienze antropologiche; alla luce di una motivazione fondata sul fattore culturale e sulla cultura dell'imputato, il giudice ha assolto il soggetto ritenendo che, non solo i fatti oggetto della controversia, ma anche la possibile sanzione penale, fossero da leggere attraverso le lenti della comunità aborigena di riferimento.

[744] Espresso è il riferimento del giudice ai *tests* culturali elaborati in Nord-America e dalla dottrina, in particolare da Renteln e Ruggiu. Cfr. RUGGIU I., *Reati culturalmente motivati in Brasile*, cit., p. 71.

Le quaranta domande sono riportate integralmente da RUGGIU I., *Reati culturalmente motivati in Brasile*, cit., pp. 71-73.

[745] RUGGIU I., *Reati culturalmente motivati in Brasile*, cit., p. 67. Dai dati acquisiti emerge, infatti, come quello che la società brasiliana definisce come atto di stupro non è qualificabile come tale nella comunità aborigena di riferimento. Ciò non implica, tuttavia, che il comportamento del soggetto imputato sia autorizzato ed ammesso nel gruppo minoritario. Nel caso di specie, ad esempio, la condotta è condannata anche dalla popolazione aborigena, ma è diverso il contesto giuridico-normativo di riferimento. È un comportamento deviante rispetto alle norme del diritto aborigeno ed è prevista una specifica sanzione che, tuttavia, si differenzia da quelle tipiche del diritto penale. «Il giudice precisa che l'imputato non andrà esente da sanzione, ma affida questa al gruppo guaranì che si è impegnato nella sua rieducazione», RUGGIU I., *Reati culturalmente motivati in Brasile*, cit., p. 69.

[746] RUGGIU I., *Reati culturalmente motivati in Brasile*, cit., p. 70.

previsione, infatti, di una procedura definita conferisce un metodo che orienta la motivazione del giudice vero una composizione dialettica del conflitto[747].

La giurisdizione parrebbe avere un angolo prospettico preferibile sui conflitti culturali; essa, infatti, «sta al centro dell'opera di integrazione che il diritto è chiamato a realizzare»[748]. La sensibilità culturale richiesta e necessaria per rispondere alle sfide che il multiculturalismo pone al diritto penale meglio si coniuga con l'elasticità tipica dell'intervento giurisdizionale[749]. Come analizzato, è fondamentale che il giudice sia attento alle istanze di tutte le culture coinvolte e non solo di quella minoritaria: «(...) la stessa attività giudiziale dovrebbe configurarsi come un momento della critica rispettosa delle pratiche e delle istituzioni straniere seguite in una società diversa da quella di origine. Sul piano giudiziale, (...) il giudice alla ricerca di una soluzione adeguata rispecchi[a] il pluralismo culturale del caso in esame nella forma del pluralismo normativo, secondo una strategia decisionale *quasi* nomo-poietica. Egli (...) prende in considerazione sia norme straniere, sia principi e regole del proprio ordinamento, per «assemblare» una norma concreta terza, nuova rispetto alle norme e ai principi degli ordinamenti considerati»[750]. La prospettiva di analisi appena delineata mette in luce il «ruolo funzionale del giudice penale»[751]: un «giudice antropologo»[752] che, grazie all'utilizzo di un'adeguata metodologia giuridicamente e culturalmente orientata,

---

[747] BIANCO M.I., *Pluralismo religioso e garanzie del diritto penale*, cit., p. 48 afferma come il test «potrebbe sortire risultati efficaci in termini di garanzia di difesa del reo e certezza del diritto».

[748] PASTORE B., *Identità culturali*, cit., p. 19. Cfr, anche PASTORE B., *Impegni ermeneutici: il diritto e le tensioni del pluralismo culturale*, in *Ars interpretandi*, 2012, pp. 41-58, pp. 44 e ss. L'autore ribadisce come l'interpretazione, oggetto di studio dell'ermeneutica giuridica, abbia un ruolo fondamentale per la soluzione dei conflitti culturali. Sempre nell'opinione dell'autore, è la giurisdizione il luogo principe del momento interpretativo.

[749] BELVISI F., *Società multiculturale,* cit., p. 514: la «legge (...) - per sua natura – è più adeguata a regolamentare la generalità che non la particolarità».

[750] BELVISI F., *Società multiculturale,* cit., p. 516.

[751] LANZA L., *Sistema penale e cultura dell'immigrato: quale ruolo per il giudice?*, in PASTORE B., LANZA L., *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 65-127, p. 85.

[752] Ricorrente espressione utilizzata, *in primis*, da RUGGIU I., *Il giudice antropologo,* cit. per definire il giudice attento, sensibile e capace di affrontare sapientemente le questioni culturali che possono emergere in sede giuridica.

diventa interlocutore privilegiato per comporre i conflitti culturali che interessano il diritto penale.

Come ricorda Pastore, la Costituzione rappresenta l'orizzonte ultimo di questo dialogo culturale[753]: la Carta fondamentale «si configura, infatti, come terreno d'intesa, come risorsa aperta (...) che realizza lo stare insieme tra diversi»[754].

L'esame dei *tests* culturali proposti dalla dottrina evidenzia come, negli anni, si sia assistito proprio ad una evoluzione in chiave costituzionale di questo strumento. Se, in un primo momento, l'attenzione era focalizzata principalmente sull'aspetto dell'accertamento del reato culturalmente motivato, i successivi *tests* hanno affiancato il limite della lesività della pratica alla verifica della sussistenza del fattore culturale come elemento caratterizzante la fattispecie. All'elemento della genuinità della pratica, presente già nel primo *test* di De Maglie, si è, infatti, aggiunto quello della lesività della condotta. Già la dottrina americana aveva identificato nell'*irreparable harm* un possibile limite al riconoscimento delle tradizioni culturali; il danno era, tuttavia, inteso come danno fisico al diritto alla vita o alla salute. Con il *tests* proposti da Ruggiu e Basile, il danno viene, invece, inteso in senso allargato: ciò che deve essere accertato è che la pratica non comporti una lesione intollerabile del bene giuridico tutelato dalla norma. In particolare, l'ultimo modello proposto dalla dottrina individua proprio nel grado di offensività della condotta il primo livello di accertamento.

Veridicità o genuinità della pratica, da intendersi sia come adesione del soggetto alla cultura minoritaria e sia come effettiva esistenza dell'usanza nel gruppo di riferimento, e offensività della condotta, ossia «assenza di una lesione di un diritto fondamentale o di un interesse costituzionalmente rilevante nel suo nucleo incomprimibile»[755], possono essere individuati come criteri ricorrenti e caratterizzanti il modello dottrinale italiano di *test* culturale.

---

[753] In tal senso anche PALERMO F., NICOLINI M., *For a New Semantics of Differences: Cultural Exception and the Law*, in *Pólemos*, 2014, pp. 95-114, p. 108 affermano: «*The cultural exception has to undergo a test of resistance to constitutional principles that cannot be derogated even by the values expressed by multicultural societies*».

[754] PASTORE B., *Identità culturali*, cit., p. 22.

[755] CAVAGGION G., *Diritti culturali e modello costituzionale,* cit., p. 407.

Sintetizzando, dunque, il profilo soggettivo legato all'agente, il profilo oggettivo connesso alla pratica culturale e il concetto di offensività sono i tre elementi essenziali e strutturali dell'innovativo strumento proposto in dottrina e anche, come si vedrà a breve, del modello già applicato in sede giurisdizionale. Un *test* culturale di tale natura, infatti, è quello che sembrerebbe essere già utilizzato in diverse occasioni dalla Corte di Cassazione italiana e anche dai giudici di primo e secondo grado. La giurisprudenza, infatti, nella valutazione dei reati culturalmente orientati, starebbe già «in via informale e più o meno consapevolmente»[756] applicando il *test* culturale.

Nelle pagine a seguire verranno analizzate alcune significative decisioni giurisprudenziali italiane al fine di verificare se, anche alla luce delle riflessioni dottrinali, possa essere individuato un modello italiano di gestione del fattore culturale in sede penale, un modello *bottom-up* nascente da un approccio casistico alla questione multiculturale.

[756] BASILE F., *I reati cd. «culturalmente motivati»,* cit., p. 134.

CAPITOLO VII

Il formante giurisprudenziale: verso un modello italiano di *test* culturale

«Il passato viene saputo, il presente conosciuto, il futuro presagito. Il saputo viene narrato, il conosciuto esposto, il presagito profetizzato»

FRIEDRICH WILHELM SCHELLING

Le età del mondo

SOMMARIO: 1. Introduzione, - 2. La decisione della Corte di Cassazione nella sentenza n. 29613 del 2018, - 2.1. Il caso, - 2.2. Il *test* culturale, - 3. La giurisprudenza relativa ai reati culturalmente orientati precedente alla sentenza n. 29613 del 2018, - 3.1. Alcune applicazioni implicite del *test* culturale, - 3.1.1. Cassazione penale n. 34909 del 2007, - 3.1.2. Cassazione penale n. 43646 del 2011, - 3.1.3. Corte di Appello di Venezia n. 1485 del 2012, - 4. La giurisprudenza relativa ai reati culturalmente orientati successiva alla sentenza n. 29613 del 2018, - 4.1. Cassazione penale n. 7590 del 2019, - 4.2. Cassazione penale n. 8986 del 2019, - 4.3. Cassazione penale n. 27901 del 2020, - 4.4. Cassazione penale n. 30538 del 2021, - 4.5. Cassazione penale n. 37422 del 2021, - 4.6. Cassazione penale n. 32390 del 2021, - 4.7. Cassazione penale n. 18726 del 2022, - 5. Alcune riflessioni alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali in tema di reati culturalmente orientati.

1. Introduzione

Come accennato in conclusione del precedente capitolo, anche la giurisprudenza italiana ha elaborato un possibile *test* culturale quale chiave interpretativa nelle vicende giudiziarie concernenti i reati culturalmente orientati.

I giudici, da un lato anticipando e dall'altro lato facendo, invece, proprie le suggestioni provenienti dalla dottrina, hanno delineato delle coordinate esegetiche per chi sia chiamato a decidere se l'imputato abbia realizzato la sua condotta in conformità a norme culturali proprie del gruppo etnico di appartenenza.

Il *leading-case* in argomento è rappresentato dalla sentenza[757] della Corte di Cassazione n. 29613 del 2018. Essa rappresenta, infatti, una pietra miliare nel panorama giurisprudenziale italiano concernente il rapporto tra diritto penale e cultura: la Corte di Cassazione, per la prima volta, delinea espressamente i passaggi logico-argomentativi che il giudice dovrebbe seguire per risolvere i conflitti multiculturali.

Considerata l'importanza di tale pronuncia per l'affermazione di un *test* culturale di natura giurisprudenziale, il presente capitolo analizzerà *in primis* la decisione del 2018 per poi verificare se vi fossero già state delle applicazioni implicite di questi passaggi motivazionali in decisioni precedenti. Infine, si analizzeranno alcune più recenti pronunce per *verificare l'efficacia e l'effettività dell'interessante e innovativo strumento giuridico del test culturale.*

2. La decisione della Corte di Cassazione nella sentenza n. 29613 del 2018

2.1. Il caso

Il caso in commento riguarda una vicenda di abusi sessuali su minori: un padre di origine albanese residente in Italia costringe il figlio di soli cinque anni, abbassandogli i pantaloni, a subire ripetutamente accarezzamenti, palpeggiamenti, baci nelle parti intime.

A seguito di denuncia da parte delle maestre del bambino, il quale aveva raccontato alle educatrici quanto accadeva nel contesto familiare, il padre viene imputato per i reati di cui agli articoli 81 c.p., 609 *bis* c.p., 609 *ter*, comma ultimo c.p. (ossia violenza sessuale aggravata per il fatto di essere stata compiuta a danno di soggetto minore di anni dieci). Anche la madre del bambino viene chiamata a rispondere dei

[757] Cass. Pen., sez. III, 2 luglio 2018 (29 gennaio 2018), n. 29613, in *Giur. It.*, Ottobre 2018, pp. 2244-2246, con nota di BASILE F.

Per una ricostruzione della vicenda processuale si vedano BASILE F., *Quanto conta la "cultura"?,* cit., pp. 2246-2251; RUGGIU I., Omnia munda mundis., cit., pp. 1-29; PROVERA A., *Carezze o violenze?,* cit., pp. 1432-1438.

medesimi fatti per non averli impediti, stante l'obbligo giuridico di evitare i gravi abusi commessi a danno del figlio minore.[758]

Durante l'intero *iter* processuale, l'imputato invoca quella che può essere definita una *cultural defense*: egli, infatti, sostiene che la sua condotta è totalmente priva di valenza sessuale e si inserisce all'interno di una usanza culturale tipicamente albanese per esprimere orgoglio e affetto nei confronti del figlio maschio[759]. L'obiettivo della cd. difesa culturale è quello di dimostrare come i comportamenti posti in essere dal padre, che rilevano penalmente nel nostro ordinamento, se inquadrati nel contesto culturale di provenienza e appartenenza, assumano una connotazione completamente diversa.

Il Tribunale di Reggio Emilia e la Corte di Appello di Bologna[760], chiamati a pronunciarsi in primo e secondo grado, accogliendo la tesi difensiva, assolvono l'imputato alla luce della motivazione culturale del soggetto agente: mentre il Tribunale esclude l'integrazione della fattispecie sotto il profilo soggettivo, la Corte di Appello va oltre e non ritiene integrato nemmeno l'elemento oggettivo del reato: «(...) il giudice di prime cure ha escluso il configurarsi della fattispecie delittuosa sulla base di una riconosciuta scriminante culturale, per escludere il dolo, il giudice di seconde cure ha invece escluso il reato, mancando nei fatti sia la condotta rilevante penalmente che il dolo, sempre in ragione della tradizione culturale di appartenenza dell'imputato».[761]

Il ricorso per Cassazione viene proposto dal Procuratore Generale della Repubblica avverso la sentenza della Corte di Appello di Bologna che, sostanzialmente, aveva confermato la decisione assolutoria del Tribunale di Reggio.

La Corte di Cassazione, preliminarmente, esclude che si tratti di una c.d. doppia conforme, perché le sentenze di merito, pur conformi nell'assoluzione degli

---

[758] Per completezza espositiva, si segnala che alla madre viene anche contestato il reato di cui all'articolo 612 c.p. per aver minacciato una delle maestre che aveva denunciato i fatti alle autorità.

[759] Cfr. RUGGIU I., Omnia munda mundis., cit., pp. 3 e ss. per una approfondita e completa analisi della pratica culturale in esame.

[760] Tribunale di Reggio Emilia, sent. 21 novembre 2012 e Corte di Appello di Bologna, sent. 19 aprile 2017 entrambe richiamate dalla Cass. Pen., sez. III, 2 luglio 2018 (29 gennaio 2018), n. 29613.

[761] Cass. Pen., sez. III, 2 luglio 2018, n. 29613.

imputati, vi pervengono attraverso argomentazioni sostanzialmente diverse e, pertanto, il ricorso in Cassazione è ammissibile essendovi vizi di motivazione.
I giudici della Suprema Corte, sezione III, annullano con rinvio la sentenza impugnata motivando come entrambi i giudici di merito siano incorsi nei vizi di motivazione denunciati dal Procuratore generale ricorrente.

2.2. Il *test* culturale

Gli assunti che emergono dall'impianto argomentativo della sentenza in commento sono molteplici.
In primis, vi è l'espresso riconoscimento, da parte dei giuridici di legittimità, della categoria dei reati culturalmente motivati[762].
Dalle parole della Corte, infatti, emerge chiaramente come ai reati culturalmente motivati debba essere riconosciuta piena rilevanza e autonomia; in virtù del nesso che intercorre tra diritto penale e cultura, la Corte, con questa sentenza, attribuisce altresì «dignità scientifica e rilevanza pratica»[763] alla categoria in esame.
Proseguendo nell'analisi dell'impianto motivazionale della sentenza, la Corte chiarisce in modo netto che vi è un indissolubile legame tra diritto penale e cultura: gli elementi che integrano la fattispecie legale di molti reati sono fortemente influenzati dal contesto sociale e dalla cultura. Nasce, pertanto, la necessità di un «approccio esegetico»[764] che tenga conto del divenire del contesto sociale.
Vieppiù si afferma che la nozione normativa di alcuni concetti (come, ad esempio, il comune sentire o la pubblica decenza) è stata costantemente rivisitata per far sì che le decisioni siano il risultato di una interpretazione contestualizzata al momento

[762] PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 204 ricorda, in particolare, due pronunce della Corte in cui si assiste ad un inquadramento generale del tema dei reati culturalmente orientati. Il riferimento è alle sentenze n. 43646 del 24 novembre 2011 e n. 46300 del 26 novembre 2008: i giudici definiscono i reati culturalmente orientati richiamando la teoria del conflitto esterno tra norme.

[763] *Ibidem*. Significativa a tal proposito è l'espressione utilizzata da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit.*,* p. 89 che riassume efficacemente questo carattere spiccatamente locale del diritto penale: «Paese che vai, reato che trovi», proprio a sottolineare come il diritto penale sia una manifestazione giuridica della cultura di un paese.

[764] Cass. Pen., sez. III, 2 luglio 2018, n. 29613.

storico: questa «elasticità giuridica»[765] è doverosa e necessaria anche quando l'interprete si trova di fronte al fenomeno del multiculturalismo.

A seguito di queste riflessioni, la Corte di Cassazione sviluppa quello che potremmo definire un modello di *test* culturale quale strumento utile ai giudici chiamati a pronunciarsi sui reati culturalmente motivati[766].

Questo passaggio rappresenta la cifra significativa della sentenza in commento: per la prima volta la Corte di Cassazione individua «un *iter* logico che procedimentalizza i passaggi argomentativi che ogni giudice dovrebbe affrontare nella risoluzione dei conflitti multiculturali»[767] al fine di raggiungere un equilibrio tra le istanze culturali e il diritto penale.

Tre sono gli «snodi fondamentali»[768] del *test* culturale proposto dalla Corte di Cassazione che permettono di verificare l'argomento culturale, di valutarne la fondatezza e l'idoneità a costituire la prova su cui si deve fondare il convincimento del giudice.

In primo luogo, la Corte ritiene necessario accertare il *quantum* di offensività della condotta in relazione al bene giuridico offeso. A tal proposito viene richiamata la teoria del cd. sbarramento invalicabile[769], in base alla quale non potrà ritenersi

---

[765] *Ibidem*.

[766] PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 206 sottolinea come la Corte abbia preso in considerazione gli studi della più attenta e recente dottrina in materia per individuare gli indici indispensabili per giungere a una motivazione culturalmente orientata. Alcuni elementi essenziali, prettamente antropologici, sono però stati scartati dalle valutazioni dei giudici: «(...) emerge come manchino all'appello gli indici maggiormente afferenti alla parte "antropologica" del *test*».

[767] RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, cit., p. 1.

[768] BASILE F., *Quanto conta la "cultura"?*, cit., p. 2250.

[769] L'argomento in questione viene mutuato dalla sentenza Cass. Pen., sez. VI, 20 ottobre 1999, n. 3398 (cd. caso Bayrami). L'imputato, accusato di maltrattamenti verso la moglie e i figli minori, ha invocato a sua difesa il particolare contesto culturale di provenienza e le tradizioni diffuse in ambito familiare nel paese d'origine – Albania. Egli chiede, pertanto, l'applicazione della scriminante del consenso dell'avente diritto. La Corte coglie l'occasione per affermare che «i principi costituzionali dettati dall'art. 2 (...); dall'art. 3 (...); dagli artt. 29 e 30 (...) costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto e di fatto nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che suonano come "barbari" a fronte dei risultai ottenuti nel corso dei secoli per realizzare

prevalente sulla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo una motivazione culturale: quest'ultima «potrà essere valutata dall'interprete solo sulle premesse dell'attento bilanciamento tra il diritto, pure inviolabile, del soggetto agente a non rinnegare le proprie tradizioni culturali, religiose, sociali, ed i valori offesi o posti in pericolo dalla sua condotta»[770]. La Corte ribadisce, infatti, come «nessun sistema penale potrà mai abdicare, in ragione del rispetto di tradizioni culturali, religiose o sociali del cittadino o dello straniero, alla punizione di fatti che colpiscono o mettano in pericolo beni di maggiore rilevanza (...) che costituiscono uno *sbarramento invalicabile* (...)»[771].

Il secondo *step* prospettato dalla Corte consiste nel valutare il carattere della norma culturale invocata dall'imputato e la cogenza della stessa all'interno del gruppo culturale di minoranza. Sul punto i giudici di legittimità richiedono una valutazione approfondita circa la natura della norma culturale posta alla base dell'agire dell'imputato: è necessario comprendere se si tratta di precetto religioso o di norma culturale, analizzarne il carattere vincolante ed, eventualmente, verificare se la condotta sia incriminata anche nel paese di origine dell'immigrato. In questo ultimo caso, la rilevanza della matrice culturale agirebbe indubbiamente sulla consapevolezza dell'antigiuridicità della condotta.

---

l'affermazione dei diritti inviolabili della persona». Il fattore culturale, dunque, non potrà trovare alcun riconoscimento in senso favorevole al reo quando «confligga, in modo frontale con i valori espressi dalla nostra Carta Costituzionale» (cfr. Cass. Pen., 2 luglio 2008, n. 32463).

Molteplici sono le pronunce che, negli anni, hanno richiamato la teoria dello "sbarramento invalicabile". Sul punto, cfr. PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 225 con particolare riferimento alla nota n. 108.

[770] Cass. Pen., sez. III, 2 luglio 2018, n. 29613. Sul punto vengono richiamati alcuni precedenti, quali Cass. Pen., Sez. III, 26 giugno 2007, n. 34909; Cass. Pen., Sez. VI, 26 novembre 2008 (16 dicembre 2008), n. 46300 e Cass. Pen., Sez. VI, 22 giugno 2011, (24 novembre 2011), n. 43646. Per un'analisi più dettagliata dei citati precedenti giurisprudenziali, cfr. W. PAGANO, *Reati culturalmente orientati. La Cassazione stabilisce alcuni parametri per l'individuazione della "norma culturalmente orientata". Brevi note a margine di Cass. Pen., Sez. III, 29 gennaio 2018 (dep. 2 luglio 2018), n. 29613*, in *Ars Iuris* (rivista online), reperibile al link https://www.unicost.eu/reati-culturalmente-orientati-la-cassazione-stabilisce-alcuni-parametri-per-lindividuazione-della-norma-culturalmente-orientata-brevi-note-a-margine-di-cass-pen-sez-iii/#_ftnref1.

[771] Cass. Pen., sez. III, 2 luglio 2018, n. 29613.

Nel caso in commento, la Corte nega che la tradizione culturale sia stata adeguatamente dimostrata[772], ritenendo conseguentemente carente la motivazione della sentenza impugnata. La documentazione prodotta è apparsa, infatti, priva di ufficialità e, inoltre, le tradizioni culturali richiamate dalla difesa riguardavano esclusivamente carezze delle parti intime, non certo succhiotti e altre condotte ben più invasive[773]. La presunta tradizione richiamata è, infine, stata ritenuta in assoluto contrasto con il codice penale albanese, che incrimina il comportamento tenuto dal padre[774].

Il terzo e ultimo *step* del *test* culturale delineato dalla Corte attiene al profilo soggettivo dell'imputato: dovrà essere verificato il suo grado di inserimento nel contesto culturale del Paese ospitante e la sua adesione alla cultura d'origine.

Su quest'ultimo snodo si sviluppa una ulteriore argomentazione relativa alla conoscibilità della legge penale. La Corte afferma che nel caso di specie non può neppure essere configurata la non consapevolezza da parte degli imputati della illiceità della condotta posta in essere; i genitori non potevano ignorare le leggi italiane, se non inescusabilmente. Gli stessi erano, infatti, da tempo residenti nel territorio italiano, integrati socialmente e con un'occupazione stabile e il figlio era inserito regolarmente a scuola.

Da una parte, quindi, non è stata ritenuta provata l'esistenza dell'asserita norma culturale in adesione alla quale i genitori albanesi avrebbero agito, dall'altra è stata esclusa l'ignoranza della norma penale incriminatrice, valutato il loro grado di integrazione nel paese ospitante e considerato altresì che detta ignoranza non avrebbe avuto giustificazione neppure nel loro Paese di origine, essendo il comportamento incriminato penalmente rilevante anche in Albania.

Per completezza di commento, la Corte ha, infine, riconosciuto il vizio della violazione di legge, avendo la sentenza impugnata escluso erroneamente il dolo

---

[772] Il profilo probatorio, come evidenziato in chiusura dalla Corte, risulta essere particolarmente problematico. Sul punto di veda BIGIARINI A., *La prova culturale,* cit*.,* pp. 411-420.

[773] Particolarmente critica sul punto PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 203 che evidenzia come non sia stata condotta «un'analisi del dato culturale "antropologicamente corretta" e scevra da stereotipi».

[774] Critica sul punto RUGGIU I., Omnia munda mundis., cit., p. 19.

generico nei reati di natura sessuale[775]: richiamando un prevalente orientamento giurisprudenziale, i giudici hanno ritenuto che in relazione all'art. 609 *bis* c.p. «ogni atto invasivo della sfera sessuale di un soggetto, in mancanza del consenso di quest'ultimo, leda tale bene giuridico, a prescindere dal motivo per il quale il soggetto agente lo abbia posto in essere»[776].

La Corte di Cassazione, nonostante si mostri particolarmente sensibile e attenta al rapporto sussistente tra diritto penale e cultura, ha annullato la sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Bologna, non ritenendo in ogni caso provata l'esistenza della pratica culturale nel caso di specie.

La Corte di Appello di Bologna si è pronunciata sul caso in esame il 16 maggio 2019 condannando il padre ad anni 2 e mesi 8 di reclusione per il reato di cui all'articolo 609 *quater* e al risarcimento del danno [777].

3. La giurisprudenza relativa ai reati culturalmente orientati precedente alla sentenza n. 29613 del 2018

Nonostante la Corte di Cassazione non abbia ritenuto sussistente la difesa culturale invocata dall'imputato per le ragioni esaminate poc'anzi, la rilevanza di questa pronuncia nel panorama giurisprudenziale italiano è fondamentale: il *test* elaborato

---

[775] Cfr. BASILE F., *Quanto conta la "cultura"?*, cit., p. 2250.

[776] Cass. Pen., sez. III, 2 luglio 2018, n. 29613.

[777] Cfr. RUGGIU I., Omnia munda mundis., cit., p. 18.

Una vicenda processuale analoga è stata trattata dalla Corti americane nel caso *State v. Ramirez*, No. CR – 04-213, Superior Court Criminal Action – Maine, 10 novembre 2005: la Corte condanna l'imputata, ma riconosce la particolare tenuità del fatto in ragione della motivazione culturale alla base del suo agire. Cfr. PANIZZO F., *Immigrazione e integrazione*, cit., p. 97-98.

Particolarmente critica verso tale decisione è RUGGIU I., Omnia munda mundis., cit., pp. 25 e ss., la quale mette a confronto la pratica culturale dell'omaggio al pene con quella della circoncisione maschile e sottolinea come sussista uno «standard di trattamento diverso che è poco ragionevole, rispetto al bilanciamento con i diritti costituzionali». In senso provocatorio, si chiede: «Non è irragionevole che nell'ordinamento vigente sia ammesso tagliare, ma non baciare i genitali di un bambino? Perché in un caso la cultura/religione opera come esimente e nell'altro no?».

dalla Corte è stato, infatti, definito quale «architrave motivazionale»[778] per i giudici penali chiamati a pronunciarsi sui reati culturalmente motivati.

La necessità di delineare un *modus operandi* standardizzato per verificare la sussistenza di una motivazione culturale si era già prospettata nella giurisprudenza penale precedente alla sentenza sopra esaminata.

Nei tre diversi casi giudiziari concernenti i reati culturalmente motivati che verranno di seguito analizzati emerge chiaramente come i giudici avessero già colto «l'ossatura di una sorta di *test* culturale»[779] su cui fondare una motivazione culturalmente orientata: i tre passaggi formalizzati e resi espliciti nella pronuncia del 2018 (ossia, il *quantum* di offensività della condotta, la natura della norma culturale e il profilo soggettivo concernente l'imputato relativamente al suo grado di integrazione e adesione alla cultura d'origine) erano, infatti, già stati implicitamente utilizzati dai giudici [780] nei loro *iter* argomentativi.

---

[778] BASILE F., *Quanto conta la "cultura"?*, cit., p. 2250. Similmente BASILE F., Ultimissime *della giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 30, 2018, pp. 1-14, p. 11.

[779] BASILE F., *I reati c.d. «culturalmente motivati»,* cit., p. 126.

[780] Per un approfondimento in ottica comparata relativamente alla pronuncia sopra richiamata si veda PETTINATO C.M., *La libertà dell'educazione religiosa*, cit*.,* pp. 1-37.

Non mancano pronunce giurisprudenziali di diverso avviso che negano la rilevanza del fattore culturale nel diritto penale. A titolo meramente esemplificativo si richiama Cass. Pen., 31 marzo 2017, n. 24048. In detta occasione, la Corte ribadisce la sussistenza di un obbligo per gli immigrati di conformarsi ai valori della società occidentale. Cfr. RIGONI C., *"Western Values and Cultural Archipelagos": the Unfortunate Ruling of the Italian Supreme Court of Cassation No. 24084/2017 on the* Kirpan, in VEGA L.E.R., RUGGIU I., SPIGNO I. (eds.), *Justice and Culture. Theory and Practice Concerning the Use of Culture in Courtrooms*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 233-252. L'autrice è particolarmente critica nei confronti della pronuncia del 2017, soprattutto in relazione al passaggio motivazionale in cui la Corte richiama il concetto di "valori". Per la Corte, infatti, l'omogeneità valoriale sembrerebbe essere il prerequisito per la tenuta del sistema giuridico, in particolare di quello penale. Per un approfondimento sul rapporto tra la dimensione culturale del singolo e il sistema giuridico, cfr. DE MAGLIE C., *Alle radici del bisogno di criminalizzazione. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale*, *in Discrimen*, 2018, reperibile al link https://discrimen.it/alle-radici-del-bisogno-di-criminalizzazione-riflessioni-in-tema-di-moralita-immoralita-e-diritto-penale/.

3.1. Alcune applicazioni implicite del *test* culturale

3.1.1. Cassazione penale n. 34909 del 2007

Nel 2007, a seguito di condanna per il reato di violenza sessuale compiuta tra le mura domestiche, un imputato di origine marocchina ricorre in Cassazione chiedendo il riconoscimento dell'ignoranza inevitabile della legge penale: la condotta, infatti, non è sanzionata penalmente nella sua cultura d'origine e pertanto la difesa si appella alla motivazione culturale alla base dell'azione delittuosa[781].

La Corte di Cassazione nel caso di specie rigetta il ricorso basato sulla possibile difesa culturale motivando in ordine all'elevato grado di offensività della condotta in relazione al bene giuridico offeso: non è possibile alcun bilanciamento tra il *quantum* di offensività del fatto riconducibile alla prassi culturale e il bene giuridico offeso, ossia la libertà di autodeterminazione in ambito sessuale.

Il mancato superamento di quello che è stato definito essere il primo passaggio del *test* culturale, così come formalizzato nel 2018 impedisce alla Corte di Cassazione nel 2007 di proseguire in qualsivoglia analisi della motivazione culturale: sussiste, infatti, «uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione nella società civile (...) di consuetudini, prassi e costumi»[782] che vadano a ledere i diritti universali e fondamentali dell'uomo.

3.1.2. Cassazione penale n. 43646 del 2011

Nel 2011 la Corte di Cassazione[783] si pronuncia su un caso di circoncisione maschile praticata su un neonato per motivi culturali da personale non medico: la madre di origine nigeriana viene condannata *ex* art. 348 c.p. per il reato di esercizio abusivo della professione medica.

La Cassazione, nel caso di specie, annulla senza rinvio ritenendo sussistente un *error iuris* scusabile *ex* art. 5 c.p.

Le argomentazioni della Corte di Cassazione nella motivazione della sentenza possono essere facilmente ricondotte ai tre passaggi del *test* culturale: *in primis*, il

---

[781] Cass. Pen., sez. III, 26 giugno 2007 (17 settembre 2007), n. 34909. Sul punto, cfr. BASILE F., *I reati c.d. «culturalmente motivati»,* cit., p. 126.

[782] Cass. Pen., sez. III, 2 luglio 2018, n. 29613.

[783] Cass. Pen., sez. VI, 22 giugno 2011 (24 novembre 2011), n. 43646.

grado di offensività del reato di esercizio abusivo della professione è particolarmente basso[784]; la norma culturale è espressione di una pratica largamente diffusa nella comunità di appartenenza della donna, come emerge anche nel primo grado di giudizio[785]; infine, per quanto attiene al terzo passaggio del *test*, la madre risulta non essere integrata nel contesto sociale e culturale italiano.

Particolarmente significative sono le parole della Corte di Cassazione in merito, a riprova della sensibilità dei nostri giudici circa il rapporto sussistente tra cultura e diritto penale che spesso sfocia in quello che è stato definito un «dilemma normativo»[786]: «il difettoso raccordo che si determina tra una persona di etnia africana, che, migrata in Italia, non è risultata essere ancora integrata nel relativo tessuto sociale, e l'ordinamento giuridico del nostro Paese (...) non può (...) risolversi semplicisticamente a danno della prima, che, in quanto portatrice di un bagaglio culturale estraneo alla civiltà occidentale, viene a trovarsi in una oggettiva condizione di difficoltà (...)»[787].

3.1.3. Corte di Appello di Venezia n.1485 del 2012

Nel 2012 la Corte di Appello di Venezia è chiamata a pronunciarsi su un caso di mutilazione genitale femminile sottoposto all'attenzione dei giudici dopo l'intervento legislativo del 2006 che ha introdotto nel nostro codice penale gli articoli 583 *bis* e 583 *ter*.

L'analisi di questa pronuncia è particolarmente interessante, non solo per il profilo concernente il *test* culturale, ma anche perché mette in luce il diverso atteggiamento della giurisprudenza e della dottrina nei confronti del fattore culturale rispetto alla presa di posizione del legislatore italiano.

La novella del 2006, infatti, come si è analizzato, è l'esempio di uno dei modi con

---

[784] Sul punto BASILE F., *I reati c.d. «culturalmente motivati»*, cit., p. 133 evidenzia come ciò emerga dalla cornice edittale del reato in esame (reclusione fino a 6 mesi o multa da 103 a 516 euro) e dal bene giuridico tutelato (il buon andamento della Pubblica amministrazione).

[785] BASILE F., *I reati c.d. «culturalmente motivati»*, cit., p. 133 sottolinea che in primo grado era stato sentito come testimone un sacerdote cattolico di origine nigeriana che aveva confermato la diffusione della pratica in oggetto nella comunità di riferimento.

[786] BIGIARINI A., *La prova culturale*, cit., p. 411.

[787] Cass. Pen., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646.

cui il legislatore può reagire di fronte ai conflitti culturali: la motivazione culturale non viene valutata in questo caso a favore del reo, bensì *contra reum*, in un atteggiamento non «di comprensione, né di indifferenza, ma di aperta intolleranza»[788].

Appare opportuno ripercorre brevemente la vicenda processuale che ha portato alla pronuncia del 2012: sono stati esaminati due casi distinti, ma con alcuni elementi simili.

Il *locus commissi delicti* è Verona e i soggetti coinvolti sono cittadini nigeriani appartenenti all'etnia Edo-bini: una ostetrica nigeriana, G.O., e i genitori nigeriani, rispettivamente della minore X di due mesi all'epoca dei fatti e della minore Y di due settimane.

Mentre con riferimento al primo episodio G.O. praticava a danno della minore X la cd. arguè, ossia un'incisione superficiale del clitoride, nella seconda vicenda G.O. veniva fermata dalla polizia mentre, con tutti gli attrezzi necessari per praticare la MGF in oggetto, varcava la soglia di casa del padre di Y. In entrambi i casi, a G.O. era stato promesso un compenso di 300 euro per gli interventi.

Per i fatti sopra riportati, all'esito del processo di primo grado, la donna nigeriana G.O. viene ritenuta responsabile del delitto di lesione degli organi genitali femminili *ex* articolo 583 *bis,* comma II e del tentativo del delitto di lesione degli organi genitali femminili di cui all'articolo 583 *bis,* comma II con applicazione dell'attenuante della lieve entità, prevalente rispetto alle aggravanti (nel caso di specie, fatto commesso a danno di minore e fatto commesso per fini di lucro).

In concorso con G.O. vengono ritenuti responsabili anche la madre della minore X, per le condotte relative al primo episodio, e il padre di Y, con riferimento alla seconda vicenda, con l'applicazione dell'attenuante della lesione di lieve entità in entrambi i casi.

Il Tribunale di Verona, in prima istanza, condanna G.O. a 1 anno e 8 mesi di reclusione, mentre la madre della minore X viene condannata a 8 mesi di reclusione e il padre di Y, trattandosi di mero tentativo di reato, a 4 mesi. Agli imputati viene, altresì, concessa la sospensione condizionale della pena e la non menzione della

[788] GOISIS L., *Multiculturalismo e diritto penale,* cit., p.153.

condanna[789].

Come si evince da questa breve ricostruzione, il trattamento sanzionatorio risulta essere abbastanza mite, se si confronta con il rigore della normativa del 2006 ampiamente analizzata nel capitolo dedicato. È, quindi, opportuno comprendere «le ragioni di un trattamento così mite pur in presenza di una norma dai confini edittali assai più severi»[790].

Il motivo determinante è costituito proprio dalla motivazione culturale alla base dell'agire degli imputati.

I giudici di Verona, nonostante la chiara e netta presa di posizione del legislatore italiano nel 2006, riconoscono che «nella valutazione del disvalore del fatto non si può non tenere conto, in favore degli imputati, delle motivazioni culturali e di rispetto delle tradizioni che li hanno spinti ad agire» e hanno perciò attribuito un fondamentale significato alle «ragioni della condotta (posta in essere sulla base di forti spinte culturali e radicate tradizioni etniche)»[791].

Tale attenzione alla motivazione culturale viene ripresa e ulteriormente ribadita dalla Corte di Appello di Venezia: rileggendo la motivazione della sentenza alla luce del dell'*iter* logico procedimentalizzato nella sentenza della Corte di Cassazione del 2018, si possono individuare i tre passaggi argomentativi richiamati dalla stessa. Per quanto attiene al grado di offensività della condotta, per la Corte di Appello l'*arguè*, considerata la sua carica simbolica e la sua lieve entità, non sarebbe concretamente idonea a menomare le funzioni sessuali della donna[792].

---

789 Per la ricostruzione della vicenda processuale si veda BASILE F., *Il reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, cit., pp. 1-23.

790 GOISIS L., *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., p. 156.

791 Tribunale di Verona, 14 aprile 2010, n. 979 reperibile in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2011, pp. 838 e ss.

792 Come ben analizzato da BASILE F., *Il reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, cit., p. 13 non è sufficiente che la menomazione richiesta nel caso in esame appartenga esclusivamente al «mondo delle intenzioni (… delle cattive intenzioni)», ma è invece necessario che, in virtù del principio di offensività, siano realizzati atti in concreto idonei a porre il bene giuridico tutelato in effettivo pericolo. È, in altri termini, necessaria una oggettiva idoneità degli atti a cagionare l'evento dannoso per la sussistenza del dolo specifico, perché altrimenti si giungerebbe a punire una mera volontà anche quando questa non si concretizzi.

In secondo luogo, rispetto della norma culturale, la Corte evidenzia come la stessa sia largamente diffusa e osservata nella cultura di origine degli imputati: la difesa in primo grado ha, infatti, ottenuto l'audizione a processo di alcuni testi qualificati proprio per enfatizzare e rendere chiara ai giudici la ratio culturale alla base della condotta[793].

Infine, in ordine all'ultimo passaggio logico del *test* culturale, la Corte di Appello riconosce lo scarso grado di integrazione della coppia, la non conoscenza della lingua italiana e la persistente adesione alle pratiche culturali dell'etnia Edo-Bini.

Alla luce di questa motivazione culturalmente orientata, che anticipa implicitamente i passaggi del test culturale delineato dalla Corte di Cassazione nel 2018, i genitori vengono assolti con formula piena dalla seconda sezione della Corte di Appello di Venezia a due anni dalla condanna in primo grado, con sentenza del 24 novembre 2012.

4. La giurisprudenza relativa ai reati culturalmente orientati successiva alla sentenza n. 29613 del 2018

Dai casi giurisprudenziali poc'anzi analizzati emerge come il test culturale delineato dalla Corte di Cassazione nel 2018 può essere applicato con efficacia alle ipotesi di reati culturalmente orientati. Nonostante i giudici non avessero ancora a disposizione lo strumento del test nella sua attuale formulazione, essi *hanno*

Di diverso avviso e critica rispetto alle conclusioni cui è giunta la Corte di Appello è invece PECORELLA C., *Mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 848: «Non va invero confuso il dolo del reato con i motivi dell'agire, perché il primo consiste nella coscienza e volontà di cagionare una lesione alla parte offesa (e certamente questa consapevolezza vi era negli imputati, che ben sapevano in cosa consisteva la pratica di incisione cui sottoponevano i figli), mentre i motivi dell'agire restano al di fuori del reato». Particolarmente critica sulla correttezza della applicazione implicita del *test* culturale alla vicenda oggetto della pronuncia della Corte di Appello di Venezia è anche SCUDIERI L., *Dalla "Cultural Defense" al "test culturale",* cit., p. 146. In particolare, l'autrice non condivide l'opinione secondo la quale la condotta sarebbe connotata da un livello minimo di offensività, anche alla luce delle indicazioni internazionali che qualificano le mutilazioni genitali femminili *latu sensu* intese come violenze di genere.

[793] Fondamentale è stato quanto rappresentato nel processo da un docente di antropologia dell'educazione, da una docente universitaria di pedagogia della mediazione e da un sacerdote della Chiesa pentecostale di etnia Edo-bini.

implicitamente seguito un *iter* logico pressoché analogo, anche se ancora non sistematizzato, per arrivare a delle «soluzioni miti» [794] in grado di bilanciare le istanze delle minoranze culturali con quelle dell'ordinamento giuridico, sempre nel rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo[795].

È ora interessante verificare se questo interessante e innovativo strumento giuridico abbia trovato applicazione nelle più recenti pronunce in tema di reati culturalmente orientati.

4.1. Cassazione penale n. 7590 del 2019

Nel 2019, a seguito di ricorso per cassazione di un imputato condannato per diversi reati tra cui, nello specifico, quello di violenza sessuale, la Corte di Cassazione si pronuncia[796] sulla possibile rilevanza scriminante del fattore culturale.

Secondo la Corte, la libertà sessuale è da considerarsi espressione della personalità dell'individuo, diritto fondamentale ed inviolabile, e, pertanto, non è ammissibile una restrizione della sua tutela sulla base di tradizioni culturali: «(...) non v'è ingresso, nel sistema penale, alla valutazione delle diversità culturali quali limiti al fatto di rilevanza penale»[797].

Nel caso di specie, pertanto, la Corte afferma come la difesa culturale debba necessariamente essere considerata «recessiva» e «inidonea a esonerare l'imputato dalla responsabilità penale»[798]: i diritti costituzionalmente tutelati sono uno «strumento di garanzia per tutti» e «al giudice ordinario compete il compito, nel bilanciamento tra questi e le libertà dei singoli individui, di perseguire tale garanzia»[799].

---

[794] PASTORE B., LANZA L., *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, cit., p. 60.

[795] In tal senso anche PANIZZO F., *Immigrazione e integrazione*, cit., p. 98: «(...) l'oggettività giuridica del reato commesso e la "motivazione culturale" devono essere sempre congiuntamente bilanciate e valutate dal giudice, sia nel momento valutativo del fatto, che in quello di commisurazione della pena».

[796] Cass. Pen., sez. III, 20 novembre 2019, n. 7590.

[797] *Ibidem*, paragrafo 6.

[798] *Ibidem*.

[799] *Ibidem.*

4.2. Cassazione penale n. 8986 del 2019

Con questa sentenza,[800] la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla rilevanza dei fattori culturali in una vicenda inerente reati commessi all'interno del contesto familiare.
Nel caso di specie, i reati contestati sono violenza sessuale a danno della convivente more uxorio, maltrattamenti in famiglia e lesioni personali aggravate.
Con il terzo motivo di ricorso, la difesa rileva il mancato riconoscimento di una scriminante culturale alla luce delle particolari connotazioni culturali del soggetto imputato.
La Corte, in modo molto conciso, afferma che la scriminante dell'esercizio del diritto non può essere invocata qualora il diritto sia «oggettivamente incompatibile con le regole dell'ordinamento (...) attesa l'esigenza di valorizzare la centralità della persona umana»[801].
Nel caso di specie, pertanto, nessun riconoscimento poteva essere accordato al fattore culturale alla base dell'agire dei soggetti.

4.3. Cassazione penale n. 27901 del 2020

Il caso di specie[802], concernente una vicenda di maltrattamenti in famiglia perpetuati da due genitori egiziani a danno dei figli, fornisce l'occasione alla Corte per tornare a pronunciarsi sui reati culturalmente orientati e per ribadire l'orientamento giurisprudenziale affermatosi nel 2018. Nel caso di specie, infatti, considerata la nazionalità dei soggetti imputati, viene invocata la cd. difesa culturale per sostenere che le condotte realizzate fossero il frutto di un forte condizionamento di matrice culturale. In altri termini, gli imputati avrebbero agito nel rispetto degli usi, delle tradizioni e dei costumi del gruppo minoritario di appartenenza.
La Corte di Cassazione, dopo aver rilevato come il caso di specie potesse essere effettivamente ricondotto alla categoria dei reati culturalmente orientati, si è interrogata sulla giustificabilità della «risposta penalistica statuale rispetto ad azioni che, di certo ritenute formalmente illecite dalla nostra cultura nazionale, potrebbero

[800] Cass. Pen., sez. III, 12 dicembre 2019, n. 8986.

[801] *Ibidem*, paragrafo 3.

[802] Cass. Pen., sez. VI, 07 ottobre 2020, n. 27901.

essere qualificate come espressione di comportamenti tollerati, se non imposti, nel differente contesto culturale di provenienza»[803].

I rilievi avanzati dalla difesa in merito alla mancanza di esigibilità, ossia all'impossibilità di tenere comportamenti diversi proprio in virtù del condizionamento culturale, hanno fornito occasione alla Corte per ribadire e riaffermare come la tutela del «fenomeno del multiculturalismo non possa mai andare a scapito della tutela dei diritti fondamentali protetti dalle disposizioni penali»[804]. La Corte, dunque, pur riconoscendo l'importanza e «l'esigenza di assicurare uno spazio giuridicamente tutelato alla c.d. "multiculturalità", in quanto espressione del principio di dignità del singolo e di eguaglianza rispetto alle diversità sociali, di razza e di religione»[805] individua espressamente il limite di tale tutela nella salvaguardia dei diritti umani fondamentali. Particolarmente interessante è un ulteriore passaggio della motivazione in cui i giudici ribadiscono come tale approccio alla tematica dei reati culturalmente orientati non miri a far prevalere la cd. cultura occidentale sulle altre culture, ma sia invece volto a «dare coerenza (ad un) sistema normativo»[806] che si fonda sulla centralità della persona umana «quale principio in grado di armonizzare le culture individuali rispondenti a culture diverse e di consentire (...) l'instaurazione di una società civile multietnica»[807].

Alla luce di queste considerazioni, la Corte ritiene pertanto integrato il reato di maltrattamenti in famiglia e non procede ulteriormente con l'analisi della tradizione culturale richiamata; le condotte in esame, infatti, non superano il primo step del test in quanto offensive di beni ritenuti fondamentali.

4.4. Cassazione penale n. 30538 del 2021

[803] *Ibidem*.

[804] *Ibidem*.

[805] *Ibidem*.

[806] *Ibidem*.

[807] *Ibidem*.

Con la sentenza[808] in esame, la Corte di Cassazione è chiamata a pronunciarsi nuovamente in tema di reati culturalmente motivati.

Il caso di specie vedeva imputato il padre di una giovane ragazza di etnia ROM per il reato di riduzione in schiavitù *ex* art. 600 c.p., aggravato per essere la vittima minore di anni sedici e l'autore suo ascendente ex art. 602 ter, commi 5 e 6. Dietro pagamento di una somma di denaro, cd. prezzo della sposa, il padre aveva promesso la figlia in sposa ad un uomo[809].

I giudici colgono l'occasione per fornire un quadro riassuntivo dell'orientamento della Corte in materia di reati culturalmente orientati, richiamando nuovamente la fondamentale sentenza del 2018 n. 29613, considerata punto di svolta in materia.

I giudici ricordano come la più risalente giurisprudenza della Corte tendesse a declinare le questioni giuridiche connesse ai reati culturalmente orientati talvolta all'interno di indirizzi assimilazionisti, talvolta in chiave multiculturale[810]. Nel tempo si è, tuttavia, consolidato un diverso orientamento che si è cristallizzato con la pronuncia del 2018: una scriminate culturale è inammissibile «in tutti quei casi in cui l'esercizio del diritto dell'agente a rimanere fedele alle regole sociali del proprio gruppo identitario di riferimento si traduce nella negazione dei beni e dei diritti fondamentali configurati dall'ordinamento costituzionale presidiati dalle norme penali violate»[811].

La Corte, nel proseguo della motivazione, sottolinea come il fattore culturale, anche se non può incidere sull'oggettiva rilevanza penale della condotta, potrebbe comunque trovare riconoscimento, ad esempio, nel momento di commisurazione della pena; in quella sede il giudice potrà utilizzare i successivi passaggi del *test* culturale[812] delineato dalla Corte nel 2018 per orientare la sua decisione.

---

[808] Cass. Pen., sez. V, 13 maggio 2021, n. 30538.

[809] Si segnala che, successivamente alla contestazione dei fatti in esame, si è assistito all'introduzione dell'art. 558 *bis* c.p. che punisce il reato di costrizione o induzione in matrimonio. Sulla mancata riqualificazione dei fatti in virtù della nuova fattispecie, cfr. PEPÈ G., *Matrimoni forzati e "prezzo della sposa",* cit., paragrafo 9.

[810] Cfr. Cass. Pen., sez. V, 13 maggio 2021, n. 30538, paragrafi 4.2 e 4.3.

[811] *Ibidem*, paragrafo 4.4.

[812] *Ibidem*, paragrafo 4.5.

Alla luce di queste considerazioni, nel caso concreto, la Corte ritiene sussistente una violazione della libertà individuale, diritto fondamentale della persona, e non attribuisce, pertanto, alcun valore scriminante alla tradizione culturale invocata.

4.5. Cassazione penale n. 37422 del 2021

La sentenza[813] della Corte di Cassazione n. 37422 del luglio 2021 è particolarmente significativa in quanto i giudici si pronunciano sul reato di mutilazioni genitali femminili, archetipo della categoria dei reati culturalmente orientati.

Gli interventi di mutilazione sono stati realizzati a danno di due bambine egiziane[814] durante un viaggio nel paese d'origine tra il luglio e il settembre 2007. Come evidenziato dall'esperto nominato dal Pubblico Ministero, in conseguenza di tali operazioni, le due bambine hanno subito delle menomazioni alle terminazioni nervose delle zone genitali.

Nessun dubbio, né in sede di merito né in sede di legittimità, è emerso circa la tipicità delle condotte incriminate e la loro sussunzione all'interno dell'art. 583 *bis* c.p.

Come precedentemente analizzato, infatti, nel nostro ordinamento sono presenti specifiche fattispecie delittuose che presentato tra gli elementi costitutivi una condotta culturalmente orientata[815].

La Corte, ribadendo quanto già affermato dalla sentenza di primo grado, sottolinea come sia impossibile accordare prevalenza a istanze culturali lesive della centralità

---

[813] Cfr. Trib. Torino, sez. GIP, 8 novembre 2018, n.1626 sui cui anche DI BARI P., MASERA L., *Penale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2019, pp. 334-335; App. Torino, sez. II, 26 febbraio 2020, n. 1410; Cass. Pen., sez. V, 2 luglio 2021, n. 37422.

Per un commento alla sentenza della Corte, cfr. SCIUTTERI D., *Reati culturalmente motivati e* ignorantia legis: *a margine della prima sentenza di legittimità sulle mutilazioni genitali femminili (nota a Cass. Pen., sez. V, 2 luglio 2021, n. 37422)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2022, pp. 49-118.

[814] Per completezza si segnala che nei tre gradi di giudizio è stata provata la piena responsabilità della madre delle bambine, mentre il padre è stato assolto per non aver commesso il fatto.

[815] Sul punto, come ben evidenziato da SCIUTTERI D., *Reati culturalmente motivati,* cit., pp. 73-74, il reato di mutilazioni genitali femminili rappresenta un modello normativo utilizzato dal nostro legislatore per regolare i rapporti tra fattore cultural e tipicità del fatto.

della persona umana. La teoria del cd. sbarramento invalicabile quale primo step di accertamento in materia di reati culturalmente motivati viene, dunque, riaffermata anche nella sentenza della Corte in commento.

La motivazione della Corte prosegue seguendo l'iter delineato nel 2018: i giudici, infatti, con riferimento al secondo passaggio del test inerente al carattere della norma culturale invocata, ribadiscono come in Egitto, già a partire dal 2007, le pratiche culturali in oggetto erano fortemente discusse nell'opinione pubblica e, infatti, una legge del 2008 le ha definitivamente vietate. Con riferimento all'ultimo argomento del test, ossia il grado di integrazione, la Corte rileva come la famiglia fosse in Italia da diversi anni e mediamente integrata.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte rigetta la tesi sostenuta dalla difesa circa l'ignoranza inevitabile della legge penale da parte dell'imputata[816].

4.6. Cassazione penale n. 32390 del 2021

In questa sentenza[817], la Corte utilizza l'iter motivazionale sopr'analizzato per evidenziare come la tesi difensiva basata sulla motivazione culturale dell'agire del soggetto sia assolutamente infondata e inconsistente.

Nel caso di specie, l'imputato era un uomo di origine nigeriana accusato del reato di violenza sessuale *ex* art. 609 *bis* c.p.

La Corte, sulla base dei tre passaggi logici del *test* culturale analizzato, dichiara inammissibile la richiesta della difesa di applicare una scriminate culturale. Si ribadisce, innanzitutto, che «lo straniero (...) non può invocare (...) la scriminante dell'esercizio di un diritto correlata a facoltà asseritamente riconosciute dall'ordinamento dello Stato di provenienza, qualora tale diritto debba ritenersi oggettivamente incompatibile con le regole dell'ordinamento italiano (...) attesa l'esigenza di valorizzare (...) la centralità della persona umana»[818].

Non solo la condotta incriminata risulta incompatibile con la teoria dello sbarramento invalicabile, ma è assente qualsivoglia prova della norma culturale di

---

816 Cass. Pen., sez. V, 2 luglio 2021, n. 37422, paragrafo 1.1 e 1.2.

817 Cass. Pen, sez. III, 8 luglio 2021, n. 32390.

818 *Ibidem*.

In tal senso, cfr. anche Cass. Pen., sez. III, 12 dicembre 2019, n. 8986.

riferimento: come evidenzia la Corte, l'imputato si è avvalso della facoltà di non rispondere e non ha richiamato alcuna tradizione culturale del paese di origine.

4.7. Cassazione penale n. 18726 del 2022

Con questa recente sentenza[819], la Corte torna a pronunciarsi sul reato di riduzione in schiavitù *ex* art. 600 c.p.

L'avvocato difensore del giovane indagato di etnia ROM contesta la mancata presa in considerazione del background culturale del soggetto agente e, in particolare, dell'istituto giuridico tipico della cultura ROM del cd. prezzo della sposa.

La Corte sottolinea come le consuetudini e le tradizioni ROM non possano avere una valenza scriminante nel caso di specie perché violano un bene giuridico fondamentale, quale la libertà individuale. Si ribadisce come sia «(...) fuori discussione che la condotta dell'imputato abbia infranto i confini invalicabili di tutela della persona umana come delineati dall'ordinamento costituzionale e dalle fonti sovranazionali, quel nucleo irrinunciabile dei diritti fondamentali che traccia un limite alla tolleranza nei confronti dei comportamenti culturalmente motivati e allo stesso esercizio, in tali forme, del diritto all'identità culturale»[820].

Infine, con riferimento all'ignoranza inevitabile della legge penale, la Corte sottolinea come dalle intercettazioni emergesse la piena consapevolezza della illiceità della condotta sia in Italia che in Romania.

5. Alcune riflessioni alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali in tema di reati culturalmente orientati

L'analisi della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione permette di avanzare alcune considerazioni in tema di reati culturalmente motivati.

In assenza di «un approccio istituzionale chiaro, comprensivo, in materia di governo delle differenze»[821], la risoluzione dei conflitti culturali è stata demandata principalmente alle corti ed è, pertanto, innegabile che il *test* rappresenti un utile

[819] Cass. Pen., sez. V, 21 maro 2022, n. 18726.

[820] *Ibidem*, paragrafo 4.2.

[821] PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 157.

strumento per i giudici investiti del «compito erculeo»[822] di declinare le istanze culturali in sede giuridica[823].

Questo «mezzo tecnico»[824] fornisce, infatti, uno schema argomentativo e motivazionale in grado di orientare e uniformare le pronunce in materia.

L'obiettivo del *test* è quello di «apportare una certezza almeno di tipo argomentativo»[825] per giungere a «decisioni meno aleatorie, basate su accertamenti e moduli argomentativi più stabili»[826].

Il *test*, tuttavia, per come applicato dalla Corte, presenta alcuni profili di criticità.

Eccezion fatta per la pronuncia n. 29613 del 2018, in cui la Cassazione analizza la vicenda alla luce di tutti e tre i passaggi logici[827] che compongono *il test*, nelle altre decisioni si assiste tendenzialmente ad un arresto della motivazione al primo step, ossia al quantum di offensività della condotta in relazione al bene giuridico.

La teoria dello sbarramento invalicabile, quale limite a qualsivoglia riconoscimento delle istanze culturali in sede penale, è argomento ricorrente e costante nelle pronunce dei giudici; tuttavia, una volta verificato questo primo passaggio logico, le argomentazioni della Corte non proseguono in ottica antropologicamente orientata, come invece previsto dal *test* culturale.

---

[822] *Ibidem*.

[823] È opportuno ricordare come spesso i giudici non abbiano neppure le competenze e gli strumenti idonei per indagare e valutare aspetti del tutto estranei al sapere giuridico. PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., pp. 156 e ss. riassume l'indagine casistica svolta sulle sentenze in materia rese dal 1990 al 2018 e rileva come, nonostante la mancanza di una adeguata preparazione in ambito antropologico, solo in tre delle centoundici sentenze si è chiesto l'intervento di un esperto antropologo per una corretta risoluzione del conflitto (Corte di Appello di Venezia del 23 novembre 2012; Corte d'Assisi di Pisa del 15 marzo 2013 e Cassazione penale n. 23052 del 5 maggio 2016).

[824] SCUDIERI L., *Dalla "Cultural Defense" al "test culturale",* cit., p. 126.

[825] RUGGIU I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, cit., paragrafo 5.

[826] *Ibidem*.

[827] Critico sul punto PARISI F., *Società multiculturali e diritto penale. I reati culturalmente orientati*, in *Il Foro italiano*, 2021, pp. 349-368, p. 361. L'autore evidenzia come, seppur questa sentenza abbia il merito di aver verificato la sussistenza di un reato culturalmente orientato tramite l'applicazione del *test* culturale, l'accertamento operato sia stato minimale e semplificato.

Ciò che emerge è che i giudici, dopo aver verificato l'incompatibilità della tradizione culturale con la tutela dei diritti fondamentali, ritengono non necessario procedere al vaglio delle altre due componenti del test.

L'approccio alla questione culturale risulta così «simbolico e semplificante»[828]: nonostante chi scrive concordi con l'impostazione che individua nei diritti umani fondamentali il limite del riconoscimento del fattore culturale[829], lo sbarramento invalicabile non può arrestare la discussione[830].

In tal senso, pienamente condivisibile è la critica avanzata da Pannia: l'argomento della contrarietà ai diritti fondamentali parrebbe essere utilizzato quale «scorciatoia argomentativa»[831] da parte dei giudici. Il conflitto culturale non viene adeguatamente indagato e viene risolto esclusivamente sulla base della contrarietà ai diritti fondamentali, senza verificare se effettivamente la pratica in questione possa essere qualificata come culturale[832].

Se la premessa è che il *test* culturale è stato concepito quale strumento utile per scomporre ed analizzare la questione culturale in sede giuridica, l'utilizzo che ne fa la Corte sembrerebbe inadeguato: l'elemento culturale viene dato per scontato e quello che poteva essere un promettente e innovativo strumento giuridico di *cultural expertise* viene ridotto a una sola domanda tendenzialmente avulsa dalla dimensione culturale e antropologica che si desiderava indagare.

---

828 PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 225.

829 In tal senso anche PASTORE B., *Multiculturalismo e processo penale*, in *Cassazione penale*, 2006, pp. 3030-3046, p. 3032 afferma come il «danno [sia] limite invalicabile alla tolleranza».

830 ZANUSO F., *Incontrare l'altro nel dialogo, oltre la tolleranza: infibulazione rituale e tutela dei diritti umani*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il filo delle parche*, FrancoAngeli, Milano, 2009, pp. 193-212, p. 199: «(...) appellarsi al doveroso rispetto dei diritti umani in ogni esperienza di incontro-scontro fra culture è irrinunciabile quanto insufficiente».

831 PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 229: «il riconoscimento culturale di una determinata condotta potrebbe essere facilmente escluso già sulla base di elementi altri, come, in particolare, un'indagine attenta circa la natura "autenticamente" culturale invocata a difesa di un dato comportamento».

832 PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 231: «(...) la Cassazione non si preoccupa di verificare se l'assunto difensivo goda effettivamente del conforto che dichiara di vantare nella realtà religiosa(...)».

Alla luce di queste considerazioni è forse auspicabile un'inversione dei passaggi logici del test giurisprudenziale: se la questione principale è comprendere se la condotta possa essere qualificata come culturalmente orientata, la natura della tradizione culturale invocata e il grado di adesione del singolo alla stessa dovrebbero essere i primi due elementi da indagare e, solo successivamente, andrebbe preso in considerazione il grado di offensività della condotta. In questo modo si riuscirebbe anche a evitare una eccessiva dilatazione del concetto di reato culturalmente orientato riportando, quindi, la discussione solo su ciò che effettivamente può essere qualificato come "cultura". Se, infatti, questi primi due passaggi non dovessero essere soddisfatti non si tratterebbe nemmeno di un reato culturalmente orientato e, pertanto, la motivazione culturale sarebbe inesistente.

Ovviamente, la piena tutela delle istanze culturali del soggetto agente potrà essere garantita solo se la condotta superi positivamente tutti e tre i livelli di accertamento. Particolarmente problematico è il caso in cui l'agire del soggetto possa effettivamente definirsi culturalmente orientato, ma non soddisfi il requisito dell'offensività. Come si è analizzato, la lesività della condotta rappresenta il criterio che funge da limite di ogni riflessione in tema: la motivazione culturale non può essere ritenuta sufficiente per legittimare, all'interno di ordinamenti democratici, condotte profondamente contrarie al nucleo fondamentale, essenziale e inviolabile dei diritti umani.

Questo angolo visuale permette di arginare alcune critiche.

In primis, quelle provenienti dalla dottrina femminista che concepisce il multiculturalismo e il riconoscimento di determinate istanze culturali in sede giuridica quale mezzo per perpetrare discriminazioni di genere e tradizioni patriarcali[833]. Non sarebbe necessario introdurre una apposita domanda del *test* volta ad accertare l'argomento di genere: condotte lesive dei diritti delle donne non riuscirebbero, infatti, a superare positivamente i tre gradi di accertamento «non già per un "criterio di genere", bensì per via del criterio generale dell'*irreparable harm* "costituzionale", e dunque non per incompatibilità con il principio di eguaglianza di genere, bensì per incompatibilità con il principio di eguaglianza *tout court*»[834].

[833] Si veda sul punto l'approfondimento contenuto nel primo capitolo della presente tesi.

[834] CAVAGGION G., *Diritti culturali e modello costituzionale,* cit., p. 409.

Inoltre, anche il pericolo del cd. «paradosso della vulnerabilità multiculturale» verrebbe evitato. Con questa espressione ci si riferisce, in dottrina[835], al rischio che i soggetti particolarmente vulnerabili del gruppo minoritario correrebbero se determinate istanze culturali fossero riconosciute come legittime: verrebbero, sostanzialmente, autorizzate delle forme di aggressione ai membri più deboli della comunità in nome della diversità culturale. Si ribadisce, tuttavia, come il limite poc'anzi individuato alla tolleranza interculturale funga, anche in questo caso, da argine.

Tuttavia, pur condannando fermamente ogni pratica lesiva dei diritti fondamentali dell'uomo e della donna, opinione di chi scrive è che deve essere costantemente coltivata la tensione alla ricerca di soluzioni che meglio rispondano alla complessità dell'esperienza umana che è sullo sfondo dei reati culturalmente motivati: «(...) l'ordinamento ha il dovere di attuare una difesa intransigente dei *diritti fondamentali* delle *vittime vulnerabili* (...). La violenza e la sopraffazione non possono essere tollerate in nome del malinteso rispetto di alcuna diversità culturale, dal momento che i diritti fondamentali hanno una irrinunciabile vocazione *universale*, che non dipende dal loro riconoscimento da parte di questa o quella comunità. Tuttavia, occorre che tutti gli attori del diritto penale (...) abbiano sempre l'acuta consapevolezza del carattere *lacerante* dell'intervento del diritto penale stesso, e del *danno* che esso può provocare (...)»[836].

[835] In particolare, cfr. SHACHAR A., *Multicultural Jurisdiction*, cit., p. 3 e ss. Per la rilevanza delle riflessioni che verranno proposte nel prossimo capitolo, cfr. anche PARISI F., *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 novembre 2012, reperibile al link https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1353059000PARISI%202012a.pdf.

[836] VIGANÒ F., *La giurisprudenza sui reati commessi da Rom*, cit., p. 1126.

PARTE IV
CONCLUSIONI

CAPITOLO VIII
Orizzonti di sintesi e future prospettive applicative. La giustizia riparativa

«Ultimately we are all members of the human community»
PAUL MCCOLD
Restorative Justice: The Role of the Community

SOMMARIO: 1. La *ratio* alla base del riconoscimento del fattore culturale in sede giuridica, - 2. Una proposta operativa per la gestione dei conflitti culturali in sede penale, - 2.1. Una possibile rivisitazione del *test* culturale, - 2.1.1. I quesiti del *test* culturale rivisitato, - 2.2. La funzione della pena nei reati culturalmente orientati, - 2.3. I reati culturalmente orientati e la giustizia riparativa, - 2.3.1. Possibili pratiche riparative applicabili ai reati culturalmente orientati, - 2.4. Orizzonti di complementarietà tra la giustizia riparativa e quella tradizionale alla luce della cd. riforma Cartabia, - 2.5. La proposta di un percorso riparativo culturalmente orientato.

1. La *ratio* alla base del riconoscimento del fattore culturale in sede giuridica

Prima di approfondire, alla luce dell'analisi e delle considerazioni contenute nei precedenti capitoli, quale possibile spazio residui per la rilevanza del fattore culturale in sede giuridica, è opportuno soffermarsi su una questione centrale nell'economia della presente ricerca: perché il diritto penale dovrebbe essere sensibile alle istanze culturali quando sussiste una discrasia tra il sistema di valori incarnato dalla legge e quello della minoranza cui appartiene l'imputato? Qual è il fondamento giustificativo di tale possibile riconoscimento?

La risposta a questo quesito, infatti, permetterà di sviluppare alcune riflessioni basate proprio sulla *ratio* di un tale riconoscimento[837].

Ripercorrendo alcuni dei concetti chiave precedentemente analizzati, si è osservato come vi sia un rapporto di complementarietà tra identità e cultura: quest'ultima è una componente fondamentale dell'identità dell'uomo in grado di evolversi proprio grazie alla razionale capacità di scelta del soggetto.

Come ben sintetizzato da Provera, è interessante analizzare come: «la cultura forma progressivamente l'identità, (...) l'identità modifichi[a] la cultura»[838].

Quest'ultima, infatti, è una componente dell'identità del singolo e orienta l'agire del soggetto[839]; l'identità, a sua volta, favorisce l'evoluzione degli schemi culturali per il tramite del cd. «*biological make-up*»[840], ossia quella componente identitaria non influenzata dalla cultura che garantisce la facoltà di scelta per il tramite di un confronto dialettico con l'altro da sé[841]. Il *biological make-up* garantisce la razionalità nelle azioni e nel pensiero e impedisce che l'uomo si riduca «a essere il prodotto dell'appartenenza culturale»[842]. La conseguenza è che, per il tramite di questa facoltà di scelta connessa al *biological make-up,* la cultura non è

---

[837] È possibile, ovviamente, anche indagare le ragioni politico-criminali della mutevole rilevanza penale del fattore culturale. BERNARDI A., *L'ondivaga rilevanza penale*, cit., pp. 20 e ss. segnala come, in relazione alla funzione preventiva del diritto penale, attribuire rilevanza al fattore culturale potrebbe avere effetti negativi. Si andrebbe, infatti, a pregiudicare sia la funzione di prevenzione generale negativa, sia quella di prevenzione generale positiva. Il riconoscimento in questione andrebbe ad incidere anche sui principi di uguaglianza sostanziale e di tassatività. Dall'altro lato, tuttavia, la funzione preventiva del diritto penale non sarebbe pienamente garantita nemmeno da una politica assimilazionista, proprio per «l'intima adesione dell'autore a valori antagonisti a quelli tutelati dall'ordinamento». Similmente, anche la funzione rieducativo-risocializzativa della pena perderebbe di significato in un ordinamento assimilazionista. Secondo l'autore, una politica totalmente assimilazionista soddisferebbe solo la cd. funzione di prevenzione generale «integratrice» finalizzata al mantenimento dei valori sociali tradizionali.

[838] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 24.

[839] In tal senso anche PASTORE B., *Impegni ermeneutici,* cit., p. 49 evidenzia la forte componente antropologica e filosofica del concetto di cultura.

[840] SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, cit., p. 25.

[841] In tal senso, PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 25.

[842] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 26.

necessariamente un insieme statico, ma piuttosto è soggetto ad una continua evoluzione.

All'interno di quanto viene collocato convenzionalmente nel perimetro del concetto di cultura vi sono le cd. «norma di condotta»[843]che, come si è analizzato, esprimono l'approvazione o meno della comunità rispetto a determinate azioni umane e sono dotate di un potenziale di reazione, ossia di una determinata forza persuasiva sull'individuo. Queste norme, essendo parte della componente culturale, concorrono a formare e orientare l'identità del singolo che, si ribadisce, mantiene comunque una propria autonomia di giudizio per il tramite del *biological make-up*.

Partendo da queste premesse, è possibile affermare che ogni azione umana è culturalmente orientata[844], ma è filtrata da un giudizio razionale per il tramite dell'identità e del *biological make-up.*

Declinando queste costruzioni teoriche in una dimensione concreta, si può affermare che il soggetto appartenente alla cultura minoritaria vivrà un conflitto[845]

---

[843] SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, cit., p. 28 e p. 30. L'autore sottolinea come queste norme di condotta non sono necessariamente tradotte sul piano giuridico quali norme dell'ordinamento di riferimento.

Come riportato nell'intervista di LAUB J.H., *Interview with Thorsten Sellin*, in LAUB J.H. (ed.), *Criminology in the Making: An Oral History*, Northeastern University Press, Boston, 1983, pp. 166-181, p. 172: «*It was during a reading (…) that it suddenly dawned on me that the legal definition of crime was a very artificial definition of a behavioral symptom. Then came the question that if so, what had universality? That's how I came to the conduct norm idea, within which the legal definition fits perfectly as the norm of only one particular social group*».

[844] In tal senso anche DE FRANCESCO G., *Autonomia individuale, condizionamenti culturali*, cit., p. 393. Sul ruolo delle norme culturali quali fondamento del diritto penale, cfr. MAYER M.E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, Breslau, 1903 e, nella dottrina italiana, CADOPPI A., *Il ruolo delle Kulturnormen nella "opzione penale" con particolare riferimento agli illeciti economici*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1989, pp. 289-315 e CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Cedam, Padova, 1988.

[845] SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, cit., p. 61: «*the conflict of cultures is therefore the fundamental principle in the explanation of crime*».

La teoria di Sellin in merito al *culture conflict* è stata utilizzata anche per spiegare altri ambiti di criminalità: il riferimento è, ad esempio, al fenomeno della delinquenza giovanile, settore in cui lo scontro culturale avviene tra le norme del sistema penale espressione della cultura maggioritaria

tra il potenziale di reazione della norma culturale (cd. norma di condotta) e il potenziale di reazione della norma parte dell'ordinamento maggioritario. Egli opererà una scelta di prevalenza tramite la sua identità: ovviamente, più la norma di condotta rispecchia l'identità del singolo, più la stessa verrà interiorizzata[846]. Ciò che preme sottolineare è che l'orientamento culturale non è mai un condizionamento deterministico, ma rappresenta uno dei parametri che vengono valutati in questa operazione di scelta, di giudizio razionale del singolo dotato di una propria identità[847].

Ne deriva, quindi, che l'analisi non deve focalizzarsi esclusivamente sulla cultura del soggetto, ma deve tenere conto anche della valutazione che il singolo utilizza per giungere alla scelta da compiere[848].

---

degli adulti e le norme del sottogruppo culturale giovanile. Sul punto cfr. EINAT T., HERZOG S., *A New Perspective for Delinquency: Culture Conflict Measured by Seriousness Perceptions*, in *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2011, pp. 1072-1095.

In tema di conflitto definito quale «rapporto di tensione», cfr. DE FRANCESCO G., *Autonomia individuale, condizionamenti culturali,* cit., p. 393; TULLY J. *Reconciling Struggles over the Recognition of Minorities: Towards a Dialogical Approach*, in EISENBERG A. (ed.), *Diversity and Equality*, cit., pp. 15-33.

[846] Cfr. SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, in *American Journal of Sociology*, vol. 44, 1938, pp. 97-103, p. 98: «(...) *in the study of conduct it is necessary to think of culture conflict as a conflict of conduct norms, that such conflict maya rise as a result of a process of group differentiation within a cultural system or area, or as a result of contact between norms drawn from different cultural systems or areas*».

Sul punto è interessante anche la riflessione proposta da REGGIO F., La nave di Milinda, cit., p. 28. L'autore, richiamando le teorie e le riflessioni proposte dallo studioso Zehr H. nella notissima opera *Changing Lenses. A new Focus on Crime and Justice* del 1990, sottolinea come spesso la criminalità rappresenti un modo per affermare la propria identità a danno di un altro soggetto.

[847] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 32. Da questo concetto deriva la riflessione, analizzata nel capitolo primo della presente ricerca, in merito alla terminologia utilizzata dalla dottrina per descrivere i reati culturalmente orientati.

[848] *Ibidem*.

Anche DE FRANCESCO G., *Autonomia individuale, condizionamenti culturali*, cit., p. 398 richiama la necessità per il singolo di operare una scelta volta a «selezionare tra opposte motivazioni, (...) coltivare autonomamente dei programmi».

Inoltre, la cultura orienta anche il senso di giustizia[849] del singolo[850]: la costante evoluzione del concetto di cultura porta anche a una modificazione di ciò che il singolo ritiene giusto, sempre per il tramite del meccanismo connesso all'identità. Significativo è il riferimento all'insegnamento dei classici proposto da Provera[851]: tra comunità, legge e giustizia vi è una forte connessione; la legge risulta essere una convenzione tra i consociati, accordo raggiunto per il tramite della *filia,* ossia del concetto di armonia, amicizia e coesione tra i membri della comunità che permette di giungere non tanto a singole e specifiche soluzioni condivise, ma a una metodologia partecipata di risoluzione dei conflitti in seno alla comunità.

Questo ideale di *filia,* calato nelle odierne società, richiede il riconoscimento della diversità culturale: non al fine di una conservazione acritica delle differenze, ma allo scopo di permettere una partecipazione attiva di ogni soggetto al vivere comunitario[852].

Importante in tal senso è il processo di educazione alla cittadinanza[853], spesso non opportunamente valorizzato; è necessario individuare percorsi che permettano alle società multiculturali di raggiungere il riconoscimento di un nucleo di valori

---

[849] Cfr. PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., pp. 36-51 per un dettagliato approfondimento in merito ad alcune delle più rilevanti teorie della giustizia in chiave filosofica e giuridica con particolare riferimento alla visione utilitaristica dello Stato, alla teoria di John Rawls, al dibattito tra comunitarismo e liberalismo e, infine, al tentativo di sintesi compiuto da Will Kymlicka.

[850] Come ben ricordato da GOFF C., GEIS G., *Thorsten Sellin: Culture Conflict, Crime, and Beyond*, in CULLEN F.T., JONSON C.L., MYER A.J., ADLER F. (ed.), *The Origins of American Criminology*, Routledge, New York, 2011, pp. 161-174, p. 161 nella teoria di Sellin si afferma che diverse culture hanno diversi ideali di giustizia e coloro che studiano queste materie devono tenere presente questa variabile.

[851] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 56.

[852] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 57.

[853] *Ibidem*.

Nel mondo antico era la tragedia ad essere considerata come «via di educazione collettiva e di elevazione morale». Per approfondimenti cfr. CAVALLA F., *L'origine del diritto*, FrancoAngeli, Milano, 2017, pp. 181-216, p. 182.

condivisi, al fine che la comunità nel suo complesso comprenda la *ratio* delle scelte legislative[854].

Si avverte la necessità di individuare un orizzonte concettuale che sia in grado di «gestire e incanalare una (...) dialettica degli opposti (...) verso la ricerca di un punto di equilibrio atto a preservare la convivenza sociale»[855]. Il diritto penale inteso in senso classico e tradizionale sembrerebbe non essere in grado di favorire la «stabilizzazione e composizione dei conflitti»[856]: «la pena, come sofferenza minacciata e subita in conseguenza all'illecito (...) otterrà il solo effetto di aggravare quella condizione di disorientamento e di difficoltà nel conferire un senso alle proprie scelte di vita»[857].

In sintesi, la dimensione culturale ha un ruolo di centralità rispetto all'individuo e alla sua identità: il fondamento giustificativo del riconoscimento del fattore culturale risiede nella stretta connessione tra cultura e identità. Ecco, pertanto, che si può giungere a una parziale conclusione al fine di orientare le successive considerazioni in tema di gestione della diversità culturale in sede penale: «non tutte le manifestazioni umane possono accedere alla qualifica di "culturale" e così, ambire a rappresentare la base per un trattamento differenziato, ma solo quelle che sottendono alla tutela e al godimento del bene giuridico dell'identità»[858].

Alla luce di queste premesse, possono essere avanzate due considerazioni: innanzitutto, è evidente come la dimensione culturale alla base dei comportamenti illeciti culturalmente orientati non possa essere totalmente ignorata, considerata l'importanza che la stessa riveste nella dimensione identitaria del singolo; al contempo, però, il diritto penale non può abdicare alla sua funzione di garanzia e di

---

[854] CURI U., *I paradossi della pena*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, pp. 1073-1086, p. 1086 afferma come il diritto abbia un ruolo fondamentale e insostituibile per la convivenza civile; per l'autore questa sarebbe «l'irrinunciabile funzione positiva» che si deve esigere dal diritto e non, invece, l'illusoria funzione di "fare giustizia" perché il diritto «non può pretendere di esibire alcuna verità (...) non ha alla sua base alcuna verità compiuta». Ancora, «esso può far apparire come giusta anche la cosa più violenta».

[855] DE FRANCESCO G., *Autonomia individuale, condizionamenti culturali*, cit., p. 394.

[856] DE FRANCESCO G., *Autonomia individuale, condizionamenti culturali*, cit., p. 400.

[857] DE FRANCESCO G., *Autonomia individuale, condizionamenti culturali*, cit., p. 401.

[858] PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 334.

tutela dei diritti umani fondamentali, capisaldi dei valori costituzionali e democratici[859]. La tutela dei diritti fondamentali rappresenta, infatti, una «eredità del passato (illuminista) (...) colonna portante»[860] del diritto penale moderno: questi diritti inviolabili costituiscono la «base di ogni legislazione penale progredita»[861].

La questione culturale pone una sfida al diritto: quest'ultimo, evitando di esasperare la dimensione del conflitto, deve essere in grado di recuperare la sua natura dialogica «per ottenere una soluzione equilibrata nell'adattamento al molteplice e storicamente determinato comporsi dei valori presenti in quel popolo nel cui nome la giustizia è amministrata»[862].

L'obiettivo del diritto penale contemporaneo è quello di «riuscire a trovare soluzioni ragionate, fondate su principi partecipati, sfuggendo alla tentazione di improntare le scelte più sull'autore che sul fatto (...)»[863].

Come ricorda Zanuso, bisogna individuare un «"innegabile relativo", un punto di mediazione fra le tesi che si oppongono non più per contraddittorietà (...) ma per contrarietà» al fine di «ravvisare una via grazie alla quale la dignità personale trovi autentica e riconosciuta tutela»[864].

È necessario e imprescindibile favorire, anche per il tramite dello strumento giuridico, il confronto, la comunicazione e il dialogo tra istanze e interessi contrapposti. Fondamentale in tal senso è l'ermeneutica giuridica, come magistralmente affermato da Pastore: «al diritto si chiede di assicurare l'equilibrio, che trova realizzazione nella pratica interpretativo-applicativa. La ricerca

---

[859] Il diritto avrebbe, infatti, «la funzione di organizzare la coesistenza tra persone diverse in una società, di indicare obiettivi comuni e di puntare all'osservanza delle norme a tal fine prodotte. (...) In quanto tale il diritto fornisce anche strumenti utili a prevenire e regolare eventuali conflitti, inclusi quelli tra persone avanti idee e culture diverse». Cfr. BONETTI P., *I nodi giuridici della condizione di Rom*, cit., p. 20.

[860] ROXIN C., *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, pp. 3-16, p. 9.

[861] *Ibidem*. L'autore ribadisce che, nonostante il contenuto dei diritti fondamentali sia talvolta controverso, essi rappresentano irrinunciabili principi, capisaldi del diritto penale.

[862] UBERTIS G., *Multiculturalismo e processo penale,* cit., p. 1135.

[863] LONGOBARDO C., *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 120.

[864] ZANUSO F., *Incontrare l'altro nel dialogo,* cit., p. 207.

dell'equilibrio, in ambito pratico, presuppone un'attività intermediatrice. L'interpretazione giudiziaria si configura proprio come mediazione (...) Tramite l'attività interpretativa prende forma la normatività propria di un sistema giuridico, finalizzata ad affrontare e risolvere problemi di coordinazione, consentendo l'interazione tra estranei»[865].

Infatti, come si è analizzato nel corso della presente ricerca, nei conflitti culturali assume una valenza fondamentale la dimensione interpretativa; quest'ultima è il principale oggetto di studio dell'ermeneutica giuridica, disciplina volta a favorire «l'interpretazione comunicativa, la mediazione, l'avvicinamento tra orizzonti non comunicanti»[866].

In quest'ottica è la giurisdizione che assume un ruolo centrale nella composizione dei conflitti culturali: «l'opzione giudiziaria ha il pregio dell'elasticità. Inoltre, nella sua attività di tipo *prudenziale* ed *equitativo* (...), il giudice può realizzare quel riconoscimento pubblico connesso al compito istituzionale di controllare che non prevalgano forme di *intolleranza* (...) svolgendo al contempo il ruolo di mediatore imparziale»[867].

L'obiettivo ultimo, cui il diritto dovrebbe mirare, è quello di favorire un dialogo costruttivo tra le parti, per il tramite del confronto e della comprensione reciproca. «L'altro si incontra solo nel dialogo e il dialogo è possibile solo con l'altro»[868]: questa affermazione ben riassume la sfida che il multiculturalismo pone alle odierne società e ai relativi sistemi giuridici. Alla luce dell'accezione del termine dialogo nel suo contenuto semantico più intimo, ossia tenere insieme attraverso le differenze, l'incontro con l'altro implica la ricerca di elementi comuni tra le parti in un'ottica di partecipazione e ascolto[869]. Questo incontro si verifica in presenza di tre elementi essenziali: una soggettività, un'altra contrapposta soggettività e un

---

[865] PASTORE B., *Impegni ermeneutici,* cit., p. 43.

[866] PASTORE B., *Impegni ermeneutici,* cit., p. 44.

[867] PASTORE B., *Impegni ermeneutici,* cit., p. 46. L'autore ribadisce, altresì, come il momento giurisdizionale sia essenziale per la gestione dei conflitti culturali in piena coerenza e adesione ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico.

[868] ZANUSO F., *Incontrare l'altro nel dialogo*, cit., p. 194.

[869] *Ibidem*.

terreno comune. Ora, calando questa riflessione nel contesto di una società plurale, i diritti fondamentali[870] possono costituire sia un aspetto di peculiarità della singola soggettività, ma anche una base valoriale condivisa «che consenta di comprenderci nel rispetto delle differenze»[871].

Queste interessanti e stimolanti riflessioni necessitano ora di essere declinate all'interno del sistema penale, in particolare del processo penale che, come si è analizzato, può divenire la sede per la composizione dei conflitti culturali.

---

[870] ZANUSO F., *Incontrare l'altro nel dialogo*, cit., p. 198 sottolinea come la tutela della persona umana rappresenti il limite, «il punto di non ritorno», della tollerabilità culturale.

Interessante anche la riflessione di VIOLA F., *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in BERNARDI A. (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena* (Atti del Convegno in occasione del conferimento della laurea h.c. a Mireille Delmas-Marty, Ferrara 5-6 novembre 2004), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 37-56, pp. 42-43: «(…) interculturalismo aperto, in cui i diritti fondamentali svolgono il ruolo di principi di dialogo interculturale. (…) il modello-guida (…) dovrebbe essere questo: alla base vi sono diritti umani flessibili, vaghi nella formulazione e sotto determinati (…); sulla base di essi le culture presenti in un dato ambito politico a geometria variabile dialogano nella logica della democrazia deliberativa; il risultato di questo dialogo pubblico sempre aperto conduce alla definizione dei diritti fondamentali, frutto di codeterminazione, che però, provvidenzialmente, non è in grado di eliminare mai del tutto la sotto determinazione normativa. L'importante è che i diritti fondamentali siano il frutto del dialogo interculturale e non già il suo presupposto. Il presupposto sono i diritti umani in generale come etica giuridico-politica, il risultato i diritti fondamentali».

[871] ZANUSO F., *Incontrare l'altro nel dialogo*, cit., p. 194.

In tal senso anche PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 286. L'autore afferma come comprendere le ragioni dell'altro non implichi necessariamente una condivisione delle stesse. VIOLA F., *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, cit., pp. 55-56 sottolinea come sia fondamentale che l'identità culturale del soggetto immigrato venga conosciuta del gruppo maggioritario al fine di progredire nella «ricerca comune del bene fondamentale della dignità umana».

È importante riconoscere che l'altro è portatore di ragioni, che vi sono delle motivazioni alla base del suo agire, e sta alla capacità di giudizio del singolo (*biological make-up*) riflettere su tali ragioni ed eventualmente mutarle. Cfr. anche BELVISI F., *Società multiculturale,* cit., p. 516 : «In tutti i modi, non solo se intendiamo prendere sul serio *cultura* e *pluralismo culturale*, ma soprattutto se desideriamo che vengano effettivamente abbandonate determinate pratiche culturali che risultano incomprensibili o inaccettabili alla nostra coscienza plasmata dal rispetto della dignità e dei diritti della persona, dobbiamo tener presente che lo strumento più efficace allo scopo è il concreto sostegno alle forze del mutamento interno ad una cultura».

Tuttavia, prima di procedere con l'esposizione di quella che potrebbe essere definita una prospettiva operativa che individui come punire il reo culturalmente orientato, è fondamentale rammentare la funzione di *extrema ratio* del diritto penale che assume rilevanza sotto due aspetti principali.

Innanzitutto, sarebbe da favorire un «uso parsimonioso dello strumento penale»[872], sanzionando solo condotte per le quali non siano individuabili misure diverse: «l'esigenza di tutela della libertà e della dignità dell'individuo (...) esige una criminalizzazione solo di quei comportamenti realmente intollerabili»[873]. Dall'altro lato, il diritto penale dovrebbe essere lo strumento residuale nella gestione dei conflitti culturali: è, soprattutto, in ottica preventiva che dovrebbe essere favorito un dialogo costruttivo con le minoranze attraverso strumenti pre- ed extra- penali[874]

---

[872] MOCCIA S., *Riflessioni sulle implicazioni penalistiche della devianza giovanile*, in CILARDO A. (a cura di), *La tutela penalistica dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea: aspetti sociali, giuridici e medici*, ESI, Napoli, 2011, pp. 89-98, pp. 90-91.

[873] *Ibidem*.

La sanzione penale che, per sua natura, impone sempre dei limiti alla libertà personale deve essere applicata alla luce e nel rispetto di quanto disposto dall'art. 13, comma 1 della Costituzione. Tale articolo, che sancisce il principio di inviolabilità della libertà personale, impone una applicazione solo residuale della sanzione penale, ovvero della pena. Il principio di sussidiarietà della norma penale, che individua la pena come ultima *ratio*, trova copertura costituzionale proprio nell'art. 13, comma 1 della Costituzione. Cfr. DOLCINI E., *Pena e Costituzione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2019, pp. 3-33, p. 9.

In tal senso anche un risalente, ma sempre attuale scritto di MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, pp. 463-498, p. 487: «In primo luogo, poi ché l'intervento penalistico resterà, per molto tempo ancora, un intervento sulla *libertà personale,* garantita dalla Costituzione come di ritto inviolabile e bene primordiale di ogni uomo, ne segue che il diritto penale potrà rappresentare solo e sempre l'*extrema ratio* degli interventi coercitivi dello Stato».

Cfr. anche BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It*., XIX, Torino, 1973 e BRICOLA F., *Tecniche di tutela e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS M., PALOMBARINI G. (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela* (Atti del Convegno, Abano Terme, 10-12 dicembre 1982), CEDAM, Padova, 1984, pp. 101-135.

[874] Cfr. in tal senso, in particolare, PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., pp. 294-301 e MUZZICA R., LONGOBARDO C., *I reati culturalmente orientati,* cit., p. 56.

che non solo rispettino l'interculturalità, ma permettano anche di comprendere il «disvalore "sostanziale"»[875] di una fattispecie. Il diritto penale, dunque, dovrebbe essere utilizzato solo «a seguito dell'infruttuosa sperimentazione degli altri rimedi a disposizione dell'ordinamento»[876].

2. Una proposta operativa per la gestione dei conflitti culturali in sede penale

L'analisi della *ratio* giustificativa del riconoscimento del fattore culturale e la comprensione dell'importanza della dimensione dialogica del diritto permettono ora di avanzare una proposta operativa che delinei una adeguata metodologia giuridica per la gestione dei conflitti culturali in sede penale, sulla base anche dell'esperienza comparata analizzata nei precedenti capitoli.

Il modello che si suggerisce si ispira, infatti, ai risultati delle ricerche svolte in Canada e Sudafrica; le soluzioni adottate in questi paesi, ovviamente con gli opportuni adattamenti, possono costituire un interessante paradigma anche per l'ordinamento italiano.

Come si è già affermato in apertura del presente capitolo, la sede privilegiata per comporre i conflitti di matrice culturale è quella giudiziaria: è, infatti, nel processo

---

Provera propone l'introduzione di percorsi volontari e gratuiti all'interno delle scuole, ad esempio, con il coinvolgimento di esperti nel settore del dialogo interculturale oppure anche tramite la partecipazione della comunità ai percorsi di giustizia riparativa.

Sul punto cfr. anche MUZZICA R., TAMBORRA T.L., AMARELLI G., *Emerging Cultural Conflicts in Italy: A Challenge for Criminal Law*, in *International Journal for Criminology and Sociology*, 2015, pp. 141-153.

[875] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 297.

Interessante la riflessione di MAZZUCATO C., *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in FORTI G., BERTOLINO M., EUSEBI L. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 407-434. L'autrice afferma che è necessario incontrare il precetto penale al fine di una migliore comprensione da parte di tutti i consociati. Esso dovrebbe essere oggetto di una riflessione volta alla condivisione della norma e a una consapevole condivisione dei valori sottesi alla stessa.

[876] VITARELLI T., *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, in *Sistema penale*, 2020, pp. 1-32, p. 23, reperibile al link https://www.sistemapenale.it/it/articolo/vitarelli-violenza-contro-donne-bulimia-repressiva.

penale che si realizza una «comprensione equitativa del caso e [una] individualizzazione della risposta sanzionatoria»[877]. E sono, infatti, i giudici i principali destinatari del modello che verrà di seguito tratteggiato.

La prospettiva metodologico-applicativa che la scrivente propone ha l'ambizione di fornire una visione di sistema sul complesso tema dei reati culturalmente motivati: il processo di accertamento della sussistenza di un reato culturalmente orientato permetterà anche di indagare le possibili modalità tramite le quali dare rilevanza al fattore culturale.

Una precisazione metodologica si rende necessaria: la categoria dei reati culturalmente orientati raggruppa fattispecie molto diverse tra loro e con pochi elementi in comune. Il *fil rouge* è certamente costituito dalla condizione di conflitto tra le norme dell'ordinamento e quelle valoriali di matrice culturale. Nonostante l'eterogeneità della categoria in esame, l'obiettivo della presente ricerca è quello di individuare una soluzione quanto più generale possibile. Non si vuole, infatti, alla luce della sistematica del reato - come più e più volte già proposto in dottrina - cercare di individuare caso per caso una possibile soluzione in punto di diritto. Il modello che si propone mira a tratteggiare una proposta unitaria per la gestione dei conflitti culturali.

2.1. Una possibile rivisitazione del *test* culturale

Il presupposto logico di ogni considerazione in tema di conflitti normo-culturali è quello di verificare nel concreto l'esistenza di un reato culturalmente orientato. La sussistenza di siffatta fattispecie è, infatti, condizione necessaria e imprescindibile per proseguire nell'analisi oggetto della presente ricerca.

Le modalità tramite cui giungere a tale accertamento, come si è visto, hanno interessato il dibattito dottrinale e alcune possibili soluzioni tratteggiate dagli studiosi sono anche state oggetto di episodiche applicazioni giurisprudenziali in Italia.

Il riferimento è, innanzitutto, al *test* culturale, ma non solo.

---

[877] PASTORE B., *Multiculturalismo*, cit., p. 3030.

Cfr. in tal senso anche BELVISI F., *Società multiculturale,* cit., p. 514.

Il *test* culturale è definibile come una *cultural expertise* standardizzata in quanto, tramite una serie di domande più o meno ricorrenti e costanti, apporta nel processo quelle conoscenze necessarie per poter valutare se il soggetto abbia agito alla luce di un particolare *background* culturale.

Il *test* potrebbe, tuttavia, non essere sufficiente a provare la connessione tra il reato commesso e la dimensione culturale del soggetto. Chi scrive ritiene che sia opportuno e preferibile un «approccio all'acquisizione di conoscenza antropologica (...) plurale»[878]. Quando il giudice lo ritenesse necessario, al *test* potrebbero essere facilmente accostati altri strumenti utili a comprendere le ragioni culturali dell'agire del soggetto.

Si è, infatti, analizzato come anche la perizia antropologica potrebbe costituire un valido aiuto per il giudice chiamato a pronunciarsi su tematiche non prettamente giuridiche.

Nonostante l'ausilio di un esperto antropologo sia certamente auspicabile per la corretta comprensione della dimensione culturale che è sullo sfondo dei reati culturalmente orientati, potrebbero esservi dei casi in cui il giudice, seguendo i passaggi logici del *test* culturale, riesca ad addivenire a una decisione in modo autonomo: la letteratura scientifica potrebbe aver già diffusamente analizzato una determinata pratica culturale e il giudice potrebbe farvi riferimento[879]. A margine di queste considerazioni, il concetto di formazione interdisciplinare del giurista riveste un ruolo fondamentale per una corretta gestione della questione culturale[880].

---

[878] RUGGIU I., *Reati culturalmente motivati in Brasile*, cit., p. 74.

[879] Similmente a quanto avviene in altri ordinamenti, come ad esempio in Canada, potrebbero essere anche redatti dei cd. *cultural handbooks o reports* per le pratiche culturali più frequentemente oggetto di indagine in sede processuale.

Un esempio in tal senso è ricavabile dalla pronuncia della Cassazione civile, sez. I, n. 1843 del 2015 in materia di *kafalah*, istituto di diritto islamico elaborato in alternativa all'adozione, ma che se ne differenzia in quando non fa sorgere un vincolo parentale tra affidatario e minore affidato. Cfr. SAMPERI R., *La tutela dei minori di cultura islamica nell'Unione Europea: l'istituto della Kafalah in una prospettiva comparata*, in *Cammino Diritto*, 2019, pp. 2-28.

[880] Interessanti, in tal senso, i corsi di formazione organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura nel marzo 2018 e nel marzo 2019 proprio sul tema diritto penale e multiculturalismo.

L'analisi svolta ha evidenziato come spesso gli operatori del diritto, tra cui i giudici, non siano preparati ad affrontare le complesse tematiche connesse al multiculturalismo. L'assenza di un bagaglio di conoscenze antropologiche determina una «modalità di gestione del dato culturale (...) in cui la cultura dell'altro viene spesso trattata in modo approssimativo, semplificato»[881].

La prassi giuridica ha evidenziato come spesso questi conflitti vengano risolti affidandosi al senso comune; la mancanza di formazione antropologica rende difficile il riconoscimento e la comprensione del dato culturale e delle sue molteplici implicazioni. Come ben evidenziato[882], spesso la corte non avverte «neppure (...) il bisogno, l'esigenza di un sapere tecnico».

Questa condizione è determinata anche dal fatto che il giudice è culturalmente condizionato e «tende a comprendere ciò che già conosce, o meglio (...) tende a comprendere attraverso ciò che già (...) conosce, attraverso ciò che rientra (...) nelle proprie categorie concettuali e culturali»[883].

Il dibattito sul *test* culturale a livello dottrinale e la successiva applicazione di questo strumento da parte della giurisprudenza italiana attestano come questa *cultural expertise* possa essere effettivamente considerata, ad oggi, quale principale strumento di gestione dei conflitti culturali. Tuttavia, come già accennato, la più recente giurisprudenza interna sembra essere caduta in errore logico: il grado di offensività della condotta (la prima domanda del *test*) non può e non deve essere l'unico elemento in concreto valutato, essendo -oltretutto- una cifra non necessariamente significativa e caratterizzante il concetto di reato culturalmente orientato.

Inoltre, chi scrive ritiene che, anche nel caso di condotte culturalmente orientate lesive di beni fondamentali, il fattore culturale dovrebbe comunque essere tenuto in considerazione: ovviamente non per escludere o attenuare la responsabilità penale, ma in un'ottica di complessivo ripensamento del sistema allo scopo di «[…] evitare la trappola cognitiva di assumere in partenza la *pena* come principale e ineluttabile "dimensione di senso" cui orientare la nostra attività di riflessione e ricerca […] in

[881] PANNIA P., *Quando la cultura entra nell'aula giudiziaria,* cit., p. 156.

[882] PANNIA P., *Quando la cultura entra nell'aula giudiziaria,* cit., p. 157.

[883] PANNIA P., *Quando la cultura entra nell'aula giudiziaria,* cit., p. 156.

modo da sottrarci al rischio di ritenere che l'istituzione-pena mantenga in ogni caso la sua utilità e la sua legittimazione […]. È soltanto grazie a questo spirito critico che potremmo oggi essere meglio in grado – tra l'altro – di esplorare e comparare più in profondità i rispettivi paradigmi della giustizia punitiva e della giustizia riparativa»[884].

Ed ecco allora che, in quest'ottica, si propone una parziale rivisitazione del *test* culturale con l'inserimento, anche, di una ulteriore domanda che costituisce il collegamento con la seconda fase della metodologia proposta.

2.1.1. I quesiti del *test* culturale rivisitato

Il primo quesito del *test*, proprio perché lo stesso è volto ad accertare la sussistenza di un reato culturalmente orientato, dovrà indagare l'utilizzabilità della categoria "cultura". Il giudice dovrà individuare il gruppo culturale di riferimento cui il soggetto agente appartiene, verificare la natura della tradizione o della norma invocata e la relativa vincolatività.

Una volta accertata la natura "culturale" della pratica, l'attenzione del giudice si sposterà sul soggetto agente. Sarà necessario un duplice accertamento: *in primis*, si dovrà verificare se, in concreto, il soggetto abbia con la sua condotta voluto aderire ai valori culturali del gruppo; sarà, poi, necessario appurare se gli altri componenti del gruppo, a parità di condizioni, avrebbero tenuto il medesimo comportamento. Tale duplice accertamento avrebbe il pregio di impedire che scelte di vita individuali del singolo o pratiche sviluppatesi in contesti di povertà e di deprivazione possano essere ricondotte al concetto di cultura.

Se l'accertamento culturale sia in chiave oggettiva che in chiave soggettiva viene superato positivamente, allora sarà essenziale indagare il grado di offensività della condotta: questo ulteriore passaggio del *test* rappresenta il possibile limite al riconoscimento della pratica culturale.

Questa domanda del *test* riveste una importanza fondamentale in quanto consente di modulare il riconoscimento del fattore culturale in sede penale. In altri termini, il quesito in esame permette al giudice di spostarsi dal piano antropologico a quello

[884] FIANDACA G., *Epilogo. Tra presente e futuro*, in *Diritto penale e uomo*, 13 novembre 2019, pp. 1-7, p. 6.

giuridico: una volta accertato che il reato in esame sia qualificabile come culturalmente orientato secondo paradigmi socio-antropologici, il giudice dovrà ricondurre la sua analisi al campo giuridico per stabilire se e come punire il *cultural offender*.

È bene precisare che il grado di offensività della condotta rappresenta il limite al pieno riconoscimento del fattore culturale, ma non il limite assoluto alla considerazione dello stesso in sede penale.

Se la condotta culturalmente orientata non comporta una lesione di beni giuridici inviolabili[885], ipotesi limitate e residuali rispetto alla categoria dei reati in esame, il bilanciamento e il contemperamento di interessi dovrebbero propendere a favore del riconoscimento del fattore culturale. Il riferimento è a quella tecnica giuridica nota come accomodamento ragionevole che, come emerso dall'anali dell'esperienza canadese, permette di giungere a una esenzione di tipo giudiziale per il tramite di una ragionevole ponderazione degli interessi in gioco.

---

[885] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 227 e ss. sottolinea come una ipotesi particolare attiene alle condotte culturalmente orientate per le quali potrebbe ritenersi esclusa la stessa tipicità del fatto. Il riferimento è al porto del *kirpan* da parte degli appartenenti alla comunità *sikh*. Come evidenziato anche da BASILE F., GIANNOCCOLI M.R., *Il coltello "kirpan",* cit., p. 5, in queste vicende, il bene giuridico non è offeso, ma meramente posto in pericolo - solamente astratto - ed è un bene collettivo e spersonalizzato (la sicurezza pubblica) che finisce per limitare e pregiudicare un diritto fondamentale della persona «in una sorta di ribaltamento della logica dello "sbarramento invalicabile"». In tal senso anche CAVAGGION G., *Diritto alla libertà religiosa,* cit., p. 21 sottolinea come, nonostante il mantenimento della sicurezza pubblica rappresenti certamente un interesse fondamentale in una società democratica, è difficile ritenere che tale interesse venga leso da un pericolo meramente astratto legato all'esercizio della libertà religiosa.

RIGONI C., *"Western Values and Cultural Archipelagos",* cit., pp. 242 e ss. afferma che ritenere integrato il reato di porto abusivo di arma impropria con riferimento al *kirpan* violerebbe il principio di offensività in concreto.

In ottica comparata, si segnala che, generalmente, la condotta in esame è ritenuta penalmente irrilevante. Oltre a richiamare l'esperienza canadese, altri esempi in tal senso sono rappresentati dagli ordinamenti inglese, belga, olandese, statunitense e australiano.

Per ulteriori approfondimenti si rimanda alla parte comparata dedicata all'ordinamento canadese in cui è stata analizzata la giurisprudenza in materia di porto del *kirpan* anche con riferimento all'ordinamento italiano.

Sarebbe, certamente, auspicabile anche un intervento politico-legislativo[886] in chiave di accomodamento ragionevole[887]: individuate queste limitate ipotesi, alla luce della ragionevolezza della tutela della diversità culturale, la legge dovrebbe mostrarsi elastica, flessibile e tollerante disciplinando *ab origine* il bilanciamento in questione. Un esempio in tal senso è costituito dalla legge 2 agosto 1978, n. 439 in tema di macellazione rituale: alla luce della sua valenza simbolica e culturale, essa è esplicitamente ritenuta lecita e non configurante il reato di maltrattamento di animali[888].

Tuttavia, la casistica dei reati culturalmente motivati evidenzia come, nella quasi totalità, sussista una offesa a diritti inviolabili e fondamentali degli uomini e delle donne. In queste ipotesi, nonostante non possa ricevere un pieno riconoscimento, il fattore culturale alla base della condotta non può comunque essere ignorato.

Il giudice, accertata la sussistenza di un reato culturalmente orientato offensivo di beni giuridici di rango primario, dovrà ugualmente vagliare l'esistenza di modalità di risposta al reato, di forme di giustizia più inclusive e partecipative che permettano

---

[886] Merita menzione anche la proposta avanzata da parte della dottrina che, sempre a livello legislativo, ipotizzerebbe l'introduzione di una causa di non punibilità originaria di natura culturale, cfr. DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati,* cit., pp. 251 e ss. Alla luce di una nozione ristretta di reato culturalmente motivato e del limite posto dalla inviolabilità dei diritti umani fondamentali, sarebbero particolarmente ristretti gli spazi per attribuire rilevanza in senso favorevole al reo al fattore culturale e la categoria della punibilità potrebbe rivestire un ruolo significativo. Prescindendo dalla collocazione della punibilità all'interno della teoria del reato, De Maglie sottolinea come, tra le diverse cause di non punibilità, quelle originarie fondate sullo *status* del soggetto attivo o sui suoi rapporti con la vittima potrebbero rappresentare un interessante modello. L'autrice, in particolare, richiama la causa di non punibilità disciplinata all'art. 649 c.p. e sottolinea come si possano individuare diverse affinità con la causa di non punibilità originaria di natura culturale: così come avviene con riferimento al gruppo familiare, anche con riferimento al reato culturalmente orientato il legislatore potrebbe ritenere opportuno non punire il fatto commesso per evitare di esasperare «lo scontro tra i gruppi minoritari e la società di accoglienza, e (...) concedere un margine di impunità alle minoranze etniche ospitate nell'ordinamento».

[887] In tal senso, cfr. PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit*.,* pp. 345 e ss.

Per una rilettura in chiave di accomodamento ragionevole della vicenda del porto del *kirpan* si rimanda al capitolo della presente tesi dedicato all'ordinamento canadese.

[888] MUZZICA R., LONGOBARDO C., *I reati culturalmente orientati*, cit., p. 54.

un dialogo interculturale anche dopo la commissione del reato, anche sul reato stesso. Questa verifica rappresenta l'ultimo (e ulteriore, rispetto alla proposta della giurisprudenza italiana) *step* del *test* culturale tratteggiato[889] e ha come obiettivo quello di individuare procedure e modalità sanzionatorie più congeniali alle istanze del multiculturalismo.

L'esperienza comparata, in particolare il contesto canadese e quello sudafricano, forniscono una interessante chiave di lettura in tal senso. Gli ordinamenti di questi due paesi individuano, infatti, nel paradigma riparativo una soluzione preferibile per i problemi sociali complessi, quali quelli posti dalla diversità culturale. Questi paesi sono stati in grado di porsi in modo nuovo davanti alle problematiche giuridiche poste dal multiculturalismo, focalizzando l'attenzione «verso i profili sostanziali ed esperienziali del reato»[890] al fine di individuare una soluzione «non *sulle* persone ma *per le* persone, non *a prescindere dalle relazioni* coinvolte ma *attraverso un coinvolgimento* di queste ultime (...)»[891].

Un approccio riparativo, improntato al dialogo e al confronto tra istanze contrapposte, permette, in sede penale, di recuperare la dimensione dialogica del diritto: si favorisce un dialogo sul reato finalizzato al confronto e alla rielaborazione dell'illecito[892].

In quest'ottica il processo penale diventa la sede del «confronto sulle ragioni», della «comprensione (...) delle ragioni dell'altro» senza «necessariamente giungere alla condivisione»[893]; il luogo dove si favorisce la responsabilizzazione del reo non solo

---

[889] In dottrina, in tal senso, cfr. KIM N.S., *The Cultural Defense*, cit., p. 133. L'autore individua quattro passaggi logici che concorrono a formare un possibile *test* culturale: in particolare, il quarto *step* fa riferimento a «*alternative forms of sentencing*» (per completezza si riportano di seguito anche gli altri elementi presi in considerazione dall'autore: «*(1) the purpose of the cultural practice, (2) the moral culpability associated with the cultural practice, (3) the deterrence/educational value of prohibiting the cultural evidence*»).

[890] REGGIO F., La nave di Milinda, cit., p. 23.

[891] *Ibidem*.

[892] EUSEBI L., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in MANNOZZI G., LODIGIANI G. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 97-118, p. 103.

[893] PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 286.

verso la vittima, ma anche verso la società nel pieno rispetto del finalismo rieducativo della pena, ossia in senso di risocializzazione o non desocializzazione del reo.

Ed è proprio l'art. 27, comma 3 della Costituzione a rappresentare l'orizzonte valoriale entro cui tentare di fornire una risposta (sicuramente perfettibile) al perché e al come punire i reati culturalmente orientati.

2.2. La funzione della pena nei reati culturalmente orientati

La domanda circa l'opportunità di punire il *cultural offender* può, infatti, trovare risposta proprio nell'articolo 27, comma 3 della Costituzione. Il dettato costituzionale riveste un ruolo fondamentale perché rappresenta «un valore di riferimento cogente»[894] in relazione alla funzione della pena[895] in un'ottica di

---

[894] MOCCIA S., *Il diritto penale,* cit., p. 82 e p. 84. L'autore sottolinea come in astratto tutte le teorie della pena elaborate possano essere ritenute valide, ma «sul piano dell'effettività, in assenza del collegamento ad una griglia di principi di derivazione normativa, non avevano [hanno] i caratteri della vincolatività e lasciavano [lasciano] impregiudicate le possibilità di altre opzioni sistematiche».

[895] Il tema in oggetto, in senso più ampio, è connesso alle teorie e alle possibili funzioni della pena ed è certamente uno dei più dibattuti, non solo in ambito giuridico, ma anche filosofico e sociologico. Impossibile citare in questa sede la vastissima letteratura in materia. Per approfondimenti, anche in relazione all'apparato di note e citazioni, si rimanda, *ex multis*, alla manualistica e ad alcune specifiche pubblicazioni in argomento.

Tra i manuali in argomento, cfr. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ª edizione, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 675-700; CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª edizione, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 45-80; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 8ª edizione, Zanichelli, Bologna, 2019, pp. 737-770; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, 6ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2020, pp. 59-69; MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2020, pp. 569-583; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 11ª edizione, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 9-19; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9ª edizione, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 755-772; PELISSERO M., *Diritto penale. Appunti di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 9-14.

In argomento, cfr. anche BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It*., XIX, Torino, 1973; DOLCINI E., *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, CEDAM, Padova, 1979;

DOLCINI E., *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, pp. 1667-1692; PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Giuffrè, Milano, 2018; PAVARINI M., *Lo scopo della pena*, in INSOLERA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 2ª edizione, Torino, 2000, pp. 321-346.

Tra i commentari all'art. 27, comma 3 Cost., in particolare cfr. FIANDACA G., *Commento* sub *art. 27, comma 3*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1991, pp. 222-345.

In ambito filosofico, un quadro riassuntivo - anche se necessariamente sommario - è offerto da DOLCINI E., *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2021, pp. 383-408. L'autore propone un *excursus* delle teorie della pena alla luce del pensiero filosofico. A favore della teoria retributiva della pena, ad esempio, sono ricordati Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Per un approfondimento, in particolare, cfr. EUSEBI L. (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano, 1989.

Per quanto attiene, invece, alla teoria preventiva, oltre ai filosofi dell'epoca classica quali Seneca e Platone, Dolcini si sofferma sul pensiero degli studiosi durante Illuminismo, periodo storico in cui questa teoria trova la sua massima espressione. Sull'importanza e l'attualità del pensiero illuminista per il diritto penale moderno, cfr. ROXIN C., *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, pp. 3-16, pp. 7 e ss. L'autore richiama tre principi che sono «i capisaldi del pensiero giuridico illuministico che ancora oggi posseggono inalterata vitalità»: il diritto penale fondato sul danno sociale, l'*ultima ratio* del diritto penale, la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo.

Tra i cd. problemi penali, quello della pena ha un ruolo di primaria importanza: «le ragioni del primato risiedono (...) nella forza plasmatrice dell'intero "problema penale" contenuta nella individuazione dei compiti, e dei limiti, che in un dato ordinamento, condizionano l'efficacia e la legittimità della sanzione penale». Cfr. MARINUCCI G., *Politica criminale,* cit., p. 480. L'autore sottolinea come tale primato interessi sia il piano teoretico sia quello pratico, attenendo alla struttura stessa del reato, ma anche all'individuazione dei beni giuridici meritevoli di tutela penale.

Come magistralmente ricorda FIANDACA G., *Introduzione (Il diritto penale nella realtà contemporanea: prospettiva e alternative, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, Firenze, 16-17 novembre 2012*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale)*, 2013, pp. 1070-1072 interrogarsi ancora su queste tematiche non è un mero esercizio teorico o filosofico; sono problematiche che necessitano «di essere criticamente riaffrontata[e] nei diversi momenti storici». L'autore, richiamando il pensiero di Günther Jakobs, afferma come il diritto penale possa essere considerato come scienza e individua ciclicamente dei modelli adeguati all'evolversi e al divenire della società.

effettività, coerenza e vincolatività nell'ordinamento[896]. Come ben noto, la nostra Costituzione sancisce espressamente, all'art. 27, comma 3, quale deve essere la

[896] *Ibidem*. L'autore ribadisce come, alla luce dei riferimenti costituzionali posti a presupposto delle considerazioni in tema di funzione della pena, la validità della riflessione è limitata all'ordinamento italiano di riferimento: «cambiando le premesse di fondo, è legittimo sperimentare tutt'altra costruzione teorica».

funzione primaria della pena (*rectius* delle pene)[897] [898]: il fine rieducativo è «l'*unico* scopo testualmente espresso»[899].

---

[897] DOLCINI E., *La pena nell'ordinamento italiano,* cit., p. 385: «*Il diritto penale gronda sangue*: per questo ha bisogno di essere giustificato».

In risposta alla necessità di legittimare e giustificare la pena, sono state sviluppate diverse teorie.

Le teorie retributive identificano la pena come compensazione per il male commesso e, pertanto, l'afflizione della pena si giustifica in relazione alla mera commissione del reato. In altri termini, la pena trova in se stessa la propria legittimazione. Nonostante le diverse criticità di simile impostazione, il merito sarebbe quello di focalizzare l'attenzione sul principio di proporzione della sanzione penale: essendo la retribuzione del fatto commesso, la pena dovrebbe necessariamente essere proporzionata alla gravità dello stesso. *Ex multis*, PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., pp. 9 e ss.

A queste teorie, anche note come teorie assolute (perché senza un fine ulteriore da raggiungere) o teorie della giustizia (perché, in virtù di un ideale superiore di giustizia, la pena si auto-legittimerebbe), si contrappongono le cd. teorie preventive, definite anche come teorie relative (perché incentrate sulla finalità preventiva perseguita dalla pena) o utilitaristiche (perché la pena ha una funzione di utilità sociale in quanto scoraggia condotte criminose). Cfr. DOLCINI E., *La pena nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 386 e ss. La pena si giustificherebbe in quanto: strumento di prevenzione generale con una funzione deterrente (prevenzione generale negativa) e una funzione di orientamento culturale (prevenzione generale positiva) verso la generalità dei consociati; e strumento di prevenzione speciale volto a neutralizzare la pericolosità del reo (prevenzione speciale negativa) e al contempo indirizzato alla risocializzazione del singolo autore di reato (prevenzione speciale positiva).

Altra distinzione che può essere tracciata è tra le cd. teorie pure che attribuiscono alla pena una sola funzione e cd. teorie eclettiche che, invece, ravvisano nella pena plurimi scopi.

Le teorie pure sono essenzialmente quattro: teoria della retribuzione, teoria della prevenzione generale, teoria della prevenzione speciale e teorie dell'emenda. Cfr. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p. 40. L'autore, cui si rimanda per approfondimenti, analizza gli elementi essenziali di queste quattro teorie con riferimento al pensiero filosofico di Immanuel Kant, Anselm Feuerbach, Karl Grolman e Karl Krause.

Tra le teorie eclettiche, un esempio è rappresentato dalla teoria plurifunzionale, sostenuta, almeno in un primo momento, anche dalla Corte costituzionale. La sanzione penale sarebbe, nella celebre espressione di Vassalli, un «*quid compositum»* delle diverse funzioni della pena, in un rapporto di equivalenza fra loro. Incisiva in tal senso la metafora proposta da PALIERO C.E., *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in

PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena ancora*, cit., pp. 69-146, p. 84: la concezione polifunzionale della pena evoca alla memoria i cd. coltellini svizzeri che potenzialmente sono adatti a svolgere qualsiasi funzione, ma in concreto non soddisfano pienamente nessuna mansione domestica.

È preferibile, tuttavia, una diversa interpretazione di polifunzionalità della pena: non equivalenza delle funzioni, ma possibilità della loro coesistenza in virtù pur sempre del primato della funzione rieducativa. In tal senso, cfr. PALAZZO F., *La rieducazione: un bilancio sommario*, in MENGHINI A., MATTEVI E. (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale (Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 5-14, p. 9.

La stessa Corte costituzionale aveva adottato una concezione plurifunzionale della pena, escludendo una qualsivoglia gerarchia tra le diverse finalità ed interpretando il principio di cui all'art. 27, comma 3 Cost. in modo riduttivo. Emblematica in tal senso è la sentenza della Corte cost., 12 febbraio 1966, n. 12, in cui si afferma che il principio rieducativo «non può essere inteso in senso esclusivo e assoluto» e la legittimità della pena non deve essere negata «là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità». In senso conforme, *ex multis*, Corte cost., 22 novembre 1974, n. 264; Corte cost., 7 luglio 1980, n. 107; Corte cost., 9 novembre 1988, n.1023.

Cfr. AVERARDI A., *La Costituzione «dimenticata». La funzione rieducativa della pena*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, pp. 145-166 per un approfondimento in merito a questo orientamento giurisprudenziale. In argomento anche PAVARINI M., *Lo scopo della pena*, cit., pp. 436 e ss.

Ripercorre il cammino evolutivo della giurisprudenza della Corte anche DOLCINI E., *Pena e Costituzione,* cit., pp. 20 e ss.

Una piena e compiuta valorizzazione del principio rieducativo è avvenuta con la celebre sentenza della Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313 in cui si afferma che «afflittività e retributività» sono «profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale (...) valori che hanno un fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione». La sentenza in commento è stata definita come la «"pietra angolare" della giurisprudenza costituzionale sul finalismo penale» non solo perché riconosce espressamente il primato della funzione rieducativa, ma anche perché afferma che il precetto di cui all'art. 27, comma 3 Cost. deve orientare la pena in tutte le diverse fasi caratterizzandone la dimensione di senso complessiva. In altri termini, sia la pena minacciata dal legislatore, sia quella inflitta dal giudice, sia quella eseguita in concreto devono rispettare il dettato costituzionale. Cfr. PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena,* cit., pp. 2-3.

Il primato del principio di rieducazione viene costantemente ribadito dalla Corte. Si vedano ad esempio: Corte cost., 7 giugno. 2017, n. 179, in cui si afferma che lo scopo della pena è quello di

favorire «il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale»; ancora, Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149, in cui si ribadisce il carattere «necessario» ed «ineliminabile» della finalità rieducativa e il «fondamentale orientamento della pena all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società».

[898] Interessante la ricostruzione del significato del termine pena, in CURI U., *I paradossi della pena*, cit., pp. 1073 e ss. Secondo una prima ipotesi, il termine pena deriva dal greco *poinè*, attraverso la mediazione latina *poena*. Come ricorda l'autore, nel mondo greco erano presenti due tipi di pene, traducibili in sofferenza (*pathein*) o pagamento (*apotisai*); in origine, la *poinè* ricomprendeva la pena intesa solo quale pagamento. Seguendo l'autore nel suo argomentare, nell'età classica il termine *poinè* indicava un contraccambio privo dell'elemento della sofferenza. L'autore sottolinea come nella sua accezione originaria il termine *poinè* non fosse sinonimo di sofferenza e afflizione, ma di corrispettivo inteso quale strumento per riequilibrare una determinata situazione. Giunto a questa conclusione, l'autore si interroga sull'origine del binomio danno-dolore, richiamando il pensiero del filosofo Friedrich Nietzsche, il quale individua la risposta all'interrogativo proposto nel concetto di debito. Sarebbe, infatti, il rapporto contrattuale tra debitore e creditore a legittimare la connessione tra danno e sofferenza: in capo al creditore vi era in diritto di esercitare sul corpo del debitore insolvente qualsiasi forma di tortura in virtù del debito nascente da contratto. Per il filosofo tedesco, la sofferenza del debitore sarebbe essa stessa compensazione del debito non risarcito. L'autore riassume chiaramente questo concetto: «veder soffrire fa bene, cagionare a sofferenza ancora meglio (...) Insomma, sena crudeltà non vi è festa. E la pena porta con sé una grande aria di festa».

Una seconda teoria, ricordata dall'autore, individua la genesi del termine pena nel latino *punire*, ossia originariamente purgare, purificare. Similmente, anche il termine castigo - da *castus*, ossia puro - starebbe a indicare questo processo di purificazione. Questa ricostruzione, più che nel mondo degli scambi commerciali, individua l'origine del nesso tra peccato-sofferenza nell'ambito religioso. Richiamando il pensiero del filosofo francese Paul Ricoeur, l'autore sottolinea come per rimediare a una colpa o a un peccato sia necessaria una sofferenza purificatrice volta a ripristinare l'ordine originario.

Alla luce di queste considerazioni, si riporta il paradosso che per l'autore sarebbe alla base del diritto penale moderno: «la relazione di proporzionalità fra colpa e pena si regge soltanto se si accetta che la pena possa funzionare come espiazione (...) come condotta di annullamento, capace di cancellare il reato (...). Soltanto a condizione, dunque, che alla pena-espiazione venga attribuita la stessa funzione che è attribuita alla purificazione in ambito religioso». CURI U., *I paradossi della pena*, cit., p. 1079.

Sul punto, si veda anche CURI U., *Verso un nuovo paradigma*, in *Paradoxa*, 2017, pp. 13-18.

[899] PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, pp. 1-18, p. 2.

Anche volendo prescindere da questa importantissima singola norma[900], su cui si tornerà a breve, il dettato costituzionale nella sua interezza tratteggia in maniera inequivocabile la funzione della pena.

In uno stato democratico di diritto, laico e pluralista[901], la pena non può, infatti, essere concepita quale mera retribuzione[902], quale «raddoppio del male»[903]: l'inflizione della pena non cancella il reato, «ma al contrario aggiunge al dolore della colpa quello della pena»[904]. La pena, in senso retributivo, ha delle importanti implicazioni anche sul concetto di prevenzione sia generale, da intendersi come

---

[900] Definita quale «la norma penale costituzionale più dirompente» da PALAZZO F., VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 30.

[901] In tal senso DOLCINI E., *Pena e Costituzione,* cit., p. 16. L'autore richiama, ad esempio, alcuni di questi caratteri sanciti in Costituzione: la sovranità appartiene al popolo (art. 1, comma 2 Cost.), l'inviolabilità dei diritti riconosciuti ai singoli (art. 2 Cost.), l'amministrazione della giustizia in nome del popolo (art. 101, comma 1 Cost.), i poteri dello stato derivano dal popolo (art. 1, comma 2 Cost.), l'indipendenza e la sovranità dello Stato e della Chiesa cattolica (art. 7 Cost.), la libertà e l'eguaglianza delle confessioni religiose (art. 8, comma 1 Cost.), il principio di non discriminazione (art. 3 Cost.), la libertà di pensiero (art. 21, comma 1 Cost.).

Anche EUSEBI L., *La colpa e la pena: ripensare la giustizia*, in *Paradoxa*, 2017, pp. 43-63, p. 44 sottolinea come gli artt. 2 e 3 Cost. forniscano delle precise coordinate del concetto di giustizia.

Sul punto si veda anche MOCCIA S., *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena ancora*, cit., pp. 147-159, p. 153.

[902] EUSEBI L., *La colpa e la pena,* cit., p. 45 sottolinea come il prevalere della teoria retributiva abbia comportato un disinteresse verso la prevenzione *ante delictum*; sarebbe, infatti, assente una strategia di politica criminale volta a gestire il fenomeno della criminalità in una fase precedente a quella in cui opera in diritto penale.

[903] Il riferimento, *in primis*, è a DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, pp. 1162-1212.

EUSEBI L., *Un'asimmetria necessaria tra il delitto e la pena (COMMENTO A Lettera di Papa Francesco ai partecipanti al XIX congresso internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale e al III Congresso dell'Associazione Latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia)*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, pp. 1019-1029, p. 1023 commenta il superamento di questa concezione sia nella dottrina penalistica che in quella cattolica.

[904] CURI U., *Verso un nuovo paradigma,* cit., p. 15.

EUSEBI L., *La colpa e la pena,* cit., p. 43 definisce l'attuale modello come «moltiplicatore del male».

intimidazione, sia speciale, l'equivalente della neutralizzazione. In altri termini, la mera concezione retributiva della pena porterebbe a propendere verso una prevenzione in senso negativo[905].

Tuttavia, i principi costituzionali di finalità rieducativa, di divieto di trattamenti inumani e degradanti, di personalità della responsabilità penale, di ragionevolezza, di sussidiarietà dell'intervento penale e di tutela della dignità umana non consentirebbero il prevalere della funzione di prevenzione negativa né nella componente generale, che deve essere circoscritta alla previsione di una fattispecie di reato con la relativa sanzione, né in quella speciale, che non può essere intesa quale strumentalizzazione del reo per fini di politica criminale[906].

L'art. 27, comma 3 della Costituzione, come si accennava, fornisce una cogente finalità in merito alla pena: il modello scelto dai padri costituenti è quello della prevenzione positiva[907]. La pena diventa il mezzo per favorire «una dinamica motivazionale intesa alla responsabilizzazione soggettiva e (...) a creare condizioni per una scelta libera (...) di adesione alla legalità»[908]. Questa interpretazione in senso special preventivo del dettato costituzionale assume rilevanza anche in chiave general preventiva: la tenuta del sistema è rafforzata e riconfermata proprio alla luce della forza persuasiva che la norma ha nei confronti del trasgressore, il quale, per il tramite della pena, giunge a una intima, sincera e libera osservanza della legge[909].

---

[905] EUSEBI L., *La colpa e la pena,* cit., p. 47.

[906] Per tutti, si veda MOCCIA S., *Il diritto penale,* cit., pp. 96 e ss.

[907] EUSEBI L., *La colpa e la pena,* cit., p. 45.

[908] *Ibidem*. In tal senso anche CERETTI A., *Carlo Maria Martini. Pensare pensieri non-pensati e loro destino*, in CARTABIA M.M.C., CERETTI A., *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Bompiani, Milano, 2020, pp. 7-54, p. 26. L'autore riporta le significative parole di C.M.Martini che ben riassumono il senso ultimo della pena: «(L)a punizione (...) deve putare a favorire nel colpevole quell'umiltà e quell'autocritica che possono portare a cambiare vita».

[909] Cfr. in tal senso EUSEBI L., *La colpa e la pena,* cit., p. 49. In senso conforme anche MOCCIA S., *Il diritto penale,* cit., p. 61.

Nella sua componente special preventiva, il concetto sotteso all'art. 27, comma 3 Cost. necessità di essere interpretato[910] in chiave sistematica: alla luce dei richiamati caratteri fondanti lo Stato italiano, la rieducazione non può fare riferimento a un processo di «rigenerazione morale»[911] del reo, ma deve essere concepita quale percorso di «risocializzazione non coattiva, intesa come possibilità di orientare la propria esistenza nel rispetto dei diritti fondamentali dell'ordinamento»[912]. La rieducazione «deve proiettarsi verso la società»[913]: la stabilizzazione sociale alla base della legittimazione della pena viene perseguita per il tramite del reinserimento e della risocializzazione del reo[914]. Così inteso, il

[910] Il termine rieducare presenta, infatti, diversi significati: da un lato potrebbe essere inteso quale carenza, quale mancanza riferibile alla personalità morale del reo; dall'altro lato, è forte la connotazione pedagogica volta a educare, appunto, il soggetto al rispetto di determinati valori. Sulle ambiguità del concetto di rieducazione e del relativo compromesso politico in sede di Assemblea costituente, cfr. AVERARDI A., *La Costituzione «dimenticata»,* cit., pp. 145-166. Si veda anche TRAPANI M., *La rieducazione del condannato tra «ideologia correzionalistica» del trattamento e «garanzie» costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, pp. 1693-1719, p. 1696. L'autore propone una interessante riflessione sul concetto di rieducazione: la rieducazione sarebbe il risultato di un processo e, pertanto, non sarebbe il fine della pena ma una modalità tramite cui l'ordinamento perseguirebbe l'obiettivo del reinserimento sociale del reo.

[911] DOLCINI E., *Pena e Costituzione,* cit., p. 17. In tal senso anche MOCCIA S., *Il diritto penale,* cit., p. 103.

[912] MUZZICA R., LONGOBARDO C., *I reati culturalmente orientati,* cit., p. 52. EUSEBI L., *Il cantiere lento della riforma in materia di sanzioni penali. Temi per una discussione*, in *Archivio penale*, 2022, pp. 1-12, p. 4 si riferisce alla «attitudine motivazionale» della pena come «idoneità a promuovere (...) scelte personali di responsabilizzazione verso il reato commesso (...) e di reimpostazione dei propri stili comportamentali secondo legalità».

[913] DOLCINI E., *Pena e Costituzione,* cit., p. 18.

In tal senso anche CERETTI A., BRUNELLI F., *Giustizia riparativa e mediazione reo-vittima*, in DANOVI F., FERRARIS F. (a cura di), *ADR. Una giustizia complementare*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 275-296, p. 279: «(...) la Giustizia riparativa non è soltanto una questione fra reo e vittima, ma un modo per promuovere cittadinanza attiva e maturare un clima di sicurezza sociale al fine di costruire una società del rispetto, capace di contemplare e accogliere le vulnerabilità individuali e collettive».

[914] PALAZZO F., *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in MANNOZZI G., LODIGIANI G.A. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 64-

concetto di rieducazione assume il significato di recupero sociale e di responsabilizzazione dell'autore del reato: «si deve tendere a favorire un'effettiva integrazione del soggetto, da ottenersi tramite la realizzazione di un programma di (re)inserimento basato sul *training* sociale, sull'emancipazione individuale, che passa attraverso la realizzazione di forme efficaci di sostegno socio-culturale»[915]. Si sottolinea che, nei casi in cui la risocializzazione del reo non fosse possibile (o per rifiuto da parte dello stesso, o perché soggetto già socialmente integrato[916]), comunque il principio rieducativo manterrebbe la sua valenza traducendosi in «non desocializzazione del soggetto»[917].

In conclusione, quindi, il modello delineato dalla Costituzione farebbe propendere per la cd. funzione di integrazione sociale della pena, concetto di genere che racchiude in sé la concezione di prevenzione generale e speciale positiva, nota in dottrina anche come prevenzione reintegratrice[918].

83, p. 74 afferma come oggi, da un punto di vista anche sociologico, la pena trova la sua legittimazione nella ricerca di stabilizzazione sociale tramite la promozione di valori comuni e il consolidamento dei rapporti tra i consociati.

EUSEBI L., *La svolta riparativa,* cit., p. 100 sottolinea come la finalità sottesa all'art. 27, comma 3 della Costituzione sia quella dell'impegno alle (re)integrazione sociale del soggetto in un'ottica di prevenzione speciale.

[915] Cfr. anche MOCCIA S., *Il diritto penale,* cit., p. 104.

[916] Sul punto si richiama il celebre studio del sociologo e criminologo Edwin Sutherland che negli anni '40 del secolo scorso ha coniato e sviluppato il concetto di «*white collare crime*». Per approfondimenti in lingua italiana, cfr. SUTHERLAND E.H., *Il crimine dei colletti bianchi: la versione integrale*, ed. italiana a cura di Forti G., Giuffrè, Milano, 1987.

[917] MOCCIA S., *Il diritto penale,* cit., p. 106 afferma come la non desocializzazione può essere intesa quale punto di partenza su cui fondare una eventuale risocializzazione del soggetto.

[918] Il rifermento è, principalmente, alle monografie di MOCCIA S., *Il diritto penale,* cit., p. 109 e EUSEBI L., *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1989.

Degli stessi autori, si vedano anche le seguenti altre pubblicazioni: MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica al Diritto*, 2004, pp. 344-353, pp. 344 e ss; MOCCIA S., *Il volto attuale del sistema penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, pp. 1093-1107, p. 1098; MOCCIA S., *Riflessioni sulla funzione normativa*, cit., p. 154; EUSEBI L., *Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale*

Queste considerazioni declinate all'interno del tema dei reati culturalmente orientati permettono di individuare proprio nell'articolo 27, comma 3 della Costituzione l'orizzonte di senso della pena per il reo culturalmente orientato: la risocializzazione volontaria e non coattiva e l'opportunità di rielaborazione delle proprie scelte al fine di orientare la propria esistenza nel rispetto dei diritti fondamentali. In chiave general preventiva, inoltre, la promozione del consenso e del rispetto di questi valori universali può favorire una messa in discussione di talune pratiche diffuse nel gruppo, anche alla luce di quel rapporto di interdipendenza tra cultura e identità per il tramite del *biological make-up* che, si ricorda, garantisce al singolo la facoltà di scelta critica.

Il diritto penale, chiamato ad intervenire a seguito dell'inefficacia di politiche di integrazione e di prevenzione primaria, può favorire il reinserimento del reo promuovendo il primato dei diritti inviolabili dell'uomo e delle donne «punto di non ritorno della tollerabilità e, quindi, del limite»[919] ad ogni riconoscimento. Tale obiettivo si raggiunge necessariamente tramite la presa di considerazione del fattore culturale nella risposta punitiva, con particolare riferimento alle modalità con cui la stessa si esplica: «si tratta di superare (...) il modello della risposta al reato concepita – attraverso la condanna – in termini di corrispettività retributiva (...), per accedere, piuttosto, a una dimensione progettuale di tale risposta»[920].

«umanizzatrice»?, in *Criminalia*, 2016, pp. 285-301, p. 297; EUSEBI L., *La colpa e la pena,* cit., p. 50; EUSEBI L., *«Gestire» il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione»*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora,* cit., pp. 223-250, p. 235; EUSEBI L., *La rinuncia al paradigma retributivo come cardine di una teoria della giustizia*, in PATRIZI P. (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., pp. 75-92, pp. 90 e ss.

In lingua inglese, cfr. ANDENAES J., *General prevention – illusion or reality?*, in *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, vol. 43, 1952, pp. 176-198; ANDENAES J., *The General Preventive Effects of Punishment,* in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 114, 1966, pp. 949-983; ANDENAES J., *The Moral or Educative Influence of Criminal Law*, in *Journal of Social Issues*, vol. 27, 1971, pp. 17-31.

[919] ZANUSO F., *Incontrare l'altro nel dialogo,* cit., p. 198.

[920] EUSEBI L., *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2021, pp. 823-854, p. 829.

2.3. I reati culturalmente orientati e la giustizia riparativa

È ora necessario analizzare in modo più compiuto quali possano essere le modalità in concreto applicabili per raggiungere l'obiettivo di una pena costituzionalmente intesa per i reati culturalmente orientati.

Ogni approccio dell'ordinamento a questa categoria delittuosa non può prescindere dalla centralità non solo della vittima, ma anche e soprattutto della comunità di appartenenza, elemento essenziale della «molecola criminale»[921] che contorna il reato. La responsabilizzazione, la risocializzazione e conseguentemente il reinserimento sociale del reo coinvolgono, pertanto, necessariamente il condannato, la vittima e, in particolar modo, il gruppo culturale di riferimento.

Emerge, pertanto, la necessità di individuare un modello di giustizia più inclusivo e partecipativo che permetta una rilettura «sia concettuale che pratica al tradizionale modo di pensare e "praticare" la sanzione penale»[922].

---

[921] Cfr. LODIGIANI G.A., MANNOZZI. G., *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 9. Gli autori evidenziano come dietro ad ogni reato, oltre al reo e alla vittima, vi siano: la comunità, le agenzie di controllo formale (appartenenti all'ordinamento) e le agenzie di controllo informale (scuola, famiglia).

[922] REGGIO F., La nave di Milinda, cit., p. 11. Significativa la definizione fornita da CARTABIA M.M.C., *Riconoscimento e riconciliazione,* in CARTABIA M.M.C., CERETTI A., *Un'altra storia inizia qui*, cit., pp. 55-116, p. 104: «(...) una concezione davvero nuova della giustizia penale che guarda al futuro piuttosto che pietrificarsi su fatti passati che pure sono incancellabili. È una giustizia volta a ri-conoscere, ri-parare, ri-costruire, ri-stabilire, ri-conciliare, re-staurare, ri-comporre, ri-cominciare. È una giustizia caratterizzata dal prefisso "ri-" che guarda in avanti e allude alla possibilità di una rinascita».

In tal senso anche CERETTI A., *La giustizia riparativa di fronte al problema del male. Brevi riflessioni,* in MANNOZZI G., LODIGIANI G.A. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 155-162, p. 160 invita a «gestire» il conflitto mediante un nuovo strumento definito quale «modalità democratica» di risposta al reato.

Questo paradigma nasce in seno al concetto di giustizia riparativa[923] (o, dall'inglese, *restorative justice*)[924].

[923] Il concetto di giustizia riparativa appare nel dibattito scientifico occidentale a partire dal 1977, anno di pubblicazione dell'articolo del criminologo norvegese Nils Christie dal titolo *Conflicts as Property.* In questo articolo, l'autore critica il sistema penale di matrice retributiva improntato a una risposta statuale al reato e afferma la necessità di restituire il conflitto ai diretti interessati, ossia la vittima, il reo e la comunità. Cfr. RIGONI C., *Crime, Diversity, Culture, and Cultural Defence*, in PONTELL H.N. (ed.), *Oxford Research Encyclopedias: Criminology and Criminal Justice*, Oxford University Press, New York, 2018 (*online version*), reperibile al link https://oxfordre.com/criminology/view/10.1093/acrefore/9780190264079.001.0001/acrefore-9780190264079-e-409?print=pdf. Lo scontento verso il modello tradizionale di giustizia penale, ritenuto inadeguato a far fronte alle effettive necessità delle parti, è alla base della nascita del cd. *Restorative Justice Movement*. I padri fondatori di questo movimento sono tradizionalmente individuati dalla dottrina in Nils Christie, Randy Barnett, Howard Zehr and Albert Eglash. Cfr. DALY K., *The Punishment Debate in Restorative Justice*, in SIMON J., SPARKS R. (ed.), *The SAGE Handbook of Punishment and Society*, SAGE, Los Angeles, 2013, pp. 356-373.

Sul punto, anche per una ricostruzione storica dell'utilizzo del termine *restorative justice*, cfr. GADE C.B.N., *"Restorative Justice": History of the Term's International and Danish Use*, in NYLUND A, ERVASTI K. ADRIAN L. (ed.), *Nordic mediation Research*, Springer, Cham, 2018, pp. 27-40, pp. 29 e ss.

Come evidenziato da JOHNSTONE G., *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates*, Routledge, Oxon, 2011, pp. 142 e ss. l'utilizzo del termine giustizia riparativa ha subito «*an upwards and a downwards expansion*» rispetto all'iniziale utilizzo confinato esclusivamente all'ambito penalistico. La giustizia riparativa è stata, infatti, utilizzata sia per ricomporre i conflitti nascenti in particolari contesti storici con riferimento a crimini connessi contro l'umanità, genocidi o violazioni dei diritti umani (in tal senso, significative sono le esperienze del Sudafrica, dell'Uganda e del Rwanda), sia in contesti familiari, scolastici o lavorativi per aspetti non attinenti al diritto penale.

[924] La letteratura in materia di giustizia riparativa è ormai sconfinata. Senza pretese di completezza, tra le principali opere monografiche o collettanee, in lingua italiana, si vedano MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003; BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Mondadori, Milano, 2005; MAZZUCATO C., *Consenso alle norme e prevenzione dei reati*, Aracne, Roma, 2005; FIANDACA G., VISCONTI C. (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Giappichelli, Torino, 2009; PICOTTI L. (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Cedam, Padova, 2010; REGGIO F., *Giustizia dialogica. Luci e ombre della* Restorative Justice, FrancoAngeli, Milano, 2010; BERTAGNA G., CERETTI A.,

In una prospettiva definitoria, richiamando le più autorevoli fonti internazionali in materia[925], la giustizia riparativa è: «qualunque procedimento in cui la vittima e il

MAZZUCATO C. (a cura di), *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Il Saggiatore, Milano, 2015; EUSEBI L. (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Vita e Pensiero, Milano, 2015; MANNOZZI G., LODIGIANI G. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015; FALCINELLI D., *Il diritto penale della vittima del reato*, Dike Giuridica, Roma, 2017; LODIGIANI G.A., MANNOZZI. G., *La giustizia riparativa*, cit.; MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; LORENZETTI A., *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, FrancoAngeli, Milano, 2018; FORNASARI G., MATTEVI E. (a cura di*), Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione,* Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, vol. 40, Università degli Studi di Trento, 2019; PATRIZI P. (a cura di), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci, Roma, 2019; CARTABIA M.M.C., CERETTI A., *Un'altra storia inizia qui. Giustizia come ricomposizione*, Bompiani, Milano, 2020; GRANDI G., *Fare giustizia. Un'indagine morale sul male, la pena e la riparazione,* Padova University Press, 2020; LATTARI P., *La giustizia riparativa: Una giustizia "umanistica". Una cultura dell'"incontro" per ogni conflitto*, KeyEditore, Milano, 2021.

Cfr. anche DÜNKEL F., PAROSANU A., *Restorative Justice in European Youth Justice Systems – Contextual, Legal, Practice-Related and Analytical Aspects*, in WOLTHUIS A., CHAPMAN T. (ed.), *Restorative Justice from a Childern's Rights Perspective*, Eleven Publishers, The Hague, 2022, pp. 137-156; DÜNKEL F., *Restorative Justice in Juvenile and Adult Criminal Law: European Comparative Aspects*, in FORNASARI G., MATTEVI E. (a cura di*), Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione,* Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, vol. 40, Università degli Studi di Trento, 2019, pp. 49-142.

Per ulteriori approfondimenti, si rimanda alla pagina web del principale *network* europeo in materia di giustizia riparativa, con sede a Leuven (Belgio): *European Forum for Restorative Justice*, https://www.euforumrj.org/en.

Per un approccio anche criminologico al tema della giustizia riparativa si rimanda, in particolare, a CERETTI A., NATALI L., *Io volevo ucciderla. Per una criminologia dell'incontro*, RaffaelloCortinaEditore, Milano, 2002 e CERETTI A., NISIVOCCIA N., *Il diavolo mi accarezzava i capelli. Memorie di un criminologo*, Il Saggiatore, Milano, 2020.

[925] Si è scelto, in questa sede, di fare riferimento esclusivamente alle cd. definizioni normative. In dottrina sono, tuttavia, presenti molteplici orientamenti in materia. Volendo sintetizzare quelle che sono le definizioni maggiormente condivise, si può distinguere tra il cd. modello purista e il cd. modello massimalista. Per il primo orientamento, elemento essenziale per potersi parlare di giustizia

reo e, laddove appropriato, ogni altro soggetto o membro della comunità lesi da un reato, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni emerse dall'illecito, generalmente con l'aiuto di un facilitatore»[926]; ancora, «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale»[927]; infine, «qualsiasi procedimento che consente a chi è stato offeso dal reato e a chi è responsabile di tale offesa, se vi consentono

riparativa è il processo riparativo in sé, ossia l'incontro e il dialogo tra le parti. Per il secondo orientamento, invece, ciò che contraddistingue la *restorative justice* è l'esito riparativo. Alla concezione purista appartiene la nota definizione fornita da MARSHALL T., *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, in *European Journal of Criminal Policy and Research*, 1996, pp. 21-43, p. 37: «*process whereby all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future*». Per il modello massimalista, invece, come proposto da BAZEMORE G., WALGRAVE L., *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*, in BAZEMORE G., WALGRAVE L. (ed.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime, Criminal Justice Press*, New York, 1999, pp. 45-74, p. 48, la giustizia riparativa si identifica con «*every action that is primarily oriented towards doing justice by repairing the harm that has been caused by crime*».

Con riferimento alla questione definitoria, cfr. in particolare REGGIO F., *Giustizia dialogica*, cit., pp. 109 e ss.; PARISI F., *La* restorative justice *alla ricerca di identità e legittimazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, pp. 1-30, pp. 2 e ss; PARISI F., *Giustizia riparativa e sistema penale. Considerazioni a partire dalla «legge Cartabia»*, in *Il Foro italiano*, 2022, pp. 142-152, p. 145; MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa*, cit., pp. 83 e ss. In argomento, in lingua inglese, anche DALY K., *Restorative Justice: The Real Story*, in *Punishment and Society*, 2002, pp. 27-40, p. 58.

[926] Cfr. UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*, 2002 (ECOSOC Res. 12/2002).

Si veda anche UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, United Nations, Vienna, 2020, reperibile al link https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf.

[927] Art. 2, comma 1, lettera *d* della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 25 ottobre 2012.

liberamente, di partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni sorte con il reato mediante l'aiuto di un terzo imparziale appositamente formato»[928].

Non da ultimo, è opportuno richiamare la definizione contenuta nel decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150 del 2022 di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134 (cd. riforma Cartabia)[929]: è giustizia riparativa «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamento, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore»[930].

A prescindere dai diversi programmi riparativi in concreto attuabili[931], quello che preme evidenziare è come la giustizia riparativa (nota, in letteratura, anche come

---

[928] Art. 2 della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa relativa alla giustizia riparativa in materia penale, CM/Rec. 2018/08.

Cfr. anche Dichiarazione dei Ministri della Giustizia degli Stati membri del Consiglio d'Europa sul Ruolo della Giustizia riparativa in materia penale (cd. Dichiarazione di Venezia) redatta al termine della conferenza dei Ministri della Giustizia del Consiglio d'Europa tenutasi a Venezia, il 13 e 14 dicembre 2021.

[929] Decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, *Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari* (G.U. 17 ottobre 2022, n. 243).

[930] Art. 42, comma 1, lettera *a* del Decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, *Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari* (G.U. 17 ottobre 2022, n. 243).

[931] MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa*, cit., p. 120 sottolinea come sia difficile fornire una panoramica riassuntiva di tutte le pratiche o di tutti gli strumenti definibili come riparativi. Ad esempio, come ricorda l'autrice, nel 1999 l'*International Scientific and Professional Advisory Council* (ISPAC) delle Nazioni Unite ha individuato 13 diversi possibili strumenti riparativi (documento consultabile al link: https://restorativejustice.org.uk/sites/default/files/resources/files/UN%20report.pdf). Tuttavia, anche alla luce delle fonti internazionali richiamate e della dottrina in materia, possono essere individuati principalmente tre processi riparativi: la mediazione, il *conferecing* e i *circles*. Sul punto, si rimanda alla successiva trattazione.

giustizia rigenerativa o ricostruttiva) sia un paradigma, un modello relazionale che individua nel dialogo (e nell'ascolto[932] reciproco) il suo strumento principale[933].
La giustizia riparativa pone al centro gli individui, coinvolti attivamente nella risoluzione del conflitto tramite la partecipazione ad un processo riparativo che mira a ricomporre, anche a livello emotivo[934], quanto lacerato dal reato[935]. In una «nuova semantica del reato»[936], possiamo definire quest'ultimo come una lesione alle persone e alle relazioni tra le stesse e, pertanto la risposta al reato non può costituire una sofferenza ulteriore, un danno che si aggiunge a quello causato dall'illecito penale, ma piuttosto essa deve essere concepita come «un programma d'intervento in merito alla frattura prodotta da quel medesimo fatto: secondo le finalità politico-criminali desumibili dalla Costituzione (in particolare, dall'art. 27, terzo comma)»[937]. Come magistralmente affermato da Palazzo: «la rieducazione si

[932] L'importanza non solo del dialogo, ma anche dell'ascolto reciproco inteso quale atteggiamento di ricezione acritico viene costantemente ribadita nella letteratura di settore citata.

[933] Ben riassume il fine ultimo della giustizia riparativa REGGIO F., La nave di Milinda, cit., p. 90: «La *restorative justice* si pone, e pone, il problema di costruire – entro una dimensione partecipativa e dialogica - quella *barca* che possa permettere di non lasciare che la sofferenza addensatasi nella vicenda di reato finisca sul fondo limaccioso e oscuro di quel fiume, denso di lacrime, sangue e dolore, che accompagna la storia umana sin dalle remote antichità».

[934] Sul punto, si veda, ad esempio, MANNOZZI G., *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di* restorative justice, in *Criminalia*, 2019, pp. 141-179.

[935] Si fa riferimento, in tal senso, ad un «percorso di umanizzazione della giustizia». Cfr., ad esempio, LODIGIANI G. A., *Nozioni ed obiettivi della Giustizia riparativa. Il tentativo di un approccio olistico*, in *Paradoxa*, 2017, pp. 31-42, p. 32; PARISI F., *Il diritto penale,* cit. Quest'ultimo autore sottolinea come la giustizia riparativa possa essere considerata «una svolta emozionale» o una «riemozionalizzazione della legge».
Interessante è il parallelismo proposto da MANNOZZI G., *La giustizia riparativa come forma di Umanesimo della giustizia*, in *Paradoxa*, 2017, pp. 19-30 tra la giustizia riparativa e l'Umanesimo: entrambi sono fenomeni che, per uscire da situazioni di crisi e di insoddisfazione, ripartono dalla centralità della persona umana, che deve essere coinvolta nella sua totalità.

[936] L'espressione è tratta da PARISI F., *Il diritto penale*, cit., p. 10.

[937] EUSEBI L., *La pena tra necessità,* cit., p. 829.

slancia (...) in avanti facendo da apripista verso i territori (..) della giustizia riparativa»[938].

La giustizia riparativa trova, infatti, nel principio rieducativo il suo ancoraggio costituzionale[939]: il processo riparativo, come possibile «strumento di responsabilizzazione, in prospettiva risocializzante»[940], favorisce e realizza gli obiettivi sottesi all'art. 27, comma 3 della Costituzione[941].

Concepita in tal senso, la giustizia riparativa non entra in contrasto con il diritto e con il sistema penale: il concetto di integrazione sociale, poc'anzi analizzato, si declina, infatti, in modo armonioso con il paradigma riparativo[942]. Il processo riparativo è «strumento articolato, al cui interno trova sicuramente spazio il

---

[938] PALAZZO F., *La rieducazione*, cit., p. 14.

[939] MATTEVI E., *La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa: il ruolo della vittima*, in MENGHINI A., MATTEVI E. (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale (Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 65-77, p. 70.

FIORENTIN F., *Punizione o riparazione? La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: luci e ombre nella prospettiva della riforma "Cartabia"*, in *Diritto penale e uomo*, 2021, reperibile al link https://dirittopenaleuomo.org/contributi_dpu/punizione-o-riparazione/, p. 4 afferma come, probabilmente, si sia «all'alba di un nuovo modo di intendere la pena (...) ispirato al paradigma rieducazione/riparazione».

[940] D'AMATO S., *La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale*, in *Archivio penale*, 2018, pp. 1-42, p. 5.

In tal senso, si vedano anche le Linee di indirizzo del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità in materia di Giustizia riparativa e tutela delle vittime di reato, 2019, reperibili al link https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?facetNode_1=0_10_3_2&facetNode_2=0_10&facetNode_3=0_6_4_1&contentId=SPS322404&previsiousPage=mg_1_12. I percorsi riarativi sono qui definiti come «momenti qualificanti del percorso di recupero sociale».

[941] EUSEBI L., *La svolta riparativa,* cit., p. 100 sottolinea come la giustizia riparativa diventerebbe essa stessa strumento preventivo, concreto e attuale a differenza della sanzione penale tradizionalmente intesa in cui la prevenzione è solo un effetto futuro.

Cfr. anche D'AMATO S., *La giustizia riparativa,* cit., pp. 28 e ss; LORENZETTI A., *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, cit., p. 117.

[942] EUSEBI L., *«Gestire» il fatto di reato,* cit., p. 238.

tentativo di assicurare il superamento della frattura provocata dal reato»[943] anche tramite il reinserimento del reo in ottica di prevenzione speciale positiva, ma è anche un «paradigma comunicativo di stabilizzazione sociale»[944] che promuove il «ristabilimento della pace interindividuale turbata dal reato»[945] e, al contempo, favorisce una politica criminale indirizzata alla prevenzione generale positiva tramite una «riaffermazione non solo teorica delle regole trasgredite»[946].

Il processo riparativo positivamente attuato rappresenta, dunque, una forma di risposta al reato «agita [o] proattiva»[947] (non, pertanto, meramente subita) che

---

[943] MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena,* cit., p. 345. L'autore puntualizza, inoltre, come tale connubio tra la funzione della pena e la giustizia riparativa possa trovare la sua massima espressione in ambito minorile.

[944] CORNACCHIA L., *Vittima e giustizia criminale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, pp. 1760-1793, p. 1788.

[945] MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena,* cit., p. 346. Interessante evidenziare come nel pensiero dell'autore possa essere riscontrato un parallelismo anche tra l'incertezza degli esisti del processo riparativo e il percorso rieducativo, per il quale il costituente ha, appunto, utilizzato il verbo tendere.

[946] EUSEBI L., *Prevenzione e garanzie*, cit., p. 299. L'autore ribadisce più volte come non vi sia prevenzione più efficace di quella che si attua tramite il recupero dell'autore del reato. Sul punto si veda anche il contributo dell'autore in occasione del Convegno dal titolo "Pena e speranza. Carceri, riabilitazione, esecuzione della pena, riforme possibili" tenutosi a Roma il 16 novembre 2016 (sintesi degli interventi reperibile al link http://www.cortiledeigentili.com/wp-content/uploads/2015/12/Pena-e-Speranza-Atti-del-Convegno.pdf).

[947] EUSEBI L., *«Gestire» il fatto di reato,* cit., p. 236.

La dottrina penalistica ha avanzato proposte molto innovative circa una concreta declinazione di questo particolare concetto di pena, proprio in relazione all'orizzonte riparativo.

La disciplina organica della giustizia riparativa apre, infatti, ad una «dimensione progettuale» della risposta al reato: quest'ultima si configura, quindi, come «programma di intervento in merito alla frattura prodotta». EUSEBI L., *La pena tra necessità,* cit., p. 829.

L'idea alla base della giustizia riparativa è che la risposta al reato possa consistere in qualcosa di diverso dalla cd. correspettività retributiva, ossia come «reciprocità dei comportamenti». EUSEBI L., *La colpa e la pena,* cit., p. 43. La pena, invece di essere concepita come «raddoppio del male», dovrebbe essere intesa quale progetto positivo volto a superare il negativo del reato. EUSEBI L., *La colpa e la pena,* cit., p. 44. «Sembra banale, ma è una rivoluzione», EUSEBI L., *Superare la visione di una giustizia fondata sul modello della bilancia*, in *Discrimen*, 2020, pp. 1-5, p. 5. Nella logica

della *restorative justice*, la pena non è intesa come il corrispettivo o l'equivalente per il male causato col reato, ma come un progetto costruttivo per il reo, la vittima e la comunità: vi è, sostanzialmente, una asimmetria tra delitto e pena.

Questi principi alla base del paradigma riparativo ben si declinano all'interno del più ampio concetto di pena prescrittiva (che, tuttavia, non si esaurisce nel concetto di giustizia riparativa), così come delineato nella Proposta di Articolato in EUSEBI L., *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *Discrimen*, 2021, pp. 1-27. Cfr. sul punto anche Relazione principale *Linee di riforma in tema di pene alternative edittali*, coordinatore del gruppo prof. Francesco Palazzo, ultimo aggiornamento marzo 2021, reperibile al link https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/La-riforma-del-sistema-sanzionatorio/Linee-diriforma-in-tema-di-pene-alternative-edittali-i-coordinatore-del-gruppo-prof-Francesco-Palazzo/.

Con il termine pena prescrittiva si intende una «unica nuova pena principale da affiancare a quella detentiva e pecuniaria» consistente «nell'adempimento di un programma la cui esecuzione è seguita dal Servizio sociale e che comprende, congiuntamente o disgiuntamente, obblighi di fare o divieti ed eventuali obblighi di presentazione». EUSEBI L., *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *Discrimen*, 2021, pp. 1-27, p. 1 e p. 13. Gli obblighi e i divieti, che hanno come finalità quella di favorire la rieducazione del reo in un'ottica di riparazione del reato commesso, comprendono anche la partecipazione ad un programma di mediazione penale.

La pena prescrittiva, così come indicato nell'articolo 2 della Proposta di Articolato in EUSEBI L., *Ipotesi di introduzione,* cit., p. 12, sostituirebbe la pena della reclusione non superiore nel massimo a quattro anni e, a discrezione del giudice – tenuto conto delle finalità proprie della pena prescrittiva, potrebbe sostituire anche la reclusione non superiore nel massimo ad anni sette. Ai sensi dell'articolo 9 della citata Proposta di Articolato, l'adempimento delle prescrizioni estingue la pena.

Una ulteriore stimolante riflessione in merito alla portata rivoluzionaria del concetto in esame è quella di Massimo Donini. Per l'autore, la riparazione non è qualcosa di diverso dalla pena, ma è «all'origine concettuale» della stessa. DONINI M., *Pena agita e pena subita,* cit., p. 5. Se il presupposto è che la pena è concepibile come agita e non come meramente subita, allora la riparazione può essere una forma di pena, non annoverata tra le pene per una distorsione concettuale. DONINI M., *Il delitto riparato,* cit., p. 242. Per l'autore, pena e riparazione sono poste in «progressione sanzionatoria»: la riparazione sarebbe il presupposto, la premessa della pena stessa. In una recentissima pubblicazione, Donini afferma come anche non concependo la riparazione come pena, essa avrebbe comune una «valenza sanzionatoria» che «sottrae (...) un *quantum* alla pena classica». DONINI M., *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in *Sistema penale*, 2022, pp. 1-23, p. 19.

Valorizzando i concetti di pena agita e di progettualità della risposta sanzionatoria, l'autore suggerisce di concepire la pena tradizionale come meramente residuale e successiva rispetto alla riparazione. Il percorso riparativo dovrebbe essere concepito come «prima scelta», come

«programma principale» di risposta al reato. DONINI M., *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Questione giustizia*, 2020, reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/pena-agita-e-pena-subita-il-modello-del-delitto-riparato, pp. 1-21, p. 6. Egli propone l'introduzione di un titolo autonomo di reato da collocare nella parte generale del codice penale, cd. delitto riparato, che dovrebbe prevedere una riduzione della pena sul presupposto dell'avvenuta riparazione. Il delitto riparato viene definito come «quel delitto dove, dopo la sua consumazione, il soggetto ripara l'offesa (...) oppure comunque offre una volontaria prestazione riparativa in favore della vittima o della comunità, sostitutiva di una offesa che non sia integralmente o affatto neutralizzabile *ex post*, dando altresì un contributo volontario e personale al risarcimento dei danni cagionati». DONINI M., *Il delitto riparato,* cit., p. 247. La riduzione di pena proposta dall'autore per il diritto riparato deriva da una disequazione col delitto tentato: «la neutralizzazione dell'offesa *post factum* non è più meritevole di pena di un tentativo di delitto, che invece riguarda il disegno delittuoso fallito per cause "involontarie"». Nel tentativo l'evento voluto dal soggetto agente non si verifica, indipendentemente dalla sua volontà che, anzi, tende alla realizzazione dell'evento; è, tuttavia, necessario che il bene giuridico sia stato messo in pericolo. Nel caso, invece, del delitto riparato si assiste a una neutralizzazione dell'offesa in seguito ad una attività volontaria di riparazione, che costituisce un elemento di segno opposto rispetto alla volontà di cagionare l'offesa e che attenua il disvalore complessivo del fatto. Le due ipotesi di reato, pertanto, sembrano essere avvicinabili con riferimento al grado di offensività, pur se attraverso incognite diverse.

La proposta di inserimento di un titolo autonomo di reato, invece che di una mera circostanza ad effetto speciale, mira proprio a sottolineare la necessità di ripensare la pena *ab origine* in relazione alla riparazione. In senso critico, PULITANÒ D., *Minacciare e punire*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 3-27, p. 21. L'autore critica la proposta di una figura autonoma di reato per il cd. delitto riparato: simile soluzione andrebbe a confondere il profilo precettivo e quello sanzionatorio. La condotta riparatoria dovrebbe assumere rilevanza in sede di risposta al reato, ma non in sede di realizzazione dell'illecito: «La riparazione non è elemento del fatto conforme al tipo d'illecito (della condotta inosservante), è un fatto successivo conforme a un'aspettativa normativa».

Sia permesso brevemente di ricordare che il concetto di riparazione quale autonoma ed intrinseca *ratio* giustificativa della sanzione penale è un concetto che a partire dal 1959 ha interessato in particolar modo la filosofia del diritto. Il riferimento è al filosofo Giorgio del Vecchio, il quale afferma che «al *malum actionis*, costituito dal delitto, devesi opporre come esigenza della giustizia, non tanto un *malum passionis* (...), quanto un *bonum actionis*, ossia un'attività in senso contrario dell'autore del delitto medesimo, la quale ne annulli o riduca gli effetti». DEL VECCHIO G., *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, in DEL VECCHIO G., *La giustizia*, Studium, Roma, 1959, pp. 193-232. Il ragionamento del filosofo si fonda su due concetti

permette il pieno rispetto della finalità risocializzante della pena e risponde al contempo alle esigenze e ai bisogni delle vittime del reato. La conciliazione tra esigenze apparentemente contrapposte (quelle della vittima e quelle del reo) che si realizza per il tramite di un metodo dialogico rappresenta la cifra significativa della *restorative justice*.

In particolare, nei reati culturalmente orientati, il processo riparativo costituisce anche il momento per un possibile confronto tra la comunità minoritaria e quella maggioritaria e si eviterebbe, così, quella assimilazione coatta perpetuata per il tramite dello strumento penale tipicamente inteso.

Pertanto, la giustizia riparativa può intervenire positivamente nella dinamica dei reati culturalmente orientati sia in una «prospettiva microsociale», facilitando la riparazione e il superamento del conflitto tra le parti, sia in una «prospettiva macrosociale», favorendo l'incontro e il confronto tra diversi gruppi sociali[948]. La giustizia riparativa favorisce, infatti, l'integrazione sociale, ossia «*the ability of different groups in society to live together in productive and co-operative harmony*»[949], e contribuisce a realizzare una pacifica coesistenza di diversi gruppi etnici all'interno delle moderne società[950].

In dottrina, il riferimento è anche alla maggiore «*cultural responsiveness*»[951] della giustizia riparativa rispetto alla giustizia penale tradizionale: *in primis*, è un modello

---

fondamentali: *in primis*, il diritto emerge nella sua dimensione dialogica e di reciprocità intersoggettiva[947], ove il reato non è altro che la negazione di quest'ultima; la sanzione penale, inoltre, si discosta dal concetto di afflittività che rischia di ledere la dignità umana[947] e si orienta alla riparazione, concetto strettamente connesso all'idea di *extrema ratio* del diritto penale[947].

[948] Simile riflessione è proposta da MUZZICA R., LONGOBARDO C., *I reati culturalmente orientati,* cit., p. 55.

[949] ALBRECHT B., *Multicultural Challenges for Restorative Justice: Mediators' Experiences from Norway and Finland*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2010, pp. 3-24, p. 19.

[950] *Ibidem*.

[951] TÖRZS E., *Restorative Justice Approaches in Intercultural Conflict Settings – Findings of a Survey and implications for Practice*, in *Temida*, 2014, pp. 87-101, reperibile al link http://www.alternativeproject.eu/assets/upload/Temida_3-17.pdf, p. 90 e ALBRECHT B., *Multicultural Challenges for Restorative Justice*, cit., pp. 16 e ss.

che si avvicina maggiormente ad alcuni metodi tradizionali di risoluzioni delle controversie applicati a livello comunitario in molte culture; il processo riparativo, inoltre, risulta più comprensibile e flessibile rispetto al procedimento penale; infine, è percepito come mezzo per favorire un riequilibrio delle dinamiche di potere all'interno della comunità.

2.3.1. Possibili pratiche riparative applicabili ai reati culturalmente orientati

Tra i molteplici programmi riparativi sperimentati è utile individuare quelli che meglio potrebbero risponde alle esigenze del multiculturalismo.

Le pratiche generalmente e diffusamente riconosciute in dottrina[952] come riparative vengono ricondotte a tre modelli principali: la mediazione, il *conferecing* e i *circles*.

La mediazione autore-vittima (anche nota con l'acronimo inglese VOM, *victim-offender mediation*) rappresenta il programma riparativo più conosciuto e diffuso, soprattutto in ambito europeo[953]. La VOM coinvolge principalmente, se non esclusivamente, il reo e la vittima e, pertanto, per parte della dottrina[954] non sarebbe uno strumento totalmente riparativo.

Questa considerazione, con riferimento ai reati culturalmente orientati, parrebbe condivisibile: anche alla luce dell'esperienza comparata, il coinvolgimento della

---

Sul punto si rimanda anche alla pagina web del Progetto di ricerca europeo *ALTERNATIVE – Developing alternative understandings of security and justice through restorative justice approaches in intercultural settings within democratic societies*, condotto tra il 2012 e il 2016. Cfr. http://www.alternativeproject.eu/about-us/general-information/.

[952] MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa*, cit., p. 121.

[953] Interessante notare come il recente d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (G.U. 17 ottobre 2022, n. 243) di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134 recante *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari* (cd. riforma Cartabia) si riferisca a «programmi di giustizia riparativa» in senso lato e non esclusivamente alla mediazione penale.

[954] Cfr. in particolare MCCOLD P., WACHTEL T., *In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice*, 2003, reperibile al link https://www.iirp.edu/news/in-pursuit-of-paradigm-a-theory-of-restorative-justice.

comunità[955] minoritaria è un elemento assolutamente imprescindibile per riarmonizzare il tessuto relazionale danneggiato dal reato[956]. Tuttavia, non si può escludere a priori che le attività riparative conseguenti ad un processo di mediazione possano avere effetti anche sulla comunità di appartenenza, favorendo una maggiore consapevolezza della offensività della condotta all'interno del gruppo minoritario[957].

Più rispondenti alle esigenze della tipologia di reati in esame sembrerebbero essere le altre due pratiche riparative.

Il *conferecing* (noto come *Community* o *Family Group Conferecing*) rappresenta una mediazione allargata ai familiari o ai parenti della vittima e del reo e, in alcuni casi, anche alla comunità[958]: per i reati in esame, favorirebbe la partecipazione dei membri della comunità immigrata interessata dalla vicenda penale.

---

[955] Per una approfondita riflessione sul concetto di comunità nell'ambito della *restorative justice*, cfr. MCCOLD P., *Restorative Justice: The Role of the Community*, 1995, reperibile al link https://www.iirp.edu/news/restorative-justice-the-role-of-the-community. L'autore non sembra addivenire a una specifica definizione di comunità, come evidenziato anche da JOHNSTONE G., *Restorative Justice,* cit., p. 127. Tuttavia, McCold mette in luce un aspetto molto importante: nell'ambito della giustizia riparativa non può essere fornita a priori una definizione di comunità, essendo quest'ultima strettamente interdipendente al conflitto stesso e al tipo di relazioni di volta in volta interessate. Significativo in tal senso è che anche il d.lgs. 150/2022 fornisca una definizione di giustizia riparativa, di vittima del reato, dell'autore dell'offesa, di familiare, di esito riparativo, ecc., ma non di comunità (nonostante quest'ultimo concetto venga espressamente menzionale).

[956] Tale problematicità della mediazione viene evidenziata da MUZZICA R., LONGOBARDO C., *I reati culturalmente orientati,* cit., p. 56.

[957] Cfr. PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit., p. 318.

[958] Questo modello riparativo nasce in Nuova Zelanda, anche grazie all'influenza della cultura Maori. Per approfondimenti, cfr. SPRICIGO B., *La giustizia riparativa,* cit., pp. 1938 e ss. L'autrice si sofferma sull'importanza del coinvolgimento della comunità in queste pratiche riparative.

Particolarmente interessante è anche in progetto di ricerca, attualmente in corso, condotto dall'Università di Aarhus (Danimarca) in collaborazione con il *Danish National Police* che mira a comparare la mediazione reo-vittima con la cd. mediazione allargata. L'obiettivo dello studio è quello di valutare quale dei due programmi riparativi sia più efficace in termini di costi, riduzione del tasso di recidiva e soddisfazione dei partecipanti al processo riparativo. I risultati della ricerca non sono ancora disponibili, ma per un approfondimento di rimanda a GADE C.B.N., *"Restorative Justice",* cit., p. 37.

Infine, i *circles* (noti come *Sentencing* o *Peacemaking Circles*) costituiscono un modello particolarmente interessante per il presente ambito di indagine. Come già analizzato nel capitolo dedicato alla comparazione, queste pratiche riparative nascono in Canada con particolare riferimento agli imputati di origine aborigena. Essi coinvolgono l'intera comunità di appartenenza che, in sede di commisurazione della sanzione penale, è chiamata a dialogare con i rappresentanti della comunità maggioritaria rappresentata dal sistema di giustizia tradizionale (in particolare, dalla figura del giudice). L'obiettivo è quello di pervenire alla determinazione di una sanzione condivisa (o, meglio, concordata) tra le parti. L'effetto particolarmente positivo di questo strumento riparativo consiste nel favorire la «piena comprensione del fatto e del contesto in cui esso è maturato» e di «individuare collettivamente sia un programma riparativo (...) sia il modo per prevenire futuri reati»[959].

È importante sottolineare che ogni programma dovrebbe permettere al reo di partecipare anche in assenza della vittima specifica[960], ciò allo scopo di garantire che la finalità rieducativa *latu sensu* intesa cui la *restorative justice* tende non sia messa in discussione dalla mancata partecipazione della vittima[961].

2.4. Orizzonti di complementarietà tra la giustizia riparativa e quella tradizionale alla luce della cd. riforma Cartabia

È ora necessario approfondire in che termini il paradigma riparativo, strumento privilegiato per la gestione delle multiculturalità in sede giuridica, si innesti all'interno del sistema penale di riferimento. Non mancano positivi esempi di modelli riparativi alternativi al processo, soprattutto quando il gruppo culturale è ben radicato sul territorio. Un caso particolare, che merita di essere menzionato in

---

[959] MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa*, cit., p. 125. In tal senso anche JOHNSTONE G., *Restorative Justice,* cit., p. 3, il quale afferma come nei *sentencing circles* ci si interroga su «*issues such as to what extent the community shares responsibility for the crime and for doing something about it*».

[960] Interessante notare come questa possibilità sia prevista a livello normativo dall'art. 53 del già richiamato d.lgs. 150/2022.

[961] In tal senso, MATTEVI E., *La rieducazione,* cit., p. 73.

questa sede, è quello della *Gladue Court* in Toronto[962]. Questa particolare corte canadese, nonostante sia istituita come sede alternativa di risoluzione delle controversie penali in materia aborigena, applica esclusivamente il diritto penale canadese e non quello aborigeno come, invece, solitamente accade. Un altro esempio proviene dal Regno Unito: il riferimento è agli *Sharia Councils* e al *Muslim Arbitration Tribunal*, istituzioni che operano in modo parzialmente non riconosciuto e spesso a livello comunitario[963].

I meccanismi di risoluzione informale delle controversie rischiano, tuttavia, di contrastare con i principi fondamentali dello Stato di diritto e con le garanzie proprie del diritto penale.

Alla luce della natura dei reati culturalmente orientati, tendenzialmente offensivi di beni giuridici di massimo rango, non sembra opportuno ipotizzare un modello estraneo al sistema giuridico tradizionale. Si dovrebbe, piuttosto, prediligere e ricercare la complementarietà tra la giustizia riparativa e quella tradizionale.

Fondamentale in tal senso, per una declinazione pratica nel nostro ordinamento della proposta oggetto della presente tesi, è l'approvazione del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134 recante *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari* (cd. riforma Cartabia, dal nome del Ministro della Giustizia)[964].

---

[962] Per gli opportuni approfondimenti si rimanda al capitolo della presente tesi dedicato all'ordinamento canadese.

[963] Sul punto si rimanda a RIGONI C., *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*, Routledge, Oxon, 2023.

Nel contesto tedesco, il riferimento è alla cd. *Paralleljustiz* in particolare in ambito penale. Cfr. Progetto di ricerca del Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law dal titolo *Conflict Regulation in Germany's Plural Society*. *Study of So-Called Paralleljustiz in Criminal Law in North Rhine-Westphalia.*

[964] D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (G.U. 17 ottobre 2022, n. 243) di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134 recante *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari* (cd. riforma Cartabia).

Il Titolo IV della novella legislativa in esame introduce, per la prima volta in Italia, una disciplina organica della giustizia riparativa[965], regolamentando anche il profilo

Per completezza si segnala che l'art. 6 del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 (c.d. decreto rave, il primo del governo Meloni) ha inserito nel d.lgs. n. 150/2022 l'articolo 99 *bis*, differendo così al 30 dicembre 2022 l'entrata in vigore della riforma Cartabia. Il d.l. 162/2022 è stato convertito in l. 30 dicembre 2022, n. 199.

[965] È opportuno precisare che già prima della riforma del 2022 l'ordinamento italiano era interessato da esperienze vario titolo riparative. Alla luce della definizione cd. pura che è stata prediletta dal legislatore, si riportano di seguito solo i principali riferimenti normativi in tema di mediazione penale, l'unico programma riparativo in senso olistico presente nell'ordinamento italiano *ante* riforma Cartabia.

Tre sono le direttrici entro cui potevano trovare spazi operativi dei percorsi (principalmente se non esclusivamente) di mediazione penale: il procedimento penale minorile, il procedimento penale per imputati adulti e quello davanti al giudice di pace.

Con riferimento all'ambito minorile, il D.P.R. n. 448 del 1988 prevede due modalità per dare avvio alla mediazione. L'art. 9 del D.P.R. n. 448/1998 consente al pubblico ministero e al giudice, nella fase delle indagini preliminari, di acquisire informazioni sul minore al fine di verificare la disponibilità dello stesso ad incontrare la vittima e ad iniziare un percorso di mediazione. L'art. 28 del D.P.R. n. 448 del 1998 prevede, inoltre, la possibilità di attivare la mediazione in fase processuale tramite la sospensione del processo con messa alla prova. Per approfondimenti, cfr. AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile. Documento di studio e proposta,* 2018, reperibile al link https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/mediazione-penale-giustizia-riparativa-minori.pdf; BUCCELLATO N., *I dati della mediazione penale minorile. L'esperienza di "monitoring-in net"*, in MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N. (a cura di), *1° Rapporto Nazionale sulla mediazione penale minorile*, Gangemi Editore, Roma, 2012, pp.49-76; CESARI C., *Art. 28. Sospensione del processo e messa alla prova*, in GIOSTRA G. (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 341-396; PICOTTI L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, CEDAM, Padova, 1998.

Inoltre, il d.lgs. 121/2018, all'art. 1, permette di avviare una mediazione anche nella fase esecutiva della pena.

Con riferimento agli imputati adulti, particolare menzione merita la legge 67 del 28 aprile 2014 che ha introdotto la sospensione del processo con messa alla prova. La mediazione, infatti, è esperibile -ove possibile- all'interno del programma di messa alla prova *ex* art. 464, comma 4 c.p.p. Per approfondimenti, cfr. SESSA S., *La giustizia riparativa nell'ordinamento penale italiano*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, pp. 1-19; MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa*, cit., pp. 395 e ss.

della formazione dei mediatori e prevedendo un'apposita copertura economica per gli istituendi Centri di giustizia riparativa[966] .

Come già ricordato nelle precedenti pagine, il legislatore chiarisce, *in primis*, cosa sia la giustizia riparativa: l'art. 42 del decreto in esame, infatti, è dedicato alle definizioni di giustizia riparativa, di vittima del reato, di persona indicata come autore dell'offesa, di familiare, di esito riparativo, di servizi per la giustizia riparativa e di centri per la giustizia riparativa.

Sintetizzando il dettato normativo, si può evidenziare come la giustizia riparativa presupponga un incontro volontario, confidenziale e riservato tra i protagonisti della

---

Infine, nel procedimento davanti al giudice di pace (d.lgs. n. 274/2000), la conciliazione tra le parti risulta essere l'obiettivo principale e la *ratio* alla base di questo rito. Il giudice deve, infatti, favorire la conciliazione tra le parti (cfr. art. 29 del d.lgs. n. 274/200). Per approfondimenti, cfr. PICOTTI L., SPANGHER G., *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003; PICOTTI L., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. Conciliazione, irrilevanza del fatto e condotte riparatorie*, IPSOA, Milano, 2003; PICOTTI L., SPANGHER G., *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dlla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002.

BARTOLI R., *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva,* in *Sistema penale*, 2022, pp. 1-15, p. 11 precisa come la mediazione, negli anni, abbia sempre operato senza che fosse disciplinato il suo rapporto con la giustizia punitiva. Con riferimento alle previsioni poc'anzi analizzate, l'autore afferma come si tratti di norme «importanti (...) ma più di facciata, "*naif*", perché prive di una disciplina, rendendo così la mediazione meramente accessoria».

[966] L'assenza di regole per la formazione dei mediatori e la carenza di fondi sono due dei principali limiti che i centri hanno incontrato nell'esercizio della loro attività durante gli anni. A ciò si aggiunge, inoltre, la mancanza di personale stabilmente impiegato e di linee guida nazionali in materia. Per un approfondimento sia permesso di rinviare al progetto di ricerca internazionale *Restorative Justice in Penal Matters in Europe* per l'aggiornamento del volume DÜNKEL, F., GRZYWA-HOLTEN, J., HORSFIELD, P. (a cura di), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries* (Vol. 1+2), Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2015. Il Rapporto nazionale, aggiornato al 2022, per l'Italia è stato redatto da Picotti L., Flor R., Mattevi E., Monachini S.C. ed è in corso di pubblicazione. In particolare, il capitolo 3 del citato *report* analizza la struttura organizzativa dei centri di mediazione e le relative criticità alla luce delle risposte che gli stessi hanno fornito al questionario appositamente redatto dal *team* di ricerca italiano per comprendere lo stato dell'arte della giustizia riparativa in Italia.

vicenda penale che tramite un percorso dialogico e partecipato, facilitato da un soggetto terzo «equiprossimo»[967] (mediatore), pervengono al cd. *restorative outcome* che si proietta al futuro (e non al passato, come la pena) in modo attivo e responsabile. Nello specifico, «la giustizia riparativa è un modello compiutamente articolato per la trattazione e la soluzione di conflitti sociali, la giustizia punitiva invece quasi mai risolve il conflitto, anzi lo alimenta con quel perverso meccanismo che conosciamo del "raddoppio del male"»[968].

La questione definitoria assume una valenza particolare, soprattutto per chiarire, a contrario, cosa non si debba considerare giustizia riparativa: il legislatore, infatti, prediligendo il cd. approccio puro (o olistico) che presuppone un incontro tra le parti improntato al dialogo, alla comunicazione e all'ascolto, non include nel novero delle pratiche riparative il risarcimento del danno, i lavori di pubblica utilità, o le attività di volontariato sociale[969]. Particolare menzione merita, ad esempio, l'art.

---

[967] BORTOLATO M., *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in *Questione Giustizia*, 2022, reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-riparativa-cartabia evidenzia come, mentre il giudice è un soggetto terzo neutrale, il mediatore è «sta nel mezzo» del conflitto affianco alle parti. Il suo compito non è quello di mediare tra le parti o di favorire una possibile soluzione del conflitto, ma quello di facilitare il dialogo tra i soggetti al fine della spontanea conciliazione.

Cfr. CERETTI A., *Mediazione umanistica e cosmologie violente*, in MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N. (a cura di), *2° Rapporto nazionale sulla giustizia riparativa in area penale*, Gangemi, Roma, 2022, pp. 83-100, p. 84: «Offre il proprio benvenuto, alla stregua di un ospite, e mette a disposizione uno spazio dove chi viene ospitato possa trovare da sé il senso del proprio ruolo».

In senso affine, cfr. CERETTI A., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in PICOTTI L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, pp. 19-60, p. 37.

[968] BORTOLATO M., *La riforma Cartabia*, cit., reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-riparativa-cartabia.

BARTOLI R., *Una breve introduzione,* cit., p. 3 fornisce una definizione efficacie: «un percorso che ha come mezzo il dialogo e come obiettivo un punto di incontro».

CERETTI A., *Mediazione umanistica e cosmologie violente*, cit., p. 85 definisce la mediazione come «opportunità di espressione, poi di comunicazione e infine di trasformazione».

[969] Cfr. BORTOLATO M., *La riforma Cartabia*, cit., reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-riparativa-cartabia; BRUNELLI F., MANCINI E., *La Giustizia Riparativa e il ruolo della magistratura. Proposta per l'elaborazione di linee guida*, in

162 *ter* c.p. che disciplina, per i reati procedibili a querela, l'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie. L'istituto non risponde ai principi della *restorative justice* in quanto è principalmente orientato a una logica risarcitoria e restitutoria. Quelle previste dalla norma sono condotte riparatorie, ma non riparative: «la condotta ripara l'offesa intesa come bene giuridico tutelato (...) Nel contesto della giustizia riparativa l'offesa da riparare è entità complessa e ben più ampia rispetto al danno poiché include, inoltre, una "componente tendenzialmente soggettiva"»[970]. È, infatti, la riparazione intesa quale risarcimento del danno ad essere l'elemento necessario e sufficiente per l'estinzione del reato. A ciò si aggiunga che il giudice, a fronte di una offerta reale ritenuta congrua ai sensi di quanto stabilito dal codice civile, può dichiarare estinto il reato anche contro la volontà della persona offesa[971].
Punto nodale è il rapporto tra giustizia riparativa e giustizia penale tradizionale.
La scelta italiana è stata quella della complementarietà[972]: la partecipazione a un programma riparativo non è una alternativa (con contestale rinuncia della pretesa

Questione Giustizia, 2022, reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-giustizia-riparativa-e-il-ruolo-della-magistratura; PRESUTTI A., *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, in *Sistema penale*, 2022, reperibile al link https://sistemapenale.it/it/opinioni/presutti-aspettative-e-ambizioni-del-paradigma-riparativo-codificato.

Interessante, nel contesto della presente ricerca, richiamare quanto affermato dal primo autore citato in questa nota. BORTOLATO M., *La riforma Cartabia*, cit., reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-riparativa-cartabia ribadisce come il «diritto è prima di tutto una dimensione dell'uomo» e la giustizia è un «insieme di premesse culturali».

[970] PRESUTTI A., *Aspettative e ambizioni,* cit., par. 2.

[971] Particolarmente critica circa la possibilità di ricondurre tale istituto ai principi della giustizia riparativa è MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa*, cit., pp. 510-511. D'AMATO S., *La giustizia riparativa,* cit., p. 27 afferma come l'istituto in esame sia una «figura diametralmente opposta ad un modello di *restorative justice*». Similmente anche PROVERA A., *Tra frontiere e confini*, cit.,

Per un commento approfondito alla disposizione in esame, cfr. GRANDI C., *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *La legislazione penale*, 2017, pp. 1-29, reperibile al link https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2017/11/C.-Grandi-commento-l.-103-21017.pdf.

[972] *Ibidem*.

punitiva in capo allo Stato) e non è nemmeno una modalità sussidiaria (con applicazione residuale della pena solo ai casi in cui la riparazione risulti impossibile) rispetto al processo e alla sanzione penale[973]. Il modello riparativo e quello tradizionale, nella scelta del legislatore italiano, sono in rapporto di interazione tra loro e condividono alcuni fondamentali principi alla base del sistema penale come, *in primis*, l'orizzonte rieducativo della pena *ex* art. 27 Cost. La giustizia riparativa è, infatti, «strumento per promuovere indirettamente quella

---

La riforma Cartabia sembra aver fornito una risposta a quelli che erano stati individuati come gli aspetti più problematici circa il rapporto tra il paradigma tradizionale di giustizia e quello riparativo. In un'ottica di complementarietà tra i due sistemi, la riforma ha, infatti, previsto che la mediazione sia applicabile a tutti i reati e ha, altresì, stabilito che la mediazione sia esplicabile in ogni stato e grado del procedimento penale.

Tuttavia, quella che nel 2018 era stata definita da PALAZZO F., *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora*, cit., pp. 521- 552, p. 550 come la «vera sfida» della giustizia riparativa sembrerebbe non essere stata pienamente affrontata: la mediazione, infatti, non è stata prevista quale soluzione generale di definizione del processo di cognizione.

Per la dottrina, che già alcuni anni propone una riforma del sistema sanzionatorio improntata al concetto di pena prescrittiva, la riforma Cartabia sarebbe un ennesimo compromesso. Cfr., in particolare, EUSEBI L., *Il cantiere lento*, cit., pp. 1-12. Eusebi sottolinea come la riforma non intervenga «sull'impianto teorico del punire»: ciò emerge dalla riformata disciplina delle sanzioni sostitutive. Per l'autore, non aver ricompreso tra le sanzioni sostitutive applicabili dal giudice anche l'affidamento in prova al servizio sociale sarebbe un chiaro indice di politica criminale: questa tipologia di sanzione sostitutiva «avrebbe permesso di chiudere la fase del processo con una risposta sanzionatoria non più quantificata, pur sempre, in termini aritmetici (nell'ottica della corrispettività rispetto al reato), bensì di tipo programmatico ovvero, in sostanza, prescrittivo». EUSEBI L., *Il cantiere lento*, cit., p. 3.

[973] PRESUTTI A., *Aspettative e ambizioni,* cit., par. 3 precisa che vi è una eccezione alla regola della complementarietà. Si tratta dei reati procedibili a querela suscettibile di remissione: in queste ipotesi, la giustizia riparativa si può sostituire al modello tradizionale. Se, infatti, a seguito di un programma riparativo, la querela non viene presentata, il processo non viene nemmeno avviato. Similmente, se la querela viene rimessa, la conciliazione tra le parti sostituirà la sanzione penale. Inoltre, per questi reati, è prevista la sospensione del procedimento o del processo penale a richiesta dell'imputato per non oltre 180 giorni al fine di consentire lo svolgimento di un programma riparativo, alla luce degli effetti che l'esito riparativo positivo ha sulla vicenda penale. Si vedano i riformati artt. 152, comma 3 n. 2 c.p., 90 *bis*, p) *ter* c.p.p. e 129 *bis*, comma 4 c.p.p.

adesione al precetto (...) che è in definitiva il reale scopo della minaccia di pena»[974]. Ancora più incisivamente: «riparazione e rieducazione in realtà si saldano»[975] grazie ad una nuova pena agita o interrelazionale che incarna il senso più profondo dall'art. 27 Cost[976].

L'accesso ai programmi riparativi è ammesso in qualsiasi stato e grado del procedimento penale e per qualsiasi fattispecie, a prescindere dalla gravità del reato (art. 44 del d.lgs. 150/2022), ma «la giustizia riparativa *deve* incontrare il processo»[977] e, pertanto, sono stati previsti dei momenti di intersezione.

Il legislatore ha previsto, infatti, che l'esperimento di un programma riparativo con esisto positivo[978] abbia delle concrete ricadute sulla vicenda penale, intervenendo sull'*an* e sul *quantum* della pena[979].

Con riferimento al primo aspetto, l'art. 131 *bis* c.p. novellato prevede che la punibilità possa essere esclusa per particolare tenuità del fatto anche in considerazione della condotta susseguente al reato, come la partecipazione a percorsi riparativi[980]. È rilevante, inoltre, anche l'istituto della sospensione del

---

[974] Cfr. BORTOLATO M., *La riforma Cartabia*, cit., reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-riparativa-cartabia

[975] *Ibidem*.

[976] *Ibidem.*

BARTOLI R., *Una breve introduzione,* cit., p. 11 afferma come la giustizia riparativa si inserisca tra i possibili strumenti per ridurre l'ambito applicativo della pena in concreto.

[977] PRESUTTI A., *Aspettative e ambizioni,* cit., par. 4.

In tal senso anche PALAZZO F., *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sistema penale*, 2021, pp. 1-18, pp. 14-15.

[978] Importante sottolineare come il mancato raggiungimento di un esito riparativo o l'interruzione del programma non producano effetti sfavorevoli per l'imputato.

[979] BARTOLI R., *Una breve introduzione,* cit., p. 12 ripropone la medesima bipartizione riferendosi non all'*an* e al *quantum* di pena, ma a un modello sostitutivo e a un modello complementare da un punto di vista sostanziale. Quello sostitutivo attiene alla non punibilità del fatto alla luce dell'esisto positivo del programma riparativo; quello complementare determina una mera diminuzione della pena in concreto applicata.

[980] *Ibidem*. L'autrice segnala come, se il programma riparativo viene avviato durante la fase delle indagini preliminari, l'esito positivo dello stesso potrebbe fondare la richiesta di archiviazione *ex* art. 411, comma 1 *bis* c.p.p.

procedimento con messa alla prova *ex* art. 464 *bis* c.p.p.: l'esito positivo della messa alla prova, che può prevedere all'interno del programma trattamentale sia percorsi di mediazione che lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa, estingue, infatti, il reato. Sempre con riferimento all'*an* della sanzione, per i reati procedibili a querela suscettibile di remissione, l'esito positivo del percorso riparativo equivale a remissione tacita della querela[981].

Per quanto attiene, invece, al *quantum* della sanzione penale[982], il legislatore ha previsto che il giudice possa tenere in considerazione l'esito riparativo al fine della sua commisurazione *ex* art. 133 c.p. Inoltre, all'art. 62 n. 6 c.p. è stata introdotta una nuova circostanza attenuante comune per la partecipazione a un programma riparativo conclusosi con esito positivo. Tale partecipazione è, altresì, contemplata tra le ipotesi di sospensione condizionale della pena *ex* art. 163, comma 4 riformato. Per completezza espositiva, si segnala che il d.lgs. 150/2022 contiene numerose disposizioni ulteriori in materia di giustizia riparativa, che permettono alla stessa di essere effettivamente esperita in ogni stato e grado del procedimento. Si tratta di quella che è stata definita «operatività binaria»[983]: solo «dalle indagini al giudizio di primo grado (...) la giustizia riparativa [è] in grado di provocare ricadute nel processo», successivamente ci saranno solo «intersezioni senza ricadute»[984]. Non è possibile in questa sede sviluppare una approfondita digressione in tema di diritto processuale penale; ciò che preme sottolineare è che le disposizioni appena richiamate, insieme a quelle riguardanti la fase di esecuzione della pena[985],

---

[981] *Ibidem*.

[982] BORTOLATO M., *La riforma Cartabia*, cit., reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-riparativa-cartabia afferma come le previsioni che intervengono sul *quantum* della sanzione penale in relazione all'esito riparativo raggiunto sorreggono l'idea per cui la riparazione sottrae qualcosa alla pena tradizionale.

[983] *Ibidem*.

[984] *Ibidem*.

[985] Con particolare riferimento all'ordinamento penitenziario (L. 354 del 26 luglio 1975), la riforma in esame interviene su tre articoli. All'art. 13, comma 4 o.p. si prevede che, per l'individualizzazione del trattamento penitenziario, siano favoriti programmi di giustizia riparativa. Viene introdotto il nuovo art. 15 *bis* o.p. rubricato «Giustizia riparativa» che sancisce come l'esito favorevole del programma riparativo sia valutato ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione

rispondono non tanto alla volontà di creare un modello complementare a quello tradizionale con finalità deflattiva, ma piuttosto attengono a un più generale obiettivo di politica criminale. La riforma mira a «incoraggiare il senso di responsabilità degli autori dell'illecito e offrire loro l'opportunità di riconoscere i propri torti così da favorire il loro ravvedimento e consentire la riparazione e la comprensione reciproca e incoraggiare la rinuncia a delinquere»[986].

Infine, la disciplina in esame prevede anche la figura del mediatore esperto. Gli artt. 59 e 60 del decreto attengono, infatti, alla formazione professionale di questa figura e alle relative modalità di accreditamento e iscrizione presso l'apposito albo. Per completezza si segnala che la disciplina puntuale in materia è stata demandata a due appositi decreti ministeriali che sono stati adottati il 9 giugno 2023[987]: un primo decreto disciplina forme e tempi della formazione per ottenere la qualifica di mediatore esperto[988], nonché le prove d'esame per il conseguimento del titolo; un

dei permessi premio, delle misure alternative alla detenzione e della liberazione condizionale. Infine, l'art. 47, comma 12 o.p. dispone che nella valutazione dell'esito positivo del periodo di prova nell'affidamento sia valutato anche lo svolgimento di un programma riparativo.

[986] Raccomandazione del Consiglio d'Europa, CM/Rec. 2018/8. In tal senso anche PRESUTTI A., *Aspettative e ambizioni,* cit., par. 5.

[987] Decreto del Ministro della Giustizia 9 giugno 2023, *Disciplina delle forme e dei tempi della formazione finalizzata a conseguire la qualifica di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa nonché delle modalità di svolgimento e valutazione della prova di ammissione alla formazione ed altresì della prova conclusiva* (G.U. n. 155, 5 luglio 2023) e Decreto del Ministro della Giustizia 9 giugno 2023, *Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa. Disciplina dei requisiti per l'iscrizione e la cancellazione dall'elenco, del contributo per l'iscrizione allo stesso, delle cause di incompatibilità, dell'attribuzione della qualificazione di formatore, delle modalità di revisione e vigilanza sull'elenco, ed infine della data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione costituisce requisito obbligatorio per l'esercizio dell'attività* (G.U. n. 155, 5 luglio 2023).

[988] Interessante è la definizione di mediatore esperto presente all'art. 3 del primo decreto: «è un professionista, imparziale e adeguatamente formato, che, con indipendenza, sensibilità, riservatezza ed equiprossimità, conduce i programmi, mediativi o comunque dialogici, svolti nell'interesse della vittima e della persona indicata come autore dell'offesa».

secondo decreto istituisce, invece, l'elenco dei mediatori esperti presso il Ministero della giustizia e ne disciplina i criteri per l'iscrizione[989].

Rilevante, ai fini della presente ricerca, è il primo dei due decreti ministeriali del 9 giugno 2023 che disciplina espressamente il percorso di formazione per ottenere la qualifica di mediatore esperto: a una formazione teorica iniziale, assicurata tramite corsi universitari nelle materie giuridiche quali diritto penale, diritto processuale penale, diritto penitenziario, diritto minorile, criminologia e vittimologia, nonché metodologie e tecniche della giustizia riparativa, si aggiunge una formazione pratica assicurata dai Centri di mediazione cui si affianca anche un tirocinio curriculare.

Inoltre, per assicurare un costante aggiornamento dei mediatori esperti, l'art. 10 del decreto in esame disciplina le modalità di formazione continua con scadenza annuale.

Di maggiore interesse è l'art. 5 del primo dei due decreti ministeriali del 9 giugno 2023 dedicato al tema della formazione interdisciplinare. Oltre alla cd. formazione iniziale nelle classiche materie penalistiche, è infatti prevista un'offerta formativa nelle cd. materie correlate: tra queste, in particolare, sono indicate anche antropologia giuridica e culturale e sociologia dei processi culturali e interculturali. Di particolare rilievo è, infine, l'inciso che prevede che ogni Centro potrà, sulla base dell'elenco di materie correlate indicate in decreto, determinare singolarmente quali discipline approfondire maggiormente anche in relazione anche alle conflittualità più frequenti nel territorio di riferimento.

2.5. La proposta di un percorso riparativo culturalmente orientato

[989] CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione reo/vittima. Le istruzioni per l' "uso" del Consiglio d'Europa*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile*, 2008, pp. 201-209, pp. 205-206 sottolineano l'importanza della «qualificazione pubblica del servizio di mediazione» e dei Centri di mediazione: «la dimensione pubblica è propria del diritto penale ed è cruciale nelle pratiche riparatorie per segnalare come queste ultime non sono mai riconducibili a un fatto privatistico tra reo e vittima, essendo primariamente rivolte invece alla ricomposizione del legame sociale».

La formazione dei mediatori è di massima importanza per conferire alla giustizia riparativa rigore scientifico[990] (e giuridico) sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo e per garantire che i programmi riparativi possano effettivamente esprimere la loro massima potenzialità, anche in relazione ai reati culturalmente orientati.

Non è plausibile immaginare che i mediatori siano formati su tutti gli aspetti culturali che di volta in volta, nei casi concreti, assumono rilevanza[991]. Come ben afferma Pannia: «(...)bisogna, ancora prima di conoscere, essere capaci di "riconoscere" la complessità, che qui si condensa nella dimensione culturale»[992]. È essenziale che il mediatore abbia un piena consapevolezza del «diritto dell'altro di essere diverso»[993]. In sede di formazione è, pertanto, imprescindibile evidenziare l'importanza che il fattore culturale può avere anche in ambito giuridico, sottolineare la necessità di una adeguata gestione della diversità culturale in sede penale e prospettare una possibile specifica metodologia per la gestione del processo riparativo in queste ipotesi. Con riferimento, in particolare, a quest'ultimo aspetto, l'interdisciplinarietà del sapere scientifico riveste un ruolo

---

[990] In tal senso MANNOZZI G., *Le potenzialità della giustizia riparativa*, in PATRIZI P. (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., pp. 129-140, p. 135 sottolinea la necessità di favorire in modo costante ed equilibrato didattica, ricerca e prassi in ambito riparativo al fine di evitare il rischio di applicazioni banalizzanti o fuorvianti del paradigma *restorative*. Cfr. anche MANNOZZI G., *La giustizia riparativa,* cit., p. 22.

[991] LEBARON M., ZUMETA Z.D., *Windows on Diversity: Lawyers, Culture, and Mediation Practice*, in *Conflict Resolution Quarterly,* 2003, pp. 463-472 ribadiscono l'importanza della formazione dei mediatori anche in ambito culturale.

[992] PANNIA P., *La diversità rivendicata.,* cit., p. 389.

[993] CERETTI A., *Mediazione umanistica e cosmologie violente*, cit., pp. 83-100, pp. 85-86 sottolinea come l'ascolto cui è chiamato il mediatore si articoli su due livelli: *in primis*, un ascolto empatico che permetta il riconoscimento dei sentimenti delle parti; vi è, inoltre, un ascolto inteso come «sentire i valori», ossia la capacità di «essere aperto alla "realtà di valori" espressi da vittime e rei». Ceretti definisce questa seconda e più articolata modalità di ascolto quale «empatia cognitiva» che permette al mediatore di riconoscere ed accettare che le parti possano avere pensieri, opinioni e convinzioni diverse dalle sue.

fondamentale[994]: così come per il giudice è di fondamentale importanza essere affiancato dal sapere antropologico nelle forme del *test* culturale o, più in generale, delle cd. forme di c*ultural expertise*, così anche il mediatore, durante il percorso riparativo, dovrà essere assistito da una figura "culturalmente esperta".

La collaborazione tra esperti mediatori è l'idea alla base dell'interessante modello di mediazione sviluppatosi in alcuni paesi scandinavi: il riferimento è alla cd. *cross-cultural mediation*. Questo particolare percorso riparativo è stato sviluppato agli inizi degli anni 2000 da un mediatore danese di origini afgane, Farwha Nielsen[995], per casi di *honour-based violence* e *forced marriage* all'interno delle comunità immigrate, stante l'incapacità del sistema giuridico tradizionale di affrontare efficacemente forme di violenza spesso endo-familiari[996].

La *cross cultural mediation* è definibile quale metodologia basata sul dialogo e volta a risanare le relazioni sociali in contesti particolari, nei quali l'appartenenza etnica riveste un ruolo fondamentale. L'obiettivo non è solo quello di superare il conflitto individuale, ma anche quello di favorire una riflessione con la conseguente eliminazione o modifica di pratiche culturali dannose per alcuni membri della comunità di appartenenza[997]: l'approccio dialogante «*can promote social and*

---

[994] CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione reo/vittima*, cit., p. 205 già evidenziavano la necessità per il mediatore di acquisire un alto livello di competenze non solo giuridiche; è, infatti, imprescindibile che il mediatore abbia piena padronanza di quelle *skills* che gli permettono di lavorare con le vittime e con gli autori di reato.

[995] NIELSEN F., *Cross-Cultural Mediation: Dialogue in Honour-Related Conflicts*, in OVERLAND G., GURIBYE E., LIE B. (eds.), *Nordic Work with Traumatised Refugees: Do We Really Care*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2014, pp. 234-244; NIELSEN F., *Cross-Cultural Mediation Method in Honour-Related Conflicts*, 2013, reperibile al link https://vimeo.com/66709741.

[996] ALBRECHT B., *Multicultural Challenges for Restorative Justice*, cit., pp. 3-24 si sofferma sull'applicazione della *cross-cultural mediation* a reati commessi a danno di vittime appartenenti a un gruppo minoritario diverso rispetto a quello del reo. L'autore propone quattro casi studio in materia dove, seppure non trattandosi di reati culturalmente orientati, la differenza culurale ha una particolare rilevanza nella risoluzione del conflitto.

[997] *Ibidem*. Cfr. anche RIGONI C., *Honour-Based Violence,* cit., p. 179.

Sul punto, con più generale riferimento alle «*alternative forms of sentencing*», anche KIM N.S., *The Cultural Defense*, cit., p. 133: «*The increased awareness within the defendant's community would*

cultural change»[998]. La mediazione diventa, quindi, strumento di comprensione del conflitto e di incontro tra diverse realtà, con l'obiettivo di assicurare una migliore tutela della vittima[999]: «*more than a place where problems can be resolved with more speed and efficiency (...) [it] offers the ground on which the ideals of a multicultural society can be translated into reality*»[1000].

La *cross-cultural mediation* è, sostanzialmente, un percorso di mediazione (spesso allargata) che presenta, tuttavia, alcune peculiarità d'interesse per la presente ricerca.

Nonostante la cornice normativa di riferimento sia costituita dalla legislazione del paese ospitante e dalle fonti sovranazionali in materia di diritti umani, nei colloqui preliminari alla mediazione viene riservato ampio spazio al tema delle differenze culturali alla base delle condotte poste in essere[1001]. Religione, cultura, tradizioni rivestono un ruolo fondamentale nelle fattispecie in esame e necessitano di essere prese in considerazione e bilanciate con i bisogni delle parti, soprattutto delle vittime. L'obiettivo non è certo quello di imporre i valori occidentali, ma piuttosto di promuovere la comprensione e il riconoscimento di una base comune di diritti umani fondamentali che trascendono i confini culturali e religiosi.

Al fine di facilitare il dialogo inter-culturale e favorire un clima di fiducia e rispetto reciproci, la mediazione non viene condotta da un solo soggetto, ma da un *team* di due mediatori provenienti da contesti culturali differenti: alla figura del mediatore esperto in giustizia riparativa appartenente al gruppo maggioritario si aggiunge

---

diminish the likelihood that, in the future, a member of the community would continue the cultural practice not knowing of its wrongfulness by American legal standards».

[998] NIELSEN F., *Cross-Cultural Mediation*, cit., p. 234.

[999] NIELSEN F., *Cross-Cultural Mediation*, cit., p. 240 sottolinea, ad esempio, come spesso l'allontanamento della vittima dal contesto familiare possa creare disagi e traumi, percepiti come più gravi rispetto al reato per il quale si procede.

[1000] LEBARON M., ZUMETA Z.D., *Windows on Diversity,* cit., p. 471.

[1001] RIGONI C., *Honour-Based Violence,* cit., p. 230 ribadisce come «*concepts like honor, shame, obedience to the parents, and education of the children and the youth are discussed and analyzed in light of different perspectives represented in the meeting*».

quella del secondo mediatore - definibile come mediatore culturale - appartenente ad un gruppo etnico affine[1002] a quello delle parti coinvolte.

Questo processo riparativo, definibile anche come «*culturally balanced co-mediation*»[1003], è finalizzato a raggiungere un esito riparativo rispettoso delle differenze culturali, se - e solo se - queste ultime non violino i diritti umani[1004]. Sul punto preme sottolineare come questa forma di mediazione non legittimi assolutamente ogni prassi culturale *tout court*, ma apra al dialogo e alla riflessione sulla tradizione[1005] stessa senza, pertanto, incorrere nel cd. «soffocamento comunitario» a danno della vittima o nel cd. «paradosso della vulnerabilità culturale»[1006].

[1002] Come ben evidenziato dalla letteratura citata in materia, è preferibile che il secondo mediatore non sia del medesimo gruppo culturale minoritario delle parti per evitare che si perda quella imparzialità richiesta al facilitatore.

[1003] MASON S.J.A., KASSAM S., *Bridging Worlds: Culturally Balanced Co-Mediation*, in *Politorbis*, 2011, pp. 69-74.

[1004] *Ibidem*. L'autore ribadisce come nessuna forma di violenza nei confronti della vittima possa essere tollerata in virtù delle tradizioni culturali.

[1005] La mediazione potrebbe rappresentare la sede per mettere in discussione quella «comunità fantasma», quel «parlamento interiore» costituiti dall'insieme delle esperienze e dei vissuti di ciascuno e che danno senso all'agire sociale del singolo. L'obiettivo è quello di «aprirsi all'altro» in una forma di «riconoscimento reciproco» che permetta di concepire l' "altro" non come antagonista, ma come «altro possibile» rispetto a sé. Cfr. CERETTI A., *Mediazione umanistica e cosmologie violente*, cit., p. 83-100, pp. 88 e ss.

[1006] Il soffocamento comunitario e il paradosso della vulnerabilità culturale vengono segnalati da PARISI F., *Il diritto penale*, cit., pp. 5-6 come possibili controindicazioni dell'applicazione del paradigma *restorative* ai reati culturalmente orientati. Con la prima espressione si fa riferimento al rischio che, con il coinvolgimento della comunità nel processo riparativo, sia limitato il diritto della vittima di allontanarsi dalle regole culturali del gruppo; con la seconda formula si indica, invece, «il pericolo che tutele accordate ai vulnerabili gruppi culturali minoritari finiscano per legittimare forme di aggressione ai danni dei soggetti a loro volta più vulnerabili all'interno del singolo gruppo».
Tuttavia, come ben evidenziato da CERETTI A., *Mediazione umanistica e cosmologie violente*, cit., p. 83-100, pp. 94-95 è necessario che le parti si allontanino, grazie all'aiuto e al sostegno del mediatore, dalle «dimensioni cosmologiche individuali». Il percorso di mediazione deve «offrire un'esperienza di *empowerment* non giocato attraverso la vittimizzazione della parte più debole, ma fondato sull'ascolto rispettoso e sulla comunicazione verbale». Il processo riparativo costituisce

Fondamentale è anche la fase successiva cd. di *follow-up* ove l'obiettivo è quello di accertare che gli impegni presi dalle parti vengano effettivamente rispettati e di garantire la piena tutela della vittima, soprattutto quando quest'ultima torni in contatto diretto con il reo o con il contesto socio-culturale in cui si è generata la violenza[1007].

Rispetto al processo penale tradizionale, la *cross-cultural mediation* ha il pregio di avvicinarsi maggiormente a forme di giustizia praticate, anche informalmente, da diverse comunità. Essa risulta, pertanto, più comprensibile alle parti - soprattutto alle vittime. Queste ultime, infatti, proprio per la natura endo-familiare dei reati in esame, tenderebbero a non denunciare le violenze subite e a superare privatamente il conflitto, spesso con esiti drammatici. Il processo riparativo, invece, riuscirebbe a garantire anche una maggiore tutela dei soggetti deboli appartenenti alla comunità[1008]: «*the existence of intermediate solutions capable of keeping the victim safe while avoiding (or limiting) the serious consequences of a criminal trial (or a complete break-up) might encourage victims to come forward and to persist in their intent to exit the situation of violence*»[1009].

L'originalità e la duttilità giuridica alla base di questo percorso di mediazione riportano l'attenzione sulla necessità di sperimentare e armonizzare modelli, procedure e strategie giuridiche in grado di addivenire a risposte al reato più inclusive e attente ai concreti bisogni dei protagonisti dei conflitti culturali: «Guardando più a fondo, la problematica dei rapporti tra diritto penale e

---

«una modalità rivoluzionaria per co-involgere chi ha commesso violenze», «inedita modalità per assumersi diversi livelli di responsabilità» e permette, altresì, la «riaffermazione condivisa dell'importanza di "certi" valori che sanciscono la convivenza civile».

Cfr. anche CERETTI A., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., p. 38. L'autore, sfruttando il parallelismo con la tragedia greca, afferma come il processo di mediazione inizi con la fase di "rappresentazione del dramma" per poi giungere alla fase di "crisi" caratterizzata dal riconoscimento dell'altro e terminare con la "catarsi" che permette la trasformazione del conflitto in riparazione.

[1007] In tal senso cfr. CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione reo/vittima*, cit., p. 203. Gli autori evidenziano come sia fondamentale «rigore» e «continuità» nella fase di verifica e monitoraggio dei programmi riparativi con la collaborazione delle Università o di enti di ricerca qualificati.

[1008] Sul punto cfr., in particolare, RIGONI C., *Honour-Based Violence,* cit., pp. 218 e ss.

[1009] RIGONI C., *Honour-Based Violence,* cit., p. 218.

multiculturalismo sembra (...) destinata ad esibire una ricchezza di prospettive che non si lascia esaurire negli stilemi e nelle categorie con le quali il penalista, anche il più evoluto, è abituato generalmente a confrontarsi. In essa paiono invero convergere (…) suggestioni lontane e nuovi scenari metodologici, a loro volta destinati a conferire a quelle suggestioni una fisionomia ed una portata differente da quella originaria, in un gioco di riverberi e di reciproche interferenze ancora tutto da verificare e da decifrare nei suoi risvolti maggiormente qualificanti»[1010].

In sintesi, la presente ricerca, avvalendosi di una metodologia comparata, ha analizzato il *test* culturale e lo strumento della giustizia riparativa quali possibili modalità sperimentali di risoluzione e composizione dei conflitti, fondate sul dialogo e sulla comprensione delle diverse culture, al fine di permettere al diritto, anche e soprattutto a quello penale, di abbracciare un «orizzonte di riferimento più aperto alla realtà effettuale»[1011] e di individuare soluzioni per «*gestire* (...) l'impatto del reato nelle relazioni umane e sociali sulle quali abbia inciso»[1012].

L'auspicio, in conclusione, è che il diritto penale si apra così a «un certo margine di originalità non arbitrario»[1013] e che si assista, dunque, a un «ritorno all'umano della giustizia penale»[1014].

[1010] DE FRANCESCO G., *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in BERNARDI A. (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena* (Atti del Convegno in occasione del conferimento della laurea h.c. a Mireille Delmas-Marty, Ferrara 5-6 novembre 2004), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 137-163, p. 138.

[1011] FIANDACA G., *Epilogo. Tra presente e futuro*, in *Diritto penale e uomo*, 2019, p. 1-5, p. 5.

[1012] EUSEBI L., *«Gestire» il fatto di reato*, cit., p. 226.

[1013] REGGIO F., La nave di Milinda, cit., p. 84. Interessante è il richiamo al concetto di sapienza del diritto, così come proposto da MANNOZZI G., *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia. L'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative*, in *Discrimen*, 23 aprile 2020, reperibile al link https://discrimen.it/sapienza-del-diritto-e-saggezza-della-giustizia-lattenzione-alle-emozioni-nella-normativa-sovranazionale-in-materia-di-restorative-justice/, p. 40.

[1014] REGGIO F., La nave di Milinda, cit., p. 88.

BIBLIOGRAFIA

CONTRIBUTI DOTTRINALI

ADORNO R., GIARDA C.L., *Commento* sub *art. 220 c.p.p. – Oggetto della perizia*, in GIARDA A., SPANGHER G. (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, tomo I, 5ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 2188-2225.

AIMI A., *Il "Decreto sicurezza" 2018: i profili penalistici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, pp. 135-194.

ALBRECHT B., *Multicultural Challenges for Restorative Justice: Mediators' Experiences from Norway and Finland*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2010, pp. 3-24.

ANASTASIA S., *Le pene e il carcere*, Mondadori, Milano, 2022.

ANDENAES J., *The Moral or Educative Influence of Criminal Law*, in *Journal of Social Issues*, vol. 27, 1971, pp. 17-31.

ANDENAES J., *The General Preventive Effects of Punishment,* in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 114, 1966, pp. 949-983.

ANDENAES J., *General prevention – illusion or reality?*, in *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, vol. 43, 1952, pp. 176-198.

ANGELUCCI A.*, Dietro la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, Giappichelli, Torino, 2018.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ª edizione, Giuffrè, Milano, 2003.

AVERARDI A., *La Costituzione «dimenticata». La funzione rieducativa della pena*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, pp. 145-166.

BALDASSARE P., *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?,* in *Ars Intrpretandi*, 2001, pp. 157-193.

BALDINI V., *La società multiculturale come "questione" giuridica*, in *Gruppo di Pisa*, pp. 1-22, reperibile al link https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Vincenzo_Baldini__La_societa_multiculturale_come_questione_giuridica.pdf.

BARBIERI C., LUZZAGO A., *Il fenomeno delle mutilazioni genitali femminili fra cultura, sessualità e distruttività*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2011, pp. 18-28.

BARTOLI R., *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva,* in *Sistema penale*, 2022, pp. 1-15.

BASILE F., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p. – Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in DOLCINI E., GATTA G. L. (a cura di), *Codice Penale commentato*, tomo III, 5ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 1019-1035.

BASILE F., *Le principali categorie di reati culturalmente motivati. Profili criminologici e normativi*, in *Diritto Penale e Uomo*, 2019, pp. 1-12, reperibile al link https://dirittopenaleuomo.org/wp-content/uploads/2019/06/Basile_Relazione-DPU-REV-DF.pdf.

BASILE F., *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco...al Codice Rosso*, in *Diritto penale e uomo*, 2019, pp. 1-16, reperibile al link https://dirittopenaleuomo.org/contributi_dpu/la-tutela-delle-donne-dalla-violenza-delluomo-dal-codice-rocco-al-codice-rosso/.

BASILE F., Ultimissime *della giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n.30, 2018, pp. 1-14.

BASILE F., *Quanto conta la "cultura"? La Cassazione torna sui reati cd. culturalmente motivati*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2018, pp. 2246-2251.

BASILE F., *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione Giustizia*, 2017, pp. 126-135.

BASILE F., GIANNOCCOLI M.R., *Il coltello "kirpan", i valori occidentali e gli arcipelaghi culturali confliggenti. A proposito di una recente sentenza della Cassazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, pp. 1-7.

BASILE F., *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2013, pp. 1-23.

BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010.

BASILE F., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2007, pp. 1296-1345.

BASILE F., *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili: Legge 9 gennaio 2006*, n. 7, in *Diritto penale e processo*, 2006, pp. 678-692.

BAZEMORE G., WALGRAVE L., *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*, in BAZEMORE G., WALGRAVE

L. (ed.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime, Criminal Justice Press*, New York, 1999, pp. 45-74.

BELLO B.G., *Il contrasto dei matrimoni forzati nelle società multiculturali: riflessioni a partire dalla Convenzione di Istanbul*, in *Politeia*, 2016, pp. 95-109.

BELVISI F., *Nemici, stranieri e pluralismo giuridico nella società multiculturale*, in *Sociologia del diritto*, 2016, pp. 75-99.

BELVISI F., *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in *Ragion pratica*, 2004, pp. 503-522.

BERNARDI A., *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2017, pp. 673-689.

BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010.

BERNARDI A., *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Politica del diritto*, 2007, pp. 3-48.

BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006.

BERNARDI A., *Il diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali*, in *Politica del diritto*, 2005, pp. 243-280.

BERNARDI S., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p. - Costrizione o induzione in matrimonio*, in DOLCINI E., GATTA G. L. (a cura di), *Codice Penale commentato*, tomo III, 5ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 642-652.

BERTAGNA G., CERETTI A., MAZZUCATO C. (a cura di), *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Il Saggiatore, Milano, 2015.

BIANCO M.I., *Pluralismo religioso e garanzie del diritto penale. Il difficile bilanciamento tra libertà individuali ed esigenze di tutela della collettività*, in AA.VV., *Pluralismo religioso e integrazione europea: le nuove sfide*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2019, pp. 15-53.

BIGIARINI A., *La prova culturale nel processo penale*, in *Cassazione Penale*, 2018, pp. 411-420.

BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.

BONETTI P., SIMONI A., VITALE T. (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia (Atti del Convegno Internazionale. Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010)*, tomo I e II, Giuffrè, Milano, 2011.

BORTOLATO M., *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in *Questione Giustizia*,

2022, reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-riparativa-cartabia.

BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, Bonomia University Press, Bologna, 2009.

BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Mondadori, Milano, 2005.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It*., XIX, Torino, 1973.

BRICOLA F., *Tecniche di tutela e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS M., PALOMBARINI G. (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela* (Atti del Convegno, Abano Terme, 10-12 dicembre 1982), CEDAM, Padova, 1984, pp. 101-135.

BRUNELLI F., MANCINI E., *La Giustizia Riparativa e il ruolo della magistratura. Proposta per l'elaborazione di linee guida*, in *Questione Giustizia*, 2022, reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-giustizia-riparativa-e-il-ruolo-della-magistratura.

BUCCELLATO N., *I dati della mediazione penale minorile. L'esperienza di "monitoring-in net"*, in MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N. (a cura di), *1° Rapporto Nazionale sulla mediazione penale minorile*, Gangemi Editore, Roma, 2012, pp.49-76.

CADOPPI A., *Il ruolo delle Kulturnormen nella "opzione penale" con particolare riferimento agli illeciti economici*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1989, pp. 289-315.

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Cedam, Padova, 1988.

CAMPAGNOLI M.N., *Osservazioni sulla possibile rilevanza penale del fattore culturale*, in AMATO MANGIAMELI A.C., DANIELE L., DI SIMONE M.R., TURCO BULGHERINI E. (a cura di), *Immigrazione, Marginalizzazione, Integrazione,* Giappichelli, Torino, 2018, pp. 185-199.

CAMPAGNOLI M.N., *Quando il rispetto della/e tradizione/i veicola la discriminazione di genere*, in SCOZZAFAVA G. (a cura di), *La mossa giusta. Professioni a confronto contro la violenza di genere*, Key, Vicalvi, 2017, pp. 45-59.

CAMPAGNOLI M.N., *I reati culturali. Istanze e criticità di una società globale*, Key, Vicalvi, 2016.

CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª edizione, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 45-79.

CANZIO G., LUPÁRIA L. (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2017.

CARMIGNANI CARIDI S., *Ostentazione di simboli religiosi e porto di armi od oggetti atti ad offendere. Il problema del kirpan dei fedeli Sikh*, in *Diritto ecclesiastico*, 2009, pp. 739-766.

CARTABIA M.M.C., CERETTI A., *Un'altra storia inizia qui. Giustizia come ricomposizione*, Bompiani, Milano, 2020.

CARTABIA M.M.C., *Riconoscimento e riconciliazione,* in CARTABIA M.M.C., CERETTI A., *Un'altra storia inizia qui*. *Giustizia come ricomposizione*, Bompiani, Milano, 2020, pp. 55-116.

CASSANO M.E., *Sicurezza e disagio sociale nel c.d. Decreto Salvini*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, pp. 5-30.

CASSANO G., PATRUNO F., *Mutilazioni genitali femminili*, in *Famiglia e diritto*, 2007, pp. 179-200.

CAUGHEY J.L., *The Anthropologist as Expert Witness: the Case of a Murder in Maine*, in FOBLETS M.C., RENTELN A.D. (ed.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 322-334.

CAVAGGION G., *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2018.

CAVAGGION G., *Diritto alla libertà religiosa, pubblica sicurezza e "valori occidentali". Le implicazioni della sentenza della Cassazione nel "caso kirpan" per il modello di integrazione italiano*, in *Federalismi.it*, 2017, pp. 1-24.

CAVAGGION G., *La* cultural defense *e il diritto alla cultura nello Stato costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015, pp. 1-38.

CAVALLA F., *L'origine del diritto*, FrancoAngeli, Milano, 2017.

CAVALLA F., *La pena come riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena,* in CAVALLA F., TORDESCAN F., (a cura di), *Pena e riparazione*, Cedam, Padova, 2000, pp. 1-109.

CERATO M., *Matrimoni forzati, matrimoni precoci e libertà matrimoniale del minore. Nota sul nuovo art. 558* bis *c.p. Commento a legge 19 luglio 2019 n.69*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 2018, pp. 623-636.

CERETTI A., *Desmond Tutu. L'Arcivescovo della Nazione Arcobaleno*, in *Questione giustizia*, 3 gennaio 2022, reperibile al link

https://www.questionegiustizia.it/articolo/desmond-tutu-l-arcivescovo-della-nazione
arcobalenoidn=78&idx=28211&idlink=3&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=20220108.

CERETTI A., *Mediazione umanistica e cosmologie violente*, in MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N. (a cura di), *2° Rapporto nazionale sulla giustizia riparativa in area penale*, Gangemi, Roma, 2022, pp. 83-100.

CERETTI A., *Carlo Maria Martini. Pensare pensieri non-pensati e loro destino*, in CARTABIA M.M.C., CERETTI A., *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Bompiani, Milano, 2020, pp. 7-54.

CERETTI A., NISIVOCCIA N., *Il diavolo mi accarezzava i capelli. Memorie di un criminologo*, Il Saggiatore, Milano, 2020.

CERETTI A., BRUNELLI F., *Giustizia riparativa e mediazione reo-vittima*, in DANOVI F., FERRARIS F. (a cura di), *ADR. Una giustizia complementare*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 275-296.

CERETTI A., *La giustizia riparativa di fronte al problema del male. Brevi riflessioni,* in MANNOZZI G., LODIGIANI G.A. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 155-162.

CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione reo/vittima. Le istruzioni per l' "uso" del Consiglio d'Europa*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile*, 2008, pp. 201-209.

CERETTI A., NATALI L., *Io volevo ucciderla. Per una criminologia dell'incontro*, RaffaelloCortinaEditore, Milano, 2002.

CERETTI A., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in PICOTTI L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, pp. 19-60.

CESARI C., *Art. 28. Sospensione del processo e messa alla prova*, in GIOSTRA G. (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 341-396.

CHECCHERINI E., *Multiculturalismo*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. II (3º aggiornamento), 4ª edizione, UTET Giuridica, Milano, 2008, pp. 486-500.

CLIFFORD J., *The predicament of Culture: Twentieth-Century Ethnography, Literature and Art*, Harvard University Press, Cambridge, 1988.

COATES A.D., *Multiculturalism*, in DARITY W.A.J. (a cura di), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan Library Reference, Londra 2008, pp. 316-318.

COLAIANNI N., *Diritti, identità, culture tra alti e bassi giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 2019, pp. 1112-1122.

COLEMAN D.L., *Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, in *Columbia Law Review*, vol. 96, 1996, pp. 1093-1167.

COLOMBO C., *L'articolo 583* bis *c.p. un illecito compiuto in nome della religione?*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2009, pp. 60-67.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La circoncisione: profili bioetici*, 25 settembre 1998.

CORNACCHIA L., *Vittima e giustizia criminale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, pp. 1760-1793.

CROCCO G., *Sistema penale e dinamiche interculturali: le implicazioni del movente culturale nella commissione del reato e rilevanza della cultural defences* in http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2015/04/GP_Crocco_sistema-penale-e-dinamiche-interculturali.pdf.

CUCHE D., *La notion de culture dans les sciences sociales*, La Découverte, Paris, 1996-2004, trad. it. di NEGRO M., *La nozione di cultura nelle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 2006.

CURI F., *Il reato di accattonaggio: "A volte ritornano",* in *Diritto penale contemporaneo*, 21 gennaio 2019, reperibile al link https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/8914-curi2019a.pdf.

CURI U., *Verso un nuovo paradigma*, in *Paradoxa*, 2017, pp. 13-18.

CURI U., *I paradossi della pena*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, pp. 1073-1086.

DALY K., *The Punishment Debate in Restorative Justice*, in SIMON J., SPARKS R. (ed.), *The SAGE Handbook of Punishment and Society*, SAGE, Los Angeles, 2013, pp. 356-373.

DALY K., *Restorative Justice: The Real Story*, in *Punishment and Society*, 2002, pp. 27-40.

D'AGOSTINO F., *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000.

D'AMATO S., *La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale*, in *Archivio penale*, 2018, pp. 1-42.

DE FRANCESCO G., *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in BERNARDI A. (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena* (Atti del Convegno in occasione

del conferimento della laurea h.c. a Mireille Delmas-Marty, Ferrara 5-6 novembre 2004), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 137-163.

DE FRANCESCO G., *Autonomia individuale, condizionamenti culturali, responsabilità penale: metamorfosi e crisi di un paradigma*, in *Politica del diritto*, 2003, pp. 393-403.

DE MAGLIE C., *Alle radici del bisogno di criminalizzazione. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale*, *in Discrimen*, 2018, reperibile al link https://discrimen.it/alle-radici-del-bisogno-di-criminalizzazione-riflessioni-in-tema-di-moralita-immoralita-e-diritto-penale/.

DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Pisa, 2010.

DE MAGLIE C., *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso Americano,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, pp. 173-199.

DEL VECCHIO G., *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, in DEL VECCHIO G., *La giustizia*, Studium, Roma, 1959, pp. 193-232.

DIENI E., *Appartenenza religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo d'indagine*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, pp. 217-248.

DI BARI P., MASERA L., *Penale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2019, pp. 334-335.

DI GIOVINE O., *Multiculturalismo e violenza contro le donne*, in *Archivio penale*, 2018, pp. 115-142.

DI IORIO T., *Le mutilazioni genitali femminili tra misure di prevenzione e di contrasto: prospettive per l'eradicazione del fenomeno in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2019, pp. 26-45.

DOLCINI E., *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2021, pp. 383-408.

DOLCINI E., *Pena e Costituzione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2019, pp. 3-33.

DOLCINI E., *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, pp. 1667-1692.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, CEDAM, Padova, 1979.

DOMINIONI O., *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005.

DONINI M., *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in *Sistema penale*, 2022, pp. 1-23.

DONINI M., *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Questione giustizia*, 2020, reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/pena-agita-e-pena-subita-il-modello-del-delitto-riparato, pp. 1-21.

DONINI M., *Il delitto riparato, una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, pp. 236-250.

DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, pp. 1162-1212.

DORE I., *Homo Juridicus. Culture as a Normative Order*, Carolina Academic Press, Durham, 2016.

DÜNKEL F., PAROSANU A., *Restorative Justice in European Youth Justice Systems – Contextual, Legal, Practice-Related and Analytical Aspects*, in WOLTHUIS A., CHAPMAN T. (ed.), *Restorative Justice from a Childern's Rights Perspective*, Eleven Publishers, The Hague, 2022, pp. 137-156.

DÜNKEL F., *Restorative Justice in Juvenile and Adult Criminal Law: European Comparative Aspects*, in FORNASARI G., MATTEVI E. (a cura di*), Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione,* Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, vol. 40, Università degli Studi di Trento, 2019, pp. 49-142.

DÜNKEL, F., GRZYWA-HOLTEN, J., HORSFIELD, P. (a cura di), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries* (Vol. 1+2), Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2015.

EINAT T., HERZOG S., *A New Perspective for Delinquency: Culture Conflict Measured by Seriousness Perceptions*, in *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2011, pp. 1072-1095.

EMON A., *Islamic Law and the Canadian Mosaic: Politics, Jurisprudence, and Multicultural Accomodation*, in *Canada Bar Review*, 2009, pp. 391-419.

EUSEBI L., *Il cantiere lento della riforma in materia di sanzioni penali. Temi per una discussione*, in *Archivio penale*, 2022, pp. 1-12.

EUSEBI L., *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *Discrimen*, 2021, pp. 1-27.

EUSEBI L., *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2021, pp. 823-854.

EUSEBI L., *Superare la visione di una giustizia fondata sul modello della bilancia*, in *Discrimen*, 2020, pp. 1-5.

EUSEBI L., *La rinuncia al paradigma retributivo come cardine di una teoria della giustizia*, in PATRIZI P. (a cura di), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci, Roma, 2019, pp. 75-92.

EUSEBI L., *«Gestire» il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione»*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 223-250.

EUSEBI L., *La colpa e la pena: ripensare la giustizia*, in *Paradoxa*, 2017, pp. 43-63.

EUSEBI L., *Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale «umanizzatrice»?*, in *Criminalia*, 2016, pp. 285-301.

EUSEBI L., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in MANNOZZI G., LODIGIANI G. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 97-118.

EUSEBI L. (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Vita e Pensiero, Milano, 2015.

EUSEBI L., *Un'asimmetria necessaria tra il delitto e la pena (COMMENTO A Lettera di Papa Francesco ai partecipanti al XIX congresso internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale e al III Congresso dell'Associazione Latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia)*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, pp. 1019-1029.

EUSEBI L. (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano, 1989.

EUSEBI L., *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1989.

FABIETTI U., *Elementi di antropologia culturale*, Mondadori Università, Milano, 2015.

FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale*. *Pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

FALCINELLI D., *Il diritto penale della* vittima del reato, Dike Giuridica, Roma, 2017.

FERLA L., *Commento* sub *art. 600* octies *c.p. – Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio,* in FORTI G., SEMINARA S., ZUCCALÀ G. (a cura di), *Commentario breve al Codice Penale*, 6ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 1980-1982.

FERRI D., *La dimensione prescrittiva della cultura. Un'analisi comparata tra significante e significato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, pp. 12-33.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 8ª edizione, Zanichelli, Bologna, 2019.

FIANDACA G., *Epilogo. Tra presente e futuro*, in *Diritto penale e uomo*, 2019, p. 1-5.

FIANDACA G., *Introduzione (Il diritto penale nella realtà contemporanea: prospettiva e alternative, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, Firenze, 16-17 novembre 2012*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale)*, 2013, pp. 1070-1072.

FIANDACA G., *Commento* sub *art. 27, comma 3*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1991, pp. 222-345.

FIANDACA G., VISCONTI C. (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Giappichelli, Torino, 2009.

FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, 6ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2020.

FIORENTIN F., *Punizione o riparazione? La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: luci e ombre nella prospettiva della riforma "Cartabia"*, in *Diritto penale e uomo*, 2021, reperibile al link https://dirittopenaleuomo.org/contributi_dpu/punizione-o-riparazione/.

FODDAI M.A., *Giustizia partecipativa e mediazione. Il caso del Canada*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2014, pp. 193-215.

FODDAI M.A., *Il Canada come laboratorio giuridico. Spunti di riflessione per l'Italia*, Jovene, Napoli, 2013.

FORNASARI G., MATTEVI E. (a cura di*), Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione,* Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, vol. 40, Università degli Studi di Trento, 2019.

FORNASARI G., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in BERNARDI A., PASTORE B., PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, 179-202.

FORST R., *Foundation of a theory of Multicultural Justice*, in *Costellations*, 1997, pp. 63-71.

FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo sociale*, Raffaello Cortina, Milano 2000.

FORTI G., SEMINARA S., ZUCCALÀ G. (a cura di), *Commentario breve al Codice Penale*, 6ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2017.

FRANCESCHINI E., *La vergogna del Canada: "Ecco le fosse comuni dei bambini indigeni"*, in LaRepubblica, 29 maggio 2021.

GADE C.B.N., *"Restorative Justice": History of the Term's International and Danish Use*, in NYLUND A, ERVASTI K. ADRIAN L. (ed.), *Nordic mediation Research*, Springer, Cham, 2018, pp. 27-40.

GAITO A., *La prova penale*, UTET, Milano, 2008.

GALBERSANINI C., *La tutela delle nuove minoranze linguistiche: un'interpretazione evolutiva dell'art. 6 Cost.?,* in *Rivista AIC*, 2014, pp. 1-15.

GANDOLFI S., *Canada, ritrovati i resti di 761 persone, in gran parte bambini, in un'ex «scuola per indigeni» cattolica*, in Corriere della Sera, 24 giugno 2021.

GARETTI S., *Quando il diritto all'identità culturale dei genitori si scontra con il diritto all'integrità psico-fisica del figlio minorenne: il caso della circoncisione rituale infantile*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, pp. 1421-1437.

GARGIULO R., *Commento* sub *art. 600* octies *c.p. – Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio,* in PADOVANI T. (a cura di), *Codice Penale*, tomo II, 7ª edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp. 4098-4106.

GASPERONI, *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 1999.

GEERTZ C., *The Interpretation of Cultures*, Basic Books, New York, 1973.

GIANARIA F., MITTONE A., *Culture alla sbarra. Una riflessione sui reati multiculturali*, Einaudi, Torino, 2014.

GIORGIO G., *In tema di autorizzazione del porto in luogo pubblico di un coltello, c.d. "Kirpan", quale simbolo religioso,* in *Foro Italiano*, 2010, pp. 228-231.

GENNARI G., *I criteri di ammissione della prova scientifica nel conteso internazionale*, in LUPÁRIA L. (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp.165-200.

GENTILOMO A., *Mutilazioni genitali femminili. La risposta giudiziaria e le questioni connesse*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2007, pp. 1-12.

GOFF C., GEIS G., *Thorsten Sellin: Culture Conflict, Crime, and Beyond*, in CULLEN F.T., JONSON C.L., MYER A.J., ADLER F. (ed.), *The Origins of American Criminology*, Routledge, New York, 2011, pp. 161-174.

GOISIS L., *Multiculturalismo e diritto penale in un'ottica comparatistica: l'esempio del Canada. Prime riflessioni alla luce della Convenzione di Istanbul*, in FODDAI M.A. (a cura di), *Il Canada come laboratorio giuridico. Spunti di riflessione per l'Italia*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 117-168.

GOISIS L., *Giustizia penale e discriminazione razziale. Il soggetto «altro» dinanzi al diritto penale e alla criminologia. Atto I: Il contributo della criminologia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, pp. 1-70.

GRANDI C., *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *La legislazione penale*, 2017, pp. 1-29, reperibile al link https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2017/11/C.-Grandi-commento-l.-103-21017.pdf.

GRANDI C., *Problemi in materia di errore scusabile nell'esercizio abusivo della professione medica*, in *Studium Iuris*, 2012, pp. 961-970.

GRANDI C., *A proposito di reati culturalmente motivati*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, pp. 1-16.

GRANDI G., *Fare giustizia. Un'indagine morale sul male, la pena e la riparazione,* Padova University Press, 2020.

GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011.

GROPPI T., *Canada*, Il Mulino, Bologna, 2006.

GUSMAI A., *"Giustificato motivo" e (in)giustificate motivazioni sul porto del* kirpan. *A margine di Cass. Pe., Sez. I, sent. n. 24084/2017*, in *Dirittifondamentali.it*, 2017, reperibile al link http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/Gusmai-«Giustificato-motivo»-e-ingiustificate-motivazioni-sul-porto-del-kirpan.-A-margine-di-Cass.-pen.-Sez.-I-sent.-n.-24084-2017.pdf.

HOLDEN L., *Cultural Expertise: An Emergent Concept and Evolving Practices*, in HOLDEN L. (ed.), *Cultural Expertise. An Emergent Concept and Evolving Practices*, Special Issue, in *Laws*, 2019, pp. 1-4.

HOLDEN L., *Cultural Expertise and Litigation*, Routledge, Abingdon, 2011.

KIM N.S., *The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis*, in *New Mexico Law Review*, vol. 27, 1997, pp. 101-139.

JOHNSTONE G., *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates*, Routledge, Oxon, 2011.

KUSTERS J., *Criminalising Romani Culture through Law,* in FOBLETS M.C., RENTELN A.D. (ed.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 199-228.

KYMLICKA W., *Multicultural Citizenship within Multination States*, in *Ethnicities*, 2011, pp. 281-302.

KYMLICKA W., *Teoria e prassi del multiculturalismo d'immigrazione*, in CANIGLIA E., SPREAFICO A. (a cura di), *Multiculturalismo o comunitarismo?*, Luiss University Press, Roma, 2003, pp. 123-157.

KYMLICKA W., *Multicultural Citizenship. A liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon, Oxford, 1996.

LANFRANCO L., *Le mutilazioni genitali femminili: punti di forza e criticità del sistema di contrasto*, in *Minorigiustizia*, 2020, pp. 43-52.

LANZA L., *Sistema penale e cultura dell'immigrato: quale ruolo per il giudice?*, in PASTORE B., LANZA L., *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 65-127.

LATTARI P., *La giustizia riparativa: Una giustizia "umanistica". Una cultura dell'"incontro" per ogni conflitto*, KeyEditore, Milano, 2021.

LAUB J.H., *Interview with Thorsten Sellin*, in LAUB J.H. (ed.), *Criminology in the Making: An Oral History*, Northeastern University Press, Boston, 1983, pp. 166-181.

LEBARON M., ZUMETA Z.D., *Windows on Diversity: Lawyers, Culture, and Mediation Practice*, in *Conflict Resolution Quarterly,* 2003, pp. 463-472.

LICASTRO A., *Simboli religiosi e "valori occidentali": diritto, religione, integrazione*, in *Ordines*, 2019, pp. 113-138.

LICASTRO A., *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dall'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e*

n. 25163 del 2016 della Cassazione penale), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017, pp. 1-29.

LICASTRO A., *La "sfida" del "kirpan" ai valori occidentali" nelle relazioni della dottrina alla pronunzia della Cassazione penale Sez. I, 15 maggio 2017, n. 24084*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2017, pp. 371-383.

LODIGIANI G. A., *Nozioni ed obiettivi della Giustizia riparativa. Il tentativo di un approccio olistico*, in *Paradoxa*, 2017, pp. 31-42.

LODIGIANI G.A., MANNOZZI. G., *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017.

LONGOBARDO C., *Le mutilazioni genitali femminili*, in CILARDO A. (a cura di), *La tutela penalistica dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea: aspetti sociali, giuridici e medici*, ESI, Napoli, 2011, pp. 117-133.

LORENZETTI A., *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, FrancoAngeli, Milano, 2018.

LUNGHI C., *Le donne e il multiculturalismo: il valore della differenza*, in *Studi di sociologia*, 2003, pp. 41-66, reperibile al link https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=318115065115119126013069068009019087017069064045069066075089113069072005022122123181150651151191260130690680090190870170690640450690660750891130690720050221221231811506511511912601306906800901908701706906404.pdf&INDEX=TRUE.

MAGNINI V., *La disciplina penale delle mutilazioni genitali femminili. Le nuove fattispecie di cui agli artt. 583* bis *e 583* ter *c.p.*, in *Studium iuris*, 2006, pp. 1081-1089.

MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2020.

MANCINI L., *I* rom *tra cultura e devianza*, in *Diritto penale e processo*, 1998, pp. 770-773,

MANNOZZI G., *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia. L'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative*, in *Discrimen*, 23 aprile 2020, reperibile al link https://discrimen.it/sapienza-del-diritto-e-saggezza-della-giustizia-lattenzione-alle-emozioni-nella-normativa-sovranazionale-in-materia-di-restorative-justice/.

MANNOZZI G., *Le potenzialità della giustizia riparativa*, in PATRIZI P. (a cura di), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci, Roma, 2019, pp. 129-140.

MANNOZZI G., *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di* restorative justice, in *Criminalia*, 2019, pp. 141-179.

MANNOZZI G., *La giustizia riparativa come forma di Umanesimo della giustizia*, in *Paradoxa*, 2017, pp. 19-30.

MANNOZZI G., *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislative alla prassi applicative*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, pp. 1219-1265.

MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003.

MANNOZZI G., LODIGIANI G. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015.

MARCHESE E., *Interdisciplinarietà della ricerca giuridica. Benefici e prospettive*, Genova University Press, Genova, 2021.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 11ª edizione, Giuffrè, Milano, 2022.

MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, pp. 463-498.

MARSHALL T., *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, in *European Journal of Criminal Policy and Research*, 1996, pp. 21-43.

MASARONE V., *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in *Diritto penale e processo*, 2014, pp. 1237-1250.

MASERA L., *Il diritto penale di fronte a Rom e Sinti*, in BONETTI P., SIMONI A., VITALE T. (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia (Atti del Convegno Internazionale. Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010)*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1099-1107.

MASON S.J.A., KASSAM S., *Bridging Worlds: Culturally Balanced Co-Mediation*, in *Politorbis*, 2011, pp. 69-74.

MATTIO S., *Profili di rilevanza penale del "Decreto Sicurezza",* in *Studium iuris*, 2019, pp. 572-578.

MATTEVI E., *La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa: il ruolo della vittima*, in MENGHINI A., MATTEVI E. (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale (Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 65-77.

MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

MAUGERI A.M., *Le "aggravanti" nei confronti degli uomini autori di "violenza di genere" nella disciplina spagnola: possibile strategia politico criminale o strumento di una politica della "sicurezza" discriminatoria*?, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2016, reperibile al link https://www.juragentium.org/forum/violenzadonne/it/maugeri.html.

MAYER M.E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, Breslau, 1903.

MAZZA M., *I diritti degli aborigeni nel mondo contemporaneo*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa (atti del XV Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, Messina-Taormina, 31 maggio e 2 giugno 2001)*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 427-485.

MAZZETTI M., *Senza le ali: le mutilazioni genitali femminili*, FrancoAngeli, Milano, 2000.

MAZZUCATO C., *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in FORTI G., BERTOLINO M., EUSEBI L. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 407-434.

MAZZUCATO C., *Consenso alle norme e prevenzione dei reati*, Aracne, Roma, 2005.

MCCOLD P., WACHTEL T., *In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice*, 2003, reperibile al link https://www.iirp.edu/news/in-pursuit-of-paradigm-a-theory-of-restorative-justice.

MCCOLD P., *Restorative Justice: The Role of the Community*, 1995, reperibile al link https://www.iirp.edu/news/restorative-justice-the-role-of-the-community.

MIEDICO M., *Commento* sub *art. 600* octies *c.p. – Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio*, in DOLCINI E., GATTA G. L. (a cura di), *Codice Penale commentato*, tomo III, 5ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 202, pp. 1581-1586.

MOCCIA S., *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 147-159.

MOCCIA S., *Il volto attuale del sistema penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, pp. 1093-1107.

MOCCIA S., *Riflessioni sulle implicazioni penalistiche della devianza giovanile*, in CILARDO A. (a cura di), *La tutela penalistica dei minori di cultura islamica*

nell'area mediterranea: aspetti sociali, giuridici e medici, ESI, Napoli, 2011, pp. 89-98.

MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica al Diritto*, 2004, pp. 344-353.

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

MOCCIA S., *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, pp. 131-174.

MONACHINI S.C., *Il* test *culturale nel processo penale: la Corte di Cassazione apre a un modello italiano*, in *L'Indice Penale*, 2020, pp. 698-713.

MORRONE A., *La speranza ferita. Storia delle mutilazioni genitali femminili*, FrancoAngeli, Milano, 2017.

MUZZICA R., LONGOBARDO C., *I reati culturalmente orientati: una triplice prospettiva criminologica*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2015, pp. 48-57.

MUZZICA R., TAMBORRA T.L., AMARELLI G., *Emerging Cultural Conflicts in Italy: A Challenge for Criminal Law*, in *International Journal for Criminology and Sociology*, 2015, pp. 141-153.

NAFZIGER J.A.R., PATERSON R.K., RENTELN A.D., *Cultural Law. International, Comparative and Indigenous*, Cambridge University Press, New York, 2010.

NAPOLETANO E., DI FIORINO E., *Il contrasto alle forme di accattonaggio nel Decreto Sicurezza: una prima analisi*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, reperibile al link https://www.giurisprudenzapenale.com/2019/01/31/contrasto-alle-forme-accattonaggio-nel-decreto-sicurezza-analisi/.

NATALINI A., *Mai più ferite tribali al corpo delle donne. Mutilazioni genitali, nuovo reato. Sanzioni alla clinica-complice*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, pp. 99-102.

NEGRI A., *Sikh condannato per porto del* kirpan: *una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, pp. 246-250.

NICO A.M., *Ordine pubblico e libertà di religione in una società multiculturale (Osservazioni a margine di una recente sentenza della Cassazione sul* kirpan), in *Osservatorio AIC*, 2017, reperibile al link https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/anna-maria-nico/ordine-pubblico-e-libert-di-religione-in-una-societ-multiculturale-osservazioni-a-margine-di-una-recente-sentenza-della-cassazione-sul-kirpan.

NIELSEN F., *Cross-Cultural Mediation: Dialogue in Honour-Related Conflicts*, in OVERLAND G., GURIBYE E., LIE B. (eds.), *Nordic Work with Traumatised Refugees: Do We Really Care*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2014, pp. 234-244.

NIELSEN F., *Cross-Cultural Mediation Method in Honour-Related Conflicts*, 2013, reperibile al link https://vimeo.com/66709741.

NUSSBAUM M.C., *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2001.

OKIN S.M., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, in COHEN J., HOWARD M. (a cura di), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton University Press, Princenton, 1999, reperibile al link https://bostonreview.net/archives/BR22.5/okin.html.

PAGANELLI M., VENTURA F., *Una nuova fattispecie delittuosa: le mutilazioni genitali femminili,* in *Rassegna italiana di criminologia*, 2004, pp. 453-468.
PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9ª edizione, Giuffrè, Milano, 2020.

PALAZZO F., *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sistema penale*, 2021, pp. 1-18.

PALAZZO F., *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 521- 552.

PALAZZO F., VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2018.

PALAZZO F., *La rieducazione: un bilancio sommario*, in MENGHINI A., MATTEVI E. (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale (Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 5-14.

PALAZZO F., *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in MANNOZZI G., LODIGIANI G.A. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 64-83.

PALAZZO F., *Considerazioni conclusive*, in BERNARDI A. (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 179-194.

PALERMO F., NICOLINI M., *For a New Semantics of Differences: Cultural Exception and the Law*, in *Pólemos*, 2014, pp. 95-114.

PALIERO C.E., *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA

G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 69-146.

PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Giuffrè, Milano, 2018.

PANIZZO F., *Immigrazione e integrazione: lo specchio scheggiato del Mediterraneo*, in *Critica del diritto*, 2016, pp. 79-100.

PANNIA P., *La diversità rivendicata. Giudici, diritti e culture tra Italia e Regno Unito. Uno studio comparato*, Wolters Kluwer, Milano, 2021.

PANNIA P., *Quando la cultura entra nell'aula giudiziaria: uno studio sulle argomentazioni dei giudici italiani*, in *Sociologia del diritto*, 2016, pp. 133-162.

PARISI F., *Giustizia riparativa e sistema penale. Considerazioni a partire dalla «legge Cartabia»*, in *Il Foro italiano*, 2022, pp. 142-152.

PARISI F., *Società multiculturali e diritto penale. I reati culturalmente orientati*, in *Il Foro italiano*, 2021, pp. 349-368.

PARISI F., *La* restorative justice *alla ricerca di identità e legittimazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, pp. 1-30.

PARISI F., *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 novembre 2012, reperibile al link https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1353059000PARISI%202012a.pdf.

PARISI F., *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010.

PASOLINI P.P., *Ampliamento del "Bozzetto" sulla rivoluzione antropologica in Italia*, in *Scritti corsari*, Garzanti, Milano, 1975.

PASQUINELLI C., *Donne africane in Italia (mutilazioni genitali femminili, identità di genere e appartenenza etnica)*, in *Questione giustizia*, 2001, pp. 487-501.

PASTORE B., *Impegni ermeneutici: il diritto e le tensioni del pluralismo culturale*, in *Ars interpretandi*, 2012, pp. 41-58.

PASTORE B., *Identità culturali, conflitti normativi e processo penale*, in PASTORE B., LANZA L., *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 5-61.

PASTORE B., *Multiculturalismo e processo penale*, in *Cassazione penale*, 2006, pp. 3030-3046.

PATRIZI P. (a cura di), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci, Roma, 2019.

PAVARINI M., *Lo scopo della pena*, in INSOLERA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 2ª edizione, Torino, 2000, pp. 321-346.

PECORELLA C., *Violenza di genere e sistema penale*, in *Diritto penale e processo*, 2019, pp. 1181-1187.

PECORELLA C., *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Rivista italiana di diritto procedura penale*, 2011, pp. 837-866, p. 865.

PELISSERO M., *Diritto penale. Appunti di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2021.

PEPÈ G., *Matrimoni forzati e "prezzo della sposa": la Cassazione ribadisce l'irrilevanza di tradizioni e culture lesive della libertà individuale*, in *Sistema Penale*, 15 febbraio 2022, reperibile al link https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-2021-30538-matrimoni-forzati-prezzo-sposa-reati-culturalmente-motivati.

PEPÈ G., *I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia? Qualche approfondimento sul fenomeno ed un primo commento alla norma volta a contrastarlo, contenuta nel Disegno di Legge "Codice Rosso",* in *Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2019, reperibile al link https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6684-i-matrimoni-forzati-presto-previsti-come-reato-anche-in-italia#_ftn4.

PERRONE R., *Porto ingiustificato di arma da parte dei migranti e "conformazione ai valori del mondo occidentale" (nota a Cass. pen., Sez. I, sent. 15 maggio 2017, n. 24084)*, in *Consultaonline*, 2017, pp. 394-408.

PETTINATO M.C., *La libertà dell'educazione religiosa davanti ai giudici canadesi (prendendo spunto dalla sentenza* Loyola High School vs. Québec), in *Stato, Chiese e pluralism confessionale*, 2017, pp. 1-37.

PICOTTI L. (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Cedam, Padova, 2010.

PICOTTI L., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. Conciliazione, irrilevanza del fatto e condotte riparatorie*, IPSOA, Milano, 2003.

PICOTTI L., SPANGHER G., *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003.

PICOTTI L., *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'europa*?, Atti di *Il diritto penale della prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?,* Giuffrè, Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002, 2005, pp. 303-353.

PICOTTI L., SPANGHER G., *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dlla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002.

PICOTTI L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, CEDAM, Padova, 1998.

PINELLI C., *Società multiculturale e Stato costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2012, pp. 1-23, reperibile al link http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/Nr1_Pinelli_SocietàMulticulturale.pdf

PIROSA R., *L'antinomia del reato culturalmente motivato. Ipotesi giusfilosofiche per un ripensamento*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, pp. 78-118.

PISANÒ A., *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Giuffrè, Milano, 2011.

PIZZO A., *Il diritto tra cultura e azione umana, Frammenti di antropologia del diritto*, in *Diritto&Diritti*, 2006. pp. 1-12.

POULTER S., *Ethnicity, law, and human rights. The English experience*, Claredon press, Oxford, 1998.

POULTER S., *English law and ethnic minority customs*, Butterworth, London, 1986.
PRESUTTI A., *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, in *Sistema penale*, 2022, reperibile al link https://sistemapenale.it/it/opinioni/presutti-aspettative-e-ambizioni-del-paradigma-riparativo-codificato.

PROSPERI G., *La vittimologia e la vittima culturale. Il caso paradigmatico delle mutilazioni genitali femminili*, Aracne, Roma, 2010.

PROVERA A., *Multiculturalismo e diritti umani. Una prospettiva penalistica*, in *L'Ombra*, 2020, pp. 220-232.

PROVERA A., *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Jovene, Napoli, 2018.

PROVERA A., *Carezze o violenze? La Cassazione affronta in problema dei reati sessuali a presunto orientamento culturale,* in *Diritto Penale e Processo*, 2018, pp. 1432-1438.

PROVERA A., *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco alla tipicità*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2010, pp. 964-979.

PROVOST R., *Centaur Jurisprudence: Culture before the Law*, in PROVOST R. (ed.), *Culture in the Domains of Law,* Cambridge University Press, New York, 2017, pp. 1-20.

PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, pp. 1-18.

PULITANÒ D., *Minacciare e punire*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 3-27.

RAIMONDI G., *Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione giustizia*, 2017, reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-multiculturalismo-nella-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo_428.php.

REGGIO F., La nave di Milinda*. La* Restorative Justice *fra conquiste e sfide ancora aperte*, in SARRA C., REGGIO F. (a cura di), *Diritto, Metodologia Giuridica e Composizione del Conflitto*, Primiceri, Padova, 2020, pp. 11-100.

REGGIO F., *Giustizia dialogica. Luci e ombre della* Restorative Justice, FrancoAngeli, Milano, 2010.

REMOTTI F., *Riflessioni sulla densità culturale*, in *Passaggi, Rivista Italiana di Scienze Transculturali*, 2005, pp. 18-40.

RENTELN A. D., *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, in FOBLETS M.C., RENTELN A.D. (ed.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 61-82.

RENTELN A.D., *The Cultural Defense*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

RENTELN A.D., *In Defense of Culture in the Courtroom*, in SHWEDER R., MINOW M., MARKUS H.R. (a cura di), *Engaging Cultural Differences. The multicultural Challenge in Liberal Democracies*, Russel Sage Foundation, New York, 2002, pp. 194-215.

RIGONI C., *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*, Routledge, Oxon, 2023.

RIGONI C., *"Western Values and Cultural Archipelagos": the Unfortunate Ruling of the Italian Supreme Court of Cassation No. 24084/2017 on the* Kirpan, in VEGA L.E.R., RUGGIU I., SPIGNO I. (eds.), *Justice and Culture. Theory and Practice*

Concerning the Use of Culture in Courtrooms, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 233-252.

RIGONI C., *Crime, Diversity, Culture, and Cultural Defence*, in PONTELL H.N. (ed.), *Oxford Research Encyclopedias: Criminology and Criminal Justice*, Oxford University Press, New York, 2018 (online version), reperibile al link https://oxfordre.com/criminology/view/10.1093/acrefore/9780190264079.001.0001/acrefore-9780190264079-e-409?print=pdf.

RIGOTTI F., *Le basi filosofiche del multiculturalismo*, in GALLI C. (a cura di), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 29-44.

RIVELLO P.P., *La prova scientifica*, Giuffrè, Milano, 2014.

ROXIN C., *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, pp. 3-16.

RUGGIU I., *Reati culturalmente motivati in Brasile: il caso di stupro-non stupro presso gli indios Guaranì (con riflessioni sui matrimoni precoci Rom)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2022, pp. 61-86.

RUGGIU I., *Il giudice dentro l'esperimento. Per una "interpretazione multiculturale" ispirata dalla teoria quantico-ermeneutica di Roberto Bin*, in BERGONZINI C., COSSIRI A., DI COSIMO G., GUAZZAROTTI A., MAINARDIS C. (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 158-167.

RUGGIU I., *Omnia munda mundis. La pratica culturale dell'"omaggio al pene" del bambino: uno studio per la cultural defense*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2019, pp. 1-29.

RUGGIU I., *The "Cultural Test" as Cultural Expertise: Evolution of a Legal-Anthropological Tool for Judges*, in HOLDEN L. (ed.), *Cultural Expertise. An Emergent Concept and Evolving Practices*, Special Issue, in *Laws*, 2019, pp. 58-72.

RUGGIU I., *"Spogliare" i migranti. I divieti contro kirpan, burqa, hijab, come eredità coloniale europea*, in *laCostituzione.info*, 8 febbraio 2018, reperibile al link https://www.lacostituzione.info/index.php/2018/02/08/spogliare-i-migranti-i-divieti-contro-kirpan-burqa-hijab-come-eredita-coloniale-europea/.

RUGGIU I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione Giustizia*, 2017, reperibile al link https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-giudice-antropologo-e-il-test-culturale_431.php.

RUGGIU I., *Dis-eguaglianza e identità culturale: tolleranza e multiculturalismo*, in DELLA MORTE M. (a cura di), *La dis-eguaglianza nello stato costituzionale* (Atti del Convegno di Campobasso), Editoriale scientifica, Napoli, 2016, pp. 195-226.

RUGGIU I., *Is begging a Roma cultural practice?: Answer from the Italian legal system and anthropology*, in *Romani Studies*, vol. 26, 2016, pp. 31-61.

RUGGIU I., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Miano, 2012.

SALETTI SALZA C., *I minori "nomadi" e le relazioni economiche e sociali con i gagè. Qualche riflessione sull'accattonaggio tra i romà*, in *Minori Giustizia*, 2008, pp. 280-286.

SAMPERI R., *La tutela dei minori di cultura islamica nell'Unione Europea: l'istituto della Kafalah in una prospettiva comparata*, in *Cammino Diritto*, 2019, pp. 2-28.

SANTORO M., *Mafia, culture e subculture*, in *Polis*, 2000, pp. 91-112.

SCOLETTA M., *Nuovo delitto di impiego di minori nell'accattonaggio*, in CORBETTA S., GATTA G.L., DELLA BELLA A. (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Ipsoa, Milano, 2009, pp. 123-132.

SIMONI A., *La sentenza della Cassazione sul* kirpan: *"voce dal sen fuggita"? Brevi note comparatistiche sull'adesione della Suprema Corte all'ideologia della "diversità culturale degli immigrati"*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, reperibile al link https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/note-ecommenti/fascicolo-note-2017-n-2/127-la-sentenza-della-cassazione-sul-kirpan-voce-dal-sen-fuggita-brevi-note-comparatistiche-sull-adesione-della-suprema-corte-all-ideologia-della-diversita-culturale-degli-immigrati/file.

SCHABAS W., *War Crimes and Human Rights. Essay on the Death Penalty, Justice and Accountability*, Cameron May, London, 2008.

SCIUTTERI D., *Reati culturalmente motivati e* ignorantia legis: *a margine della prima sentenza di legittimità sulle mutilazioni genitali femminili (nota a Cass. Pen., sez. V, 2 luglio 2021, n. 37422)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2022, pp. 49-118.

SCUDIERI L., *Dalla "Cultural Defense" al "test culturale": luci e (soprattutto) ombre del dibattito italiano*, in *Sociologia del Diritto*, 2018, pp. 125-154.

SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, Social Science Research Council, New York, 1938.

SESSA S., *La giustizia riparativa nell'ordinamento penale italiano*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, pp. 1-19.

SIMONI A., *Appunti per una lettura romanì del pacchetto sicurezza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, pp. 217-230.

SONG S., *Majority Norms, Multiculturalism, and Gender Equality*, in *The American Political Science Review*, vol. 99, 2005, pp. 473-489.

SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007.

SPENA A., *Commento* sub *art. 558*-bis *c.p. - Costrizione o induzione in matrimonio*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice Penale*, tomo II, 7ª edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp. 3534-3539.

SPINELLI S., *Le verità negate. Storia, cultura e tradizioni della popolazione romaní*, Meltemi, Milano, 2021.

SPRICIGO B., *La giustizia riparativa nel sistema penale e penitenziario in Nuova Zelanda e Australia: ipotesi di complementarietà*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, pp. 1923-1942.

STRANO LIGATO S., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p. – Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in FORTI G., SEMINARA S., ZUCCALÀ G. (a cura di), *Commentario breve al Codice Penale*, 6ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 1855-1858.

TARUFFO M., *La prova scientifica. Cenni generali*, in *Ragion pratica*, 2016, pp. 335-354.

TELESCA M., *La "riesumazione" dell'accattonaggio (art. 669*-bis *c.p. dopo la l.n. 132/2018). Ovvero il continuum tra legislazione fascista e "pacchetti sicurezza"*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, pp. 33-68.

TORDINI CAGLI S., *Commento* sub *art. 583* bis *c.p. – Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice Penale*, tomo II, 7ª edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp. 3701-3707.

TÖRZS E., *Restorative Justice Approaches in Intercultural Conflict Settings – Findings of a Survey and implications for Practice*, in *Temida*, 2014, pp. 87-101, reperibile al link http://www.alternativeproject.eu/assets/upload/Temida_3-17.pdf.

TRAPANI M., *La rieducazione del condannato tra «ideologia correzionalistica» del trattamento e «garanzie» costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, pp. 1693-1719.

TULLY J. *Reconciling Struggles over the Recognition of Minorities: Towards a Dialogical Approach*, in EISENBERG A. (ed.), *Diversity and Equality*, cit., pp. 15-33.

TYLOR E.B., *Primitive Culture. Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom,* Murray, London, 1871.

UBERTIS G., *Multiculturalismo e processo penale*, in BONETTI P., SIMONI A., VITALE T. (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia (Atti del Convegno Internazionale. Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010)*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1127-1135.

VAN BROECK J., *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, pp. 1-32.

VANZAN A., MIAZZI L., *Modificazioni genitali: tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2006, pp. 13-34.

VICOLI D., *Commento* sub *art. 220 c.p.p. – Oggetto della perizia*, in ILLUMINATI G., GIULIANI L. (a cura di), *Commentario breve al Codice di procedura penale*, 12ª edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 875-886.

VIGANÒ F., *La giurisprudenza sui reati commessi da Rom e Sinti nei confronti dei minori*, in BONETTI P., SIMONI A., VITALE T. (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia (Atti del Convegno Internazionale. Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010)*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1109-1126.

VIOLA F., *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in BERNARDI A. (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena* (Atti del Convegno in occasione del conferimento della laurea h.c. a Mireille Delmas-Marty, Ferrara 5-6 novembre 2004), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 37-56.

VITALONE A., *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giurisprudenza di merito*, 2001, pp. 854-870.

VITARELLI T., *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, in *Sistema penale*, 2020, pp. 1-32, reperibile al link https://www.sistemapenale.it/it/articolo/vitarelli-violenza-contro-donne-bulimia-repressiva.

WAGAMESE R., *Indian Horse*, Douglas & McIntyre, Vancouver, 2012.

WIEVIOKA M., *La differenza culturale. Una prospettiva sociologica*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

WOODMAN G.R., *The cultural defence in English common law: the potential for development*, in FOBLETS M.C., RENTELN A.D. (a cura di), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2009, pp. 7-34.

YILDIRIM S., *Expanding secularism's scope: an Indian case study*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 52, 2004, pp. 901-918.

ZANUSO F., *Incontrare l'altro nel dialogo, oltre la tolleranza: infibulazione rituale e tutela dei diritti umani*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il filo delle parche*, FrancoAngeli, Milano, 2009, pp. 193-212.

ZECCHINELLI C., *In Italia 30 mila casi ma dal divieto del 2006 neanche un processo,* in *Il Corriere della Sera*, 23 dicembre 2008.

ZILIOTTO A., *Cultural Expertise in Italian Criminal Justice: From Criminal Anthropology to Anthropological Expert Witnessing*, in HOLDEN L. (ed.), *Cultural Expertise. An Emergent Concept and Evolving Practices*, Special Issue, in *Laws*, 2019, pp. 5-22.

ZIZANOVICH R., *Le modifiche apportate al codice penale dalla L. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, pp. 2943-2960.

CONTRIBUTI GIURISPRUDENZIALI

Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149.

Corte cost., 7 giugno. 2017, n. 179.

Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313.

Corte cost., 9 novembre 1988, n.1023.

Corte cost., 7 luglio 1980, n. 107.

Corte cost., 22 novembre 1974, n. 264.

Corte cost., 12 febbraio 1966, n. 12.

Cass. Pen., sez. V, 21 marzo 2022, n. 18726.

Cass. Pen., sez. V, 14 ottobre 2021, n. 37422.

Cass. Pen, sez. III, 8 luglio 2021, n. 32390.

Cass. Pen., sez. V, 13 maggio 2021, n. 30538.

Cass. Pen, sez. III, 22 febbraio 2021, n. 6705.

Cass. Pen., sez. V, 28 dicembre 2020, n. 37538.

Cass. Pen., sez. VI, 07 ottobre 2020, n. 27901.

Cass. Pen., sez. III, 12 dicembre 2019, n. 8986.

Cass. Pen., sez. III, 20 novembre 2019, n. 7590.

Cass. Pen., sez. III, 27 novembre 2019, n. 48188.

Cass. Pen., sez. V, 06 settembre 2019, n. 37315.

Cass. Pen., sez. VI, 31 maggio 2019, n. 24427.

Cass. Pen., sez. VII, 18 aprile 2019, n. 16917.

Cass. Pen., sez. III, 2 luglio 2018, n. 29613.

Cass. Pen., sez. III, 31 maggio 2018, n. 24594.

Cass. Pen., sez. III, 22 novembre 2017, n. 53135.

Cass. Pen., sez. I, 15 maggio 2017, n. 24084.

Cass. Pen., sez. VI, 6 marzo 2017, n. 10906.

Cass. Pen., sez. I, 16 giugno 2016, n. 25163.

Cass. Pen., sez. I, 14 giugno 2016, n. 24739.

Cass. Pen., sez. I, 28 ottobre 2015, n. 11591.

Cass. Pen., sez. III, 13 aprile 2015, n.14960.

Cass. Pen., sez. I, 18 dicembre 2013, n. 51059.

Cass. Pen., sez. VI, 30 marzo 2012, n. 12089.

Cass. Pen., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 43646.

Cass. Pen., sez. III, 15 aprile 2010, n. 18072.

Cass. Pen., sez. VI, 7 ottobre 2009, n. 48272.

Cass. Pen., sez. VI, 29 maggio 2009, n. 22700.

Cass. Pen., sez. VI, 26 novembre 2008, n. 46300.

Cass. Pen., sez. III, 26 giugno 2007, n. 34909.

Cass. Pen., sez. III, 5 ottobre 2006, n. 33464.

Cass. Pen., sez. III, 9 giugno 2006, n. 19808.

Cass. Pen., sez. III, 23 settembre 2004, n. 37395.

Cass. Pen., sez., III, 1 febbraio 2001, n. 3990.

Corte di Appello di Torino, 26 febbraio 2020, n. 1410.

Corte di Appello di Venezia, 23 novembre 2012, n. 1485.

Tribunale di Torino, 8 novembre 2018, n. 1626.

Tribunale di Rovigo, sez. Adria, 9 febbraio 2010.

Tribunale di Verona, sez. penale, 14 aprile 2010, con nota di PECORELLA C., *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Rivista italiana di diritto procedura penale*, 2011, pp. 837-866.

ALTRE FONTI

AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile. Documento di studio e proposta,* 2018, reperibile al link https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/mediazione-penale-giustizia-riparativa-minori.pdf.

COMMISSIONE REGIONALE DI BIOETICA, *Prevenzione delle mutilazioni genitali femminili: liceità etica, deontologica e giuridica della partecipazione dei medici alla pratica di un rito alternativo*, 9 marzo 2004.

CONSIGLIO D'EUROPA, *Libro bianco sul dialogo interculturale «Vivere insieme in pari dignità»,* Strasburgo, 2008, reperibile al link https://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub_White_Paper/WhitePaper_ID_ItalianVersion.pdf.

Cultural Expertise in Europe: What is it useful for? (EURO-EXPERT), Consolidator Grant Project n. 681814, link web https://culturalexpertise.net.

Decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, *Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari* (G.U. 17 ottobre 2022, n. 243).

Dichiarazione dei Ministri della Giustizia degli Stati membri del Consiglio d'Europa sul Ruolo della Giustizia riparativa in materia penale (cd. Dichiarazione di Venezia), Venezia, dicembre 2021.

Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 25 ottobre 2012.

HOME OFFICE, FOREIGN AND COMMONWEALTH OFFICE, *Forced Marriage Unit Statistics 2017*, 16 marzo 2018, p. 4, reperibile al link

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/730155/2017_FMU_statistics_FINAL.pdf.

Legge 19 luglio 2019, n. 69 (G. U. 25 luglio 2019, n. 173) *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere.*

Legge di conversione 1 dicembre 2018, n. 132 del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (G.U. 3 dicembre 2018, n. 381).

Legge 15 luglio 2009, n. 94 (G.U. 24 luglio 2009, n. 170) *Disposizioni in materia di pubblica sicurezza.*

Legge 9 gennaio 2006, n.7, *Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile* (G.U. 18 gennaio 2006, n. 14).

Legge 8 marzo 1989, n.101 *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane* (G.U. 23 marzo 1989, n. 69).

Legge 5 agosto 1981, n. 442 (G.U. 10 agosto 1981, n. 281).

D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (G.U. 17 ottobre 2022, n. 243) di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*.

Decreto del Ministro della Giustizia 9 giugno 2023, *Disciplina delle forme e dei tempi della formazione finalizzata a conseguire la qualifica di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa nonché delle modalità di svolgimento e valutazione della prova di ammissione alla formazione ed altresì della prova conclusiva* (G.U. n. 155, 5 luglio 2023).

Decreto del Ministro della Giustizia 9 giugno 2023, *Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa. Disciplina dei requisiti per l'iscrizione e la cancellazione dall'elenco, del contributo per l'iscrizione allo stesso, delle cause di incompatibilità, dell'attribuzione della qualificazione di formatore, delle modalità di revisione e vigilanza sull'elenco, ed infine della data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione costituisce requisito obbligatorio per l'esercizio dell'attività* (G.U. n. 155, 5 luglio 2023).

Linee di indirizzo del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità in materia di Giustizia riparativa e tutela delle vittime di reato, 2019, reperibili al link https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?facetNode_1=0_10_3_2&facetNode_2=0_10&facetNode_3=0_6_4_1&contentId=SPS322404&previsiousPage=mg_1_12.

Progetto di ricerca europeo *ALTERNATIVE – Developing alternative understandings of security and justice through restorative justice approaches in intercultural settings within democratic societies*, (2012-2016), reperibile al link http://www.alternativeproject.eu/about-us/general-information/.

Progetto di ricerca del Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law dal titolo *Conflict Regulation in Germany's Plural Society*. *Study of So-Called Paralleljustiz in Criminal Law in North Rhine-Westphalia.*

Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa relativa alla giustizia riparativa in materia penale, CM/Rec. 2018/08.

Relazione principale *Linee di riforma in tema di pene alternative edittali*, coordinatore del gruppo prof. Francesco Palazzo, ultimo aggiornamento marzo 2021, reperibile al link https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/La-riforma-del-sistema-sanzionatorio/Linee-di-riforma-in-tema-di-pene-alternative-edittali-i-coordinatore-del-gruppo-prof-Francesco-Palazzo/.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, United Nations, Vienna, 2020, reperibile al link https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf.

UNITED NATIONS, COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Joint general recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices,* CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18, New York, 14 novembre 2014, p. 7, reperibile al link https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/627/78/PDF/N1462778.pdf?OpenElement.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *In-depth study on all forms of violence against women – Report of the Secretary-General,* A/61/122/Add.1, New York, 06 luglio 2006, p. 40, par. 122, reperibile al link https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/419/74/PDF/N0641974.pdf?OpenElement.

UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*, 2002 (ECOSOC Res. 12/2002).

WHO, *Eliminating female genital mutilation: an interagency statement UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCHR, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO*, 2008, reperibile al link http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43839/9789241596442_eng.pdf?sequence=1.

WHO, *Female genital mutilation: a joint WHO/UNICEF/UNFPA Statement*, Ginevra, 1997, reperibile al link

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41903/9241561866.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

CANADA

CONTRIBUTI DOTTRINALI

ASCH M., *The Judicial Conceptualization of Culture after Delgamuuku and Van Der Peet*, in *Review of Constitutional Studies*, vol. 5, 2000, pp. 119-137.

ASKEW H., *Learning from Bear-walker: Indigenous Legal Orders and Intercultural Legal Education in Canadian Law Schools*, in *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 33, 2017, pp. 29-46.

BAKHT N., *Problem Solving Courts as Agents of Change*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 50, 2005, pp. 224-254.

BARSH R.L., HENDERSON J.Y., *The Supreme Court's Van der Peet Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand*, in *McGill Law Journal*, vol. 42, 1997, pp. 993-1010.

BEAMAN L.G. (ed.), *Reasolable Accomodation Managing Religious Diversity*, UBC Press, Vancouver, 2012.

BENEVIDES H.J., *R. v. Moses and Sentencing Circles: A Case Comment*, in *Dalhousie Journal of Legal Studies,* vol. 3, 1994, pp. 241-250.

BENNETT P., *Specialist Courts for Sentencing Aboriginal Offenders. Aboriginal Courts in Australia*, The Federation Press, Annandale, 2016.

BERGER B.L., *Freedom of Religion*, in DES ROSIERS N., MACKLEM P., OLIVER P. (ed.), *The Oxford Handbook of Canadian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2017;

BERGER B.L., *Law's Religion: Religious Difference and the Claims of Costitutionalism*, University of Toronto Press, Toronto, 2015.

BERGER B.L., *The Cultural Limits of Legal Tolerance*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 21, 2008, pp. 245-277.

BERGER B.L., *Section 1, Constitutional Reasoning, and Cultural Difference: Assessing the Impacts of Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony*, in *Supreme Court Law Review*, 2010, pp. 25-46.

BERLIN M., *Restorative Justice Practices for Aboriginal Offenders: Developing an Expectation-Led Definition for Reform*, in *Appeal: Review of Current Law and Law Reform*, vol. 21, 2016, pp. 3-20.

BORROWS J., *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto University Press, Toronto, 2017.

BORROWS J., *Indigenous Legal Traditions in Canada*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 19, 2005, pp. 167-223.

BORROWS J., *Residential Schools, Respect, and Responsibilities for Past Harms*, in *The University of Toronto law journal*, vol. 64, 2004, pp. 486-504.

BORROWS J., *Frozen Rights in Canada: Constitutional Interpretation and the Trickster*, in *American Indian Law Review*, vol. 22, 1997, pp. 37-64.

BORROWS J, *With or Without you: First Nations Law (in Canada)*, in *McGill Law Journal*, vol. 4, 1996, pp. 629-665.

CAMERON A., *Restorative Justice: A Literature Review*, The British Columbia Institute Against Family Violence, Vancouver, 2005.

CANADIAN COMMISSION FOR UNESCO, *A Working Definition of Culture for the Canadian Commission for UNESCO*, Ottawa, 1977, pp. 77-83.

CARTABIA M., *The Many and the Few: Clash of Values or Reasonable Accomodation?,* in *American University International Law Review*, 2018, pp. 667-679.

CHENG C.C., *Touring the Museum: A Comment on R. v. Van der Peet*, in *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 55, 1997, pp. 419-434.

CHISTE K.B., *Origins of Modern Restorative Justice: Five Examples from the English-Speaking World*, in *The University of British Columbia Law Review*, vol. 46, 2013, pp. 33-80.

COOLEY D., *From Restorative Justice to Transformative Justice: A Discussion Paper*, Law Commission of Canada, Ottawa, 1999.

COKER D., *Restorative Justice. Navajo Peacemaking and Domestic Violence*, in *Theoretical Criminology*, vol. 10, 2006, pp. 67-85.

COUGHLAN S.G., *Separate Aboriginal Justice System: Some Whats and Whys*, in *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 42, 1993, pp. 259-270.

CUNLIFFE E., CAMERON A., *Writing the Circle: Judicially Convened Sentencing Circles and the Textual Organization of Criminal Justice*, in *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 19, 2007, pp. 1-35.

DAY R.J.F., *Multiculturalism and the History of Canadian Diversity*, University of Toronto Press, Toronto, 2000.

DEVEAUX M., *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice,* Cornell University Press, New York, 2000.

DUGAS M.C., *Committing to Justice: The Case for Impact of Race and Culture Assessments in Sentencing African Canadians Offenders,* in *Dalhousie Law Journal*, vol. 43, 2020, pp. 103-158.

EHMAN A.J., *A People's Justice: Three New Aboriginal Courts are Finding Innovative Solutions for the Long-Standing Problem of Achieving Justice for Aboriginal Canadians. Cree Court Peacemaking Gladue Courts Special Treatment? A New System*, in *National*, vol. 11, 2002, p. 12-18.

EISENBERG A., *Multiculturalism in a Context of Minority Nationalism and Indigenous Rights*. The Canadian Case, in ASHCROFT R., BEVIR M. (ed.), *Multiculturalism in the British Commonwealth*, University of California Press, 2019, pp. 67-82.

EISENBERG A., *Multiculturalism and Canada's Founding Peoples*, paper work, 2016, pp. 35-40.

EISENBERG A., *Rights in the Age of Identity Politics*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 50, 2013, pp. 609-636.

EISENBERG A., KYMLICKA W. (ed.), *Identity Politics in the Public Realm. Bringing Institutions Back In*, UBC Press, Vancouver, 2012.

EISENBERG A., *Reasons of Identity. A Normative Guide to the Political and Legal Assessment of Identity Claims*, Oxford University Press, New York, 2009.

EISENBERG A., *Reasoning about Identity: Canada's Distinctive Culture Test*, in EISENBERG A. (ed.), *Diversity and Equality. The Changing Framework of Freedom in Canada*, UBC Press, Vancouver, 2006, pp. 34-53.

FINCH L.S.G., *The Duty to Learn: Taking Account of Indigenous Legal Orders in Practice*, *paper* redatto per la *Continuing Legal Education Society of British Columbia*, novembre 2012.

FODDAI M.A., *Introduzione*, in FODDAI M. A. (a cura di), *Il Canada come laboratorio giuridico. Spunti di riflessione per l'Italia*, Jovene Editore, Napoli, 2013, pp. VII-XIV.

FORBES H.D., *Trudeau as the First Theorist of Canadian Multiculturalism*, in TIERNEY S.J., *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, UBC Press, Vancouver, 2000, pp. 27-42.

FRENCH R., *Equal Justice and Cultural Diversity – The General Meets the Particular, paper* per *The Judicial Council on Cultural Diversity "Cultural Diversity and the Law Conference*, 14 marzo 2015, Sydney.

GERVAIS M.C., *Harmonization and Dissonance: Language and Law in Canada and Europe*, in *Bijuralism and Harmonization: Genesis,* 2001, reperibile al link https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/hfl-hlf/b1-f1/bf1.pdf.

GOLDBACH T.S., *Instrumentalizing the Expressive: Transplanting Sentencing Circles into the Canadian Criminal Trial*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 25, 2015, pp. 61-107.

GREENE M., *Sentencing Circles – A Quick Guide to What are They and When They Can Be Used*, in *The Six-Minute Criminal Lawyer* (atti convegno), The Law Society of Upper Canada, Toronto, 2017, pp. 1-12.

GREEN R.G., *Justice in Aboriginal Communities. Sentencing Alternatives*, Purich Publishing, Saskatoon, 1998.

HAMILTON A., SINCLAIR M., *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, Aboriginal Justice Inquiry, Winnipeg, 1999.

HANNAH-MOFFAT K., MAURUTTO P., *Re-Contextualizing Pre-Sentence Reports: Risk and Race*, in *Punishment and Society*, vol. 12, 2010, pp. 262-286.

HEBERT A., *Change in Paradigm or Change in Paradox: Gladue Report Practices and Access to Justice*, vol. 43, 2017, pp. 149-174.

HEWITT J.G., *Indigenous Restorative Justice: Approaches, Meaning and Possibilities*, in *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 67, 2016, pp. 314-335.

JACKSON M., *Locking Up Natives in Canada*, in *University of British Columbia Law Review*, vol. 23, 1989, pp. 215-300.

JAMAL M., *Freedom of Religion in the Supreme Court: Some Lessons from Multani*, in *National Journal of Constitutional Law*, 2007, pp. 291-313.

JEDWAB J., *To Preserve and Enhance: Canadian Multiculturalism Before and After the Charter*, in *The Supreme Court Law Review*, 2003, pp. 309-344.

JEFFRIES S., STENNING P.C., *Sentencing Aboriginal Offenders: Law, Policy, and Practice in Three Countries*, in *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 56, 2014, pp. 447-494.

JOHNSON S., *Developing First Nations Courts in Canada: Elders as Foundational to Indigenous Therapeutic Jurisprudence*, in *Journal of Indigenous Social Development*, vol. 3, 2014, pp. 1-14.

KARAYANNI M.M., *Adjudicating Culture*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 47, 2009, pp. 371-387.

KIDD P., *Cultural Diversity and the Law, Speech to the Australian Intercultural Society*, May 2019.

KENT A., *The Van der Peet Test. Constitutional Recognition or Constitutional Restriction?*, in *The Arbutus Review*, vol. 3, 2012, pp. 20-36.

KLEIN A., *Gladue in Quebec*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 54, 2009, pp. 506-528.

KNAZAN B., *Time for Justice: One Approach to R v Gladue*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 54, 2009, pp. 431-446.

KNAZAN B., *Sentencing Aboriginal Offenders in a Large City. The Toronto Gladue (Aboriginal Persons) Court*, *paper* per il *National Justice Institute Aboriginal Law Seminar*, Calgary, 2003.

KYMLICKA W., *The Canadian Model of Diversity in a Comparative Perspective*, in TIERNEY S.J., *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, UBC Press, Vancouver, 2000, pp. 61-90.

LAFORME S., TRUESDALE C., *Sectione 25 of the Charter; Sectione 35 of the Constitution Act, 1982: Aboriginal and Treaty Rights – 30 Years of Recognition and Affirmation,* in *The Supreme Court Law Review*, 2013, pp. 687-740.

LAPRAIRIE C., *Aboriginal Crime and Justice: Explaining the Present, Exploring the Future*, in *Canadian Journal of Criminology*, vol. 34, 1992, pp. 281-297.

LAPRAIRIE C., *The Role of Sentencing in the Over-Representation of Aboriginal People in Correctional Institutions*, in *Canadian Journal of Criminology*, vol. 32, 1990, 429-440.

LLEWLLYN J., HOWSE R., *Restorative Justice: A Conceptual Framework*, Law Commission of Canada, Ottawa, 1999.

MACKLEM P., *Aboriginal Peoples, Criminal Justice Initiatives and the Constitution*, in *University of British Columbia Law Review*, vol. 26, 1992, pp. 280-305.

MAGNET J.E*., Multiculturalism and Collective Rights*, in *The Supreme Court Law Review*, 2005, pp. 431-497.

MANDAMIN L., CALLIHOO D., ANGUS A., BULLER M., *The Criminal Code and Aboriginal People*, in *University of British Columbia Law Review*, vol. 26, 1992, pp. 5-39.

MANIKIS M., *Towards Accountability and Fairness for Aboriginal People: The Recognition of Gladue as a Principle of Fundamental Justice That Applies to Prosecutor*s, in *Canadian Criminal Law Review*, vol. 21, 2016, pp. 164-184.

MANIKIS M., *The Recognition of Prosecutorial Obligations in an Era of Mandatory Minimum Sentences of Imprisonment and Over-representation of Aboriginal People in Prisons*, in T*he Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 71, 2015, pp. 277-300.

MASON R., NICOL J., WALKER J., *An Examination of the Duty to Accomodate in the Canadian Human Rights Context*, Library of Parliament Background Papers, Ottawa, 2021 reperibile al link https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2012-01-e.pdf.

MAURUTTO P., *Informing the Court: The Use of Pre-sentence and Gladue Reports at Sentencing*, in COLE D., ROBERTS J.V. (ed.), *Sentencing in Canada*, Irwin Law, Toronto, 2020, pp. 96-112.

MAURUTTO P., HANNAH-MOFFAT K., *Aboriginal Knowledges in Specialized Courts: Emerging Practices in Gladue Courts*, in *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 31, 2016, pp. 451-471.

MARCHETTI E., DOWNIE R., *Indigenous People and Sentencing Courts in Australia, New Zealand, and Canada*, in BUCERIUS S., TONRY M. (ed.), *The Oxford Handbook of Ethnicity, Crime, and Immigration*, Oxford University Press, London, 2014, pp. 360-387.

MONTURE-ANGUS P., *Journeying Forward: Dreaming First Nations Independence*, Fernwood Publishing, Halifax, 1999.

MONTURE-OKANEE P.A., TURPEL M.E., *Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Law: Rethinking Justice*, in *University of British Columbia Law Review*, vol. 26, 1992, pp. 239-279.

MORRISON R.B., WILSON C.R. (ed.), *Native Peoples: The Canadian Experience*, Oxford University Press, Toronto, 2004.

NAGRA B., PENG I., *Has Multiculturalism Really Failed? A Canadian Muslim Perspective*, in *Religions*, 2013, vol. 4, pp. 603-620.

NAPOLEON V., FRIEDLAND H., *An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions through Stories,* in *McGill Law Journal*, vol. 61, 2016, pp. 725-754.

NAPOLEON V., FRIEDLAND H., *Indigenous Legal Traditions: Roots to Renaissance*, in DUBBER M.D., HÖRNLE T. (ed.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 1-24.

ORCHARD B., *Sentencing Circles in Saskatchewan*, University of Saskatchewan, Saskatoon, 1998.

OWUSU-BEMPAH A., WORTLEY S., *Race, Crime, and Criminal Justice in Canada*, in BUCERIUS S., TONRY M. (ed.), *The Oxford Handbook of Ethnicity, Crime, and Immigration*, Oxford University Press, London, 2014, pp. 280-321.

PENTNEY W.F., *The Aborginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982*, ProQuest Dissertations Publishing Ottawa, 1987.

PFEFFERLE B.R., *Gladue Sentencing: Uneasy Answers to the Hard Problem of Aboriginal Over-Incarceration*, in *Manitoba Law Journal*, vol. 32, 2008, pp. 113-143.

POITRAS M., *Alternative Dispute Resolution Sentencing Circles*, University of Saskatchewan, Saskatoon, 1994.

PROULX C., *Reclaiming Aboriginal Justice, Identity, and Community*, Purich Publishing, Saskatoon, 2003.

ROACH K., RUDIN J., *Sentencing Indigenous Offenders: From* Gladue *to the Present and Beyond*, in COLE D., ROBERTS J.V. (ed.), *Sentencing in Canada*, Irwin Law, Toronto, 2020, pp. 226-249.

ROACH K., BERGER B. L., CUNLIFFE E., KIYANI A. G.(ets.), *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials*, Emond, Toronto, 2020.

ROACH K., *Canadian Justice, Indigenous Injustice. The Gerald Stanley and Colten Boushie Case*, McGill University Press, Montreal, 2019.

ROACH K., *One Step Forward, Two Steps Back: Gladue at Ten and in the Courts of Appeal*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 54, 2009, pp. 470-505.

ROACH K., RUDIN J., Gladue: *The Judicial and Political Reception of a Promising Decision*, in *Canadian Journal of Criminology*, vol. 42, 2000, pp. 355-388.

ROBERTS D.E., *Criminal Justice and Black Families: The Collateral Damage of Over-Enforcement*, in *University of California Davis Law Review*, vol. 34, 2001, pp. 1005-1028.

ROBERTS J.V., REID A.A., *Aboriginal Incarceration in Canada since 1978: Every Picture Tells the Same Story*, in *Canadian Journal of Criminology and Crime Justice*, vol. 59, 2017, pp. 313-345.

ROBERTS J.V., ROACH K., *Restorative Justice in Canada: From Sentencing Circles to Sentencing Principles*, in VON HIRSCH A., ROBERTS J.V., BOTTOMS A. (ed.), *Restorative Justice and Criminal Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 237-256.

ROBERTS J.V., VON HIRSCH A., *Statutory Sentencing Reform: The Purpose and Principles of Sentencing*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 37, 1995, pp. 220-242.

ROYAL COMMISSION ON ABORIGINAL PEOPLES, *Bridging the Cultural Divide*, Ottawa, 1995.

RUDIN J., *Addressing Aboriginal Overrepresentation Post-Gladue: A Realistic Assessment of How Social Change Occurs*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 54, 2009, pp. 447-469.

RUDIN J., *Aboriginal Over-Representation and* R v. Gladue: *Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going*, in *The National Conference on Aboriginal Criminal Justice Post-Gladue* (papers), April 2008, pp. 1-28.

RUDIN J., *Aboriginal Peoples and the Criminal Justice System [Ipprwash Inquiry],* Toronto, 2005, pp. 1-72, reperibile al link https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/ipperwash/policy_part/research/pdf/Rudin.pdf.

RUDIN J., ROACH K., *Broken Promises: A Response to Stenning and Roberts' " Empty Promises"*, in *Saskatchwan Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 3-34.

RUDIN J., *One Step Forward, Two Steps Back. The Political and Institutional Dynamics Behind the Supreme Court of Canada's Decision in* R. v. Sparrow, R. v. Van der Peet and Delgamuuku v. British Columbia, in *Journal of Law and Social Policy*, vol. 13, 1998, pp. 67-94.

SHACHAR A., *Multicultural Jurisdiction. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

SINCLAIR M., *Aboriginal Peoples, Justice and the Law*, in GOSSE R., HENDERSON J.Y., ROGER C. (ed.), *Continuing Poundmaker and Riel's Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice*, Purich Publishing, Saskatoon, 2014, pp. 173-184.

SMALL J., *Multiculturalism, Equality, and Canadian Constitutionalism: Cohesion and Difference*, in TIERNEY S.J., *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, UBC Press, Vancouver, 2000, pp. 196-211.

STEPHENS M., *Lessons from the Front Lines in Canada's Restorative Justice Experiment: The Experience of Sentencing Judges*, in *Queen's Law Journal*, vol. 33, 2007, pp. 19-78.

STEVENSON G., *Building Nations from Diversity: Canadian and American Experience Compared*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 2014.

TANOVICH D.M., *Using the Charter to Stop Racial Profiling: The Development of an Equity-Based Conception of Arbitrary Detention*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 40, 2002, pp. 145-187.

THE LAW COMMISSION OF CANADA, *From Restorative to Transformative Justice: A Discussion Paper*, Ottawa, 1999.

TOKAWA K., Van der Peet *turns 20: Revisiting the Rights Equation and Building a New Test for Aboriginal Rights*, in *University of British Columbia Law Review*, vol. 49, 2016, pp. 817-833.

TOMER-FISHMAN T., *Cultural Defense, Cultural Offense, or No Culture at All: An Empirical Examination of Israeli Judicial Decisions in Cultural Conflict Criminal Cases and of the Factors Affecting Them*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100, 2010, pp. 475-521.

TURPEL-LAFOND M.E., *Sentencing within a Restorative Justice Paradigm: Procedural Implications of* R v Gladue, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 43, 1999, pp. 34-50.

WEBBER J., *Multiculturalism and the Australian Constitution*, in *University of New South Wales Law Journal*, vol. 24, 2001, pp. 882-894.

WHONNOCK K., *Aboriginal Courts in Canada*, The Scow Institute, 2008, pp. 1-29.

WONG C.M., *Good Intentions, Troublesome Applications: The Cultural Defence and Other Uses of Cultural Evidence in Canada*, in *Criminal Law Quarterly*, vol. 42, 1999, pp. 367-396.

ZALEWSKI A., *From Sparrow to Van der Peet: The Evolution of a Definition of Aboriginal Rights*, in *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 55, 1997, pp. 435-456.

CONTRIBUTI GIURISPRUDENZIALI

R v Anderson, 2021 NSCA 62.

R v Morris, 2018 ONSC 5186.

R v Jackson, 2018 ONSC 2527.

R v Kreko, 2016 ONCA 367.

R v Elliot, [2014] NSJ 69.

R v Ipeelee [2012] 1 SCR 433.

R v Martin [2011] ONCJ 423.

Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada, [2011] BCSC 1588.

R v Jacko, [2010] OJ 2583.

Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony, [2009] 2 SCR 567.

Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2006] 1 SCR 256.

R v Kakekagamick (2006), 81 OR (3d) 664, 211 CCC (3d) 289 (Ont CA).

Syndicat Northcrest v. Amselem, [2004] 2 SCR 551.

R v Golden, 2001 SCC 83.

R v Bunn [2000] 1 SCR 183.

R *v L.F.W.* [2000] 1 SCR 132.

R v Proulx, 2000 SCC 5.

R v R.A.R. [2000] 1 SCR 163.

R v R.N.S. [2000] 1 SCR 149.

R v Wells [2000] 1 SCR 207.

R v Gladue [1999] 1 SCR 688.

R v Taylor, [1998] 7 WWR 704.

Delgamuukw v British Columbia, [1997] 3 SCR 1010.

R v Van Der Peet, [1996] 2 SCR 507.

R v Joseyounen, [1995] 6 WWR 438.

R v Naappaluk, [1994] 2 CNLR 142.

R v Morris, (1993) S.A.S.D. 7475-01.

R v Moses, (1992) 71 CCC 347.

R v Sparrow, [1990] 1 SCR 1075.

R v Ly, [1987] 31 B.C.C.A.

ALTRE FONTI

ALST, *Factum in James Warren Wells v. The Queen*, 1999.

AMNESTY INTERNATIONAL CANADA, *Stolen Sisters: a Human Rights Response to Discrimination and Violence Against Indigenous Women in Canada*, AMR 20/003/2004, Ottawa.

Bill C-41, An Act to Amend the Criminal Code (Sentencing) and other Acts in Consequence Thereof, SC 1995, c 22.

Canadian Criminal Code.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982.

Canada, Solicitor General, *Task Force on Aboriginal Peoples in Federal Corrections, Final Report*, Minister of Supply and Services, Ottawa, 1988.

Canada, *Office of the Correctional Investigator, Annual Report 2016–2017*, reperibile al link https://www.oci-bec.gc.ca/cnt/rpt/pdf/annrpt/annrpt20162017-eng. pdf [https://perma.cc/K6TM-QAMG] at 55–56 [OCI, Annual Report 2016–2017].

Canada, *Office of the Correctional Investigator, Annual Report 2017–2018*, reperibile al link https://www.oci-bec.gc.ca/cnt/rpt/annrpt/annrpt20172018-eng.aspx [https://perma.cc/LN7B-7P8P].

*Constitution A*ct, 1982, *being Schedule B of the Canada* Act 1982.

DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA, *Reforming the General Part of the Criminal Code: A Consultation Paper*, Ottawa, 1994.

LAW COMMISSION OF CANADA, *Justice within: Indigenous Legal Tradition*, 2006.

LAW COMMISSION OF CANADA*, Transforming Relationships Through Participatory Justice,* 2003.

https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/the_residential_school_system/.

https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/sixties_scoop/.

National Centre for Truth and Reconciliation dell'Università del Manitoba al link https://nctr.ca.

ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Paying the Price: the Human Cost of Racial Profiling*, Toronto, 2004.

Public Safety Canada, *CCRA 5-Year Review: Aboriginal Offenders*, Minister of Supply and Services, Otawa, 1998.

Report of the Osnaburgh/Windigo Tribal Justice Review Committee, 1990.

Section 25 – Aboriginal and treaty rights, Government of Canada website al link https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art25.html.

Treaties and agreements, Government of Canada website al link https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231#chp5.

UNITED NATIONS' WORKING GROUP, *Statement to the Media by the United Nations' Working Group of People of African Descent, on the Conclusion of its Official Visit to Canada, 17–21 October 2016*, 21 October 2016, reperibile al link www.ochr.org [https://perma.cc/D7XX-Y6TV].

SUDAFRICA

CONTRIBUTI DOTTRINALI

AMPOFO-ANTI O., BISHOP M., *On the Limits of Cultural Accommodation: KwaZulu-Natal MEC for Education v Pillay*, in *Acta Juridica*, 2015, pp. 459-494.

BATLEY M., MAEPA T., *Introduction*, in MAEPA T. (ed.), *Beyond Retribution. Prospects for Restorative Justice in South Africa*, Institute for Security Studies, Pretoria, 2005, pp. 15-20.

BAZAMORE G., *Restorative Justice, Earned Redemption and A Communitarian Response to Crime*, Florida Atlantic University, 1999, reperibile al link https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.611.3385&rep=rep1&type=pdf.

BEKKER T., *The Reemergence of uBuntu. A Critical Analysis*, in CORNELL D., MUVANGA N. (ed.), *Ubuntu and the Law. African Ideals and Postapartheid Jurisprudence*, Firdham University Press, New York, 2012, pp. 377-387.

BEKKER J.C., VAN DER MERWE A., *Indegenous Legal System and Sentencing: S v Maluleke 2008 1 SACR 49 (T),* in *De Jure*, 2009, pp. 239-250, reperibile al link https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/14243/Bekker_Indigenous%282009%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

BENNETT T.W., *Ubuntu. An African Jurisprudence*, Juta, Claremont, 2018.

BENNETT T.W., *Ubuntu: An African Equity*, in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, vol. 14, 2011, pp. 30-61.

BENNETT T.W., MILLS C., MUNNICK G., *Virginity Testing: a Crime, a Delict or a Genuine Cultural Tradition?*, in *Journal of South African Law*, 2010, pp. 254-270.

BENNETT T.W., *The Cultural Defence and the Custom of Thwala in South African Law*, in *University of Botswana Law Journal*, vol. 10, 2010, pp. 3-26.

BENNETT T.W., *Human Rights and African Customary Law Under the South African Constitution*, Juta, Cape Town, 1995.

BENSON I.T., *Can Law Avoid Creating Culture and Religion in Its Own Image? The Context for Diversity, Religion and Culture in MEC for Education: KwaZulu-Natal and Others v Navaneethum Pillay: Reflections a Decade Later*, in *Journal for Juridical Science*, vol. 42, 2017, pp. 120-142.

BORAINE A., *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press Southern Africa, Cape Town, 2000.

BOTHA C., *Statutory Interpretation: An Introduction for Students*, Juta, Cape Town, 2005.

CARSTENS P.A., *The Cultural Defence in Criminal Law: South African Perspectives*, in FOBLETS M.C., RENTELN A.D. (ed.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 175-198.

CHANOCK M., *Constitutionalism, Democracy and Africa: Constitutionalism Upside Down*, in ELLMANN S., KLUG H., ANDREWS P. (ed.), *For Martin Chanock: Essays on Law and Society*, Federation Press, Alexandria, 2012, pp. 27-44.

COUZENS M., *The Prosecution of Female genital Mutilation: A Discussion of Its Implications for South Africa in the Light of a Recent Australian Case*, in *South African Law Journal*, vol. 134, 2017, pp. 116-140.

CURRIE I., DE WAAL J., *The Bill of Rights Handbook*, Juta, Cape Town, 2005.

DAVIS D.M., KLARE K., *Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law*, in *South African Journal of Human Rights*, vol. 26, 2010, pp. 403-509.

ELECHI O.O., MORRIS S.V.C., SCHAUER E.J., *Restorative Justice (Ubuntu): An African Perspective*, in *International Criminal Justice Review*, vol. 20, 2010, pp. 73-85.

FOLEY T., *Developing Restorative Justice Jurisprudence. Rethinking Responses to Criminal Wrongdoing*, Ashgate, Surrey, 2015.

GAMBLE S., *Criminal Justice Initiatives for Indigenous Offenders*, in *Indigenous Law Bulletin 8*, 2005, reperibile al link http://www.austlii.edu.au/au/journals/ILB/2005/53.html.

GALLINETTI J., REDPATH J., SLOTH-NIELSEN J., *Race, Class and Restorative Justice in South Africa: Achilles Heel, Glass Ceiling or Crowning Glory?*, in *South African Journal of Criminal Justice*, vol. 17, 2004, pp. 17-40.

GELDENHUYS K., *When Cultural Beliefs Turn into Crime: The Witchcraft Issue*, in *Servamus*, vol. 109, 2016, pp. 24-31.

GROBLER C., *An Analysis of the Cultural Defence in South Africa Criminal Law*, University of Pretoria, Faculty of Law, 2014, reperibile al link https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/46121/Grobler_Analysis_2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

HAMBER B., MAEPA T., MOFOKENG T., VAN DER MERWE H., *Submission to the Truth and Reconciliation Commission: Survivors' Perceptions of the Truth and Reconciliation Commission and Suggestions for the Final Report*, *Recommendation*

20, 1998, reperibile al link *http://www csvr org za/publications/1705-submission-to-the- truth-and-reconciliation-commission-survivors-perceptions-of-the-truth-and-reconciliation-commission-and- suggestions-for-the-final-report*.

HAMBER B., NAGENG D., O'MALLEY G., *"Telling It Like It Is..." Understanding the Truth and Reconciliation Commission from the Perspective of Survivors*, in *Psychology in Society*, vol. 26, 2000, pp. 18-42.

HAMBER B., WILSON R., *Symbolic Closure through Memory, Reparation and Revenge in Post-Conflict Societies*, in *Journal of Human Rights*, vol. 1, 2002, pp. 35-53.

HIMONGA C., TAYLOR M., POPE A., *Reflections on Judicial Views of Ubuntu*, in *Potchefstroom Electronic Law Journal,* vol. 16, 2013, pp. 370-247.

HIMONGA C., *Exploring the Concept of Ubuntu in the South African Legal System*, in KISCHEL U. (ed.), *Ideologie und Weltschauung im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 1-22.

HORGOVAN H., *Restorative Justice: Yesterday, Today and Tomorrow. Making Sense of Shifting Perspective in Criminal Control and Criminal Justice in South Africa*, in *Acta Criminalia*, vol. 20, 2007, pp. 79-90.

KAMGA S.D., *Cultural Values as a Source of Law: Emerging Trends of Ubuntu Jurisprudence in South Africa*, in *African Human Rights Law Journal*, vol. 18, 2018, pp. 625-649.

KEEP H., MIDGLEY R., *The Emerging Role of Ubuntu-botho in Developing a Consensual South African Legal Culture*, in BRUINSMA F., NELKEN D. (ed.), *Recht der Werkelijkheid*, Reed Business, Gravenhage, 2007, pp. 29-56.

KEEVY I., *Ubuntu: Ethnophilosophy and Core Constitutional Value(s)*, in DIEDRICH F. (ed.), *Ubuntu, Good Faith and Equity: Flexible Legal Principles in Developing a Contemporary Jurisprudence*, Juta, Claremont, 2012, pp. 24-49.

KGOSIMORE D.L., *Restorative Justice as An Alternative Way of Dealing with Crime*, in *Acta Criminalia*, vol. 15, 2002, pp. 69-76.

KHUNOU S.F., NTHAI S., *The Contribution of Ubuntu to the Development of Constitutional Jurisprudence in a Democratic South Africa*, in DIEDRICH F. (ed.), *Ubuntu, Good Faith and Equity: Flexible Legal Principles in Developing a Contemporary Jurisprudence*, Juta, Claremont, 2012, pp. 49-69.

KROEZE I.J., *Doing Things with Values: the Case of uBuntu,* in CORNELL D., MUVANGA N. (ed.), *Ubuntu and the Law. African Ideals and Postapartheid Jurisprudence*, Firdham University Press, New York, 2012, pp. 333-343.

LABUSCHAGNE J.M.T., SCHOEMAN N.S., *Die Inheemse Ukuthwalagebruik, Wederregtelikheidsbewussyn en Strafregtelike Aanspreeklikheid weens Ontvoering*, in *Journal for Juridical Science*, 1988, pp. 33-45.

LANGA P., *Transformative Constitutionalism*, in *Stellenbosch Law Review*, vol. 17, 2006, pp. 351-360.

LLEWELLYN J.J., HOWSE R., *Institutions for Restorative Justice: the South African Truth and Reconciliation Commission*, in *The University of Toronto Law Journal*, vol. 49, 1999, pp. 355-388.

LUBAALE E.C., *Restorative Justice and Cases of Serious Offending: a South African and Canadian Perspective*, in *Obiter,* vol. 38, 2017, pp. 296-323.

MAEPA T., *The Truth and Reconciliation Commission as Model of Restorative Justice*, in MAEPA T. (ed.), *Beyond Retribution. Prospects for Restorative Justice in South Africa*, Institute for Security Studies, Pretoria, 2005, pp. 66-88.

MAFEJE A., *Africanity: a Combative Ideology*, in *Codesria Bulletin*, 2000, pp. 66-77.

MAKANG J.M., *Of the Good Use of Tradition: Keeping the Critical Perspective in African Philosophy*, in EZE C.E. (ed.), *Postcolonial African Philosophy. A Critical Reader*, 1997, Blackwell, Oxford, pp. 324-338.

MANGENA F., *Restorative Justice's Deep Roots in Africa*, in *South African Journal of Philosophy*, vol. 34, 2015, pp. 1-12.

MATTHEE J.L., *One Person's Culture is another Person's Crime: A Cultural Defence in South African Law?*, Potchefstroom Campus of the North-West University, 2014, reperibile al link https://repository.nwu.ac.za/bitstream/handle/10394/13362/Matthee_JL.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

MAZZUCATO C., *«Apparteniamo a una generazione cresciuta con l'ubuntu». Albie Sachs e Pumla Gobodo-Madikizela in dialogo sulla giustizia riparativa*, in POTESTÀ G.L., MAZZUCATO C., CATTANEO A. (a cura di), *Storie di giustizia riparativa. Il Sudafrica dall'apartheid alla riconciliazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 165-222.

MCLAUGHLIN E., FERGUSSON R., HUGHES G., WESTMARLAND L. (ed.), *Restorative Justice. Critical Issues*, SAGE, London, 2004.

METZ T., *Why Reconciliation Requires Punishment but Not Forgiveness*, in SCHEITER K., SATNE P. (ed.), *Conflicts and Resolution: The Ethics of Forgiveness, Revenge, and Punishment,* Springer, Cham, 2021.

METZ T., *Reconciliation as the Aim of a Criminal Trial: Ubuntu's Implications for Sentencing*, in *Constitutional Court Review*, vol. 9, 2019, pp. 113-134.

METZ T., *South Africa's Truth and Reconciliation Commission in Light of Ubuntu: A Comprehensive Appraisal*, in SWART M., VON MARLE K. (ed.), *The Limits of Transition: The South African Truth and Reconciliation Commission 20 Years on*, Brill Nijhoff, Boston, 2017, pp. 221-252.

METZ T., *Toward an African Moral Theory*, in *Journal of Political Philosophy*, vol. 15, 2017, pp. 321-341.

MKHIZE N., *Ubuntu and Harmony*, in NICOLSON R. (ed.), *Persons in Community: African Ethics in a Global Culture*, University of Kwazulu-Natal Press, Scottsville, 2008, pp. 35-44.

MNYKA M., MOTLHABI M., *The African Concept of Ubuntu/Botho and Its Socio-Moral Significance*, in *Black Theology: An International Journal*, vol. 3, 2005, pp. 215-237.

MOKGORO Y., *Ubuntu as a Legal Principle in an Ever-Changing World*, in DIEDRICH F. (ed.), *Ubuntu, Good Faith and Equity: Flexible Legal Principles in Developing a Contemporary Jurisprudence*, Juta, Claremont, 2012, pp. 1-2.

MOKGORO Y., *Ubuntu and the Law in South Africa*, in *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 4, pp. 15-24.

MORE M.P., *South Africa Under and After Apartheid*, in WIREDU K. (ed.), *A Companion to African Philosophy*, Blackwell, Oxford, 2006, pp. 149-159.

MWAMBENE L., KRUUSE H., *Marital Rape and the Cultural Defence in South Africa*, in *Stellenbosch Law Review*, vol. 29, 2018, pp. 25-47.

NABUDERE D.W., *Ubuntu Philosophy: Memory and Reconciliation*, 2001, pp. 1-20, reperibile al link https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/4521/3621.pdf.

NEL M., *Violent Enforcement of Traditional Beliefs: Witchcraft, Vigilantism and State Legitimacy*, in *Acta Criminologica*, vol. 27, 2014, pp. 25-42.

NEL M., *Crime and Punishment: A Legal Perspective on Vigilantism in South Africa*, University of Stellenbosch, 2016.

O'MAHONY D., DOAK J., *Reimagining Restorative Justice. Agency and Accountability in the Criminal Process*, Hart, Oxford, 2017.

PETRUS T.S., *Cultural Profiling: the (Ab)use of Cultural Beliefs in Criminal Profiling in Witchcraft-related Cases in the Eastern Cap*e, in *Acta Criminologica*, 2010, pp. 57-68.

PITYANA N.B., *The Challenge of Culture for Human Rights in Africa: the African Charter in a Comparative Context*, in EVANS M., MURRAY R. (ed.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice, 1986-2000*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 219-245

POTESTÀ G.L., *Introduzione. Il faticoso ritorno di Gandhi. La via sudafricana alla mano tesa*, in POTESTÀ G.L., MAZZUCATO C., CATTANEO A. (a cura di), *Storie di giustizia riparativa. Il Sudafrica dall'apartheid alla riconciliazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 7-20.

PRAEG L., *An Answer to the Question: What is [ubuntu]?*, in *South African Journal of Philosophy*, vol. 27, 2008, pp. 367-385.

RANTENBACH C., *Introduction to Legal Pluralism in South Africa*, LexisNexis South Africa, Durban, 2018.

ROEDERER C., MOELLENDORF D., *Jurisprudence*, Juta, Landsdowne, 2004.

SAMKANGE S., SAMKANGE T.M., *Hunhuism or Ubuntuism: a Zimbabwe Indigenous Political Philosophy*, Graham, Salisbury, 1980.

SANDERS A.J.G.M. (ed.), *The Internal Conflict of Laws in South Africa*, Butterworths, Durban, 1990.

SKELTON A., *The South African Constitutional Court's Restorative Justice Jurisprudence*, in *Restorative Justice: An International Journal*, vol. 1, 2013, pp. 122-145.

SKELTON A., *Face to Face: Sachs on Restorative Justice*, in *Southern African Public Law*, vol. 25, 2010, pp. 94-107.

SKELTON A., BATLEY M., *Restorative Justice: a Contemporary South African Review*, in *Acta Criminologica*, vol. 21, 2008, pp. 37-51.

SKELTON A., *Tapping Indigenous Knowledge: Traditional Conflict Resolution, Restorative Justice and the Denunciation of Crime in South Africa*, in *Acta Juridica*, 2007, pp. 228-246.

SKELTON A., BATLEY M., *Charting Progress, Mapping the Future: Restorative Justice in South Africa*, Restorative Justice Centre and Institute for Security Studies, Pretoria, 2006.

SHUTTE A., *A Philosophy for Africa*, Marquette University Press, Milwaukee, 1995.

SLOTH-NIELSEN J., GALLINETTI J., *"Just Say Sorry?" Ubuntu, Africanisation and the Child Justice System in the Child Justice Act 75 of 2008*, in DIEDRICH F. (ed.),

Ubuntu, Good Faith and Equity: Flexible Legal Principles in Developing a Contemporary Jurisprudence, Juta, Claremont, 2012, pp. 70-87.

SVARCA I., *Ubuntu in the Transitional Justice Mechanisms of South Africa*, in DIEDRICH F. (ed.), *Ubuntu, Good Faith and Equity: Flexible Legal Principles in Developing a Contemporary Jurisprudence*, Juta, Claremont, 2012, pp. 115-124.

TSHEHLA B., *The Restorative Justice Bug Bites the South African Criminal Justice System*, in *South African Journal of Criminal Justice*, vol. 17, 2004, pp. 1-16.

TUTU D., *No Future Without Forgiveness*, Rider, London, 1999.

VAN DER SPURY E., PARMENTIER S., DISSEL A. (ed.), *Restorative Justice: Politics, Policies and Prospects, Juta*, Cape Town, 2008.

VAN NIEKERK G.J., *The Interaction of Indigenous Law and Western Law in South Africa: a Historical and Comparative Perspective*, University of South Africa (tesi di dottorato), 1995.

VAN NIEKERK G.J., *A Comparative Study of the Application of Indigenous Law in the Administration of Criminal Justice in Southern Africa*, University of South Africa (tesi di laurea), 1986.

WIELENGA C., BATLEY M., MURAMBADORO R., *Beyond Restorative Justice: Understanding Justice from an African Perspective*, in *Ubuntu: Journal of Conflict and Social Transformation*, vol. 9, 2020, pp. 43-69.

YAMAMOTO E.K., *Race Apologies*, in *Journal of Gender, Race and Justice*, vol. 1, 1997, pp. 47-88.

CONTRIBUTI GIURISPRUDENZIALI

Seedat v S (731/2015) [2016] ZASCA 153.

Shoprite Checkers (Pty) Ltd v MEC for Economic Development, Eastern Cape and others [2015] (6) SA 125 (CC).

Resnick v Government of the Republic of South Africa and another [2014] (2) SA 337 (WCC).

Dula Investments (pty) Ltd v Woolworths (Pty) Limited [2013] JOL 30323 (KZD).

NM v Presiding Officer od Children's Court, Krugersdorp, and others [2013] (4) SA 379 (GSJ).

Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd [2012] (1) SA 256 (CC).

Van Vuren v Minister of Correctional Services and others [2012] (1) SACR 103 (CC).

Afriforum v Malema [2011] (6) SA 240 (EqC).

Director of Public Prosecution, North Gauteng v Thabethe 2011 (2) SACR 567 (SCA) (*Thabethe Appeal*).

Albutt v Centre for the Study of Violence and Reconciliation 2010 (2) SACR 101 (CC).

S v Sibiya [2010] (1) SACR 284 (GNP).

Manyatshe v M&G Media Ltd and others [2009] JOL 24238 (SCA).

S v Thabethe 2009 (2) SACR 62 (T).

MEC for Education, KwaZulu-Natal, and Others v Pillay 2008 (1) SA 474 (CC).

S v Maluleke [2008] (1) SACR 49 (T).

S v Shilubane [2008] (1) SACR 295 (T).

Barkhuizen v Napier [2007] (5) SA 323 (CC).

City of Johannesburg v Rand Properties (Pty) Limited and others [2007] (1) SA 78 (W).

S v M 2007 (2) SACR 539 (CC).

Dikoko v Mokhatla [2006] (6) SA 235 (CC).

Bhe v Magistrate Khayelitsha 2005 1 SA 580 (CC).

Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers [2005] (1) SA 217 (CC).

Alexkor Ltd v Richtersveld Community 2004 5 SA 460 (CC).

Crossley and others v National Commissioner of South African Police Service and others [2004] 3 All SA 436 (T).

S v Mandela [2001] JOL 7754 (C*).*

Bophunthatswana Broadcasting Corporation v Ramosa and others [1997] JOL 283 (B).

Azanian Peoples Organisation v President of the Republic of South Africa 1996 BCLR 1015 (CC).

Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly In re Certification of the Constitution of the RSA, 1996 1996 4 SA 744 (CC) 197.

S v Bhulwana; S v Gwadiso 1996 1 SA 388 (CC).

S v Makwanyane and another [1995] (3) SA 391 (CC).

Furman v Georgia [1972] USSC 170.

Traditional Courts Bill B15-2008.

ALTRE FONTI

SOUTH AFRICAN LAW COMMISSION, *Project 90: Discussion Paper 93*, 2000.

The Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report, 1998.

White Paper for Social Welfare, Department of Welfare of the Republic of South Africa, 1997.

Constitution of the Republic of South Africa 108, 1996.

Interim Constitution Act 200, 1993.

AUSTRALIA E NUOVA ZELANDA

CONTRIBUTI DOTTRINALI

BOWEN H., THOMPSON T., *Restorative Justice and the New Zealand Court of Appeal's Decision in the Clotworthy Case,* in *Journal of South Pacific Law*, 2000, reperibile al link http://digilib.library.usp.ac.fj/gsdl/collect/jspl/index/assoc/HASH01da.dir/doc.pdf.

BRONITT S., AMIRTHALINGAM K., *Cultural Blindness. Criminal Law in Multicultural Au*stralia, in *Alternative Law Journal*, vol. 21, 1996, pp. 58-63.

DECKERT A., WOOD W.R., *Socrates in Aotearoa: Teaching Restorative Justice in New Zealand*, in *Contemporary Justice Review*, 2013, pp. 70-90.

LUBAALE E.C., *Concessions on Custodial Sentences. Learning from the New Zealand Approach to Restorative Justice,* in *South African Crime Quarterly*, 2017, pp. 31-39.

FOLEY T., *Developing Restorative Justice Jurisprudence. Rethinking Responses to Criminal Wrongdoing*, Ashgate, Surrey, 2015.

MCELREA F.W.M., *Twenty Years of Restorative Justice in New Zealand – Reflection of a Judicial Participant*, in *Journal of Commonwealth Criminal Law*, 2011, pp. 43-54.

MORRIS A., MAXWELL G., *Restorative Justice in New Zealand*, in VON HIRSCH A., ROBERTS J.V., BOTTOMS A. (ed.), *Restorative Justice and Criminal Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 257-271.

CONTRIBUTI GIURISPRUDENZIALI

R v Buttar [2008] NZCA 28.

R v Sami [2006] NZDCR 128.

R v Folaumoeloa [2004] *Unreported District Court Auckland* (Thorburn J.).

R v Cassidy [2003] *Unreported High Court New Plymouth* T2/03 (Paterson J.).

R v Castles [2002] NZCA 28.

Feng v Police [2002] *Unreported High Court Auckland* A127702 (Salmon J.).

Police v Carter [2001] *Unreported District Court Wanganui* CRN 1083010524 (Becroft J.).

Police v Stretch [2001] *Unreported High Court Nelson* AP9/01 (Durie J).

R v Fletcher [2000] *Unreported District Court Auckland* T.971545 (Thorburn J.).

D v Police [1999] *Unreported High Court Auckland* AP 161/99 (Nicholson J).

R v Clotworthy [1998] 15 CRNZ 651 (CA).

Masciantonio v The Queen, [1995] 183 CLR 58.

ALTRE FONTI

Sentencing Act (NZ) 2002.

Children, Yung Persons and Their Families Act del 1989.

Criminal Justice Act 1985.

RINGRAZIAMENTI

«Perciò, di buon animo e fieri affrettiamoci con passo fermo ovunque la sorte ci spinga. Percorriamo tutta la terra, non vi sarà nessun esilio; infatti al mondo non c'è luogo che sia straniero all'uomo»

SENECA

Consolazione alla madre Elvia

Un sentito grazie al mio Tutor, prof. Lorenzo Picotti, per avermi seguita con costante disponibilità, dagli anni dell'università sino alla presente tesi di dottorato.

Un grazie a tutte le persone che mi hanno fornito suggerimenti, riflessioni e consigli in questo percorso.

Infine, un grazie all'Università di Verona per questa opportunità di ricerca.
Sotto il cielo del Sudafrica, nei vasti orizzonti del Canada, nella terra di Danimarca ho avuto conferma che la dignità umana, anche attraverso percorsi sofferti che a volte la Storia impone, va sempre e sopra tutto perseguita e salvaguardata.