

I reati culturalmente orientati: una triplice prospettiva criminologica

Cultural offenses: three criminological points of view

Raffaele Muzzica • Carlo Longobardo

Abstract

Cultural offenses might be considered an extreme consequence of the relationship between law, as a social scheme of formal power, and culture, as a dynamic system of patterns of behaviors influencing individuals actions. The aim of the article is to describe social and criminological background of cultural offenses, through an interdisciplinary and systematic interaction between criminal law and social sciences, in order to put forth a solution for several problems they cause in Italian criminal law, that is traditionally unfit to face multiculturalism issues. Therefore, the article arranges a threefold analysis of social and criminological implications of cultural offenses. Firstly, from a descriptive point of view, the article sheds light upon cultural conflict as the main cause of cultural offenses and globalization and glocalization trends as increasing and enhancing factors upon clashes of cultures. Secondly, the article addresses reasons why cultural offenders should be punished according to rehabilitation as a constitutional binding aim of punishment. It is arguable that cultural offenders who attack lesser social interests should be exempted by punishment, because their fundamental right to culture prevail upon social needs of protection. On the contrary, cultural offender who offends supreme interests should be punished but his punishment should be mitigated, due to the consideration of compelling cultural norms that induced him to break law. Finally, the last section will examine deep relationship between punishment of cultural offenders and a renovated ideal of justice, related to Restorative Justice practices.

Keywords: cultural offense • cultural conflict • social integration • restorative justice • sentencing circles

Riassunto

Lo scopo del lavoro è delineare, attraverso un approccio integrato tra scienze sociali e diritto penale, il *background* socio - criminologico del reato culturalmente orientato, quale manifestazione patologica del biunivoco rapporto tra diritto, strumento di formalizzazione e potere, e cultura, sistema dinamico di schemi comportamentali condizionanti le scelte individuali. L'analisi è impostata secondo una triplice prospettiva criminologica, che può fungere da *plafond* per scelte normative razionali ed efficaci. Da un punto di vista descrittivo ed eziologico l'articolo si sofferma sulla tematica del conflitto culturale, causa immediata del reato culturalmente orientato, evidenziandone gli effetti esponenziali esercitati dalla globalizzazione e dalla glocalizzazione. Da una prospettiva finalistica, la funzione di integrazione sociale della pena, normativamente desunta dalle scelte politico - criminali formalizzate nella Costituzione, impone di esonerare dal trattamento sanzionatorio il *cultural offender* che commetta reati non lesivi di beni fondamentali, attraverso strumenti giuridici polimorfi come la *cultural defense* o esenzioni legali, che evidenzino la prevalenza del fondamentale *right to culture* nel bilanciamento con l'interesse tutelato dalla norma penale; la funzione di integrazione sociale e il rango dell'interesse tutelato inducono, invece, ad optare per una punibilità alleviata per il *cultural offender* che commetta reati lesivi di beni giuridici fondamentali, alla luce della cogente forza motivazionale di cui sono dotate le norme culturali. Infine, in una prospettiva operativa, l'articolo suggerisce di esplorare il legame che intercorre tra la punizione del *cultural offender* e l'introduzione di una rinnovata forma di giustizia della diversità, ispirata ai dettami della *Restorative Justice*.

Parole chiave: reato culturalmente orientato • conflitto culturale • integrazione sociale • giustizia riparativa • sentencing circles

Per corrispondenza: Raffaele Muzzica, via Miano 150, Napoli • email: raffaele_23@hotmail.it - raffaele.muzzica@gmail.com

RAFFAELE MUZZICA: Dottorando di ricerca in "Sovranità e giurisdizione nella storia, nella teoria e nel diritto contemporaneo", Dipartimento di Giurisprudenza Università degli studi di Napoli Federico II

CARLO LONGOBARDO: Professore associato di Diritto Penale e Criminologia, Dipartimento di Giurisprudenza Università degli Studi di Napoli Federico II, carlo.longobardo@unina.it

1. Diritto e cultura: il reato culturalmente orientato

Il termine cultura è uno dei principali strumenti di lavoro per la comprensione dei fenomeni sociali e la sua definizione è stata oggetto di immenso dibattito tra gli studiosi di antropologia e sociologia (Sciolla, 2007).

Da un punto di vista generale, la cultura è innanzitutto un sistema complesso di valori, credenze e azioni, veicolati spesso attraverso simboli, cioè significati trasmessi in assenza di significanti diretti, ma mediati (Geertz, 1973/1998): essa costituisce un fenomeno che attiene a gruppi sociali, dei quali rappresenta il cosiddetto *ingroup value* (Foblets, 1998), piuttosto che ai singoli individui.

Ogni essere umano vive immerso in questo sistema fluido di appartenenza fin dai primi istanti di vita. La cultura è un sistema pervasivo o societale, capace cioè di influenzare, sebbene in maniera non deterministica, il comportamento degli individui attraverso il cosiddetto processo di inculturazione: la cultura stimola determinate attività, ne vieta altre, inducendo l'individuo, anche inconsapevolmente, a conformarsi ai suoi dettami: "Individuals, because of enculturation, feel compelled to respond to stimuli in differing ways. Culture affects their perceptions and behavior in powerful ways, without being conscious of it" (Renteln, 2009, p. 796). Ciò non toglie, però, che l'individuo conservi un margine di libertà nell'attuare, manipolare e ristrutturare la propria cultura, essendo dotato di tratti caratteriali e esperienze pregresse uniche: la relazione uomo - cultura è biunivoca, ed è proprio nel margine di autonomia dei singoli che risiede l'elasticità e il dinamismo del sistema. La cultura è un sistema dinamico, sia in senso diacronico che sincronico, e caratterizzato da un alto tasso di ibridazione, per cui non esistono «culture pure»: si definisce acculturazione (Van Broeck, 2001) il fenomeno attraverso il quale i valori culturali mutano e si riassistono in seguito al contatto con modelli culturali diversi. Quanto sia ampia la libertà di incidere sulla propria cultura dipende dalle condizioni concrete, non può essere stabilito in astratto e si riconnette all'eterno dibattito sul libero arbitrio: ciò che è innegabile è che, pur essendo gli individui più o meno liberi a seconda dei casi, la cultura conserva un ruolo di prim'ordine tra i fattori motivazionali che influenzano l'agire umano.

Nel sistema cultura il diritto svolge un ruolo fondamentale, rappresentando, insieme con la religione e la morale, un complesso di norme esplicite e più o meno cogenti: parafrasando Gustav Radbruch, il diritto è fenomeno culturale. Semplicisticamente, potremmo affermare che il diritto positivizza la cultura di uno Stato, rendendola obbligatoria per tutti i consociati. Ciò varrebbe a maggior ragione per il diritto penale, che possiede una ingenua natura valoriale, localistica, fortemente identitaria. Nonostante sia presente un indiscutibile carattere di verità in tale assunto, comprovato dal fatto che da lungo tempo si dibatte sulla funzione

promozionale del diritto (Bobbio, 1977), il rapporto tra diritto e cultura non è riducibile ad una relazione univoca. Infatti, come evidenziato dai sociologi della teoria costitutiva del diritto (Mezey, 2001; Parsons, 1973; Sciolla, 2007), l'elemento giuridico ha natura sia costituente che costituita rispetto alle pratiche culturali, poiché partecipa alla produzione ed alla convalida di significati all'interno del sistema cultura, ma al contempo è esso stesso un prodotto di quella cultura e di quelle pratiche che lo riproducono. Se ne desume la vacuità dell'ideale positivista, o quanto meno delle sue degenerazioni, che propugnano un diritto penale autonomo e autoreferenziale rispetto alle scienze sociali, nel quale i concetti giuridici vengono costruiti tramite sussunzioni e deduzioni con esclusione di qualsiasi elemento valutativo e non formale (Baratta, 1966; Larenz, 1970).

Tuttavia il diritto, e soprattutto il diritto penale, quale veicolo di formalizzazione di una determinata cultura, non intreccia rapporti paritari con le diverse culture presenti sul suo territorio di applicazione, ma instaura relazioni maggiormente solide con la cultura maggioritaria e, ciò facendo, può tramutarsi in un pericoloso strumento di potere dell'*élite* egemone, come evidenziato dagli studi della criminologia del conflitto (Baratta, 1976) e delle altre scienze sociali (Campbell, 2012; Post, 2003), nonché dalle recenti politiche legislative di *law and order* e *zero tolerance*, foriere di una visione del reo come "nemico" da estirpare (Apollonio, 2014). La cultura, dunque, in un'accezione relazionale del potere (Foucault, 1975/1976), trova nel diritto un potente veicolo di controllo sui corpi interni al sistema e di supremazia su quelli estranei.

Il concetto di reato culturalmente orientato, o *cultural offense* secondo la definizione invalsa nella dottrina anglosassone, può essere considerato una manifestazione patologica della relazione biunivoca intercorrente tra diritto e cultura. Esso consiste in un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo etnico - culturale di minoranza, considerato come reato dall'ordinamento giuridico, formalizzazione della cultura egemone (Van Broeck, 2001; Foblets, 1998). Il medesimo comportamento è tuttavia condonato, accettato come normale, approvato o, in certi casi, imposto dalla cultura di appartenenza del *cultural offender*, il quale si viene a trovare nel dilemma fra delinquere o seguire le proprie *Kulturnormen*. Nella tematica dei reati culturali - anche per ragioni dedotte dalla prassi - si tende a identificare il gruppo di riferimento come quello in senso etnico, ovvero individuato da un nome collettivo, da una storia comune e condivisa, da una cultura distintiva, dall'associazione ad un territorio specifico, da un senso di solidarietà e di auto-riconoscimento. Oltre ad essere correlato ad una nozione di cultura particolarmente pervasiva, l'elemento etnico è anche quello maggiormente rappresentato nella casistica dei reati culturalmente orientati, che hanno come soggetti per lo più membri di minoranze etniche autoctone o immigrate.

La categoria dei reati culturalmente orientati presenta notevoli problemi di matrice giuridica, *a fortiori* in un sistema ordinamentale come quello italiano poco avvezzo al pluralismo culturale nelle sue forme più “estreme”: la penalistica italiana recentemente ha iniziato ad affrontare con una certa sistematicità il problema della definizione di un concetto di cultura determinato ed “empiricamente testabile”, la prova in giudizio della matrice culturale, i pericolosi smottamenti da una responsabilità individuale verso una responsabilità di gruppo, nonché la più generale collocazione dommatica del fattore culturale ed i suoi effetti sul sistema penale (Basile, 2010; Bernardi, 2010; Bernardi, 2006; De Maglie, 2010). Chi scrive ritiene che le difficoltà incontrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella comprensione di quello che a tutti gli effetti può definirsi un “*hard case*” della postmodernità sia il frutto di un’impostazione di metodo errata, incentrata in maniera esclusiva sul diritto positivo.

Infatti, un’ottica integrata tra diritto penale e scienze criminologiche e sociali è da ritenersi essenziale non solo per una migliore comprensione del fenomeno giuridico ma soprattutto per costruire un sistema efficace rispetto ai fini prefissati (Moccia, 1992; Roxin, 1973/1998); ciò è maggiormente evidente in una sistematica penale teleologicamente orientata in base ai principi costituzionali, cogente espressione dei valori di riferimento dello Stato sociale di diritto.

Si ritiene quindi necessaria una analisi “metagiuridica” dei reati culturalmente orientati in una prospettiva metodologica di soluzione dei problemi, teorici e pratici, che tale categoria pone. I reati culturalmente orientati rappresentano, dunque, un importante banco di prova di come il diritto penale non possa vivere in una torre d’avorio, come propugnato dal positivismo giuridico, ma deve aprirsi al contributo delle scienze sociali, pur non smarrendo la sua funzione sistematica, garanzia di certezza del diritto e di uguaglianza di trattamento.

Il tema dei reati culturalmente orientati sarà dunque affrontato da una triplice prospettiva, seguendo i tre interrogativi che, fin dalla sua origine, la criminologia pone come obiettivi della sua ricerca (Ponti & Merzagora, 2008): *in primis* si procederà ad una analisi del tema in una prospettiva esplicativa (perché il *cultural offender* delinque?), ricercando cioè, da un punto di vista descrittivo ed eziologico, le cause dei fenomeni normativi alla radice del conflitto culturale. D’altronde, i reati culturalmente orientati - *rectius* il conflitto culturale che ne è alla radice - rappresentano un oggetto di studio risalente per la sociologia criminale (Sellin, 1938).

Una migliore comprensione dei fenomeni alla base del conflitto culturale potrà fungere da punto di riferimento per una analisi finalistica, riguardante la scelta se punire o meno il *cultural offender*; in relazione alla quale le acquisizioni di politica criminale risulteranno inevitabilmente correlate alle scelte costituzionali effettuate dal nostro ordinamento circa la funzione della pena. Infine, l’articolo affronterà il fenomeno dei reati culturalmente orientati in una prospettiva operativa (come punire il *cultural offender*?), proponendo l’introduzione di una nuova forma di giustizia della diversità, ispirata ai dettami della *Restorative Justice*, laddove il bilanciamento tra il diritto alla cultura del *cultural offender* e il bene tutelato dalla norma violata non possa, per la pregnanza del bene, essere risolto a favore del primo.

2. La prospettiva esplicativa: perché il *cultural offender* delinque?

Attualmente la criminologia moderna considera scarsamente praticabili approcci unicausali nell’analisi dei fattori criminogenetici (Ponti & Merzagora, 2008). In realtà è il concetto stesso di causa a dover essere delineato con peculiarità, non essendo la scienza criminologica una scienza polarizzata intorno al concetto di causalità lineare. Se per molti fenomeni naturali più semplici la causalità lineare ha ancora pieno valore, questo principio non ha oggi più credito per quanto attiene ai fenomeni di cui si occupano le scienze umane. La prospettiva della causalità relativamente al comportamento umano è cambiata radicalmente: essa è intesa infatti secondo una prospettiva sistemica e alla luce di un nuovo concetto di “causalità circolare”. Il modello è mutuato dalla cibernetica, che sostituisce lo schema della causalità lineare con quello di “retroazione” o *feedback*, per il quale ognuna delle parti di un sistema influisce sulle altre. Questa è una prospettiva sistemica che anziché rintracciare una precisa e assoluta relazione causa-effetto cerca piuttosto di analizzare le probabilistiche e reciproche influenze tra i diversi fenomeni inseriti nel sistema. Premesso ciò, il conflitto culturale rappresenta la causa immediata del reato culturalmente orientato (Foblets, 1998; Sellin, 1938, Van Broeck, 2001).

Benchè infatti un soggetto appartenente ad una minoranza culturale possa delinquere per svariate ragioni, individuali e sociali, implicite ed esplicite, ciò che permette di parlare di reato culturalmente orientato è dato essenzialmente dalla motivazione culturale dell’*offender* e dalla pregnanza culturale del comportamento realizzato; ovvero, il reo deve agire sotto la spinta di una propria norma culturale, condivisa con il suo gruppo di appartenenza, e il comportamento realizzato deve costituire una pratica dal valore culturalmente simbolico sia per l’*offender* che per lo Stato ospitante, che giustifica la punizione di tale comportamento proprio in base alla sua ritenuta natura «aliena» rispetto ai valori della cultura maggioritaria.

La teoria dei conflitti culturali seleziona, tra le svariate cause del crimine, l’interazione tra la motivazione culturale e la pregnanza culturale del comportamento: nel caso classico, definito conflitto culturale esterno primario, un soggetto si trova, suo malgrado, a convivere con codici normativi confliggenti, quello culturale di appartenenza e quello giuridico di ricezione. La spinta del reo a delinquere in senso culturale, ovvero a realizzare pratiche culturali penalmente sanzionate, è alimentata dalla prevalenza assegnata alle proprie *Kulturnormen* rispetto alle leggi penali locali, nonché dai meccanismi di difesa e rinforzo del sé che le pratiche culturali pongono in essere contro i meccanismi di acculturazione.

Non sussistendo minoranze culturali autoctone con un *background* culturale sensibilmente differente da quello maggioritario, in Italia la questione dei conflitti culturali, e dunque dei reati culturalmente orientati, si è posta essenzialmente con riguardo alle minoranze immigrate. In realtà è opportuno precisare che il fenomeno dei reati culturalmente orientati rappresenta solo un sottoinsieme dell’ambito più ampio della criminalità dei migranti (Gatti U., Malfatti D. & Verde A., 1997; Tonry, 1997; Tonry, 1998). Tut-

tavia, all'interno di questa più ampia porzione di criminalità, quelli che vengono definiti reati culturalmente orientati non possono che trovare causa determinante nel conflitto culturale, e non in generali predisposizioni individuali o variabili sociali, giacché il reato culturalmente orientato è il prodotto dell'attrito tra l'*ingroup value* che spinge il soggetto a compiere quell'atto, al costo di delinquere, e la cultura maggioritaria fattasi diritto, attraverso la predisposizione di norme penali a difesa dei suoi interessi primari.

Dai dati statistici (ISTAT, 2012) emerge come l'Italia sia, insieme con la Spagna, uno dei Paesi che negli ultimi venti anni hanno registrato la più alta crescita demografica per effetto delle dinamiche migratorie; il numero di stranieri residenti in Italia è passato dai 356.159 dell'anno 1991 ad 1.334.889 dell'anno 2001, fino ad arrivare a 3.769.518 presenze, per il 50 per cento riconducibili a cinque Paesi di origine (Romania, Albania, Marocco, Cina e Ucraina), secondo i primi risultati del censimento 2011. Secondo i dati forniti dal Ministero dell'Interno, al primo gennaio 2014 il numero di stranieri residenti ammontava a 3.874.726 (ISTAT, 2014). Inoltre, le dinamiche di ricongiungimento familiare e il continuo aumento delle nascite straniere (dal 1992 al 2010 la quota di nascite con almeno un genitore straniero è passata da poco più del 2 per cento al 18,6 per cento del 2010, senza considerare il tasso demografico delle donne straniere, quasi il doppio di quello italiano) hanno contribuito ad aumentare notevolmente il numero statisticamente misurabile degli immigrati di seconda generazione, categoria comprendente non solo gli stranieri nati in Italia, ma l'insieme dei bambini e dei ragazzi con *background* migratorio, che hanno compiuto tutto o parte del loro percorso di crescita e formazione in Italia e che fungono da ponte tra due culture. Com'è noto, già dai primi studi criminologici sul punto gli immigrati di seconda generazione sono considerati i più suscettibili di conflitti culturali (Sellin, 1938) ed oggi la criminologia prevalente è concorde nell'indicare queste fasce di popolazione come le più a rischio di una generalizzata vulnerabilità strutturale (Melossi D., De Giorgi A. & Massa, E., 2008). I dati statistici, per quanto da interpretare al netto della rilevante problematica del numero oscuro e senza dimenticare la forte caratterizzazione di classe del sistema penale (Baratta, 1976), dimostrano che il peso della componente straniera nella criminalità è andato aumentando: gli stranieri rappresentavano il 2,5 per cento degli imputati nel 1990, mentre costituivano il 24 per cento del totale nel 2009. Gli stranieri oggi rappresentano il 32,6 per cento del totale dei condannati, il 36,7 per cento dei detenuti presenti nelle carceri e il 45 per cento del totale degli entrati in carcere (ISTAT, 2012).

Tuttavia, soprattutto nell'ottica della criminologia eziologica più moderna, spiccatamente multifattoriale, l'immigrazione non può essere considerata un fattore criminogenetico in sé, ma si associa ad altri fattori di vulnerabilità individuale e ambientale. Di conseguenza, non è possibile elaborare una teoria generale della criminalità degli stranieri, perché l'immigrazione è un fenomeno proteiforme che interagisce in maniera differente a seconda del contesto di ricezione, dei gruppi in gioco, delle contingenze economiche e sociali (Ponti & Merzagora, 2008). Ciò nonostante, gli immigrati sono generalmente uomini in giovane età, appartenenti cioè alla fascia statisticamente più propensa al crimine (Bandini T., Gatti U., Gualco B., Mal-

fatti D., Marugo M. & Verde A., 2004; Ponti & Merzagora, 2008); si stabiliscono nelle aree socialmente svantaggiate che sono considerate, a partire dalla teoria ecologica della Scuola di Chicago, un habitat favorevole alla devianza e alla criminalità, come sostenuto anche dal più recente filone di pensiero della cosiddetta *environmental criminology* (Brantingham P. & Brantingham P., 1998), un filone variegato e interdisciplinare che eleva a suo oggetto di studio il cosiddetto "paesaggio criminogeno" (Newman, 1972; Serafino, 2008, p. 118); infine i migranti, a causa della loro diversità, subiscono sovente ostracismi e discriminazioni, nonché una maggiore attenzione da parte degli organi di polizia, dell'opinione pubblica, dai *media* e in generale da parte di tutte le agenzie di controllo che la società mette in atto, con conseguente effetto cristallizzante della compagine sociale (Baratta, 1976; Hood & Cordovil, 1992; Palidda, 1994). Dunque, lo *status* di migrante è spesso concausa di quello che è definito conflitto culturale secondario, correlato ai meccanismi di ostracizzazione ed etichettamento che vivono le minoranze culturali immigrate, spesso relegate ai margini delle società ospitanti. Questa concomitanza di fattori può contribuire a spiegare l'incidenza criminale degli stranieri in maniera più efficace di una ventilata predisposizione "ontologica" del migrante al crimine.

Non essendo dunque un fenomeno esclusivamente connesso all'immigrazione, casi di reati culturalmente orientati si possono verificare ogni qual volta codici culturali/giuridici diversi vengono a scontrarsi: si pensi alle minoranze autoctone, oppure ai casi in cui le leggi vengono imposte ad un gruppo culturale come negli ex Paesi coloniali o nei Paesi sottoposti a leggi marziali straniere. Conflitti culturali possono ugualmente verificarsi nei Paesi in cui *élites* di potere - nei fatti vere e proprie minoranze! - impongono norme penali confliggenti con la cultura diffusa negli strati più ampi della popolazione: Van Broeck (2001, p. 6) ricorda come nella Turchia di Atatürk, all'imposizione di un codice penale filo - occidentale fece da contraltro un maggiore tasso di delinquenza culturalmente orientata, così come in India il *Dowry Prohibition Act* del 1961, pur criminalizzando la pratica della dote, non riuscì ad estirpare questo uso invalso presso la popolazione, soprattutto rurale.

Tuttavia, come è stato acutamente osservato da Ross (2001), la problematica dei conflitti culturali ha assunto maggiore importanza nel panorama della globalizzazione, ovvero nel momento in cui è esplosa in maniera diffusa e incontrollata la conflittualità tra le identità culturali ed i confini legali (Bandini T., Gatti U., Gualco B., Malfatti D., Marugo M. & Verde A., 2003; Campbell, 2012). L'annientamento dell'ideale di Stato - nazione, omogeneo dal punto di vista sociale e culturale, è causa ed effetto di un multiculturalismo di tipo polietnico, ovvero causato da massicce ondate migratorie anche verso Paesi non tradizionalmente multiculturali (Basile, 2010; Kymlicka, 2005). In realtà, secondo alcuni è impreciso parlare di multiculturalismo in tal senso, dal momento che questo concetto dovrebbe essere adoperato unicamente nella sua accezione statica e descrittiva di organizzazione sociale in cui minoranze etnico - culturali autoctone coesistono in una cornice ordinamentale che ne tutela l'identità e la convivenza: per indicare la maggiore interazione culturale causata dalle onde migratorie è sempre più frequentemente adoperato il più ampio, e vago, termine "interculturalismo" (Meer & Modood, 2012): a

prescindere dalle scelte terminologiche, il punto fondamentale è che i flussi migratori a livello globale ampliano notevolmente l'ambito dei conflitti culturali, finora rimasto appannaggio dei Paesi di più risalente tradizione multiculturale: i dati statistici prima enunciati dimostrano che l'Italia rappresenta un esempio lampante di questo fenomeno. Infatti la moltiplicazione delle occasioni di incontro e scontro culturale, veicolata dall'iper mobilità e dall'inesorabile disfacimento delle frontiere fisiche e ideologiche (Valier, 2003) rappresenta un indubbio propellente per i conflitti culturali. A ciò si aggiunge l'effetto straniante delle tendenze globalizzanti che, minando i legami territoriali con l'identità individuale e collettiva, demoliscono certezze e pratiche sedimentate e, con esse, il loro naturale ruolo di freno inibitorio verso il crimine, come evidenziato già da tempo dagli studi di Shaw and Mc Kay, teorici della disorganizzazione sociale, fenomeno criminogenetico che non sembra affatto un mero ricordo del passato (Bursik, 1998).

Inoltre, la globalizzazione incide sul canone di relatività del reato che, a partire da Sutherland E.H. & D.R. Cressey (1974), è diventato un vero e proprio *topos* della criminologia moderna (Fattah, 1997): la natura localista del diritto penale, quale principale sistema di controllo formale, fa sì che in ogni Stato sia presente un catalogo di reati e di pene, in taluni casi affine ma più spesso divergente da quello di Paesi anche limitrofi, percepito come il nucleo non negoziabile dei valori di una data comunità su un determinato territorio. Come evidenziato da Höffe (2001) la globalizzazione da un lato stimola l'estensione della competenza penale nazionale a fatti commessi al di fuori del territorio nazionale, dall'altro essa erode la sovranità dei singoli Stati, che, incapaci di controllare fenomeni criminali sempre più transnazionali, ne delegano, direttamente o indirettamente, il controllo ad organi sovranazionali, provocando, attraverso la rinuncia del canone della relatività, una vera e propria frattura tra valori e sanzioni, con conseguente moltiplicarsi di discrasie tra codici normativi e codici culturali.

D'altro canto, i conflitti culturali sono alimentati anche da un fenomeno macrosociale speculare alla tendenza straniante della globalizzazione, che viene definito glocalizzazione. Secondo i suoi maggiori teorici (Morawska, 2010; Robertson, 1995) il termine glocalismo, o glocalizzazione, è desunto dal linguaggio giapponese (traducibile, approssimativamente, come "fare qualcosa di tipico del luogo") poi occidentalizzato e penetrato nelle scienze sociali, per indicare l'adeguamento della teoria della globalizzazione rispetto alla mutevole realtà locale di applicazione.

Secondo Robertson (1995), appartiene ad una certa mitologia della globalizzazione il voler legare a tutti i costi questo fenomeno a prospettive esclusivamente omogeneizzanti dal punto di vista culturale. Il bisogno di introdurre il concetto di glocalizzazione deriva *in primis* dalla consapevolezza che la rappresentazione della globalizzazione come una tendenza che scalca i localismi è un dato mistificatorio: la promozione di un determinato valore locale ha spesso forti radici transnazionali e, viceversa, i *patterns of behaviour* veicolati dalla globalizzazione non attecchiscono in egual modo ovunque, ma vengono rielaborati attraverso i filtri del locale. Negli attuali contesti di ricezione - probabilmente il termine ricezione è fuorviante, dovendosi parlare più propriamente di contesti di interscambio - il processo di differenziazione e omogeneizzazione non è a senso

unico, ma involge in molteplici direzioni più comunità. Il dibattito non dovrebbe, dunque, tanto riguardare la prevalenza della omogeneizzazione o della eterogeneità, quanto i modi attraverso i quali entrambe le tendenze caratterizzano le società odierne, in un rapporto di complementarietà non sempre felice, ma neanche di apodittica opposizione.

Se consideriamo la glocalizzazione dal punto di vista del conflitto culturale, risulta particolarmente interessante la fase definita relativizzazione o, secondo Morawska (2010), di *accomodation*, nella quale gli attori sociali, pur entrando in contatto con culture diverse, in un primo momento preservano strenuamente le loro pratiche culturali, anche come una sorta di meccanismo di difesa e rinforzo del sé contro la mescolanza. Secondo i teorici della glocalizzazione, quindi, sono spesso le dinamiche della globalizzazione ad acuire i fenomeni connessi al locale, rendendo più pervicace e vivo il legame tra gli individui e le proprie culture d'origine e, dunque, aumentando la forza di resistenza delle *Kulturformen* di origine. Proprio le tendenze disgreganti della globalizzazione, se da un lato recidono legami con territori, tradizioni, lingue madri, possono d'altro canto provocare un effetto di rinforzo di tali simboli culturali. D'altronde, le frequenti situazioni di marginalità in cui sono relegate le minoranze culturali contribuiscono a rendere gli individui maggiormente dipendenti dalla cultura e dal gruppo di origine, visti come ultimi sostegni di conservazione della propria identità (Van Broeck, 2001).

In conclusione, da un punto di vista esplicativo, al netto delle altre concause che secondo il modello della causalità circolare possono potenzialmente concorrere alla genesi della criminalità da parte dei migranti, il sottoinsieme dei reati culturalmente orientati è eziologicamente riconducibile ai conflitti culturali. Il conflitto tra codici normativi diversi, acuito dalle dinamiche sociali della globalizzazione e della glocalizzazione, agisce sui due elementi della motivazione culturale e della gravidanza culturale, spingendo membri di minoranze culturali non a delinquere *tout court*, ma a realizzare comportamenti dal valore culturale-simbolico considerati reato dallo Stato ospitante.

3. La prospettiva finalistica e l'integrazione sociale: punire o meno i reati culturalmente orientati?

L'analisi dei fattori esplicativi del conflitto culturale dimostra che perché vi sia una condotta socialmente integrata è necessario che vi sia sintonia tra i valori condivisi dalla società e quelli di cui la legge è espressione (Chinnici, 1983; Moccia, 1992): in caso contrario, soprattutto in circostanze di forte attaccamento alla cultura d'origine e di scarsa adesione a quella di ricezione, è piuttosto elevato il rischio di generare un conflitto culturale destinato a risolversi nella violazione della legge, oltre che nel più generale disadattamento dell'individuo. La prospettiva esplicativa ci mostra, dunque, che colui che commette un reato perché spinto da motivazioni culturali non si pone semplicemente in una posizione di devianza rispetto alla società: sarà tutto il gruppo culturale cui appartiene a porsi in attrito con i valori espressi dalla maggioranza. Tuttavia, la convivenza pacifica in una società pluralista è assicurata soltanto se ogni gruppo rinuncia ad una parte della propria specificità, in modo da contrastare le na-

turali forze centrifughe che vanno ad azionarsi in contesti sociali così eterogenei e, pertanto, suscettibili di conflitti. Il diritto penale è normalmente azionato nel momento in cui tali forze centrifughe raggiungano un apice patologico: il soggetto viola la legge penale, ledendo o ponendo in pericolo un bene giuridico, e l'ordinamento risponde con una sanzione per ripristinare la pacifica convivenza sociale. Il comportamento motivato dal fattore culturale è comunque lesivo di un bene giuridico, ovvero di un valore ritenuto dall'ordinamento meritevole della massima protezione approntabile, ovvero della sanzione penale; nel reato culturalmente orientato ci si trova, dunque, di fronte ad un'esigenza di bilanciamento tra il diritto alla manifestazione culturale invocato dal *cultural offender* e le esigenze di tutela invocate dalla società: per così dire, sembra che al conflitto vissuto dal *cultural offender* faccia da contraltro una affine situazione dilemmatica per il legislatore, chiamato a scegliere se criminalizzare o meno comportamenti costituenti espressione di un diritto culturale, e per il giudice, chiamato a sussumere nella fattispecie astratta di reato condotte concrete espressive della identità culturale dell'autore.

Una prospettiva finalistica tesa a rispondere allo spinoso quesito "perché punire il *cultural offender*" non può che partire dalle scelte politico-criminali formalizzate nella Costituzione.

Come dimostrato da Moccia (1992), l'art. 27 Cost., attraverso il riferimento alla personalità della responsabilità penale, al divieto di trattamenti inumani e degradanti, alla tensione verso la rieducazione, sintetizza il generale assetto di valori su cui si regge l'impianto personalista della Costituzione: essa impone una funzione della pena quale integrazione sociale, concetto complessivo formato dalle prevenzione positiva speciale e generale, su un più generale *plafond* di non desocializzazione del reo: la pena deve offrire al reo un'opportunità di risocializzazione non coattiva, intesa come possibilità di orientare la propria esistenza nel rispetto dei diritti fondamentali dell'ordinamento, attorno ai quali l'effetto convalidante e aggregante della punizione statale alimenta la coesione sociale dei consociati.

Secondo la prevalente dottrina che si è occupata del fenomeno, da una funzione di risocializzazione della pena deriva, innanzitutto, l'illegittimità di un atteggiamento di rifiuto o di completo disinteresse dell'ordinamento verso la diversità culturale, per contrasto con la individualizzazione della pena necessaria allo svolgimento della funzione di integrazione sociale, non solo nelle fasi dell'inflizione e dell'esecuzione, ma già nella fase comminatoria (Basile, 2010; Bernardi, 2010; Bernardi, 2006; De Maglie, 2010). Inoltre, un tale atteggiamento risulterebbe anche ineffettivo dal punto di vista della tutela delle esigenze sociali, dal momento che astenersi dal dominare e risolvere i conflitti culturali equivale ad una tacita accettazione di fenomeni criminogenetici quali la segregazione etnica, l'odio razziale, il rifiuto di qualsivoglia tentativo di aggregazione di consensi - e dunque di integrazione - intorno ai valori fondamentali dell'ordinamento.

Le voci contrarie ad una valorizzazione del fattore culturale stigmatizzano possibili distorsioni nella funzione deterrente delle norme incriminatrici, che necessiterebbero di una vigenza generalizzata e inesorabile per produrre effetti generalpreventivi negativi: il fatto stesso di poter contare su trattamenti diversificati potrebbe disincentivare

alcune minoranze dalla conoscenza della legislazione nazionale, ovvero della cultura maggioritaria (Monticelli, 2003; Volpp, 1994). Tuttavia, adottare la generalprevenzione come obiettivo fondante del trattamento penale è un'opzione testualmente contraria al dettato costituzionale, ponendosi pesantemente in attrito con il principio di personalità della responsabilità penale e con il divieto di trattamenti degradanti (art. 27 Cost.), strumentalizzando il reo per finalità di controllo sociale. D'altra parte, una politica di indifferenza per il fattore culturale, propugnando una falsa neutralità, finirebbe per veicolare malcelate politiche di intolleranza, in chiaro spregio del principio di eguaglianza sostanziale che, come è noto, impone di trattare in modo diverso casi diversi. Infine, da un punto di vista pragmatico, la portata intimidativa della norma penale nei reati culturalmente orientati è per definizione fragile, vuoti a causa dell'ignoranza della legge penale dei *cultural offender*, vuoti per la loro adesione piena e convinta a valori culturali diversi, che li spingono a realizzare comportamenti culturalmente motivati anche al costo di delinquere.

Neanche le critiche ad una valorizzazione del fattore culturale che si fondano sulla tutela della funzione generalprevenzione positiva della pena colgono nel segno (Bernardi, 2006). Una politica penale di indifferenza culturale non fungerebbe tanto da convalida dei valori lesi dai reati culturalmente orientati ma piuttosto mirerebbe ad adoperare il diritto penale come strumento di un'assimilazione culturale coatta che, oltre a violare i principi costituzionali, risulterebbe necessariamente più di superficie che di sostanza, essendo le norme culturali spesso dotate di una maggiore pregnanza e cogenza rispetto alle norme penali del Paese ospitante nei confronti dei *cultural offenders*.

Una volta appurata la necessità - costituzionalmente imposta - di considerare il fattore culturale nella risposta punitiva, le medesime ragioni militano per una valutazione esclusivamente *in bonam partem*: dal momento che il reato comporta una violazione di beni giuridici fondamentali, il fatto, benché motivato dalla cultura dell'individuo, deve essere punibile, ma il fattore culturale deve, però, fungere da fattore mitigante la responsabilità penale: ciò non è dovuto ad alcuna lettura indulgenziale del conflitto culturale o del più ampio fenomeno dell'immigrazione, ma deriva dalla considerazione che pene cosiddette esemplari, cioè inasprite sulla base della fenomenologia particolarmente perturbante di alcuni reati culturali o di una presunta necessità di estirpare modelli comportamentali sgraditi, contrastano con i valori costituzionali (art. 27, co. 1 Cost.), essendo espressione di una illegittima oltre che desocializzante strumentalizzazione del reo per finalità politico-criminali di mera deterrenza.

Allo stesso tempo appare difficile negare che l'individuo che commetta un reato spinto da valori culturali cogenti, per quanto aberranti ne siano le coloriture culturali, si comporti, a parità di offesa, in maniera meno riprovevole di un individuo che commette il medesimo fatto libero, se così si può dire, da un conflitto culturale. Non tenere presente ciò equivale ad una palese violazione del principio di eguaglianza sostanziale, con notevoli riverberi sull'efficacia risocializzante della pena.

Al contrario, una valorizzazione *in bonam partem* del fattore culturale potrebbe ridurre i meccanismi di difesa nei confronti dell'ordinamento messi in atto da parte del *cultural offender*, che non percepirebbe la pena come un ingiusto so-

pruso, ma potrebbe essere maggiormente predisposto ad accettare l'offerta risocializzante.

Ciò nonostante, la prassi giudiziaria presenta tendenze ondivaghe nei confronti della diversità culturale: sebbene un tasso di discrezionalità sia incomprimibile, ed anzi la flessibilità del formante giudiziale contribuisca a delineare il ruolo della giurisdizione come organo principale di mediazione dei conflitti culturali (Caputo, 2005), non sempre gli arresti giurisprudenziali hanno confermato il descritto assetto vincolante scaturente dalla Costituzione, anzi, in alcuni casi la giurisprudenza ha valorizzato *in malam partem* il fattore culturale del reo, per esigenze sostanzialmente generalpreventive negative. Emblematico il caso della sentenza del Tribunale di Padova n. 446 del 9 giugno 2006, in cui il giudice, nel condannare due uomini pakistani per uno stupro culturalmente orientato ha espressamente affermato che «più le condizioni individuali e sociali sono diverse dalla cultura maggioritaria, più la pena deve essere severa al fine di avere un impatto deterrente sulla società».

Nonostante tali eccessi, che fortunatamente non sembrano trovare appiglio nella giurisprudenza di legittimità, la giurisprudenza italiana è consapevole di svolgere un ruolo di argine, ancorché flessibile, in materia di reati culturalmente orientati: questo orientamento, elaborato in numerosi casi di violenza domestica culturalmente orientata a partire dalla fondamentale sentenza della Corte di Cassazione del 16 dicembre 2008, n. 46300, viene spesso definito «dottrina dello sbarramento invalicabile» (Basile, 2010; Bernardi, 2010; Bernardi, 2006; De Maglie, 2010).

Secondo questo orientamento i diritti fondamentali dell'individuo e il principio di eguaglianza «costituiscono infatti uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come antistorici a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero» (16 dicembre 2008, n. 46300; cfr. anche Corte di Cassazione, sentenza del 29 maggio 2009, n. 22700; Corte di Cassazione, sentenza del 17 dicembre 2009, n. 48272).

Questo orientamento, applicabile a tutti i casi in cui il diritto alla manifestazione culturale lede beni giuridici inviolabili, sembra perfettamente compatibile con la funzione di integrazione sociale della pena che, pur imponendo una valorizzazione *in bonam partem* del fattore culturale, non richiede necessariamente una esenzione totale dal trattamento sanzionatorio. Infatti, scriminare reati offensivi dei beni fondamentali porterebbe notevoli sconvolgimenti da un punto di vista teleologico, in relazione alla coesione sociale, dal momento che i consociati non percepirebbero come "giusta" la legittimazione di un comportamento a danni di diritti fondamentali di altri individui, di solito membri deboli del gruppo (Kymlicka, 1995). Il fattore culturale, in tali casi, dovrebbe veicolare la minore rimproverabilità del fatto al reo, soggetto all'influenza cogente delle proprie norme culturali all'interno del conflitto tra codici normativi differenti, attenuando la risposta sanzionatoria.

Diversamente, da una funzione di integrazione sociale della pena si deve desumere che i reati culturalmente orientati non lesivi di beni fondamentali dovrebbero essere completamente esentati da pena, dal momento che il bilanciamento tra diritto fondamentale alla manifestazione della propria cultura e esigenze sociali di tutela (Renteln,

2009) vede nettamente prevalere il primo: ci si riferisce alla casistica di reati culturalmente orientati attinenti all'abbigliamento rituale, al possesso di sostanze stupefacenti o di armi per finalità rituali, al maltrattamento di animali, all'incesto. In questi casi un'esenzione da pena convaliderebbe i principi fondamentali dell'ordinamento, *in primis* la libertà di espressione culturale. Tuttavia, in casi di questo genere l'attuale materiale giurisprudenziale si presenta di difficile categorizzazione, benché in nessun caso sia evincibile una chiara affermazione della prevalenza del diritto alla manifestazione culturale sulla lesione di beni giuridici, ancorché minori: ad esempio, la Cassazione, con sentenza dell'8 agosto 2003, n. 34072, ha assolto un'imputata trovata in possesso di circa 24 kg di khat (una droga rituale diffusa nel corno d'Africa), perché il fatto non era previsto come reato, dal momento che all'epoca le tabelle ministeriali non menzionavano espressamente il khat tra le sostanze vietate, ma soltanto la catina, principio chimico estraibile esclusivamente attraverso un procedimento chimico e non attraverso la masticazione, tipico mezzo di consumazione da parte delle minoranze culturali che ne fanno abitualmente uso. In un caso analogo, la Cassazione ha escluso che il possesso di stupefacenti «possa trovare qualche causa di giustificazione nell'esigenza di praticare un certo culto religioso o di farne opera di proselitismo perché neppure in presenza di questi fenomeni (certamente liberi e anzi tutelati) è giammai consentito lo sconfinamento nell'illecito penale» (Corte di Cassazione, sentenza del 5 dicembre 2005, n. 44227). Nel caso dell'abbigliamento rituale, la giurisprudenza si presenta più attenta al profilo culturale e religioso degli imputati (in prevalenza donne), negando che la contravvenzione prevista dall'art. 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152 (cd. Legge Reale) possa essere integrata dal portare *burqa* o *niqab*, dal momento che tali indumenti non sono indossati con finalità di turbamento dell'ordine pubblico, ma sono espressione di libertà religiosa, concetto che indubbiamente travalica la *ratio legis* della norma e che si inserisce perfettamente nel giustificato motivo previsto come causa di esclusione del fatto tipico (cfr. Tribunale di Cremona, sentenza del 27 novembre 2008). Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sull'annullamento prefettizio di un'ordinanza del sindaco di Azzano Decimo che aveva incluso *ipso jure* il burqa tra i mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento ex art. 5 legge Reale ha definitivamente confermato che indossare il velo che copre il volto è un «utilizzo che generalmente non è diretto ad evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazione e culture» (Consiglio di Stato, sentenza del 19 giugno 2008, n. 3076).

Per quanto concerne le modalità attraverso le quali articolare l'esenzione dal trattamento sanzionatorio, i Paesi di più risalente tradizione multiculturale hanno concentrato la loro attenzione sulla cosiddetta *cultural defense*: con tale sintagma si intende, in un'ottica sostanzialistica tipica dei sistemi di *common law*, qualsiasi istituto giuridico che abbia l'effetto di neutralizzare la risposta sanzionatoria, filtrandovi il fattore culturale del reo (Kim, 1997; Renteln, 2009); nell'ordinamento italiano, nonostante le varie proposte della dottrina (Basile, 2010; Bernardi, 2010; Bernardi, 2006; De Maglie, 2010) e le divergenti soluzioni attinte dalla giurisprudenza sopramenzionata, la soluzione più adeguata sembra quella della causa di giustificazione dell'esercizio del diritto, che

scrimina un comportamento il quale, pur concretizzando un fatto tipico di reato, risulta non antigiuridico nel bilanciamento con il diritto fondamentale alla manifestazione della propria cultura. Tuttavia, la natura necessariamente elastica della causa di giustificazione dovrebbe indurre a riservarla per conflitti culturali particolari, residuali, non ancora completamente sedimentati nel tessuto sociale, il cui bilanciamento deve necessariamente essere effettuato in concreto ad opera del giudice; invece il legislatore dovrebbe disciplinare con legge i conflitti culturali più frequenti e pacifici, in cui il bilanciamento di interessi può essere fissato in maniera rigida, esentando espressamente i comportamenti culturalmente motivati dalla astratta e potenziale inclusione in una fattispecie di reato (come è ad esempio accaduto con la legge italiana 2 agosto 1978, n. 439, che disciplina la macellazione rituale, sottraendola esplicitamente, per la sua valenza culturale e religiosa, dall'ambito di applicazione del reato di maltrattamenti di animali).

Probabilmente, anche alla luce del fatto che la casistica giurisprudenziale relativa ai reati culturalmente orientati (Basile, 2010; Bernardi, 2010; Bernardi, 2006; De Maglie, 2010) è caratterizzata da dinamiche infragruppo, il vero *vulnus* di una valorizzazione *in bonam partem* del fattore culturale - attraverso esenzioni legislative, giudiziali, o trattamenti sanzionatori attenuati - è rappresentato dal rischio di discriminazione nei confronti delle vittime di reati culturalmente orientati rispetto alle vittime di reati analoghi "comuni". Tuttavia, il ragionamento sembra alludere ad una funzione *lato sensu* retributiva della pena, incompatibile con l'assetto costituzionale: una risposta sanzionatoria aggravata dal fattore culturale, o semplicemente indifferente rispetto alla diversità, non necessariamente implica una maggiore tutela delle vittime, da articolarsi invece attraverso interventi penali ed extrapenali di assistenza, supporto e *empowerment*: la recente introduzione del reato di mutilazioni genitali femminili è un esempio eclatante di come la mera criminalizzazione, anche piuttosto severa, senza politiche extrapenali di ispirazione interculturale possa produrre più effetti collaterali (clandestinità della pratica, minori *standard* di sicurezza, autosegregazione, innalzamento del numero oscuro) che benefici per le vittime (Brunelli, 2008; Zanetti, 2008).

Ciò non toglie che il difficile equilibrio tra tutela delle vittime - in via mediata, della società - e individualizzazione del trattamento sanzionatorio sia il vero fulcro del ruolo del diritto penale nella società multiculturale: ma la ricerca di tale equilibrio non porta a soluzioni assolutizzanti, né può fungere da alibi per un'elusione più o meno marcata della funzione costituzionalmente desunta di integrazione sociale. Piuttosto, l'importanza e il ruolo che la vittima detiene nei reati culturalmente orientati e, con essa, la società e la comunità di appartenenza, offrono uno spunto notevole in relazione ad una prospettiva operativa, proponendo modalità di esecuzione della risposta sanzionatoria secondo i dettami di una giustizia più inclusiva e condivisa, sulla linea di tendenza dell'esperienza maturata in relazione alla *Restorative Justice*.

4. La prospettiva operativa: come punire il cultural offender?

Una funzione di integrazione sociale della pena impone di considerare, da un punto di vista operativo, anche le modalità in cui la sanzione viene ad incidere, direttamente, sul *cultural offender* e, indirettamente, sul conflitto culturale. Si devono privilegiare, allora, strumenti sanzionatori che non mirino soltanto a "fare giustizia" dal punto di vista della cultura maggioritaria, ma che coinvolgano maggiormente la vittima, protagonista silenziosa del conflitto culturale, e la comunità di appartenenza. Nell'ottica di un vero e proprio paradigma alternativo di giustizia, la *Restorative Justice* sembra assolvere degnamente a questa funzione. Essa, da un punto di vista generale, rappresenta un modello attraverso il quale la vittima, il reo e la comunità ricercano soluzioni al conflitto interindividuale e sociale estrinsecatosi in un reato, attraverso la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti e il ristabilimento dell'ordine sociale (Braithwaite, 1999).

Pur essendo un modello presente nella storia dell'uomo fin dagli albori, la giustizia riparativa ha subito, nel mondo occidentale, un inesorabile declino a causa dei processi di pubblicizzazione del reato, attraverso i quali quest'ultimo, piuttosto che come frattura del tessuto sociale tra reo e vittima, viene inteso imprescindibilmente come offesa alla sovranità terrena o divina dell'autorità (Foucault, 1976); ciò nonostante, nell'ultimo ventennio del secolo scorso la giustizia riparativa è ritornata nuovamente ad interessare, dapprima dal punto di vista applicativo più che teorico, gli studiosi di criminologia e di scienze sociali (Braithwaite, 1999). Tale interesse, che ha contribuito alla rinascita dell'ideale di giustizia riparativa anche in ambito normativo, ha ricevuto grande impulso dalla ricerca antropologica: le esperienze di composizione alternativa del conflitto sono rintracciate fin dagli albori della civiltà, soprattutto nel microcosmo rappresentato dalle comunità tribali africane o centro-americane, a testimonianza del carattere universale e transculturale delle soluzioni informali di tipo conciliativo (Gibbs, 1967). L'antropologia da tempo ha sottolineato, infatti, come l'idealtipo del processo penale, ovvero il momento in cui la comunità, attraverso i suoi rappresentanti, si riunisce per condannare un proprio appartenente che abbia violato una regola di particolare importanza, rappresenti un vero e proprio rito di separazione, composto da una fase preliminare, costituita dal momento dell'accertamento e del giudizio, e da una fase liminare, rappresentata dalla inflizione della pena, che, a seconda dei casi, può articolarsi nella neutralizzazione più o meno definitiva del reo, oppure dare seguito ad un'eventuale reintegrazione all'interno della comunità nelle forme di un rito di riagggregazione, simulacro della riparazione del conflitto (Van Gennep, 1909/1981). La presenza di forme tradizionali di risoluzione dei conflitti spesso si riscontra in contesti sociali ad alto rischio di conflitto culturale, come nei Paesi in cui sono stati imposti codici di impostazione occidentale (Van Broeck, 2001): non essendo espressione dei valori culturali di riferimento della popolazione, tali norme - oltre ad alimentare il conflitto culturale - sono spesso soppiantate, nella prassi, da forme di soluzione informale dei conflitti che, attraverso il coinvolgimento della comunità ed un risvolto

quasi terapeutico del processo conciliativo, mirano a ricostruire l'armonia sociale all'interno della comunità.

La *Restorative Justice* e, più in generale, la tematica dei reati culturalmente orientati sono improntate ad una generale insoddisfazione nei confronti della giustizia tradizionale, sia per quanto riguarda il controllo del crimine, sia per quanto concerne l'adeguatezza del trattamento sanzionatorio ai fini che lo legittimano, sia per quanto riguarda il ruolo della vittima e della comunità di appartenenza nella gestione del conflitto sotteso al reato.

Considerando che i reati culturalmente orientati costituiscono tendenzialmente reati infragruppo, la giustizia riparativa arrega alla vittima, che sia consenziente e partecipi volontariamente al processo riparativo, un *empowerment* maggiore di quanto non faccia la giustizia tradizionale, la quale, attraverso le sue formalità eteronome e autoritarie la espone piuttosto a rischi di ostracizzazione dalla stessa comunità, di vittimizzazione secondaria, di ritorsioni, oltre a lasciare completamente neglette le sue esigenze e i suoi bisogni: il processo tradizionale stigmatizza il comportamento del *cultural offender* con la pena, ma, stante anche la naturale propensione delle minoranze culturali a seguire più i propri dettami culturali che le norme giuridiche del Paese ospitante, questa risulta sprovvista di qualsiasi effetto preventivo, lasciando del tutto inavaso il conflitto culturale sotteso al reato culturalmente orientato. La giustizia riparativa, essendo improntata alla consensualità delle parti, può invece essere un giusto modo per riequilibrare la relazione di potere nella quale il reo si è mostrato egemone: la vittima ha il potere di acconsentire alla riconciliazione, di interloquire sul fatto, di scegliere comunque la via della giustizia tradizionale. A tal proposito, le forme riparative non devono però diventare l'alibi per privare il reo di quelle garanzie tipiche del processo penale, tramutando, in una pericolosa eterogeneità dei fini, l'ideale riparativo in un procedimento altamente repressivo ed eticizzante, come nota Robinson (2003). Il reo, dunque, deve avere la possibilità di considerare gli effetti negativi prodotti dalla sua azione, di ripararli, agendo anche dinanzi alla sua comunità (*reintegrative shaming*, Braithwaite, 1992) senza per questo essere vittima di stigmatizzazioni desocializzanti.

Per quanto concerne la comunità, nei processi riparativi essa è coinvolta non solo nel sostenere la vittima e nel proporre soluzioni di riparazione, ma anche nel sostenere il reo nell'accettazione del suo comportamento e nella sua reintegrazione nella comunità di appartenenza. La giustizia riparativa può dunque alimentare la solidità dei legami sociali anche nelle società odierne, dove spesso il concetto di comunità è sostituito da quello di temporanee e fluide alleanze di interessi: come è stato dimostrato da recenti studi (Bandini T., Gatti U., Gualco B., Malfatti D., Marugo M. & Verde A., 2003; Kurki, 2000; Mc Cold, 2004) il coinvolgimento della comunità, come agenzia di controllo sociale, dimostra una notevole incidenza nel controllo del crimine e nella percezione di sicurezza degli individui coinvolti. Più in generale, il processo riparativo può essere la cornice per un dialogo tra la comunità minoritaria e la comunità statale, evitando l'uso dello strumento penale come vettore di assimilazione coatta: infatti, dal punto di vista della criminologia del conflitto (Baratta, 1975) gli esponenti delle minoranze etnico - culturali, soprattutto quando queste coincidano con quelle immigrate, sono tendenzialmente

visti come "nemici naturali" piuttosto che come "vittime ideali", secondo la famosa definizione di Christie riportata da Hudson (1999): lo strumento penale, imponendo afflittivamente il marchio della cultura maggioritaria sul conflitto culturale, recide ancora di più i legami tra vittima e reo, oltre che tra comunità minoritaria e comunità statale. Invece la giustizia riparativa riconosce le individualità in gioco e pone le basi per una loro migliore convivenza, sia in una prospettiva microsociale, riparando il danno e offrendo alle parti la possibilità di rimarginare il conflitto, sia in una prospettiva macrosociale, gettando le basi per un virtuoso sistema relazionale di riconoscimento fra i gruppi sociali coesistenti sul territorio.

Nonostante i menzionati vantaggi della giustizia riparativa, soprattutto se calata nella materia dei conflitti culturali, l'introduzione nell'attuale sistema penale di forme ispirate all'ideale riparativo sembra incontrare ostacoli pressoché insormontabili.

Innanzitutto, da un punto di vista pragmatico, sembra opinabile ed utopico immaginare che forme di risoluzione del conflitto nate in società poco complesse, omogenee e monolitiche dal punto di vista culturale come quelle tribali, possano essere impiantate *tout court* nelle società postmoderne, dotate di elevata complessità, in cui le esperienze e le identità culturali non sono soltanto molteplici, ma anche sensibili ad un costante e fluido processo di acculturazione. Da un punto di vista teorico, a ciò si aggiunge la constatazione che, in un sistema penale profondamente impostato su garanzie formali e procedurali, come il principio di legalità, l'obbligatorietà dell'azione penale, il principio del giudice naturale, l'introduzione di procedure informali di giustizia riparativa porterebbe con sé il rischio di provocare una inaccettabile caduta in termini di diritti fondamentali dell'individuo.

Alla luce di ciò, riteniamo tuttavia che il solco segnato dalla *Restorative Justice* non debba essere completamente abbandonato, ma che possa essere percorso in una modalità più moderata e pur sempre rispettosa dei principi fondamentali del sistema penale.

Probabilmente, non potremmo mai giungere ad un processo riparativo che soppianti completamente la giustizia tradizionale, anche alla luce del fatto che, secondo quanto detto nei paragrafi precedenti, gli unici reati culturalmente orientati che dovrebbero arrivare alle soglie della punizione penale sono quelli di medio - alta gravità: un forte allarme sociale accompagnerebbe l'introduzione di processi riparativi che, attraverso un processo non retto dalla legge, giungessero ad una pena non formale, benché giustificata dalla riconciliazione tra le parti direttamente coinvolte. Inoltre, in una visione non idealistica del tema, probabilmente delegare alla comunità di appartenenza l'intera gestione del conflitto equivarrebbe a legittimare quella sbilanciata relazione di potere che ha reso la vittima tale, dal momento che con tutta probabilità sarebbero i membri forti del gruppo culturale a dover giudicare il comportamento lesivo del *cultural offender*. In questo modo si esporrebbe la vittima ad una vittimizzazione secondaria presumibilmente peggiore di quanto essa possa subire in un processo tradizionale retto da "estranei" e impregnato di cultura maggioritaria.

Per ragioni, sia strutturali che procedurali, analoghe a quelle sopra esposte, la *Victim-Offender Mediation* (VOM), nonostante sia una delle pratiche di *Restorative Justice* più

diffuse sia a livello europeo sia nell'ordinamento italiano (Mannozi, 2003), nell'ambito del processo minorile, del processo davanti al giudice di pace e recentemente introdotta anche nel processo penale per gli adulti, come componente eventuale della sospensione del processo con messa alla prova (28 aprile 2014 n. 67), non sembra però la soluzione più adatta per i reati culturalmente orientati.

La VOM infatti focalizza la risoluzione del conflitto su una diade rappresentata dal reo e dalla vittima, mentre uno strumento riparativo nei reati culturalmente orientati non può prescindere dal coinvolgimento della comunità etnico-culturale di appartenenza, che percepisce come propria la norma culturale causa del reato. D'altro canto, se si considera che i reati culturalmente orientati sono spesso il frutto di asimmetriche relazioni di potere all'interno del gruppo, delegare la gestione del conflitto ad una struttura diadica, per quanto agevolata dal mediatore, potrebbe fungere da mezzo di perpetuazione delle ingiustizie a danno dei soggetti più deboli. Per quanto concerne le ragioni procedurali, le ipotesi di VOM tendenzialmente mirano ad una *diversion*, agendo a livello predibattimentale o addirittura preprocessuale, in modo da evitare un processo tradizionale: non sembra ragionevole auspicare per reati culturalmente orientati medio-gravi una rinuncia pressoché totale alla giustizia tradizionale.

Il modello più congeniale alla tematica dei reati culturalmente orientati e maggiormente suscettibile di introduzione nel sistema italiano sembra dunque essere il *Sentencing circle*, un istituto riparativo, originariamente diffuso in Canada e in Australia, poi diffusosi anche negli Stati Uniti, che interviene nella fase della commisurazione della pena (Coates R. B., Vos, B. & Umbreit, M. S., 2003; Stuart, B., 1996) e non nella fase di accertamento: i *sentencing circles* - non a caso spesso definiti anche *peacemaking circles* - affrontano la fase della commisurazione della pena coinvolgendo, oltre al giudice, al pubblico ministero, ai funzionari dei servizi sociali, anche membri della comunità di appartenenza, al fine di contribuire alla decisione sul danno da riparare, di assistere le vittime del crimine, e di alimentare un più profondo legame tra tutti gli interessati dal crimine all'interno della comunità. Il *circle* riporta in auge la ancestrale figura circolare, tipica di molte culture premoderne, non solo da un punto di vista simbolico ma anche pratico: tutti i membri coinvolti dovrebbero giungere consensualmente ad un *sentencing plan*, che contemperi tutti gli interessi delle parti coinvolte, prevedendo prestazioni riparatorie a favore della vittima, pubbliche scuse, lavori di pubblica utilità a favore della comunità, in un'ottica di corresponsabilizzazione nella soluzione del conflitto. Non dovrebbe essere del tutto estromessa la possibilità di infliggere una pena tradizionale, anche sulla base di una migliore comprensione da parte del giudice dell'effetto che la pena potrebbe avere sul reo, sulla vittima e sulla comunità di appartenenza.

Se è pur vero che il conflitto culturale si radicalizzerebbe comunque all'interno di un processo penale tradizionale nel quale sia stata accertata la responsabilità del *cultural offender*, il *sentencing circle* sembra lo strumento migliore per realizzare un bilanciamento fra le esigenze sociali connesse alla punizione di determinati reati e le esigenze di riconciliazione del conflitto e di rispetto della diversità culturale. Benché attualmente non risultino in atto progetti pilota o esperienze consolidate in Italia, il *sentencing circle* rappresenta

una forma di giustizia più inclusiva della diversità culturale, senza per questo scadere in indulgenzialismi o rinunce a difendere i diritti inviolabili dell'uomo, quale tratto caratterizzante delle società occidentali.

Tuttavia, nell'ottica di una prospettiva operativa, la giustizia riparativa non dovrebbe limitarsi a permeare l'ambito penale: la reale prevenzione del conflitto culturale può seriamente essere perseguita principalmente attraverso politiche extrapenali e multiagenziali, che mirino ad arginare gli effetti disgreganti provocati dalla globalizzazione e di rinforzo radicale della propria identità indotti dalla globalizzazione, puntando sulla diffusione di contesti che favoriscano l'interculturalità, intesa come scambio e confronto tra culture senza una assimilazione coattiva ed univoca. Contesti sociali in cui i soggetti minoritari non si sentano "assedati" da schemi culturali dominanti ed estranei renderebbero meno frequente il radicalizzarsi di pratiche culturali diverse fino al momento patologico rappresentato dal reato culturalmente orientato. Inoltre, politiche di prevenzione ispirate all'ideale riparativo sono preziose, anche perché possono contribuire a creare una vera e propria *Kultur* della riparazione e della gestione condivisa del conflitto tra i consociati, con maggiori probabilità di esito positivo anche per eventuali istituti riparativi presenti nel sistema penale.

Riferimenti bibliografici

- Apollonio, A. (2014). Il nemico e il partigiano. Le politiche penali odierne osservate attraverso le categorie concettuali di Carl Schmitt. *Diritto penale contemporaneo*. Url: http://www.penale-contemporaneo.it/upload/1391615010APOLLONIO%202014_01.pdf
- Bandini T., Gatti U., Gualco B., Malfatti D., Marugo M. & Verde A. (2003-2004). *Criminologia*.
- Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale* (2nd ed., Vol. 1-2). Milano: Giuffrè.
- Basile, F. (2010). *Immigrazione e Reati Culturalmente Motivati: Il Diritto Penale nelle Società Multiculturali*. Milano: Giuffrè.
- Bernardi, A. (2006). *Modelli penali e Società Multiculturali*. Torino: Giappichelli.
- Bernardi, A. (2010). *Il "Fattore Culturale" nel Sistema Penale*. Torino: Giappichelli.
- Bobbio, N. (1977). *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di Comunità.
- Brunelli G. (2008). Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitili femminili: genealogia (e limiti) di una legge. In A. Bernardi, B. Pastore & Pugiotto A. (eds.) *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare* (203-230). Milano: Giuffrè.
- Bursik, R. J. (1988). Social Disorganization and theories of crime and delinquency: problems and prospects. *Criminology*, 26: 519-552. doi: 10.1111/j.1745-9125.1988.tb00854.x
- Baratta, A. (1976). *Sistema Penale ed Emarginazione Sociale*. Per la Critica dell'Ideologia del
- Trattamento. *La Questione Criminale*, 2, 237-259.
- Baratta, A. (1966). *Positivism giuridico e scienza del diritto penale*. Milano: Giuffrè.
- Braithwaite J., (1999). Restorative justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts. *Crime and Justice*, 25, 1-127.
- Brantingham P. & Brantingham P. (1998). Environmental Criminology: From Theory to Urban Planning Practice. *Studies on Crime and Crime Prevention*, 7, 1, 31-60.
- Campbell, E. (2012). Law/Culture: Powers, Politics and the Political. *International Journal of Criminology and Sociology*, 1, 1-12.

- Caputo A., (2005). La giurisdizione e i conflitti culturali. *Questione Giustizia*, 4, 710-716.
- Chinnici G. (1983). La criminalità tra migranti in Italia e immigrati stranieri. *Rassegna di Criminologia*, 14, 277-285.
- Coates R. B., Vos, B. & Umbreit, M. S. (2003). Restorative Justice Circles: An Exploratory Study. *Contemporary Justice Review*, 6(3), 265-278.
- De Maglie, C. (2010). *I Reati Culturalmente Motivati: Ideologie e Modelli Penali*. Pisa: ETS.
- Fattah, E. A. (1997). *Criminology: past, present and future: a critical overview*. Londra-New York: St. Martin's Press.
- Foblets, M. C. (1998). Cultural Delicts: The Repercussion of Cultural Conflicts on Delinquent Behaviour. Reflections on the Contribution of Legal Anthropology to a Contemporary Debate. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 6(3), 187-207.
- Foucault, M. (1976). *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*. Tradotto da A. Tarchetti. Milano: Einaudi.
- Gatti U., Malfatti D. & Verde A. (1997). *Minorities, crime and criminal justice in Italy*. In I.H. Marshall (ed.), *Minorities, migrants and crime. Diversity and similarity across Europe and the United States* (pp. 110-129). Londra: Sage.
- Geertz, C. (1973). *Interpretazione di culture*. Tradotto da E. Bona - M. Santoro, 1998. Bologna: il Mulino.
- Gibbs, J. L. (1963). The Kpelle Moot: A Therapeutic Model for the Informal Settlement of Disputes. *Africa: Journal of the International African Institute*. 33, 1 1-11.
- Höffe, O. (2001). *Globalizzazione e Diritto Penale*. Tradotto da S. Dellavalle. Torino: Edizioni di Comunità.
- Hood R. & Cordovil G. (1992). *Race and sentencing*. Oxford: Oxford University Press.
- Hudson B. (1998). Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence. *Journal of Law and Society*, 25, 2, 237-256.
- ISTAT (2014). *Cittadini non comunitari regolarmente soggiornanti, anni 2013-2014*. <http://www.istat.it>
- ISTAT (2012). *Rapporto annuale. La situazione del Paese*. Roma: Centro Stampa e riproduzione srl.
- Kim, N. S. (1997). The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A framework for Analysis. *New Mexico law Review*. http://lawlibrary.unm.edu/nmlr/volumes/27/1/04_kim_cultural.pdf.
- Kurki L. (2000). Restorative and Community Justice in the United States. *Crime and Justice*, 27, 235-303. Published by: The University of Chicago Press Stable <http://www.jstor.org/stable/1147665>
- Kymlicka, W. (1995). *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Larenz, K. (1970). *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it. S. Ventura, Milano: Giuffrè.
- McCold, P. (2004). What is the Role of Community in Restorative Justice Theory and Practice? H. Zehr & B. Toews (eds.), *Critical Issues in Restorative Justice* (pp. 155-171). Monsey, New York and Cullompton, Devon, UK: Criminal Justice Press and Willan Publishing.
- Melossi D., De Giorgi A., Massa E. (2008). Minori stranieri tra conflitto normativo e devianza: la seconda generazione si confessa? *Sociologia del diritto*, 2, 99-130.
- Morawska E., (2010). *Glocalization Effects of Immigrants' Activities on the Host Society: An Exploration of a Neglected Theme*, Max Planck Institute for the Study of Religious and Ethnic Diversity, Working Papers WP 10-01, Febbraio 2010.
- Newman O. (1972). *Defensibile Space*. New York: MacMillan.
- Mannozi, G. (2003). *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su Giustizia riparativa e mediazione penale*. Milano: Giuffrè.
- Mezey, N. (2001). Law as culture. *Yale Journal of Law and Humanities*, 13, 35-67.
- Moccia, S. (1992). *Il Diritto Penale tra Essere e Valore: Funzione della Pena e Sistemica*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Monticelli F. (2003). Le "Cultural defenses" (esimenti culturali) e i "reati culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale. *Indice Penale*, 2, 540-586.
- Meer N. & Modood T. (2012). How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism? *Journal of Intercultural Studies*, 33, 2, 175-196.
- Palidda S. (1994). *Devianza e criminalità tra gli immigrati*. Milano: Fondazione Cariplo-I.S.M.U.
- Robertson R. (1995). *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity in Global Modernities*, a cura di Featherstone M., Lash S., Robertson R., 1995, Londra, 25 ss.
- Robinson H. P. (2003). The Virtues of Restorative Processes, the Vices of "Restorative Justice". *Utah Law Review*, 1, 375-388.
- Parsons, T. (1973). *Sistemi di società. Le società moderne*. Bologna: Il Mulino.
- Ponti G. & Merzagora Betsos, I. (2008). *Compendio di Criminologia*. 5th ed. Milano: Raffaello Cortina.
- Post, R. C. (2003). Law and Cultural Conflict. *Faculty Scholarship Series*. Paper 180. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/180
- Ross, A. (2001). Components of cultural justice. In A. Sarat, T.R. Kearns (eds.), *Law in the Domains of Culture*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 203-228.
- Roxin, C. (1973). *Politica Criminale e Sistema del Diritto Penale*, II ed. tradotto da S. Moccia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Renteln, D. A. (2009). The Cultural Defence: Challenging the Monocultural Paradigm. *Cultural Diversity and the Law: State Responses from around the World*, a cura di M. C. Foblets, J. F. Gaudreault - Desbiens e A. D. Renteln. Bruxelles: Bruylant. 791-817.
- Sellin, T. (1938). Culture Conflict and Crime. *American Journal of Sociology*, 44(1), 97-103.
- Serafino, L. (2008). Il paesaggio criminogeno: l'ordine morale negli spazi urbani. *Agribusiness Paesaggio & Ambiente*, 11, 2, 119-128.
- Sciolla, L. (2007). *Sociologia dei processi culturali*. II ed. Milano: Bologna.
- Stuart, B. (1996). Circle sentencing in Canada: A partnership of the community and the criminal justice system. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 20(2), 291-309. DOI: 10.1080/01924036.1996.9678578
- Sutherland E.H. & D.R. Cressey. (1974). *Criminology*. IX ed. Santa Barbara, USA. Tradotto a cura di M. Zanchetti, (1996), *Criminologia*. Torino: Giuffrè.
- Tonry, M. (1997). Ethnicity, Crime and Immigration. *Crime and Justice, Ethnicity, Crime and Immigration: Comparative and Cross-National Perspectives*, 21, 1- 29.
- Tonry, M. (1998). A Comparative Perspective on Minority Groups, Crime and Criminal Justice. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 6(1), 60- 73.
- Valier, C. (2003). Foreigners, crime and changing mobilities. *British Journal of Criminology*, 43, 1-21.
- Van Broeck, J. (2001). Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9(1), 1-32.
- Van Gennep, A. (1909/1981). *I riti di passaggio*. Tradotto da M. L., Remotti. Torino: Bollati Boringhieri.
- Volpp, L. (1994). (Mis)Identifying Culture: Asian Women and the Cultural Defense. *Harvard Women's Law Journal*, 17:57-101. <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/267>
- Zanetti, G. (2008). Argomenti normativi in tema di escissione. In A. Bernardi, B. Pastore & A. Pugiotto (eds.), *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare* (pp. 230-248). Milano: Giuffrè.