

ANTONELLA MERLI*

Libertà e coercizione

Che cosa vietare e punire, e che cosa no

nelle democrazie costituzionali

Il diritto a confronto

*con le morali le culture le religioni***

Sommario: 1.- I limiti della potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati tra vincoli di costituzionalità e principio democratico. 2.- Diritto penale e consenso sociale. 3.- Politica criminale e mezzi di comunicazione di massa. 4.- Il c.d. negazionismo tra esercizio di un diritto e delitto. 5.- Il problema della c.d. “sostenibilità morale” del diritto penale. 6.- Laicità, religiosità e diritto penale. 7.- Diritto penale e società multiculturale.

1.- *I limiti della potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati tra vincoli di costituzionalità e principio democratico.*

Nel momento in cui una nuova norma giuridica, la Costituzione, ha introdotto nell'ordinamento giuridico positivo il principio della limitazione del potere attraverso il diritto (l'ideale antichissimo del governo delle leggi), nella democrazia pluralista convivono queste due dimensioni correlate, libertà e coercizione, corrispondenti alle due facce della cittadinanza democratica: una convivenza difficile ma nondimeno cruciale. Coniugare libertà e coercizione è certo riflessione antica ed è un vecchio problema della nostra civiltà libe-

* *Ricercatore di Diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino.*

** Il presente scritto è il testo rielaborato con l'aggiunta della bibliografia essenziale della relazione introduttiva svolta al convegno “Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali”, organizzato dall'Università di Camerino ad Ascoli Piceno, il 5,6,7 marzo 2010, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

rale. Oggi, per la cultura giuridica occidentale, nell'orizzonte delle democrazie costituzionali, costituisce -sotto l'effetto dei radicali cambiamenti che si manifestano nel mondo contemporaneo- uno dei punti più critici e delicati della questione politico-criminale. Il tema ha portato in primo piano il problema dei limiti della potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati: di quello, cioè, che, all'interno di una moderna democrazia liberale, il legislatore può legittimamente e giustamente punire, e quello che deve lasciare impunito. E' la questione dominante di questi anni, dove soprattutto in gioco sono la dignità dell'uomo con i suoi diritti fondamentali. Un'impresa, mai definitivamente conclusa, per cercare di coniugare i principi di libertà e autonomia con quelli di autorità e responsabilità, e intimamente legata alla qualità della democrazia di cui un paese dispone. Il problema, in cui si intrecciano-come vedremo-*legittimazione formale* e *giustificazione sostanziale* del vietare e punire, scaturisce dalla simultanea esistenza di due esigenze radicalmente eterogenee e tendenzialmente opposte: garantire un efficiente controllo sociale e, al tempo stesso, il massimo grado di libertà individuale dei cittadini.

In democrazia, la legge è il frutto di decisioni di organi politici, legittimati dalla volontà popolare, e si presume che sia anche frutto di ragione e di esperienza. Tuttavia è la 'volontà politica' della maggioranza, non la 'ragione' (la ragione può stare dalla parte delle minoranze), la condizione ultima perchè ogni scelta legislativa assuma vigore. Questo indebolimento del vincolo di razionalità è a favore di un largo spazio di manovra che lo Stato costituzionale affida alla discrezionalità della politica, e quindi alla 'volontà' insindacabile (al possibile arbitrio) del legislatore: uno spazio in cui la legge fondamentale non è capace di vincolarlo, di imporsi sulla sua volontà, sul suo potere di attuazione.¹ Queste componenti razionali e volontaristiche della legge, mettono in luce il problema delle odierne democrazie occidentali che, in ambito penalistico, potrebbe essere descritto come quello della difficile convivenza tra democrazia pluralistica e razionalità sistematica del diritto penale.

Nondimeno, nelle democrazie di oggi, il diritto penale è subordinato alla Costituzione. La Costituzione, pur essendo le scelte di politica criminale nelle mani del legislatore, o-

¹ L'attuazione dei principi costituzionali da parte del legislatore non si limita a specificare diritti (e valori) enumerati nel testo costituzionale: ne produce di nuovi. Dottrina e giurisprudenza interpretano, ad esempio, come clausola di rinvio a diritti non enumerati nella Costituzione l'art. 2 cost. ("la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo"). Il Nono emendamento della Costituzione federale statunitense rinvia essa stessa a diritti non enumerati. Cfr. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 29.

stacola -è questo il suo ruolo- una politicizzazione integrale del diritto: la legge è valida, se rispetta non solo la forma, ma anche i limiti e i vincoli di contenuto da essa imposti al legislatore. Sotto questo profilo, la democrazia non è soltanto una procedura, un puro metodo decisionale, che vincola il *chi* e il *come*, ma offre anche contenuti sostantivi: il quadro dei valori costituzionali disegna, con forza vincolante, i confini dell'area del penalmente rilevante. Tuttavia, il Costituente, per rispettare la sovranità *politica* della legge, non poteva non lasciare al legislatore uno spazio proprio, fuori dalla sfera dei vincoli, dei limiti e delle regole. Del resto, nei tempi in cui viviamo, un gran numero di questioni (penso, ad esempio, ai temi che riguardano l'inizio e la fine della vita, la concezione della famiglia, l'emergenza climatica e la difesa dell'ambiente, i confini della scienza, le migrazioni transnazionali e l'interdipendenza globale che sfidano la sovranità e i confini degli Stati, il multiculturalismo nelle agitate democrazie contemporanee) mostrano nuove dimensioni delle libertà e dei diritti, e si collocano talvolta in uno spazio *vuoto da diritto*. Pongono cioè interrogativi inediti che di certo i padri costituenti non potevano prevedere nella fase storica in cui la Costituzione venne alla luce, e che pertanto non trovano una risposta univoca nei principi riconosciuti dalla comunità politica e depositati nella Costituzione, se non a patto di concepire la Costituzione come un'organizzazione di valori compatta e monolitica, in contrasto con la sua configurazione essenzialmente pluralista², quale è quella che si è affermata in Europa nella fase costituente del secondo dopoguerra, in forza della quale essa contiene, e non potrebbe non contenere, più che disposizioni di dettaglio, cardini essenziali, principi (principio democratico; di laicità; di solidarietà; di inviolabilità dei diritti dell'uomo; di intangibilità della dignità della persona...), i cui enunciati, a causa della loro formulazione in termini di principi generalissimi, la cui disciplina flessibile prende forma nel tempo, nella concretezza delle situazioni in cui sono chiamati ad operare, possono giustificare la più diversa legislazione attuativa, e rivelarsi nella prassi -nello specifico ambito penalistico- più un criterio orientativo della politica criminale, che non un rigido parametro di valutazione della legittimità costituzionale della legislazione penale. Essi, a ben vedere, solo nella loro astrattezza

² Nel campo giuridico, tutte le giurisprudenze e le dottrine costituzionali che riconoscono che i valori costituzionali sono plurimi e conflittuali e ammettono il ricorso alla ponderazione (o bilanciamento) tra valori ultimi giustificativi dei rispettivi diritti possono considerarsi altrettante applicazioni del pluralismo. Cfr. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, cit., p. 190; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE e A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 69-72.

sono condivisi da tutti. Nel momento in cui si domanda in qual modo li si possa garantire, la questione si concentra sui problemi dei loro conflitti.³ Nello stesso catalogo dei diritti umani, che racchiudono verità considerate stabili e permanenti e rappresentano, in un certo senso, la laicizzazione del diritto naturale e la sua trasformazione in diritto storico, anche se intesi come categoria dinamica e non chiusa o statica, emergendo pur sempre un'esigenza di adeguamento ai mutamenti sociali, è possibile trovare, fianco a fianco, un valore e il suo contrario, insieme incidenti e paralleli, che si mettono 'fuori gioco' a vicenda. E' proprio qui, con riguardo ai diritti fondamentali della cultura occidentale, che il pluralismo (il principio della libertà di ogni morale) si pone in termini drammatici.⁴ La tolleranza della democrazia verso culture diverse è essa stessa un valore. Tuttavia, anche nel modello multiculturalista esistono -devono esistere- limiti alla tolleranza, che in campo penale precludono qualsiasi valutazione indulgente.⁵ Il lavoro di declinazione di valori e diritti richiama perciò questioni di bilanciamento fra i valori coinvolti, nessuno dei quali, di regola, è protetto in assoluto, per cui richiede soluzioni di riequilibrio tra i valori in conflitto e un loro giusto temperamento.

Nel tessuto dei principi costituzionali si aprono così dei varchi attraverso cui passano concezioni del bene, visioni del mondo, dottrine etico-politiche, che mettono fuori gioco l'analisi giuridica, rispetto a un processo di evoluzione sociale che implica valutazioni contrassegnate da un'ampia componente di discrezionalità politica, irrimediabilmente affidata al legislatore ordinario. E che si prestano ad una contaminazione con il mondo morale, con quello ideologico, e perfino con quello religioso. E' attraverso questi varchi che è tornata a

³ Che vi siano conflitti fra valori è la tesi difesa dal pluralismo etico e contestata dal monismo etico (non solo da filosofi morali ma anche da giuristi): cfr. ad esempio F. TOLLER, *La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales*, in E. FERRER MAC-GREGOR (a cura di), *Interpretacion constitucional*, Universidad Nacional Autonoma, Mexico 2005, t. II, pp. 1199-1284). Sul tema, fra gli altri, H. STEINER, *An essay on Rights*, Blackwell, Oxford-Cambridge 1994.

⁴ Significativa, al riguardo, è la posizione assunta dai rappresentanti dei paesi islamici di Asia ed Africa, dei paesi confuciani e buddisti in occasione della Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sui diritti umani (Vienna, 1993), i quali, nel rifiutare la concezione dei diritti umani propria degli stati di tradizione liberale, hanno sostenuto e fatto prevalere l'idea che le questioni relative alla tutela dei diritti umani debbano essere valutate sulla base delle particolarità regionali e nazionali e dei relativi valori religiosi e culturali, contestando le ingerenze internazionali nella loro sfera di sovranità.

⁵ Sul concetto di tolleranza, v. V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Scritti Stella*, Napoli 2007, p-262 ss.; K. POPPER, *Tolleranza e responsabilità intellettuale*, in *Mendus-Edwards, Saggi sulla tolleranza*, Milano 1990; E. GARZON VALDES, "No pongas tus sucias manos sobre Mozart". *Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia*, trad. it. in *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale politica*, il Mulino, Bologna 2003; N. BOBBIO, *Le ragioni della tolleranza*, in *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 236.

farsi sentire la voce della Chiesa. Ed è questo il luogo dove esplodono aspri conflitti ideologici, il terreno sul quale si confrontano obbiettivi e linguaggi di culture alternative, e dove si scontrano i rapporti di forza degli schieramenti politici. Qui non ci sono dogmi sedimentati e perennemente validi: qui, insomma, tutto è solo storia. Se è così, l'approccio costituzionale non chiude, ma al contrario apre un ulteriore piano di problemi, per scegliere, nel conflitto delle istanze, delle esigenze e delle aspirazioni di una società altamente differenziata, le soluzioni più giuste, e le più vantaggiose, o le meno dannose, per l'ordine sociale contemporaneo. Allarga cioè l'orizzonte conoscitivo a profili di indagine interdisciplinari, al dialogo multiculturale, alle molte sfide che, al di là degli aspetti più squisitamente giuridici, le innovazioni tecnologiche e culturali pongono alle società democratiche e alla stessa comunità internazionale. E che aspirano a dare una *giustificazione* al diritto di punire (come pure al fondamento della pena moderna), invece di una legittimazione solo formale

Si profila allora l'interrogativo se -in società caratterizzate dalla compresenza di plurime visioni del mondo, in contraddizione l'una con l'altra, dove la cultura giuridica tradizionale, ben attrezzata per un'altra dimensione in cui la società "nazionale" era "pensata" come compatta, omogenea e indifferenziata al suo interno,⁶ ha cominciato ad entrare in crisi-è la sola Costituzione a dover sostenere tutto il peso della *giustificazione* della coercizione punitiva dello Stato. Un tema che, nella presente situazione spirituale del pensiero penalistico, riapre un discorso sui fondamenti etico-normativi del diritto penale e, più in generale, del diritto punitivo o coercitivo, di cui il diritto penale è solo una parte, anche se la più importante.⁷

Che non sia possibile ricavare dalla Costituzione prescrizioni vincolanti circa il contenuto sostanziale dei reati, è opinione assai diffusa. Se è vero infatti che l'apparato di principi e valori, attorno a cui si è strutturata, contiene le nostre convinzioni più radicate, rende esplicite concezioni che condividiamo, tuttavia, nel momento "politico" della legislazione attuativa, il precetto costituzionale si fa flessibile, discreto, capace di adeguarsi -attraverso l'ineliminabile mediazione del legislatore- alle specifiche vicende sociali, nelle varie loro

⁶ W. TWINING, *Globalisation and Legal Theory*, North Western University Press, Evanston (IL) 2000, pp. 142 ss., 561 ss.

⁷ Per un esame approfondito dell'argomento, v. A. MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Esi, Napoli 2008, pp. 191 ss e 266 ss

sfaccettature, singolarità, irregolarità, mutevolezze, e di rispondere ai quesiti via via posti dall'innovazione. Anche dopo l'avvento della Costituzione, si pone, quindi, un problema di *giustificazione sostanziale* (in senso forte) dell'intervento punitivo (di ciò che è *giusto* o *ingiusto* punire), che va oltre l'approccio giuspositivistico, o di *legittimazione formale* (e di *giustificazione sostanziale* in senso debole), su cui si basa il paradigma costituzionalistico, il quale non arriva a postulare una limitazione rigorosa e selettiva dell'area dell'intervento penale. E' per questo che la Costituzione occupa solo una parte della politica, sollevando il problema dei rapporti tra principio democratico e vincoli di costituzionalità, che pone l'eterno dilemma tra due spinte opposte: optare per la democrazia (riducendo lo spazio dei diritti), o piuttosto per i diritti (riducendo lo spazio della politica)? Ed è per questo che la dissertazione sulla potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati, e di come contenerla e limitarla, involge la perenne dialettica tra politica e diritto (due forze, due spinte opposte, due poteri con propri distinti circuiti di legittimazione sul cui equilibrio si basa lo Stato di diritto); tra ciò che è ontologicamente, o naturalisticamente, delitto, e ciò che è tale per mera creazione politico-sociale; tra efficienza repressiva e limitazione della coercizione (due esigenze in reciproca tensione e, talvolta, in aperto conflitto tra di loro) e, in radice, tra diritto penale e morale. Le ragioni, cioè, antiche e recenti, di quello che, all'interno di una moderna democrazia liberale, il legislatore può legittimamente e giustamente punire, e quello che deve lasciare impunito. Insomma, un problema che va al cuore del diritto penale e che investe le scelte politiche relative ai contenuti, ovvero al "che cosa punire" (ma anche le scelte concernenti il "perché punire" ed il "come punire").

2.- *Diritto penale e consenso sociale*

La questione del legittimo fondamento della restrizione della libertà dei consociati rinvia al rapporto tra diritto penale e consenso sociale.⁸ Nella determinazione dei valori da tutelare, che aspirano ad una validità generale, la scelta è soggetta a discussione razionale, a critica e ad argomentazione, e avviene attraverso la dialettica e le procedure democratiche di formazione delle norme. La stessa garanzia della riserva di legge, che non mira solo a

⁸ E' proprio questo consenso che "fa sì che tutti accettino come vincolanti le norme emesse nel modo prescritto dalla costituzione" (K. OLIVECRONA, *Law as Fact* [1939], trad. it. *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castiglione, Giuffrè, Milano 1967, cap. II, pp.43-44).

soddisfare un'esigenza di certezza, sta in primo luogo nell'affidare alla competenza esclusiva del Parlamento, espressione della sovranità popolare e del pluralismo politico, sociale e culturale, la disciplina di una materia che incide sui diritti di libertà del cittadino. Una convivenza nella libertà, e la stessa effettività del diritto, è possibile se l'osservanza dei precetti sia il risultato di un'obbedienza prevalentemente volontaria, e non dell'esercizio del potere e della coercizione statale (anche se deterrenza e repressione non possono essere eluse). Perciò il criterio di scelta, nella selezione delle condotte da penalizzare, non può essere individuato se non nel grado di consolidamento del disvalore dei fatti nella coscienza collettiva.⁹ Lo stesso processo di 'ricodificazione penale', in un'età di politeismo di valori, esige, in ultima istanza, un consenso attorno a fondamentali valori comuni (un insieme di regole *minime*, di principi, che legano i membri del gruppo), entro un orizzonte segnato -in un'ottica rivolta al futuro- dalla crescente transnazionalizzazione e internazionalizzazione del diritto penale.

Tuttavia, in questa fase, nell'agire quotidiano, coesistono, l'una accanto all'altra, molte visioni del mondo, modi di vivere, opinioni, nessuna delle quali può rivendicare per sé il possesso della verità assoluta. Si pone allora il quesito se, nel contesto inevitabilmente frammentario della nostra contemporaneità, in ambiti morali di confine, dove è accentuato un pluralismo ideologico di valutazioni sociali, sia sufficiente un consenso sociale diffuso per formulare divieti e punizioni, o debba valere il principio della sottrazione alla "*regola della maggioranza*". Così è per le grandi questioni della bioetica e della genetica, che vedono il mondo diviso in due "campi" che, pur contrapposti, sono ancorati entrambi ai principi e ai valori della Costituzione. Tutti riconoscono il valore della vita, quando però si tratta di specificarne in concreto contorni, contenuto, rapporti con altri beni e valori, ognuno aspira a risolvere le questioni presentando la propria come l'unica possibile declinazione dei diritti. Ad esempio, è vita quella dell'embrione? E la c.d. locazione del ventre materno offende, o no, il valore della "dignità umana"? Ancora: le decisioni sulla morte debbono ricondursi, o no, e in che misura, all'autonomia del singolo? Se non esiste, o non è rintracciabile, qualche

⁹ Come spiega Habermas: "una norma può pretendere di aver valore soltanto se tutti coloro che possono esserne coinvolti raggiungono (o raggiungerebbero), come partecipanti a un discorso pratico, un accordo sulla validità di tale norma": J. HABERMAS, *Moralbewusstsein und Kommunikatives Handeln, Substrat, Frankfurt am Main 1983*, trad. it. a cura di E. Agazzi, *Etica del Discorso*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 74. ss

principio costituzionale in grado di gestire questioni di una tale portata, allora occorre demistificare l'immagine semplice e consolatoria, secondo cui il legislatore troverebbe quasi magicamente nella Costituzione la chiave per risolvere tutti i conflitti tra i diritti in gioco.

3.- Politica criminale e mezzi di comunicazione di massa

Il tema del vietare e punire deve fare i conti con la funzione e gli effetti dei mezzi di comunicazione di massa, e sui loro rapporti con la politica criminale. La risposta alla domanda: che cosa punire, e che cosa no, è, infatti, fortemente influenzata dai media. La scienza penalistica partecipa (o cerca di partecipare) alla definizione sociale della criminalità attraverso un contributo di razionalizzazione; i media - largamente responsabili della percezione sociale del crimine - avvalorano, a volte, un modello puramente simbolico di diritto penale, fomentando l'allarme sociale e il sentimento di insicurezza collettivo. Proprio in tema di sicurezza, in una fase storica in cui la sicurezza, di fronte al dilagare del terrorismo internazionale e ai vari temi legati alle cosiddette emergenze criminali, è diventata problema planetario, si accusa il diritto penale di fondarsi sulla paura, per recuperare, o rafforzare, il consenso nei confronti delle istituzioni attraverso un uso strumentale ed opportunistico della legge, al di fuori dell'individuazione di reali bisogni di tutela. Problema connesso è, ad esempio, se la politica della sicurezza debba essere misurata valutandone l'efficacia, oppure se possa essere ritenuta adeguata anche se persegue effetti solo simbolici, di rassicurazione, indipendentemente da una effettiva capacità di contenimento della minaccia, di riduzione del rischio, di effettiva prevenzione. In altre parole, se la legge penale debba tutelare soltanto la sicurezza in senso oggettivo (assenza di pericolo), o anche quella in senso soggettivo (libertà dalla paura). L'idea di normare sulla paura è considerata da alcuni tutt'altro che stravagante.

4.- Il c.d. negazionismo tra esercizio di un diritto e delitto

Il tema del rapporto tra libertà e coercizione richiama l'attenzione sullo spazio (legittimamente) riconosciuto alla libera espressione delle coscienze e delle libertà individuali. Che solleva, a sua volta, numerosi interrogativi. Ad esempio: è raccomandabile una verità storica difesa, anziché dagli storici di mestiere, dal potere pubblico? E, soprattutto, è giusto

attribuire alla maggioranza la fissazione dei ‘confini’ della discussione legittima? In altre parole: c’è un limite a cui si può spingere la ‘discutibilità’ delle verità e dei valori della democrazia?

Sono domande che ci portano immediatamente all’attualità e alla cronaca dei nostri giorni, al dibattito sul c.d. negazionismo (la negazione della Shoah o di altri crimini di genocidio), che è tornato, in questi ultimi tempi, prepotentemente alla ribalta.¹⁰ Ne è scaturita un’ampia discussione, anche in sede politica, con il contributo di riflessione di storici, uomini di cultura e giuristi, sullo sfondo di una questione che presenta alcuni nodi difficili, all’incrocio di varie discipline.

Nella discussione in corso la questione cruciale¹¹ è se in un modello pluralista di Stato e di società una verità storica, che abbia ricevuto un riconoscimento pressochè universale, può essere oggetto di protezione penale nei confronti di espressioni di pensiero che la negano. E ciò al fine di contrastare il pericolo del loro diffondersi soprattutto tra i giovani e di combattere già sul piano ideale, in una prospettiva più ampia di prevenzione e repressione del fenomeno, ogni forma di razzismo, di antisemitismo e di xenofobia. Per agire, cioè, già contro “i precursori intellettuali” degli atti di violenza spesso collegati a posizioni negazioniste che avrebbero l’effetto di alimentarli o incentivarli.¹²

La contrapposizione tra i punti di vista su questo tema è radicale: uno stesso comportamento, la negazione di una verità storica (cioè dei crimini di genocidio), da un lato è considerato delitto, a causa della sua presunta idoneità a incitare ad atti violenti, dall’altro esercizio di un diritto, o per lo meno un problema più sociale che penale, per cui deve essere escluso da ogni sanzione. Sotto il primo profilo da più parti si reclama una tutela coercitiva anche penale, un segnale forte che, di fronte alla “mostruosità” del negazionismo, rafforzi

¹⁰ Cfr. A. MERLI, *Democrazia e Diritto penale*, cit., p. 25 ss.

¹¹ La questione si è posta anche in ambito europeo senza trovare ancora nel confronto politico soluzioni indiscusse. Tuttavia nove Stati membri dell’Ue hanno sanzionato penalmente la negazione dell’Olocausto: cfr., ad es., l’art. 130, comma 3, del codice penale tedesco (introdotto nel 1994), che prevede come fattispecie autonoma la negazione, minimizzazione e approvazione dell’Olocausto a tutela dell’ordine pubblico. Cfr. sul punto T. LENCKNER, *sub art. 130*, in A. SCHÖNKE e H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26° ed., München 2001, p. 1219.

¹² Tra i riferimenti specifici del negazionismo alcuni Ministri della Giustizia dell’Ue hanno proposto di inserire nella lista lo stalinismo e la negazione del Gulag sovietico, dei cui orrori se ne sa di meno e se ne parla di meno. L’argomento è oggetto del recente romanzo di M. AMIS, *La casa degli incontri*, pubblicato in Italia nel 2008 da Einaudi.

nei consociati l'adesione al quadro dei valori generalmente condivisi. Una tutela che viene giustificata anche con il suo valore simbolico, con la necessità di sancire l'adesione ad una "moralità pubblica" che deve dimostrarsi fedele agli ideali proclamati dalla Costituzione. A fondamento di questa posizione, c'è l'idea dello Stato come educatore, come precettore che entra nella coscienza dei cittadini. E, più in generale, una concezione del diritto penale che adempie non più solo funzioni repressive, ma anche funzioni promozionali, di direzione sociale.

L'aspetto più generale del problema riguarda la legittimazione dell'attivazione dello strumento penale a tutela di meri principi, meri sentimenti, o concezioni generali di valore. E, dunque, la distinzione di ciò che lo Stato deve riconoscere come diritto a decidere sulle nostre priorità e su come vivere la nostra vita, ossia a salvaguardare il nostro modo di essere e di pensare, e ciò che invece può essere valutato come condizione necessaria per la convivenza di uomini liberi.

La tentazione di risolvere un problema culturale e sociale con la minaccia della pena, ha sollevato numerose perplessità e censure. Per diverse ragioni. In primo luogo: non spetta al Parlamento scrivere la storia, né tanto meno imporre *una* ricostruzione dei fatti storici. Seconda ragione. Si può ben riconoscere che la funzione delle sanzioni repressive è anche quella di produrre un effetto di accreditamento delle regole sociali condivise e quindi di stabilizzazione sociale. In questo quadro il diritto penale può svolgere, indirettamente, una funzione "moralizzatrice" o di "orientamento culturale", trasmettere con il precetto la misura della rimproverabilità morale del fatto, comunicare all'autore il senso della serietà della sua violazione, stimolando, con un 'messaggio' diretto alle coscienze, una 'interna' adesione all'osservanza dei precetti legali e dei principi di convivenza che vi stanno alla base. Tuttavia, questa funzione di orientamento socio-pedagogico che il diritto penale può esercitare sui piani di vita delle persone per indurre nella generalità dei consociati l'adesione ai valori dell'ordinamento, non può condurre il legislatore a fare a meno di un connotato di effettiva dannosità del reato, utilizzando lo strumento "forte" della pena al prevalente scopo di formare o rafforzare la coscienza etica dei singoli. In una società democratica *matura*, non rientra nella competenza dello Stato il compito di educare coercitivamente i cittadini adulti ai valori sociali dominanti. Il tentativo di dominare e plasmare gli atteggiamenti interiori dei

consociati -ostili (o indifferenti) ai valori tutelati dall'ordinamento- per indurli ad uniformarsi ad un certo sistema morale, è poco in sintonia con uno Stato laico e con una forma di vita democratica. Un'altra ragione è insita nel diritto alla libertà di espressione (art. 21 Cost.), che comprende necessariamente il diritto di dire ciò che si vuole riguardo alla storia e ai personaggi storici, non importa quanto sgradito, scandaloso o impopolare. Infine, sono stati avanzati dubbi anche sull'utilità di prescrivere in modo coercitivo un'idea, un pensiero o una verità storica, incriminando le persone per quel che scrivono o che dicono. Le idee imposte, come l'imposizione del silenzio, sono per loro natura inefficaci. La storia insegna che le idee fallimentari sono cancellate dalla loro stessa diffusione (per contro, il loro soffocamento le radicalizza): sono, cioè, esse stesse lo strumento della loro caduta. E' quindi discutibile e, in ogni caso, non verificata, la prognosi circa l'efficacia del ricorso a misure penali (o, comunque, sanzionatorie) per combattere il fanatismo e promuovere la tolleranza. Si è propensi perciò a ritenere che un impegno culturale e sistemi di controllo sociali (familiari, scolastici, associativi) possano dare una risposta più efficace. D'altra parte, certe affermazioni negazioniste sono così assurde, brutali e disumane, da provocare repulsione, anziché adesione, nel pubblico.

Si realizza insomma, per questa via, una deviazione dai principi costituzionali garantisti del nostro sistema penale. Ma anche una limitazione grave del principio di laicità, il quale riconosce la pari dignità e legittimazione al dialogo di qualsiasi "posizione ideale", per quanto aberrante, presente nella società pluralista. E una violazione del principio di tolleranza, che riconosce e rispetta, come diritto fondamentale della persona, la libera ricerca della verità da parte di ognuno, nonostante i possibili errori.

Non appare, dunque, una giustificazione convincente la presunta ragionevolezza dell'assunto che l'insidia negazionista incentiva la commissione di illeciti, e la sua incriminazione fa da argine al razzismo e alla xenofobia. L'incriminazione del c.d. negazionismo, cui certamente accede la manifestazione di un convincimento razzista, svolgerebbe la funzione di combattere in via preventiva l'allarmante fenomeno del razzismo e delle discriminazioni razziali, in quanto -si osserva- il disconoscimento pubblico di verità storiche, come l'eccidio nazista, non si limita ad agire esclusivamente sul piano culturale, ma innesca, favorisce e legittima il passaggio dalle idee ai fatti, producendo effetti di incentivazione di comportamen-

ti devianti. Tali rilievi sollecitano qualche riflessione sul grado ammissibile di anticipazione della tutela penale, e sui limiti che la legge può imporre alle manifestazioni del pensiero senza sfigurare il diritto penale nei suoi connotati liberal-garantisti.

La questione relativa alla legittimità dei reati di pericolo astratto, ossia il problema del se e fino a che punto simili fattispecie si armonizzino con il principio costituzionale di libera manifestazione del pensiero e siano comunque riconducibili a un diritto penale dell'offesa, oggi è al centro di uno dei dibattiti sui problemi fondamentali del diritto penale.¹³ Anticipando l'intervento penale alla soglia del pericolo astratto (o presunto), si reprime una condotta (come, appunto, la negazione di un fatto storico che non istiga direttamente all'odio) indipendentemente dall'accertamento della sua idoneità a conseguire effetti concreti.¹⁴ La norma incriminatrice, così configurata, può arrivare a forme di tutela assai avanzata, prestandosi a reprimere il mero dissenso, la 'mera disobbedienza' a un precetto. O, addirittura, un mero sintomo di 'pericolosità individuale': cioè, non un fatto lesivo di un bene giuridico, ma il suo autore, in contrasto con la funzione della pena, a cui la Costituzione assegna un compito ben distinto da quello riconosciuto alle misure di sicurezza. La recente riforma in materia di reati di opinione,¹⁵ si è ispirata al principio che la repressione del pensiero non protetto non può essere anticipata oltre i limiti segnati dal pericolo concreto, formalmente abrogando o modificando numerose disposizioni del codice in materia di delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico costruite secondo schemi 'presuntivi'. Di conseguenza, per ricondurre i vincoli alla libertà di pensiero nell'ambito di categorie costituzionalmente giustificate ed evitare il rischio che la repressione penale vada a colpire manifestazioni appartenenti alla normale dialettica ideale e politica, ha inserito nella condotta-tipo il requisito della idoneità (ossia del pericolo concreto). Ne deriva che l'istigazione ad azioni violente è punita soltanto se effettivamente idonea a produrre un pericolo immediato di esecuzione, vale a dire a patto di dimostrare l'idoneità oggettiva dell'istigazione a produrre un pericolo immediato di azioni violente. Naturalmente,

¹³ Cfr., anche per citazioni della dottrina, A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 37 ss.

¹⁴ Per una rassegna completa dei reati di pericolo, v. S. CANESTRARI, *Reati di pericolo*, in Enc. giur., vol. XXVI, 1991, p. 1 ss.

¹⁵ Cfr. l. 24 febbraio 2006, n. 85, recante "modifiche in materia di reati di opinione".

con tutti i limiti e tutte le incertezze che normalmente si accompagnano all'accertamento di un rapporto probabilistico tra il verificarsi di un evento e la verifica di un altro evento.

Con riguardo al c.d. negazionismo, il cambiamento di indirizzo in materia di repressione del pensiero non protetto è dovuto all'idea che rispetto alle ideologie razziste l'eccezionale gravità del risultato temuto giustificerebbe, malgrado la sua improbabilità, l'assoluto divieto di diffonderle e tutte le misure necessarie per prevenirlo.

La protezione anticipata dei beni giuridici, di cui lo schema del reato di pericolo astratto rappresenta la categoria più preoccupante, rappresenta indubbiamente una tecnica di tutela della quale anche un ordinamento penale come il nostro -in cui prevale una visione del reato in chiave prettamente oggettiva, che fa perno sul principio di necessaria offensività- non può fare a meno. Tuttavia, nell'incriminazione di condotte largamente anticipatrici della lesione vanno attuati un controllo e un monitoraggio attenti, per valutare i limiti di validità dell'adozione di una tecnica di tutela impostata in termini così anticipati rispetto alla lesione del bene. Detto in altre parole: per sottrarre un tale modello di disciplina a obiezioni di ordine costituzionale per contrasto con il principio di proporzionalità (che condiziona la legittimità del ricorso alla pena sia al rango del bene, sia alla gravità dell'offesa da reprimere),¹⁶ occorre valutare la frequenza statistica della condotta a determinare l'evento temuto. È necessario, cioè, stabilire se la presunzione assoluta di pericolo non sia irrazionale o arbitraria per la scarsa frequenza con cui l'evento si manifesta, con la conseguenza che il principio costituzionale di offensività verrebbe svuotato di ogni contenuto. Superata una certa soglia, incriminando atti che comportano una scarsa probabilità di lesione del bene, l'anticipazione di tutela può diventare intollerabile e preoccupante, perché finisce per punire la condotta ad uno stadio troppo remoto rispetto al possibile prodursi dell'effetto lesivo e quindi, in definitiva, una mera disobbedienza. Dev'essere, in primo luogo, l'esperienza (o la scienza) a dirci se la situazione di fatto, presupposta dal legislatore come pericolosa, sia valutabile come pericolo, più o meno ravvicinato, per il bene oggetto di protezione. E, dunque, se la frequenza statistica con cui si verifica il temuto risultato lesivo come conseguenza della condotta indice del pericolo non sia così bassa da rendere fortemente opinabi-

¹⁶ Così, G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano 1995, p. 152. Per un quadro sintetico della questione, si rinvia a A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, Esi, Napoli 2006, pag. 73 ss.

le la valutazione del rischio come rischio non consentito. Nel qual caso l'anticipazione della soglia sanzionatoria risulterebbe finalizzata a scopi di tipo essenzialmente simbolico,¹⁷ e si finirebbe per punire non un'attività valutata nella sua intrinseca pericolosità, bensì un comportamento meramente sintomatico della pericolosità del suo autore: dunque, una condizione o uno *status* personale, un tipo d'autore, nel nostro caso quello di "razzista".

Si tratta perciò di vedere, valutando gli effetti lesivi che il messaggio razzista statisticamente è in grado di produrre, se la condotta giudicata *normalmente* pericolosa lo è sulla base di corrette verifiche empiriche. Occorre cioè verificare, sulla base di studi previsionali di conseguenze plausibili, se la fattispecie del c.d. negazionismo non dilati a dismisura l'area di rischio penale, incriminando una "istigazione" priva di possibilità *apprezzabili* di essere accolta. Ossia una condotta che, a parte l'indignazione e i sentimenti di rabbia suscitati nei singoli da ciò che ascoltano, non solo non è idonea a produrre un pericolo *immediato* di azioni violente (a porsi cioè come antecedente di un reato); non solo crea, di fatto, un pericolo *statisticamente irrilevante* dell'evento temuto (gli atti di violenza, appunto), ma comporta, anche con riguardo alla mera determinazione dell'altrui volontà (rispetto, cioè, all'incitamento all'odio) una probabilità di realizzazione assai scarsa, e quindi un rischio statisticamente irrilevante per il bene protetto.

Il "messaggio" contenuto nella singola affermazione negazionista, per quanto chiaramente e volutamente espressivo di odio razziale, non è però qualificato dalla presenza di elementi ulteriori, quali *l'istigazione* all'odio o alla violenza, che, secondo regole di esperienza, può portare a conseguenze dannose. L'obiezione mossa all'incriminazione del c.d. negazionismo è, dunque, che rispetto all'evento temuto di azioni violente, o comunque di atti di discriminazione nei confronti delle minoranze razziali, si tende a sopravvalutare la probabilità della loro evenienza e quindi il livello di rischiosità della condotta. Ed invero, tenuto conto anche del contesto storico, politico e sociale del paese, la cui stragrande maggioranza è oggi refrattaria ad accogliere qualsiasi messaggio antiebraico o comunque razzista, è difficile supporre che una manifestazione del pensiero *individuale* possa tradursi in una "istiga-

¹⁷ Sul tema del 'diritto penale simbolico', cfr., tra gli altri, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in Riv.it.dir.proc.pen., 1989, p. 430 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Esi, Napoli 2000; J.L. DIEZ RIPOLLES, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in AA.VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, a cura di L. Stortoni e L. Foffani, Giuffrè, Milano 2004, p. 149 ss.

zione” che abbia ragionevoli possibilità di essere accolta e quindi di produrre un livello del rischio di per sé sufficiente a legittimare una fattispecie di pericolo presunto. Così come invece le forme di propaganda di gruppi o partiti organizzati, che la XII disp. trans. fin. della nostra Costituzione disapprova e la legge di attuazione 20 giugno 1952, n. 645 sanziona penalmente, delle quali si può presumere un certo grado di pericolosità, implicando il necessario concorso di più soggetti nella realizzazione del fatto.¹⁸

Occorre, inoltre, fare i conti con alcune obiezioni che attengono alla natura del c.d. negazionismo come reato di opinione. Vale a dire, alla sua compatibilità con la libertà garantita dall’art. 21 Cost. che, in relazione ai reati di espressione, pone un ostacolo insuperabile alla repressione della mera disubbidienza. La repressione degli “abusi” del pensiero per incompatibilità del pensiero espresso con i principi degli ordinamenti liberaldemocratici è un vecchio tema, che è tornato di attualità nelle società multietniche. Esso è diventato, anche a causa del clima di emergenza che ha fatto seguito all’11 settembre, uno dei temi dell’ordine politico internazionale esposto alla grave minaccia del terrorismo. Una minaccia (“la sfida più drastica per ogni ordine politico e sociale”)¹⁹ che non è più confinata a singoli Stati ma ha assunto dimensioni transnazionali, trasformando il rischio planetario in un fenomeno diffuso, individuale, percepibile a livello locale. Riguardo al tema contiguo, e specifico, del negazionismo, costituente una forma *anticipata* di istigazione all’odio razziale, e una forma *anticipatissima* dell’evento temuto di concreti comportamenti violenti o discriminatori, la questione, anche qui, è più generale, di principio: attiene all’esigenza di armonizzare le ipotesi di “reato di opinione” con il diritto costituzionale di libera manifestazione del pensiero. E’ pur vero che la negazione (ma anche la minimizzazione) dell’Olocausto esprime una subdola forma di antisemitismo, attribuendo implicitamente agli ebrei la responsabilità di averne creato il “mito”. Tuttavia, la punizione del c.d. negazionismo, della semplice (cioè non qualificata) negazione di un fatto storico, non solo introduce una più incisiva limitazione della libertà di espressione (si incrimina, infatti, non una propaganda razzista, ma una semplice manifestazione di opinione che solo genericamente contiene in sé l’incitamento all’odio, alla violenza o ad atti arbitrari). Apre uno scenario normativo e politico molto lon-

¹⁸ Cfr. l. 654/1952, nel testo modif. dalla l. 152/1975, che punisce la propaganda razzista come manifestazione dell’ideologia fascista.

¹⁹ Così W. SOFSKJ, *Rischio e sicurezza*, Einaudi, Torino 2005, p. 112.

tano dalla logica della democrazia e di una “società aperta”. Nello Stato laico e democratico la conoscenza dei fatti, come pure la discussione sui valori, è libera. Il potere politico garantisce il libero confronto delle idee e ne rispetta gli esiti pure quando non può dividerli: non impone ad esso dei limiti, nè chiede autoritativamente obbedienza per questa o quella verità trasformandola in dogma. Del resto all'interno di una politica criminale che vuole essere, oltre che razionale, anche di impronta liberale, è difficile accettare, nella sua impostazione di principio, sia pure in nome della tutela di altri beni di rilievo costituzionale, l'idea che il potere politico può proibire lo scostamento di un'opinione individuale da una verità dominante: per difendere la “verità” dall'errore, colpendo chi sbaglia. Una volta che il diritto si sostituisce all'indagine storica e stabilisce con legge la verità storica ufficiale, cioè dove finisce la libertà di pensiero e parola, non si fa fatica a intravedere le potenziali implicazioni autoritarie a cui può portare la diffusione generalizzata del principio che attribuisce alla maggioranza la fissazione dei confini della discussione legittima (vale a dire la distinzione fra opinioni lecite, sebbene scientificamente erranee o storicamente infondate, e opinioni illecite), che è la versione secolarizzata dell'etica della salvezza (religiosa), con cui le religioni hanno sempre tenuto gli uomini sotto tutela.

Si introduce, per questa via, un principio pieno di pericoli, specialmente in relazione a determinati settori di tutela come quello dei reati a carattere più manifestamente ideologico, dove è sempre immanente la tentazione di offuscare i confini che dividono la violazione dei doveri, l'immoralità e la dissidenza dall'offesa dei beni. Una delle condizioni per una comunicazione libera e aperta, cardine della democrazia, da cui dipende, in ultima analisi, il progresso intellettuale e della scienza -e l'esercizio stesso della libertà, che comporta il rischio di sbagliare, è l'opposto principio che la verità, sia essa una verità di ragione, o una semplice verità di fatto, o una verità storica, non è nel possesso esclusivo del potere politico. Il legislatore non è perciò competente ad una pronuncia autoritativa della verità, neppure in nome di valori più elevati, quale la sopravvivenza stessa della società. La tutela penale di “una” verità, assumendo il significato di una tutela penale “di parte”, incide su libertà fondamentali e con esse sugli stessi principi su cui si fonda lo Stato laico e democratico, che assicura la compresenza nella società di una pluralità di verità e di plurime visioni del mondo.

5.- *Il problema della c.d. "sostenibilità morale" del diritto penale*

Il tema del vietare e punire richiama, dunque, come si è accennato più sopra, il problema del rapporto tra diritto penale e morale e, quindi, tra diritto penale e giustizia, intesa come valore morale. (Senza, con questo, svalutarne la dimensione costituzionale -l'unica vincolante per il legislatore, la quale esclude altri valori con essa confliggenti, sovente basati su pregiudizi, dogmi, ideologie). Sembra, quindi, abbia un senso interrogarsi, nel momento storico attuale, anche per il giurista responsabile del diritto positivo, sulla plausibilità di una più ampia riflessione sul problema dei valori, che, all'interno di un diritto penale orientato, per l'appunto, a scopi e valori, giocano un ruolo essenziale per ricostruire con sistematicità i molteplici nessi tra diritto e morale, per valutarne collegamenti e reciproci apporti, comprenderne direzioni e distanze, alternative e continuità. Nei tempi moderni -i tempi in cui viviamo- un gran numero di questioni, che segnano la nostra storia recente rispetto a problematiche di interesse individuale e collettivo, vanno ben oltre l'orizzonte strettamente penalistico, perchè nascono e si sviluppano altrove, pur investendo complessivamente, nella sua totalità, il settore penale. La diffusione di nuove tecnologie (ad esempio in materia di bioetica e genetica), che hanno ampliato le possibilità di manipolare la vita dell'uomo, pone inediti interrogativi sul valore della vita biologica e della corporeità, sull'identità del soggetto umano, sul rapporto tra natura e persona. Su questi ed altri temi, rispetto ai quali il futuro del diritto penale sta diventando una grande incognita, il costume e l'evoluzione della società, in un mondo sempre più mobile e in un tempo sempre più veloce, hanno ampiamente superato la legge. E, come abbiamo visto, la stessa Costituzione, che pure è il fondamento e l'espressione di un codice di valori condiviso, che va mantenuto fermo nei suoi principi fondamentali. I valori, infatti, pur conservando livelli contenutistici minimi, generalmente consolidati, e tendenzialmente universali, hanno una natura (relativamente) libera quanto al loro contenuto, grazie ai vari modi con i quali, in ciascun ordinamento, essi sono riconosciuti e trovano applicazione anche giurisprudenziale. E' infruttuoso perciò per la vita sociale (e dunque per la vita umana, la quale non è concepibile che socialmente) costruire i valori -siano essi diritti individuali o interessi collettivi- come assoluti morali, e tracciare intorno ad essi confini protettivi invalicabili. Le stesse istituzioni o strutture e rapporti e pratiche sociali della nostra civiltà come la famiglia, il matrimonio, la sessualità, non sono il riflesso

di un presunto “ordine naturale”, dunque assoluto e immutabile, ma unicamente il risultato, provvisorio e modificabile, di processi evolutivi, sia culturali, sia biologici: insomma, storia, e solo storia.

Intolleranze, proibizioni e intransigenze sono indubbiamente il contenuto della coercizione. Il diritto di punire dello Stato, esprimendo tali contenuti, lascia sempre il sospetto dell'arbitrio. Per questo, un'etica minima condivisa su quel che è necessario per governare la vita sociale nella condizione contemporanea di pluralismo etico irriducibile evita che il diritto penale funzioni senza misura e senza freni. Di qui l'avvertita esigenza, nella dottrina penalistica, di porre ‘limiti’ a un diritto penale eticamente indifferente, e, dunque, ‘vincoli morali’ alla coercizione statale, a garanzia dei principi democratici del multiculturalismo e del pluralismo (etico, religioso, sessuale, politico). E' il problema della c.d. *sostenibilità morale* del diritto penale, ossia il problema della giustificazione morale (o razionale) del diritto penale: una giustificazione, beninteso, che non lo sottrae al confronto con il quadro costituzionale e con tutto il corredo di riflessione critica che esso coinvolge.²⁰ La radicale scissione tra diritto e morale, comporta una scissione, altrettanto radicale, tra diritto e giustizia, che fornisce il presupposto, seppur implicito, delle dottrine positivistiche intese nel loro aspetto “più forte”. La conclusione che in una società caotica di visioni etiche contrastanti la morale non abbia nulla da dire al legislatore e alla scienza giuridica in materia penale e che diritto e morale appartengano a due universi diversi, non comunicanti, sembra, dunque, affrettata.

Il filo che unisce diritto e morale, appare, in tutta la sua evidenza, nei “casi difficili”, nelle questioni c.d. eticamente sensibili. Quasi sempre, in questa materia, si tratta di decidere su questioni che attengono agli aspetti più profondi della dimensione umana: al rispetto dei diversi pensieri, alla propria idea della vita. Nella frontiera dei diritti, nel contesto delle moderne società pluraliste, ci sono anche questi temi, che mettono a nudo le tensioni generate dai mutamenti sostanziali che sono avvenuti nel contenuto dei codici morali della società contemporanea, con i quali anche l'ordinamento giuridico (non solo penale) è chiamato a confrontarsi. In quei settori della vita sociale, individuale e collettiva, dove le trasformazioni sono così profonde da reclamare un ripensamento complessivo di ciò che è “giusto” o “ingiusto” punire, e dove i criteri selettivi delle condotte da incriminare solo in parte

²⁰ Sul tema cfr. ampiamente A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 157 ss. ed Autori ivi citati.

trovano inequivocabile sostegno nella Costituzione, e sono perciò lasciate interamente al gioco della politica, il profilo etico-politico assume un significato cruciale. Criteri extra o metagiuridici, tra loro contrastanti, fanno dunque irruzione nella legge, per dare, attraverso l'operazione di esplicitazione dei valori costituzionali e le relative norme attuative, un contenuto di equità, o di plausibilità, o di razionalità materiale al diritto. Nella vita del diritto, enunciati legislativi e imperativi morali o di giustizia, viaggiano insieme, né si lasciano dividere con un colpo d'accetta. In questa selva di principi e fondamenti di un nuovo agire, che si pongono al di fuori di un confronto testuale e puntuale tra legge ordinaria e precetti costituzionali, l'idea del governo attraverso le leggi (la neutralizzazione "giuridica" del conflitto) entra in crisi, e lascia il campo alla contingenza volontaristica della decisione politica. La produzione legislativa, nel far fronte a casistiche inedite della scienza, della tecnologia, delle fisiologiche tensioni tra valori, può essere solo più o meno controllata democraticamente attraverso il voto popolare, che funge da deterrente alla contingente anarchia della decisione politica.²¹

Si pone così l'esigenza di una fondazione etica della scelta politica, cioè del criterio "vincente" -sui criteri plurimi, contraddittori e conflittuali- che il legislatore deve tradurre in forma giuridica per dirimere autoritativamente la conflittualità delle ragioni morali in lizza. Ciò significa, in ultima analisi, reclamare, anche se a volte in modo inconsapevole, "un'etica del diritto penale". Cosa comunque diversa dal portare *una* morale nel cuore del diritto penale: un archetipo imm modificabile di convinzioni e comportamenti che ha la pretesa metodica di una stringente validità universale, imposto ai membri della comunità come un dato extra-sociale, fondato metafisicamente, in sé "giusto"; il che condurrebbe alla tradizionale subordinazione del diritto penale alla morale dalla quale ha impiegato secoli ad emanciparsi. La giustizia, osserva Rawls, non è qualcosa di già dato ma piuttosto un perenne divenire, "una forma in evoluzione, soggetta a regole e leggi proprie; misurabile sia nello spazio sia nel tempo."²² La democrazia, in quanto democrazia del dialogo, implica, anzi meglio forse si contraddistingue per il fatto che riconosce il pluralismo degli orientamenti culturali e dei

²¹ Sulla componente "razionale" e la componente "politica" della legislazione (penale), cfr. A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 266 ss.

²² Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press., Mass., Cambridge 1970, trad. it. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1982, p.67.

convincimenti morali. Attraverso il diritto non è *la* morale, ma sono *le* morali, al plurale, che essa tutela, e di cui garantisce la coesistenza e il confronto. Perciò l'etica del diritto (penale) è un'etica *minima*, una *minima* unità di convinzione morale per un accordo su una concezione del 'giusto' che permetta la convivenza di diverse nozioni di bene e di diversi progetti di vita - sottratta sia al relativismo sia allo scetticismo - compatibile con la varietà di credenze e comportamenti, e che, tradotta in norme vincolanti, non rientra nella sfera della nostra libertà. Coniuga le aspirazioni degli individui a una vita propria con un complesso di regole pubbliche, valide per la società nel suo insieme: un nucleo di valori obbliganti, che devono essere (se non condivisi) osservati da tutti all'interno della comunità. Per questo, il concetto di democrazia, il modello pluralista, è inseparabile dal concetto di coercizione, contro cui possono urtare le inclinazioni egoistiche dei singoli, e pone limiti alla tolleranza: porre limiti alla tolleranza, per difendere con l'uso della forza le regole della democrazia, è una posizione difendibile. Un relativismo senza limiti, per cui niente è giusto, niente deve essere valido per tutti all'interno della comunità, è come la tolleranza illimitata, cioè la tolleranza anche nei confronti di chi pratica l'intolleranza, la quale porta inevitabilmente alla scomparsa della tolleranza stessa.²³

A base della democrazia, in un contesto in cui le "verità" sono molteplici e non più una sola, c'è una valutazione proceduralistica delle pretese di conoscenza, definibile -con le parole di Popper e Habermas- come una "teoria della verità come consenso".²⁴ Per essa la verità è un progetto, un processo circolare indefinito, che non prevede una decisione finale, ma solo decisioni provvisorie e revocabili. E' il segno distintivo della democrazia costituzionale, in cui nessuno -nessun soggetto, neppure il Parlamento o la Corte costituzionale- ha l'ultima parola. Mentre la verità della fede è immutabile, perché è fatta di dogmi immutabili (peraltro, malgrado la tradizionale avversione della religione per le posizioni pluraliste -se la verità è una, che bisogno c'è del pluralismo-, nel mondo moderno, caratterizzato dalla

²³ E' il *paradosso della tolleranza* che richiama KARL POPPER (*The Open Society and Its Enemies* (1945). Volume II. *The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx and the Aftermath*, Routledge and Kegan Paul, London 1966; trad. it. *La società aperta e I suoi nemici*. II. *Hegel e Marx e I falsi profeti*, Armando, Roma 1974, p. 22, trad. it. P.199) nell'espone il suo pensiero sul razionalismo, o discussione critica razionale.

²⁴ Secondo Geoffrey Stokes, la nozione di "società aperta" proposta dal razionalismo critico di Popper e quella di "situazione linguistica ideale" proposta dalla teoria critica di Habermas, attribuendo uguale importanza alla comunicazione libera e aperta, si completano a vicenda (G. STOKES, *Popper, Philosophy, politics and Scientific Method*, Polity, Cambridge 1998, trad. it. Popper, il Mulino, Bologna 2002, p. 229).

concorrenza religiosa e da uno scontro onnipresente delle verità rivelate, esiste un chiaro rapporto tra pluralismo e religiosità, tant'è che la questione di una convivenza civile fra religioni ostili, ossia -per usare le parole di Ulrich Beck-²⁵, l'obiettivo di vedere fino a che punto la verità può essere sostituita dalla pace, si pone anche all'interno delle confessioni religiose), la verità della democrazia è solo momentaneamente certa: come la verità della scienza, che è "certa" fino a quando altre ricerche, altre scoperte falsificheranno quella verità per proporre una nuova. Per ognuna delle due ci sono spazio e legittimità nella coscienza e nei sentimenti degli individui, assai meno nel campo delle attività razionali e pubbliche. Qui l'etica diventa diritto, in quanto liberamente costruita e socialmente condivisa; e purché non imponga limiti e divieti a vicende personalissime (è il caso, ad esempio, della prerogativa a morire in situazione di malattia terminale) rispetto alle quali le società democratiche non possono (non dovrebbero) far ricorso a un'etica maggioritaria per imporre i canoni culturali dominanti. Ed è un'etica *laica* (perché la fede in Dio, la religione, non è un requisito indispensabile), che è poi del resto l'unica possibile in società multietniche e multiculturali come sono quelle attuali.

6.- *Laicità, religiosità e diritto penale*

La separazione tra fede e ragione, come categorie concettualmente diverse, ma non in opposizione, segna il percorso della società umana verso la modernità. E' l'esito di una conquista della storia culturale dell'Occidente che ha avuto bisogno di secoli per affermarsi. Nell'era del risveglio della ragione prende piede l'idea che la legge trae il suo potere vincente dagli uomini, senza alcun bisogno che si dia ad essa una legittimazione divina. Tutta la storia moderna testimonia questo processo di emancipazione dell'agire attivo dello Stato da ogni intolleranza o esclusivismo religioso. Lo Stato secolarizzato, pur rispettando qualunque convinzione religiosa, afferma il primato della libertà sulla verità. Non *mescola* la fede con la politica: percorre rigorosamente le vie della ragione e affronta con le armi della riflessione la complessità del mondo e le sue contraddizioni. Non persegue, quindi, il raggiungimento di verità metafisiche, la "Verità" come valore in sé, con la morale che ne deri-

²⁵ U. BECK, *Lo sguardo cosmopolita*, Carocci, Roma 2005. Sul tema cfr. anche Z. BAUMAN, *Intervista sull'identità*, Laterza, Roma-Bari 2003.

va, bensì la conoscenza, ossia la verità come possibile conoscenza dei fatti. L'etica della democrazia è che non ha verità, e coltiva il dubbio come una virtù, non come un difetto. Per questo, il ricorso alla pena non può realizzare fini trascendenti o etici, affermare un fine superiore di giustizia.²⁶ Il principio laico esige una conoscenza ragionata e verificabile, empiricamente sostenuta, il cui fine è di restringere quanto più possibile il ventaglio delle verità "soggettive". L'affidamento della democrazia per la ragione e la razionalità si esprime, oltre che sul piano conoscitivo, in campo etico e pratico. La prospettiva è di recuperare, sul piano dell'etica e del giudizio, il massimo di oggettività e controllabilità, un fondamento oggettivo alla moralità. L'inserimento di elementi di razionalità nelle regole morali, ossia il rifiuto dei giudizi di valore come mera espressione di emozioni, apre, in un certo senso, la strada all'etica contemporanea, e investe la stessa sfera della politica e del diritto. Verità morali, criteri per l'azione giusta, accessibili alla ragione, acquistano in tal modo una dimensione di principi di diritto positivo, di regole di convivenza. Non come complesso di valori accumulati, ma come impresa in divenire: nei costumi, nelle pratiche e nelle leggi della società civile. La democrazia pluralista li inquadra in un orizzonte definito, li riporta all'essenza dell'uomo, a valori immanenti all'essere, caratterizzati dal realistico riconoscimento della sua intrinseca finitezza.

La razionalità della politica, e l'autonomia dello Stato da ogni questione religiosa, non si fonda però sull'idea che la ragione è tutto ciò che esiste nella totalità dell'esperienza umana, che solo la cultura della ragione dà un senso alla vita terrena.²⁷ Malgrado la laicizzazione e il pluralismo di gran parte del mondo moderno, le religioni sembrano produrre ancora oggi un forte impatto sulla vita dell'uomo. La previsione del secolarismo (più modernità avrebbe significato meno religione) si è dimostrata sbagliata. Le risposte emotive della fede, pur occupando uno spazio condiviso con altre istanze, altri bisogni, altri desideri, esercitano nell'epoca attuale un'influenza culturale e politica non trascurabile e un fascino sull'uomo che nessuna secolarizzazione è riuscita a inaridire. Se non sposa alcun credo religioso, lo Stato laico garantisce però allo stesso modo ogni fede (e anche chi non ha fede) (art. 8

²⁶ G. MARINUCCI e E. DOLCINI, Corso, cit., p. 5.

²⁷ Rivendica al *sentire* "un posto non soltanto centrale, ma costitutivo della nostra vita di persone", anche "come parte essenziale del nostro pensiero dovunque sia [...] questione di valori, e quindi di scelte e decisioni", ROBERTA DE MONTICELLI, "L'ordine del cuore. Etica e teoria del sentire", Garzanti, Milano 2008 (prefazione alla seconda edizione).

Cost.). La laicità dello Stato non esclude quindi il riconoscimento del rilievo sociale del fenomeno religioso. Né confina le religioni in ambito privato. La società secolare è un società libera in cui ogni morale e ogni religione, tutte le fonti di cultura presenti e viventi all'interno della comunità, possono partecipare a pieno diritto alle discussioni pubbliche sui criteri e i valori su cui costruire la società così come a ogni altra impresa intellettuale e culturale. Del resto, alla base dello Stato laico c'è l'idea che la vita dell'uomo non è racchiusa tutta nei codici, non acquista ordine e significato solo a contatto con le forme della legge. Vi sono fini e obiettivi, esigenze e istanze, sottratte al monopolio legislativo, e regolate da norme morali, regole religiose, in base alle quali un gran numero di persone orienta la propria condotta. Insomma, c'è un ambito in cui spetta all'individuo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, regolare la propria vita, senza interferenza da parte delle politiche pubbliche. In quest'ambito, allo Stato spetta soltanto di assicurare che nessuno ostacoli le libere scelte individuali.

In Italia, più che in ogni altra parte d'Europa, si discute molto del ruolo delle Chiese e delle religioni nella società secolarizzata.²⁸ L'affacciarsi delle religioni nello spazio pubblico, quello che è stato definito un "ritorno" delle religioni nella sfera sociale, ha comportato in anni recenti, e comporta tuttora, tensioni, conflitti, scontri frontali tra credenti e non credenti sulla funzione dei valori religiosi nel processo di formazione delle leggi. Quando dopo la seconda guerra mondiale sono state tracciate le linee fondamentali dello Stato costituzionale di diritto, il nuovo Stato ha assunto nei confronti delle religioni un atteggiamento di assoluta neutralità, che si riflette nei nuovi assetti di tutela recepiti nel codice penale con riguardo ai reati in materia di religione. Se Stato laico significa emancipazione dal sacro e dalle religioni, ciò non vuol dire che l'universo religioso sia mal tollerato. All'universo religioso viene dato uno spazio sorprendente nelle democrazie occidentali, sia nella vita pubblica che privata. Semplicemente, il principio di laicità è orientato all'idea secondo cui, anche se potrebbe esistere una realtà soprannaturale, essa è al di fuori del diritto, non entra nelle istituzioni, non può essere invocata come valido fondamento delle decisioni politiche.

Il problema che viene a questo punto a delinearsi è inquadrato, correttamente, sul piano della sostanza, e anche del metodo, a due livelli. E a vari livelli può essere letta anche la

²⁸ Per un approfondimento del tema, cfr. A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 290 ss.

parola laicità, che mescola due situazioni molto diverse. Il primo è collocato all'interno del dialogo politico di base, che costituisce una sorta di gradino intermedio fra la dimensione individuale del "privato" e quella statale del "pubblico". Qui la laicità, in senso moderno, si è sviluppata, parallelamente in Francia e in Italia, a partire dal periodo dell'Illuminismo, come libertà di pensiero, di espressione e di tolleranza reciproca. In forza di tale principio, tutte le religioni partecipano liberamente all'organizzazione della vita dell'uomo nella società, ed esprimono a pieno diritto i propri valori e il proprio credo nella loro possibile valenza sociale e politica, testimoniando la propria dottrina su qualsiasi materia, anche di competenza statale, che abbia a che fare in qualche modo con la propria morale. A questo riguardo non si può negare l'apporto positivo delle religioni, specie quelle a vocazione universale, come fattore oggettivo di coesione sociale. Tutto questo appartiene al libero gioco democratico. L'altro livello si colloca sul terreno istituzionale: riguarda le leggi, il modo di essere e il funzionamento delle istituzioni, laiche per definizione. Il dialogo e il confronto tra culture, religioni, ideologie, in tutti gli ambiti della vita sociale (politica, economica, culturale), non è assimilabile al linguaggio delle istituzioni e all'agire attivo dello Stato. A questo secondo livello (nell'orbita politico-statale), il concetto di laicità presenta una dimensione esattamente opposta a quella del primo, facendo sorgere per qualche aspetto un'impressione di incoerenza, e persino di contraddittorietà. In democrazia, tutti gli orientamenti culturali e ideali -dunque anche quelli religiosi- hanno pieno titolo a essere professati secondo i principi della libertà di parola, ma non tutte le forme di vita hanno titolo a essere imposte per legge, o a essere riconosciute dalla legge. Lo Stato laico non può imporre una verità di fede a chi la pensa diversamente, e si comporta diversamente nell'ambito della propria sfera personale. Sul piano della deliberazione politica, da cui derivano leggi e norme valide per tutti (credenti, non credenti, diversamente credenti), le discussioni sulle scelte pubbliche dovrebbero essere condotte prescindendo da argomentazioni teologico-trasendenti. Su questo piano, laicità significa, innanzitutto e soprattutto, neutralità, esigenza di non mescolare ciò che è trascendente e ciò che è contingente. Traccia perciò una linea di separazione netta tra religione e politica, tra le scelte e le decisioni di un libero Stato e i dogmi della fede, e, nel rapporto fra le istituzioni laiche e quelle religiose, la demarcazione delle rispettive competenze. L'aspetto istituzionale della laicità è retto dal principio secondo cui nello Stato lai-

co e secolarizzato, religiosamente agnostico, ossia insensibile alle religioni professate dai suoi cittadini, la religione si dispiega nella società civile, ma non nel suo ordinamento: il principio di laicità impedisce di trasferire automaticamente i testi sacri nelle decisioni politiche.

7.- Diritto penale e società multiculturale

Riguardo ai diritti fondamentali, il pluralismo, il principio della libertà di ogni morale, nella società multiculturale e multietnica, è un problema. Non tutte le morali, non tutte le culture e non tutte le forme di vita, religiose o meno, sono compatibili con il carattere laico della concezione occidentale dei diritti: con l'etica dell'individualismo, della ragione e della tolleranza, che rappresentano un punto di non ritorno per l'odierna democrazia liberale. Il diritto penale moderno è stato colto di sorpresa dal fenomeno del multiculturalismo: deve affrontare nuove e difficili sfide, individuali e collettive, per molti versi senza precedenti.²⁹ In prospettiva penalistica, la presenza di comunità di cultura e religione diversissime pone la questione della liceità di loro riti e costumi in presenza di comportamenti criminali alla cui base vi è un conflitto culturale. Fino a che punto lo Stato democratico può elevare i valori della cultura occidentale al rango di metro del buono e del giusto, facendo assurgere un insieme di regole proprie a una cultura ad unità di misura di ogni altra cultura e, dunque, fino a che punto è giusta un'applicazione di un diritto penale inevitabilmente espressione di una determinata cultura a culture estranee agli ordinamenti giuridici nazionali? Sono interrogativi sorti a seguito della compresenza di gruppi minoritari all'interno degli stati occidentali espressione di culture radicalmente diverse, che coinvolgono valori difficilmente conciliabili tra loro su questioni di politica, morale, religione, diritto. Si tratta di individuare, all'interno delle società democratiche, ciò che è tollerabile in quanto espressione del pluralismo, e ciò che non lo è, e di fornire una legittimazione ad un diritto penale che voglia aspirare ad essere transculturale e, in quanto tale, applicabile anche agli immigrati che provengono da una cultura differente da quella che pretende di punirli. La irreversibilità del feno-

²⁹ Sulle differenze -per origine, caratteristiche, rivendicazioni- tra gruppi etnici di immigrati, di cui si fa cenno nel testo, e minoranze nazionali autoctone, e dunque tra società multiculturale di tipo multinazionale e società multiculturale di tipo polietnico, cfr. F. BASILE., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)* in Riv. it. Dir. proc. pen., 2007, n.4, p. 1343 ss.

meno della contaminazione tra culture e del pluralismo etnico, e la rete di interdipendenze che lega ormai ogni comunità nazionale e, al di là di esse, l'intera vita sul pianeta, fornisce la certezza (o quantomeno fa ipotizzare) che non sia concepibile, né tantomeno realizzabile per gli Stati, alcun altro sistema se non un mutamento di strategia, che porti una pluralità di culture e non una cultura al centro della nostra vita sociale. In questa prospettiva innovativa, le "etnie" non sono più (o si rivelano non più afferrabili come) realtà rigidamente definite³⁰: una visione che per tanti anni era rimasta sullo sfondo della "rappresentazione etnografica", cioè del modo in cui gli "altri" sono stati osservati, descritti, rappresentati e ripresentati nei testi etnografici³¹. Tuttavia, in presenza di costumi e sistemi di valori molto diversi dalla modernità occidentale non è facile, nel mondo di oggi, trovare ragionevoli punti di equilibrio all'interno della società per costruire il modello di un possibile avvicinamento all'idea di una convivenza comune, a partire ciascuno dalle proprie radici. Imboccata tale direzione, si può supporre che il solo autentico problema, il punto più critico e delicato, si riassume in una domanda, a un tempo, estremamente semplice, e profondamente complessa: in che misura certi stili di vita, o certe concezioni etiche, insomma l'impronta culturale che una società riceve dalle proprie connotazioni (anche religiose) può essere imposta dallo Stato come forma di organizzazione vincolante per l'intera comunità, e quindi anche per coloro che non le condividono o le praticano, sancendo l'irrilevanza di ogni loro 'diversità' in ambito giuridico? Quanto allo specifico ambito penalistico, come deve reagire il diritto penale ai reati commessi, per motivi culturali, dagli appartenenti ai gruppi etnici di immigrati, se uno stesso comportamento da un lato è considerato reato dall'ordinamento giuridico della cultura dominante, e dall'altro, all'interno del gruppo culturale di minoranza a cui appartiene l'agente, è accettato come comportamento normale, o addirittura è sostenuto e incoraggiato in determinate situazioni?

L'obiettivo del multiculturalismo non significa, evidentemente, che ogni usanza debba essere consentita o tollerata. Anche in una società che considera l'immigrazione una risorsa e la pluralità culturale una ricchezza, i valori e i costumi 'importati' dall'immigrato si

³⁰ Una visione ormai superata grazie a quello che è stato definito il "traffico delle culture": A. APPADURAI, *Modernità in polvere. Dimensioni culturali della globalità*, Meltemi, Roma 2001.

³¹ J. CLIFFORD, *Writing culture: The Poetics and Politics of Ethnography*, Berkeley, University of California Press., 1986; J. CLIFFORD e G.E. MARCUS, *Scrivere le culture. Poetiche e Politiche dell'etnografia*, Meltemi, Roma 2005.

devono coordinare con i principi essenziali così come sviluppati nel diritto internazionale e nell'ordinamento dei singoli Paesi. Non si tratta di imporre alle minoranze i valori predominanti nella società, ma piuttosto di riconoscere che le regole riguardanti i diritti fondamentali altrui, senza le quali non sarebbe possibile garantire la convivenza, lo Stato, nonostante l'adesione al modello multiculturalista, deve imporle come vincolanti per tutti.³²

Negli ultimi decenni, la dottrina penalistica, con riferimento ai valori propri delle diverse culture, ha elaborato nuovi ed appositi concetti, quali “*cultural defense*” (o difesa culturale), per difendere le minoranze etniche contro il gruppo etnico dominante che detiene il potere, e “*reato culturale*” (o culturalmente orientato),³³ che ha come contenuto il patrimonio culturale di un gruppo etnico, di un popolo, di una nazione, e a cui fa da sfondo una situazione che può essere definita di ‘conflitto normativo’ ovvero di conflitto culturale.³⁴ Premesso che nel diritto penale italiano non compare nessuna disposizione di parte generale che dia esplicito rilievo alla suddetta situazione di conflitto normativo/culturale a livello legislativo, resta aperto il problema circa l'opportunità di interventi legislativi di rilevanza penale rivolti ai membri di minoranze etniche che abbiano codici culturali completamente diversi da quelli dei paesi d'accoglienza. In particolare, ci si interroga sull'opportunità di una previsione espressa della c.d. *cultural defense*, cioè di una clausola generale che preveda un trattamento di favore che escluda o diminuisca la responsabilità penale nei confronti dell'immigrato che abbia scelto di anteporre le proprie personali convinzioni, culturali o religiose, al rispetto del precetto penale. L'eventuale adozione di norme che prevedono deroghe, esenzioni o comunque regimi speciali in considerazione dei modi di vita della propria cultura troverebbe, in ogni caso, uno sbarramento invalicabile nelle norme costituzionali che tutelano i diritti individuali fondamentali. Sul piano giurisprudenziale, l'ampio *genus* dei fatti penalmente rilevanti sorretti da una motivazione *lato sensu* culturale, solleva la questione se la *cultural defense* può operare con efficacia scusante all'interno di altri istituti, quali

³² Così, tra gli altri, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. sp., vol. II, tomo I, Zanichelli, Bologna 2007, p.61 e ss.

³³ Per la nozione di reato commesso per motivi culturali, ovvero di reato culturalmente motivato, v. F BASILE, *Società multiculturali*, cit., p. 1323 ss.

³⁴ Le c.d. mutilazioni genitali femminili, punite dal legislatore italiano con norme ad hoc (legge 7/2006), da alcuni definite leggi meramente simboliche, espressione di intolleranza e di miope accanimento contro il diverso, costituiscono un chiaro esempio di reato culturalmente motivato. cfr. J. VAN BROECK, *Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes* (Cultural Offences), in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, vol. 9, p. 4.

l'errore di diritto, lo stato di necessità, la coscienza e volontà della condotta, il vizio totale o parziale di mente, la provocazione, e quindi attribuire alle motivazioni di coscienza efficacia esimente o, quantomeno, attenuante della responsabilità penale. Per quanto le posizioni assunte dai giudici italiani in merito al problema dell'eventuale rilevanza in sede penale del fattore culturale siano fortemente contraddittorie, in linea generale è opinione diffusa che la diversità culturale difficilmente può riservare all'immigrato un trattamento differenziato di favore in sede penale, quando le pratiche culturali implicano la lesione di fondamentali diritti individuali altrui e, in particolar modo, di soggetti deboli (donne e bambini) appartenenti allo stesso gruppo etnico dell'autore.³⁵

Abstract

Combining freedom and coercion is an old problem in our liberal society. This theme has remarked the question about the limits of a State's punishing power in crime defining. In fact, within a modern liberal democracy, we have to determine what legislators can legitimately and rightly punish and what they must leave unpunished. The question involves the never ending debate between politics and law, between what can be ontologically or naturalistically defined as crime and what is so defined by a mere political and social creation and, moreover, between the efficiency of repression and the limits of coercion, that is ultimately, between moral and penal law

³⁵ Come esempi di reati culturalmente motivati commessi dagli immigrati tratti dalle cronache giudiziarie si possono ricordare reati contro la libertà sessuale, di cui sono vittime minori non considerati tali dal gruppo di appartenenza, maltrattamenti in famiglia o matrimoni incestuosi, poligamici o imposti realizzati "in contesti culturali caratterizzati da una concezione dello *ius corrigendi*, dell'autorità maritale o della potestà genitoriale ben diversa da quella europea, reati contro la persona commessi effettuando mutilazioni o deformazioni 'rituali' di vario tipo, suggerite o ammesse dalle proprie tradizioni. Cfr. Bernardi, Modelli, cit., p. 60; Facchi, I diritti, cit., p. 67; de Maglie, Società, cit., p. 231..