



diritto & religioni

Semestrale
Anno XI - n. 2-2016
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

22



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno XI - n. 2-2016
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale

Diritto canonico

Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico

Sociologia delle religioni e teologia

Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

M. d'Arienzo, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

M. Jasonni, L. Musselli (†)

G.J. Kaczyński, M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

Giurisprudenza e legislazione canonica

Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale

Giurisprudenza e legislazione penale

Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli

P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

Giudice penale e conflitti di matrice religiosa nella società cosmopolita

FABIO FRANCESCHI

1. Giudici e pluralismo culturale-religioso

Scriveva un fine giurista, sul finire del secolo scorso, che la magistratura è divenuta «una delle istituzioni chiave delle società pluraliste»¹, volendo con ciò mettere in risalto la costante ascesa del potere giudiziario ed il suo progressivo imporsi quale sede privilegiata per l'espressione e la composizione delle diversità sociali, ossia per la tutela delle istanze e delle aspirazioni/ricieste di legittimazione provenienti dai nuovi attori del pluralismo sociale.

Ciò si è dimostrato particolarmente vero rispetto ai problemi posti dalla trasformazione in senso multietnico, multiculturale e multireligioso della società italiana, conseguenza dell'acuirsi dei fenomeni migratori che in misura viepiù crescente hanno interessato (e interessano) il Paese.

Il progressivo frammentarsi dell'omogeneità culturale e religiosa della società italiana, effetto dell'innesto di fedi e culture diverse (e spesso lontane) da quelle tradizionalmente presenti nel Paese, e la conseguente esponenziale moltiplicazione dei conflitti che da tale frammentazione sono discesi hanno, difatti, contribuito a riversare sopra i giudici – particolarmente su quelli penali, che più di altri si trovano a dovere fare i conti con le problematiche che discendono dalla evoluzione in senso pluralistico della società – aspettative sempre maggiori verso la soluzione dei conflitti medesimi (tenendo conto di come quello ricoperto dai giudici con la loro attività sia uno spazio essenzialmente fluido, la cui estensione dipende da una serie di fattori, a muovere dal modo, più o meno esteso, in cui il legislatore esercita le sue funzioni).

Ciò ha finito con il rendere i giudici, in maniera più o meno consapevole, protagonisti, e in un certo senso arbitri, delle trasformazioni della società

¹ STEFANO RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 195.

italiana in senso pluralistico².

Le ragioni di questo protagonismo vanno, come noto, primieramente ricercate nella insufficienza degli strumenti normativi che il diritto vigente mette a disposizione per la soluzione dei problemi posti dall'accentuarsi del pluralismo sociale; a volere essere più precisi, nella mancanza di strumenti normativi in grado di garantire risposte mirate ai problemi posti dalla crescente diversità culturale e, per quanto specificamente ci interessa, religiosa.

Sul punto, è invero riscontrabile una innegabile tendenza del legislatore a lasciare "ingovernato" il fenomeno. Non a caso, come già ricordato stamane da diversi relatori, l'unico esempio di norma culturale introdotto nel nostro ordinamento è quello attinente alle c.d. mutilazioni genitali femminili, peraltro con una regolamentazione, negli esiti, alquanto discutibile³.

Questo vuoto normativo, questa sostanziale abdicazione del legislatore rispetto a temi e questioni legati al pluralismo sociale, spinge, ovviamente, verso la «ricerca di sedi alternative per l'espressione e la composizione delle diversità sociali»⁴, e, per quanto maggiormente ci interessa, rafforza il ruolo dei giudici nell'affrontare le problematiche connesse alla diversità, tanto culturale, quanto religiosa⁵. Favorisce, difatti, un incremento dell'interventismo

² Sul punto, cfr. ELISA OLIVITO, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio 2011, p. 17.

³ Come noto, l'art. 583 bis c.p., introdotto con la l. n. 7 del 2006, ha previsto non un ammorbidimento della legge penale in ragione della connotazione culturale fondante la condotta tenuta dal soggetto appartenente ad un gruppo minoritario, ma un aggravamento del trattamento sanzionatorio, della cui legittimità (e, comunque, opportunità) è parso ai più lecito dubitare. In proposito, *ex amplius*, cfr. FABIO BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2007, spec. p. 49 ss.

⁴ ELISA OLIVITO, *op. cit.*, p. 13.

⁵ Tra cultura e religione esiste una profonda compenetrazione, che rende questi due fattori, nell'esperienza occidentale (e non soltanto), sostanzialmente inscindibili fra loro. Difatti, «*le proiezioni di senso della religione sono presenti, sotto forma di abiti di condotta e schemi d'interpretazione del mondo, in molte culture. Anche i contesti sociali secolarizzati e persino quelli atei trattengono in sé, sotto forma di resilienza cognitiva, paradigmi radicati nell'esperienza religiosa*»: MARIO RICCA, *Una modesta proposta. Intese estese e libertà d'intendersi*, in *Calumet. Intercultural law and humanities review*, n. 3/2016, p. 8 (http://www.windogem.it/calumet/upload/pdf/mat_55.pdf). Spesso, in concreto, l'elemento culturale e l'elemento religioso finiscono con il sovrapporsi fra loro. Così, in specie, la differenza religiosa viene frequentemente ad inserirsi in una differenza culturale, linguistica, etnica, ecc., e come tale viene vissuta, praticata e rivendicata, di modo che sarebbe riduttivo intenderla nella mera accezione ristretta del termine, ossia come attinente alla sola sfera religiosa, data la difficoltà di tracciare una linea netta di confine tra i due concetti. Sul piano pratico, ciò ha favorito una graduale trasformazione delle diversità religiose in fattori culturali, con ricadute significative sulla portata del principio di laicità dello Stato. In proposito, cfr. NICOLA COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianze e differenze nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 34 ss. Quanto rilevato non toglie, peraltro, la necessità di distinguere, anche sul piano processuale, i conflitti religiosi da quelli culturali in senso stretto. Nel nostro ordinamento (e in quelli sovranazionali) la presenza di

giudiziario, che, in alcuni casi, si spinge (o, comunque, rischia di spingersi) sino quasi ai limiti della supplenza nei riguardi del legislatore.

Ora, è difficile dire se (e quanto) risulti corretto affermare che, proprio in relazione alla evoluzione della società in senso pluralistico, si stia andando nella direzione di un sistema di fatto governato dai giudici. Però, di certo, si assiste ad una moltiplicazione delle richieste di tutela avanzate in sede giudiziale relative alla soluzione dei conflitti propri della società pluralistica, con peculiare riguardo, per quanto direttamente ci interessa, a quelli di matrice religiosa.

Per spiegare tale fenomeno, è stato osservato che dinanzi al frammentarsi dell'omogeneità culturale e religiosa il giudice si trova «*più e meglio del legislatore, al centro dell'opera di integrazione di cui il diritto è capace. Nella sua "debolezza", nel suo decidere caso per caso e limitatamente alle parti, comunque nella possibilità di mutare orientamento, il giudice compie la sua costante opera di bilanciamento degli interessi evitando la definitiva esclusione di alcuni di essi*»⁶.

L'osservazione mi sembra condivisibile, anche se, da un punto di vista sistemico, non sono convinto che tale *modus operandi* possa effettivamente risultare sostenibile in una prospettiva di medio/lungo termine, senza con ciò mettere in discussione il fondamento del nostro sistema di ripartizione dei poteri. Su questo, però, tornerò oltre.

Di sicuro c'è un fatto. Il giudice, a differenza del legislatore, che può "temporeggiare", in attesa di vedere come si assestano i fenomeni che dovrebbe regolare (magari proprio grazie all'opera della giurisprudenza), deve sempre dare una risposta al caso concreto sottoposto alla sua attenzione: non può non *ius dicere*, sottraendosi al compito suo proprio. Ciò fa sì che i giudici diventino viepiù gli interlocutori primari e, conseguentemente, il punto di riferimento obbligato per la soluzione dei conflitti legati al pluralismo religioso (e, più in generale, rispetto alle rivendicazioni di natura identitaria).

Questo ha portato, anche in Italia, alla progressiva creazione di una sorta di "diritto giurisprudenziale" in materia. Un diritto che nasce nelle aule giudiziarie, di natura necessariamente frammentaria in ragione della fisiologica

una componente religiosa consente, difatti, al comportamento di essere investito, a livello giuridico, di un valore superiore a quello riconosciuto ad un comportamento strettamente culturale. Vi è, in altri termini, un diverso livello di protezione giuridica delle due tipologie di conflitti, che trova giustificazione nel rilievo normativo (addirittura costituzionale) riconosciuto unicamente ai conflitti religiosi. Per approfondimenti in proposito cfr. ILENIA RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 75 ss.

⁶ ANDREA GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 6.

incertezza e variabilità della giurisprudenza di merito e di legittimità, destinato a supplire alle lacune normative (in materia penale, ma anche amministrativa e persino civile) attraverso l'enucleazione di un assetto casistico di riferimento (per quanto, ovviamente, tutt'altro che stabilizzato).

Gli esempi riportati nel corso della giornata dai diversi relatori hanno già ampiamente fornito l'idea di come le soluzioni ai casi concreti, in fattispecie sostanzialmente analoghe, risultino spesso differenti e non di rado finanche antitetiche.

Il caso più emblematico, da tale punto di vista, è certamente quello del kirpan, il coltellino ornamentale dei sikh. Qui una rapida rassegna della giurisprudenza – di merito e, da ultimo, anche di legittimità – mostra, in ordine alla rilevanza da attribuire in sede penale alla motivazione religiosa dell'agire, l'esistenza di oscillazioni interpretative difficilmente tollerabili in un sistema legalitario a base penale come il nostro⁷.

Ora, in questa sede non interessa evidentemente entrare nel merito della questione, nel tentativo di individuare cosa sia realmente (e cosa debba essere considerato) il kirpan. La vicenda, del resto, è nota e ognuno, attraverso la lettura dei provvedimenti richiamati, potrà farsi la propria opinione in merito.

Interessa, piuttosto, segnalare la diversità degli approcci e, conseguentemente, delle soluzioni apportate dai giudici invocati rispetto a casi ontologicamente analoghi, e, con essa, i limiti dell'approccio casistico rispetto a questa tipologia di situazioni, nelle quali il giudice, in assenza di un fondamento normativo specifico cui ancorare la propria decisione, è costretto a

⁷ Si va dalla sentenza, per molti versi paradigmatica, del Tribunale di Cremona del 2009, con la quale un indiano sikh fu assolto dal reato di porto ingiustificato di armi od oggetti atti ad offendere (art. 4, l. 18 aprile 1975 n. 110) per avere recato con sé, fuori dalla propria abitazione, un pugnale kirpan della lunghezza complessiva di 17 cm, calzato in un fodero, giacché, secondo il giudice adito, il porto di quel pugnale costituiva un segno distintivo di adesione ad una regola religiosa e, quindi, una modalità di espressione della fede religiosa, garantita dall'art. 19 Cost., integrando, dunque, un "giustificato motivo" tale da escludere la configurabilità del reato ascritto (Trib. Cremona, 19 febbraio 2009; in senso analogo, più di recente, Trib. Piacenza, 24 novembre 2014), a quella del Tribunale di Vicenza, sempre del 2009, con la quale, in un caso similare, fu disposta l'archiviazione del procedimento penale non in ragione del fatto che il porto di quel pugnale era giustificato dalla motivazione religiosa che lo sorreggeva, bensì perché l'assenza del filo di lama impediva di qualificare il kirpan come strumento "atto ad offendere" (Trib. Vicenza, 28 gennaio 2009), sino a quella del Tribunale di Latina, con la quale fu esclusa l'applicabilità della scriminante per motivi religiosi in ragione della ascrivibilità del pugnale alla «categoria delle armi bianche il cui porto al di fuori della propria abitazione è vietato» (Trib. Latina, 29 gennaio 2010). Da ultimo, poi, sulla vicenda si è pronunciata, in maniera davvero deludente (se non altro nelle argomentazioni), anche la Cassazione penale, per la quale la motivazione religiosa non risulta idonea ad escludere la rilevanza penale della fattispecie, giacché «la libertà di fede trova un limite invalicabile nella pacifica convivenza e nel rispetto delle norme a tutela della sicurezza pubblica» (Cass. pen., sez. I, 14 giugno 2016, n. 24739).

barcamenarsi tra diverse letture possibili dell'impianto normativo esistente, che riflettono differenti approcci al problema della diversità religiosa e delle sue ricadute in ambito penalistico, con esiti paradossali sia nel merito delle vicende esaminate, sia, e in una prospettiva più ampia, sul sistema nel suo complesso (si potrebbe dire, sulla tenuta unitaria del sistema penale).

2. Il giudice penale di fronte ai conflitti di matrice religiosa: tra (tutela della) uguaglianza e (ricerca della) diversità di trattamento

Fatte queste premesse, è possibile entrare nel merito della questione, nel tentativo di comprendere quale effettivamente possa (e debba) essere il ruolo del giudice penale di fronte ai conflitti di matrice religiosa (nel senso ampio del termine di cui si è detto in precedenza) che, in misura viepiù crescente, nascono all'interno della società contemporanea, sempre più cosmopolita.

L'idea sottesa a tale opzione è quella di provare a guardare –ovviamente con gli occhi (e con la competenza) dell'ecclesiasticista e non del penalista– alla problematica dei conflitti religiosi nel contesto della attuale società multiculturale e multireligiosa, dalla parte di chi quei conflitti è chiamato a dirimere, offrendo una soluzione alla molteplicità di casi concreti sottoposti alla sua cognizione; ciò nell'intento di provare a capire come religione e, in senso lato, cultura incidano, in qualche modo anche modificandola, sull'attività (e, dunque, sulla funzione) dei giudici, con peculiare riguardo a quelli penali, che, come precedentemente ricordato, più di altri si trovano a dover fronteggiare le problematiche che discendono dall'incremento del pluralismo culturale e religioso.

A tal fine, appare necessario muovere dalla posizione di una serie di interrogativi.

In particolare, occorre chiedersi: può la religione dei soggetti (e, in senso più lato, la cultura, ovviamente intesa in senso antropologico) essere considerata elemento della fattispecie, e, dunque, assumere un ruolo nelle argomentazioni cui i giudici fanno ricorso in funzione della decisione giudiziale delle controversie sottoposte alla loro attenzione?

Più precisamente, costituisce la motivazione religiosa sottesa all'agire del presunto reo un elemento della fattispecie valutabile in sede di giudizio penale?

Può, in specie, il giudice prendere in considerazione la religione degli imputati come dato per mettere in discussione l'applicazione ai medesimi di una norma generale e astratta negli stessi termini in cui si applicherebbe ad un qualsivoglia altro membro della comunità? E, nell'eventualità, in quali

limiti? Sempre, o soltanto rispetto a condotte di tenue lesività, ossia non offensive di beni quali la vita, la salute, ecc.?

Soprattutto, in che termini e con quali modalità il giudice può reputare la motivazione religiosa dell'agire un elemento giuridicamente rilevante?

Più in generale, per quale motivo la differenza religiosa dovrebbe ricevere tutela, portando ad un trattamento giuridico differenziato, e legittimando eccezioni al principio di uguaglianza di fronte alla legge penale?

Per rispondere a siffatti interrogativi bisogna prendere le mosse dalla considerazione che la legge, in sé, non è mai neutrale, né sul piano delle procedure, né su quello dei risultati. Ogni norma giuridica ha, infatti, una “natura culturale situata”, giacché riflette il sistema di valori proprio della cultura dominante, di cui il potere legislativo costituisce espressione. L'intero diritto positivo, da tale punto di vista, si presenta intriso di cultura (ovviamente, della cultura della maggioranza che in esso si riconosce). Il che, in concreto, significa che dietro la supposta generalità e neutralità di tanti provvedimenti normativi si nascondono, in realtà, misure calibrate sul sistema di valori (e sulle specifiche esigenze) della cultura dominante; e tale “non neutralità del diritto” diviene, ovviamente, tanto più evidente man mano che aumenta la frammentazione del corpo sociale.

Ciò, poi, risulta particolarmente vero per il diritto penale, che, più di altri settori dell'ordinamento giuridico, presenta la caratteristica «*di essere una sorta di prodotto tipico locale*»⁸, in quanto costituisce «*lo strumento più evidente con cui l'ordinamento giuridico difende principi e valori che lo caratterizzano come espressione delle decisioni assunte democraticamente dalla maggioranza dei cittadini*»⁹.

Da tale punto di vista, il pensare di offrire una risposta affermativa ai quesiti posti presenta indubbiamente una sua specifica funzione. Serve, infatti, a correggere e ad adattare le fattispecie normative – nate in contesti, quale certamente era quello italiano sino a poco tempo addietro, tendenzialmente omogenei da un punto di vista culturale e religioso, e che sopra i medesimi sono pensate e calibrate – a contesti “altri”, maggiormente eterogenei, come quelli che si vanno diffondendo nella odierna società pluralistica.

L'opzione succitata, tuttavia, presenta anche un rischio, ben presente agli studiosi del diritto penale, che è quello di “soggettivare” la tutela penalistica – la suggestione che in qualche modo viene richiamata anche nel titolo di questa giornata di studio –, “culturalizzando” la responsabilità penale (pro-

⁸ FABIO BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali*, in *Ragion pratica*, 1/2013, p. 16.

⁹ PIERLUIGI CONSORTI, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013, p. 195.

cesso che si scontra con l'orientamento al primato del fatto proprio del nostro sistema penale, il quale presuppone la tendenziale "oggettivizzazione" dell'illecito penale), e di giungere, per tale via, all'applicazione di trattamenti e di regole diseguali fra le diverse componenti, fra i diversi attori della platea sociale, sacrificando (o comunque mettendo in discussione) i fondamenti stessi del diritto penale moderno, la tendenziale oggettività dei valori in esso tutelati, il canone essenziale della astrattezza e generalità della normazione, i principi della certezza del diritto e della uguaglianza dei soggetti di fronte alla legge.

Questa osservazione necessariamente induce a riflettere sul rapporto che deve intercorrere tra uguaglianza e diversità: nella consapevolezza che l'autentica uguaglianza non può mai essere declinata in termini di forzata ed escludente omogeneizzazione (quale potrebbe conseguire ad una asettica applicazione della legge formale, che non tenesse in conto alcuno la diversità culturale e religiosa), ma piuttosto, e più correttamente, in termini di inclusive e ragionevoli differenziazioni, ossia in senso eminentemente sostanziale.

Io penso che la ricerca di un equilibrio tra i due termini di questo rapporto sia un'esigenza in qualche modo inevitabile nel contesto delle odierne società cosmopolite.

Il pluralismo religioso richiede, ed entro certi limiti impone delle deroghe alla legge formale, rischiando altrimenti la stessa di tradursi in una discriminazione indiretta nei confronti dei culturalmente/religiosamente "altri" (i quali sono ordinariamente esclusi dalla possibilità di far valere i propri interessi all'interno delle normali sedi di rappresentanza, a muovere da quelle in cui prende forma e trova poi concreta attuazione il processo legislativo).

Mi riallaccio per un momento a quello che diceva stamani Sara Domianello a proposito della inseparabilità della certezza formale, quella, cioè, derivante dall'applicazione della legge, dalla certezza intesa come giustizia materiale. Ora, è ovvio che il giudice, per risolvere la controversia sottoposta alla sua cognizione, deve avvalersi delle norme positive; ma il giudice deve anche (e primieramente) dare giustizia, ossia curare che dalla applicazione della legge formale discenda, nel caso concreto, una soluzione rispondente a giustizia¹⁰. Ciò, in concreto, può richiedere la necessità del ricorso a taluni correttivi rispetto alla stretta applicazione delle norme formali; non a caso, le stesse norme processuali riconoscono al giudice un certo margine di manovra, finalizzato ad una "individualizzazione della pena", compendiabile in quella che si chiama "discrezionalità giudiziale".

¹⁰ Cfr., sul punto, GAETANO LO CASTRO, *Il mistero del diritto*. III, *L'uomo, il diritto, la giustizia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 223 ss.

Al riguardo, mi sembra evidente che se l'applicazione della legge formale si risolve in una forzata omogeneizzazione culturale –se si arriva, in altri termini, a ritenere irrilevante in sede penale la diversità culturale-religiosa– si rischia di perdere di vista la giustizia rispetto ai casi concreti: si può, in definitiva, arrivare ad una soluzione (formalmente corretta ma) sostanzialmente iniqua.

Ma quali sono i limiti di tollerabilità rispetto alla diseguaglianza nello Stato costituzionale? Detto diversamente, è possibile affermare l'esistenza di un diritto alla diseguaglianza per motivi religiosi, di cui il giudice deve tener conto in sede di risoluzione dei casi concreti? E, dunque, sono invocabili trattamenti differenziati in nome di un asserito diritto alla diseguaglianza su base religiosa?

Come noto, la possibilità del ricorso a disposizioni in deroga alla legge formale in nome di una diversità religiosa, allorché una certa condotta, che è vietata in generale dalla legge, sia espressione di una pratica fideistica, è tipica degli ordinamenti di *common law*, attraverso il ricorso alla tecnica c.d. della *accomodation*. Viene, allora, da chiedere: è possibile, ed entro che limiti, trasporre in un ordinamento di *civil law*, quale quello italiano, tale tecnica?

Rispondo a tale domanda aprendo una breve parentesi. Stamattina Mario Ricca, a proposito della differenza tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*, faceva notare come, in apparenza, il sistema di *common law* sembri più adatto, per la sua maggiore elasticità, a risolvere le problematiche che ci interessano; ma chiariva, poi, come tale percezione non risulti probabilmente del tutto corretta, giacché considerando con attenzione i due sistemi ci si accorge che negli ordinamenti di *common law* il meccanismo del precedente vincolante segna, in qualche modo, la strada per il giudice, venendo a costituire un elemento di rigidità non dissimile da quello rappresentato dalla legge nei sistemi di *civil law*, in quanto costringe alla continua ricerca dell'eccezione (e, infatti, il multiculturalismo nasce e si connota come "eccezionalismo giuridico")¹¹. Sicché, a ben vedere, il *civil law*, grazie al fatto che presenta fattispecie tipiche e astratte, finisce con il risultare paradossalmente più flessibile, giacché non cristallizza le situazioni nel precedente, e lascia all'interprete (nel nostro caso, al giudice penale) un più ampio margine di intervento in ordine alla soluzione dei conflitti nascenti dal pluralismo culturale e religioso, facilitando la formazione di una grammatica della soggettività maggiormente inclusiva.

¹¹ Su tali aspetti, da ultimo, v. anche GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale: l'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015.

Questa osservazione mi trova sostanzialmente d'accordo. Da questo punto di vista, malgrado le comprensibili difficoltà in cui può trovarsi il legislatore nell'approcciare le tematiche considerate (prime fra tutte quelle legate al rischio di confinare le istanze legate alla diversità religiosa entro soluzioni rigide, quali quelle imposte dallo strumento normativo), lo spostamento *sic et simpliciter* dell'asse della regolamentazione giuridica dei conflitti culturali e religiosi dalla legislazione alla giurisdizione, ossia dal diritto politico al diritto giurisprudenziale, è una opzione che, sul piano sistemico, non mi sembra sostenibile. Le difficoltà accennate possono indubbiamente rallentare l'opera di adeguamento dell'ordinamento positivo alla continua evoluzione della realtà sociale cui il legislatore è chiamato; ma non possono, in alcun modo, giustificare l'abdicazione del medesimo rispetto al compito suo proprio, e alle responsabilità che a tale compito risultano connesse.

3. Motivazione religiosa dell'agire del presunto reo e apprezzamento delle circostanze del caso da parte del giudice penale

Chiudo la parentesi, e riprendo il filo del discorso che avevo interrotto. Parlo del rapporto tra uguaglianza e diversità di fronte alla legge penale, e di come il giudice possa in qualche modo (e, anzi, debba) in sede di valutazione del fatto e di applicazione della pena, cercare di coordinare la tutela della certezza sottesa all'uguaglianza e una necessaria diversità di trattamento, alla luce di peculiari elementi, quali, per quanto direttamente ci interessa, il motivo religioso sotteso all'agire del presunto reo.

Mi rendo conto di come la possibilità di accordare rilievo, in ambito processuale, alla motivazione religiosa dell'agente rispetto a comportamenti che ricadono nella sfera di applicazione del diritto penale metta un po' in crisi la tradizionale scansione fra elementi oggettivi e soggettivi della norma penale, e, soprattutto, la ritenuta irrilevanza delle «*caratteristiche individuali di fronte alla generalità ed astrattezza della legge in generale, e della legge penale in particolare*»¹².

Nel merito di tali aspetti, che involgono delicati profili teorici sui quali la scienza penalistica da tempo dibatte, io, ovviamente, non mi addentro. Mi limito a rilevare come nell'esperienza italiana, almeno sino ad oggi, la motivazione religiosa sottostante alla commissione del reato sia stata per lo più presa in considerazione nell'ambito delle circostanze del reato (attenuanti/

¹² CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010, p. 1.

aggravanti), o, al più, in quello delle c.d. scriminanti, anche sulla scorta di suggestioni provenienti da esperienze di paesi di *common law*. In particolare, vi è stata un'attitudine tendenziale dei giudici, quantomeno rispetto a reati a bassa offensività, a valorizzare in *bonam partem* il fattore religioso, riconoscendo un diminuito (e, in alcuni casi, assente) livello di colpevolezza (e dunque di pena) nei confronti degli imputati appartenenti a tradizioni religiose diverse da quella della maggioranza, in virtù della considerazione che costoro, proprio a cagione della loro appartenenza religiosa, si trovavano in una situazione in qualche modo tutelabile dall'ordinamento (o perché i loro comportamenti rientravano nell'ambito di tutela offerto al diritto di libertà religiosa dalla Carta costituzionale, oppure, più semplicemente, perché gli stessi non erano in grado di comprendere e valutare appieno il disvalore delle loro condotte nel nostro ordinamento)¹³.

In realtà la questione non è così semplice, e involge profili di valutazione ben più complessi.

Vero è, infatti, che l'applicazione della legge penale deve sempre essere subordinata all'apprezzamento delle circostanze del caso da parte del giudice, e che, sul piano processuale, la necessità di questo "apprezzamento" apre, in qualche modo, le porte all'accoglimento della motivazione religiosa dell'agire del presunto reo; ma siffatto apprezzamento non sempre costituisce, per il giudice, un'operazione "oggettivamente" valutabile, giacché su tale elemento fattuale possono incidere molteplici fattori, non ultimo quello religioso/culturale, che in questo caso ci interessa particolarmente, perché esso tende ad articolarsi in contesti immaginari, che sono percepibili solo, o comunque tendenzialmente solo a chi di tale religione/cultura è parte integrante¹⁴.

Ora, il giudice, che è chiamato a valutare tali circostanze, normalmente appartiene alla cultura dominante (e di quella cultura costituisce espressio-

¹³ In proposito cfr. ALESSANDRO BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 19. Ciò, ovviamente, non esclude la possibilità di letture *in malam partem* da parte dei giudici, e dunque della considerazione della motivazione religiosa come aggravante del reato. Per una ricostruzione di carattere generale relativamente al problema della rilevanza da attribuire alla diversità culturale e religiosa nel settore penalistico cfr., *ex amplius*, FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano 2010; CRISTINA DE MAGLIE, *op. cit.*; CIRO GRANDI, *A proposito di reati culturalmente motivati*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, pp. 1-26; BALDASSARE PASTORE, *Reati culturalmente motivati e valutazione probatoria*, in *Ragion pratica*, 1/2013, pp. 97-104.

¹⁴ Su tali aspetti, cfr. MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, Torri del Vento, 2012, p. 263 ss. Sulla importanza degli "enunciati fattuali" attraverso i quali gli eventi, i comportamenti e le azioni si costituiscono cfr. anche BALDASSARE PASTORE, *Multiculturalismo e processo penale*, in *Cassazione penale*, 4/2006, p. 3043 ss.

ne). Proprio in ragione di ciò, non di rado egli ha difficoltà nel percepire correttamente quelli che sono tali contesti immaginari, cioè gli sfondi di senso soggiacenti alla commissione del fatto, perché essi risultano alieni alla sua cultura (intesa in senso lato), alla sua formazione giuridica (che è espressione della sua specifica cultura), al suo modo di pensare, al suo essere, in definitiva, ciò che egli è.

Questa mancata conoscenza dei contesti immaginari, dei «*paesaggi intenzionali presenti nella mente del possibile reo di altra cultura*»¹⁵, persino del sapere giuridico implicito nella mente del medesimo, rende, tuttavia, la valutazione alla quale il giudice è chiamato (o almeno prevede il rischio che quella valutazione possa risultare) in qualche misura difettiva, potendo egli non arrivare a comprendere tutte le dinamiche sottese alla commissione del fatto. Ciò perché il giudice tenderà a fornire l'interpretazione dei fatti sottoposti alla sua attenzione dentro schemi necessariamente limitati dallo spettro delle proprie conoscenze culturali, che sono quelle del contesto sociale in cui egli si è formato, vive ed opera; e il pericolo, all'esito di tale operazione, è che lo stesso finisca con l'approdare a qualificazioni giuridiche erranee e, in conseguenza, ad applicazioni normative non corrette rispetto ai casi sottoposti alla sua attenzione.

Mi piace, in proposito, richiamare il pensiero di Cicerone nel *De senectute*, nel quale l'arpinate sosteneva che il mondo delle persone mature è, in modo più o meno intenso, il mondo della memoria, con la conseguenza che ognuno di noi finisce in definitiva con l'essere non soltanto ciò che ha pensato, apprezzato e compiuto, ma, soprattutto, ciò che ognuno ricorda di se stesso¹⁶. Guardate che è quello che succede a ciascuno di noi, e che accade anche al giudice, e che gli rende assai difficoltoso valutare i conflitti aventi una connotazione culturale e, per quanto maggiormente ci interessa, religiosa.

4. *Il rilievo della motivazione religiosa sottostante alla commissione del reato ai fini della determinazione della responsabilità penale*

Detto questo, è ovvio che bisogna chiedersi: allora il giudice, in concreto, cosa può (e deve) fare allorché si trovi a dover valutare comportamenti che ricadono nella sfera di applicazione del diritto penale, commessi dagli

¹⁵ MARIO RICCA, *Pantheon*, cit., p. 263.

¹⁶ MARCUS TULLIUS CICERO, *De Senectute*, Mondadori, Milano, 2011.

imputati sulla base di motivazioni riconducibili alla propria appartenenza religiosa?

Deve egli limitarsi ad applicare il diritto formale, senza tenere conto della diversità religiosa del presunto reo, oppure deve compiere uno sforzo di conoscenza, teso a valutare, ovviamente nell'ambito dei margini di manovra di cui gode nell'applicazione della legge, se e fino a che punto siffatta diversità abbia influito sulla condotta del medesimo, magari al fine di legittimare deroghe di carattere soggettivo all'applicazione della legge penale?

In sostanza, il giudice è tenuto a compiere una mera ricostruzione del fatto, funzionale alla individuazione della norma da applicare al caso concreto, oppure deve cercare di guardare oltre il fatto, nel tentativo di percepire tutto ciò che c'è dietro il fatto, e capire se ciò possa influire sulla punibilità del comportamento?

Ora, a me sembra evidente che il giudice, per valutare se e fino a che punto l'appartenenza religiosa del soggetto abbia influito sulla sua condotta, dovrà anzitutto compiere uno sforzo di conoscenza, ampliando i contesti, per certi versi ridefinendoli, immedesimandosi, nei limiti del possibile, con il presunto reo, per cercare di comprenderne i percorsi mentali, di penetrare nei contesti di significato dal medesimo utilizzati, per provare, in definitiva, a scandagliare le "parti mute" delle azioni sottoposte al suo giudizio¹⁷.

Questo sforzo di conoscenza è quello che, esemplificativamente, fa il giudice di Cremona nel caso del kirpan precedentemente ricordato. Infatti, capire che il kirpan possa non essere un'arma non è intuitivo, ma richiede uno sforzo di apprendimento e di immedesimazione. Cosa fa questo giudice? Invece di prendere decisioni affrettate, egli compie, per l'appunto, uno sforzo di conoscenza supplementare, funzionale a vedere oltre la mera apparenza delle cose (è un coltello, quindi un'arma), come sarebbe stato più semplice (e come, in casi analoghi, fanno invece il tribunale di Latina e, da ultimo, la Cassazione penale). E poco importa che ciò avvenga su sollecitazione della difesa dell'imputato, che produce una serie di documenti da cui si evince che per il sikkismo il kirpan non è un'arma, bensì un simbolo religioso, ed in cui vengono inoltre riportati gli elementi basilari del sikkismo, ossia vengono forniti al giudice gli elementi utili a comprendere quella diffrazione, quella migrazione categoriale di cui parlava stamani Mario Ricca.

Del resto, in linea generale, il giudice è tenuto ad individuare una risposta giudiziaria personalizzata (art. 27 Cost.; art. 133 c.p.), e per far ciò è chiamato, entro certi limiti, ad adattare il neutro disposto normativo alla peculiarità

¹⁷ Al riguardo, cfr. MARIO RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013, p. 94 ss.

della situazione soggettiva dell'imputato (c.d. individualizzazione della pena). Da questo punto di vista, quella relativa all'accertamento dell'influenza della motivazione religiosa degli imputati nel compimento del fatto è un'indagine che, in materia penale, risulta in un certo senso imposta dalle norme sulla commisurazione della pena, e particolarmente dall'art. 133 c.p.¹⁸.

Il problema, evidentemente, è capire quale debba essere il limite di siffatta operazione; cioè, fino a che punto si possa (e si debba) chiedere al giudice di compiere un'attività di traduzione culturale/religiosa, ossia di interpretare un comportamento tenuto da un dato soggetto e di riportarlo alla dimensione che esso avrebbe nel contesto di chi lo ha posto in essere, al fine di verificare se ciò possa influire sulla punibilità del fatto; e, correlativamente, fino a che punto possa il giudice spingersi in tale indagine, senza con ciò rischiare di trascendere dalla propria funzione.

5. Giudice antropologo, consulenze e test religioso-culturali

Ora, nel contesto di una società non più culturalmente e religiosamente omogenea, quale quella attuale, il giudice, per assolvere al suo dovere, ossia per rendere giustizia, è certamente tenuto ad ampliare il novero delle proprie conoscenze oltre l'ambito strettamente giuridico, suo proprio.

In questo il giudice è sicuramente chiamato a farsi in qualche misura antropologo, o comunque ad avvalersi del supporto delle conoscenze proprie dell'antropologia, utilizzando, nelle decisioni che è chiamato a prendere, l'argomento culturale. Nella medesima ottica, in presenza di comportamenti penalmente illeciti rispetto ai quali si assume l'incidenza della motivazione religiosa, il giudice è certamente chiamato a farsi in un certo senso "teologo" (ovviamente di tutte le possibili espressioni della fenomenologia religiosa), per verificare se, effettivamente, la condotta che è chiamato a valutare sia espressione di una pratica religiosa e se essa sia, o meno, ammissibile in un ordinamento giuridico fondato sulla primazia della dignità umana.

Tuttavia, a scanso di equivoci, è bene precisare che il possibile supporto delle conoscenze proprie dell'antropologia, o della teologia, o di qualsiasi altra scienza sociale, per quanto sicuramente utile ed entro certi limiti necessario¹⁹, non deve comunque essere enfatizzato, per il semplice fatto che il

¹⁸ In proposito, cfr. CRISTINA DE MAGLIE, *op.cit.*, p. 55.

¹⁹ Da questo punto di vista, è certamente auspicabile la strada di una valorizzazione della formazione antropologica dei giudici, oggi carente nel nostro Paese, suggerita da ILENIA RUGGIU, *op.cit.*, spec. p. 277 ss.

giudice non è antropologo, o teologo: il giudice è giudice, la sua competenza è di natura giuridica, e sulla base delle norme del diritto egli deve assumere la sua valutazione.

Né mi sembra risolutivo, per la costruzione della prova culturale, il ricorso alla consulenza antropologica (o a quella dell'esperto delle religioni), che, se può indubbiamente risultare di una qualche utilità per un inquadramento complessivo del *background* dell'imputato (e, dunque, degli sfondi di senso soggiacenti alla commissione del fatto), presenta tuttavia il limite di portare inevitabilmente a confondere, quasi identificandoli, il presunto reo con la cultura/religione di appartenenza del medesimo, innestando generalizzazioni/stereotipizzazioni assai pericolose: con il rischio che, come ricordato in precedenza anche da Pierluigi Consorti, il giudice finisca per giudicare non i singoli e le loro condotte, ma i gruppi e le loro culture/religioni²⁰.

Neppure mi convince il ricorso ai c.d. test culturali/religiosi²¹. Anche a prescindere da qualsivoglia considerazione in ordine al modo in cui essi potrebbero essere introdotti nel nostro ordinamento, specie in ragione della impossibilità, normativamente prevista, di ricorrere a perizie per stabilire «*il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche*» (art. 220 c.p.p.)²², resta il fatto che tali test, pur potendo indubbiamente rivestire una qualche utilità (in particolare, potendo aiutare il ragionamento del giudice e, soprattutto, potendo favorire una maggiore uniformità degli indirizzi giurisprudenziali), mi sembra presentino una valenza limitata rispetto alla effettiva possibilità di arrivare a soluzioni secondo giustizia di questa particolare tipologia di controversie. Rispetto ad essi, anzi, l'eccessiva rigidità dei parametri utilizzati nell'argomentazione potrebbe finanche risultare controproducente, limitando, nei fatti, la possibilità di valutazione delle peculiarità dei casi concreti (senza considerare il problema dell'eccessivo rilievo spesso riconosciuto alla componente soggettiva rispetto a quella oggettiva nell'accertamento delle condizioni di tutela di una pratica definita religiosa).

L'alternativa, come accennato, è che il giudice, rimanendo assolutamente indifferente rispetto alla motivazione religiosa dell'agente, debba limitarsi

²⁰ In proposito, rimando alle considerazioni di MARIO RICCA, *Culture interdetteste*, cit., p. 201 ss.

²¹ Sui test culturali/religiosi, sulla loro funzione e sui loro limiti si veda, per tutti, ILENIA RUGGIU, *op.cit.*, p. 268 ss.

²² La stessa obiezione vale, più in generale, rispetto all'ammissibilità della perizia culturale. In proposito, cfr. VALENTINA MASARONE, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in *Diritto penale e processo*, 10/2014, p. 1249. *Contra*, v. però CRISTINA DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 157, che ritiene la perizia culturale non incompatibile con il divieto posto dall'art. 220 c.p.p.

ad applicare il diritto vigente. Ammettere tale opzione significherebbe tuttavia, per utilizzare le parole di Mario Ricca, ritenere che la tutela penalistica debba arrestarsi di fronte alla diversità culturale, per evitare il rischio «*di compromettere la tenuta dei suoi stessi presupposti di legittimazione*»²³. Soprattutto, vi sarebbe il rischio che il giudicare sulla base del neutro disposto normativo, senza tenere in conto alcuno la situazione soggettiva dell'agente e, per quanto ci interessa, della motivazione religiosa sottesa all'agire dello stesso, porti ad una decisione magari ineccepibile sul piano formale, ma iniqua su quello sostanziale, ossia ad una decisione non rispondente a giustizia.

6. *Strumenti e limiti dell'azione del giudice penale nella gestione del contenzioso derivante dal pluralismo religioso*

Provo a tirare le fila di questo discorso, avviandomi alla conclusione. Allora, cosa deve fare il giudice penale per gestire il contenzioso derivante dal pluralismo religioso?

Il giudice, ovviamente, deve ricostruire il fatto, perché l'elemento fattuale è al centro della valutazione cui egli è chiamato.

Nei limiti del possibile, ossia di quelli che sono gli strumenti che il diritto gli mette a disposizione, egli deve altresì cercare di andare oltre il fatto. Questo perché, lo si è visto, il fatto empirico dell'agire ed il suo significato non sono, per definizione, separabili dai contesti di senso nei quali vengono inseriti dagli agenti. Ciò, nel caso di soggetti appartenenti a culture/religioni altre, può indubbiamente assumere un rilievo significativo. Infatti, l'azione criminosa punita dall'ordinamento è individuata attraverso modelli di schematizzazione degli eventi e dei loro elementi costitutivi che sono quelli propri della cultura dominante, di cui il diritto costituisce espressione: in tal senso, non è da sottovalutare il rischio che la mancata conoscenza della differenza culturale possa condurre il giudice «*ad attribuire, per indizi precisi e concomitanti, la volontà di commettere azioni del tutto differenti da quelle effettivamente volute dall'agente di diversa cultura*»²⁴.

Per evitare ciò, il giudice penale deve tenere conto della prospettiva finalistica dell'agente, della componente teleologica presente in ogni fatto umano. Deve, perciò, sforzarsi di comprendere la dimensione cognitiva esperienziale alla base del comportamento dell'imputato portatore di valori

²³ MARIO RICCA, *Pantheon*, cit., p. 257.

²⁴ MARIO RICCA, *Pantheon*, cit., p. 269.

religiosi non coincidenti con quelli della cultura dominante. Più (e meglio) riesce in tale compito, mettendo in relazione la specificità religiosa con le fattispecie penali che è chiamato a valutare, meglio riuscirà a fare il proprio dovere, realizzando una comprensione equitativa del caso e individuando la norma da applicare (e, in conseguenza, la corretta risposta sanzionatoria).

Ma quali sono gli strumenti che il giudice penale ha a disposizione per rispondere alle istanze accennate?

La dottrina penalistica ha, all'uopo, evidenziato come nel nostro ordinamento, pur in mancanza di apposite norme o istituti di parte generale specificamente pensate per conferire rilevanza alla motivazione religiosa soggiacente alla commissione del reato da parte dell'agente, siano tuttavia presenti taluni istituti o norme in qualche misura sensibili al fattore religioso-culturale, tramite i quali risulta possibile, per il giudice, conferire rilievo alla eventuale motivazione religiosa dell'agente, al fine di escludere o diminuire la responsabilità penale dello stesso: dalle clausole di illiceità speciali (clausole legislative del tipo "senza giustificato motivo", "senza giusta causa", ecc.), alla scriminante dell'esercizio di un diritto *ex art. 51 c.p.*²⁵, alla ignoranza inevitabile della legge penale violata (art. 5 c.p., per come riletto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988), all'errore sul fatto che esclude il dolo ai sensi dell'art. 47 c.p., sino all'utilizzo della commisurazione giudiziale della pena (art. 133 c.p.) e dell'applicazione delle circostanze attenuanti (o della non applicazione di talune circostanze aggravanti) di cui all'art. 62 c.p.²⁶.

Attraverso tali istituti o norme, e avvalendosi della discrezionalità giudiziale che l'ordinamento gli riconosce, quantomeno rispetto alla individuazione della pena, il giudice può indubbiamente elaborare soluzioni ai casi concreti dotate di un grado maggiore di responsività rispetto alle aspettative/richieste degli imputati "religiosamente altri"; in tal modo, apportando un correttivo, in sede giudiziaria, allo squilibrio sistemico dipendente dal fatto che l'uguaglianza legislativa, ossia quella sancita dalla legge formale, finisce non di rado per risultare, ed essere percepita, come una imposizione forzata di modelli di soggettività propri dei gruppi dominanti, e quindi, paradossalmente, come discriminazione.

²⁵ Da tale punto di vista, l'ampio riconoscimento della libertà religiosa all'interno della Carta costituzionale (art. 19) consente al giudice, in presenza di un conflitto religioso, di utilizzare la scriminante dell'esercizio del diritto nel processo penale, e più in generale di poter ricorrere alla tecnica argomentativa del bilanciamento dei diritti, almeno in relazione a determinate tipologie di reati.

²⁶ In proposito, per tutti, cfr. FABIO BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali*, cit., p. 32 ss., il quale distingue peraltro, in relazione all'applicazione delle norme e degli istituti in questione, tra reati a bassa e ad elevata offensività.

Da tale punto di vista, la soluzione giudiziale, in ragione dell'elasticità che la connota, presenta degli innegabili vantaggi, giacché, pure in presenza di lacune normative (e, comunque, in assenza di normative specifiche di riferimento), consente di trovare – anche attraverso il ricorso a operazioni di ermeneutica giudiziaria (ossia ricercando, con l'ausilio dei tradizionali strumenti interpretativi, soluzioni più o meno adeguate in norme esistenti, ma calibrate su fattispecie strutturalmente diverse rispetto a quelle proposte) – quegli accomodamenti ragionevoli che consentono di piegare i principi generali e astratti alle esigenze dei casi concreti, favorendo il riconoscimento dell'alterità, religiosa e culturale in senso ampio²⁷.

Essa, tuttavia, presenta anche limiti manifesti, che si possono fondamentalmente riassumere nella frammentazione interpretativa, con conseguenti diseguaglianze sistemiche e crisi della certezza del diritto; nel rischio di eccessive discrepanze da parte dei giudici nella valutazione di fattispecie ontologicamente analoghe; nell'utilizzo dell'argomento culturale/religioso troppo affidato alla soggettività del singolo giudice; nel pericolo che le minoranze religiose – data la difficoltà nell'accedere ai circuiti di rappresentanza politica e, in quella sede, di ottenere risultati utili – finiscano con il puntare a conseguire tali risultati non attraverso i canali di negoziazione normativa previsti, ma direttamente nelle aule giudiziarie, dove, in ogni caso, possono ottenere visibilità e legittimazione sul piano politico e sociale (senza, peraltro, correre il rischio che una eventuale pronuncia di rigetto rispetto alla singola questione incida più di tanto sulle successive possibilità di accoglimento della medesima o di ulteriori richieste identitarie del gruppo). Più in generale, risulta evidente il pericolo di uno straripamento dell'attività giurisdizionale, anche in virtù di una certa vocazione dei giudici ad interpretare il diritto in modo creativo, mettendo in crisi la ripartizione dei compiti tra funzione legislativa e funzione giudiziaria, e dunque tra creazione e applicazione del diritto: il concedere rilevanza giuridica ad elementi esterni al codice penale, quali la motivazione religiosa dell'agente, comporta, difatti, il rischio di un sensibile aumento dello spazio di arbitrarietà e di discrezionalità dell'organo giudicante, con conseguente pericolo di derive di relativismo culturale.

²⁷ Tali operazioni, peraltro, non risultano esenti da profili di dubbia legittimità, giacché attraverso di esse i giudici spesso finiscono (o, comunque, c'è il rischio che finiscano) con il riscrivere le norme applicate, dando vita ad una vera e propria eterogenesi dei fini. In tal modo, difatti, *«la ricerca di norme in grado di offrire copertura a istanze multiculturali corre (...) il rischio di tradursi nella proposizione da parte dei giudici di norme nuove, attraverso una lettura 'creativa' di quelle in vigore»*: ELISA OLIVITO, *op. cit.*, p. 18.

7. *L'equilibrato riparto di competenze tra potere legislativo e potere giudiziario come via necessaria per la soluzione dei problemi posti dalla trasformazione in senso plurireligioso della società italiana*

Per concludere, penso si possa concordare con quanti sostengono che quello attinente alla regolamentazione della società multiculturale e multireligiosa, con peculiare riguardo ai rapporti tra religione, cultura e diritto, sia un diritto ancora (quasi) tutto da scrivere.

Ovviamente non è pensabile che tale diritto possa essere scritto dai giudici.

Su questo punto mi sembra necessario fare chiarezza, dissipando gli equivoci determinati dal fatto che, sino ad oggi, è stato prevalentemente il potere giudiziario a far fronte alle problematiche connesse alla crescente diversità culturale e religiosa, per lo più in assenza di un quadro normativo specifico.

Se non si vogliono tradire i presupposti stessi sui quali si fonda il nostro ordinamento (e la divisione dei poteri in esso consacrata), non si può continuare a pensare che la soluzione dei complessi problemi derivanti dalla trasformazione in senso pluralistico (etnico, culturale, religioso) della società italiana possa utilmente venire dalla giurisprudenza, sulla base di valutazioni caso per caso, disancorate dalle più ampie questioni di legittimazione sociale e di riconoscimento pubblico che le stesse sottendono; problemi, peraltro, destinati esponenzialmente a crescere (e con essi il relativo contenzioso giudiziario) nei prossimi anni, con l'ulteriore frammentazione dell'omogeneità culturale e religiosa connessa al prevedibile incremento dei flussi migratori.

Detto diversamente, penso che bisognerebbe riflettere sulla necessità di recuperare una più corretta impostazione del rapporto tra legislazione e giurisdizione, tra diritto politico e diritto giurisprudenziale.

Da tale punto di vista, mi sembra che la soluzione dei problemi posti dalla trasformazione in senso pluralistico della società italiana richieda necessariamente un equilibrato riparto delle competenze tra potere legislativo e potere giudiziario (senza dimenticare il potere amministrativo, anche esso inevitabilmente coinvolto)²⁸: tenendo conto di come, malgrado la fondamentale (e ineliminabile) diversità di funzioni, giurisdizione e legislazione siano inevitabilmente destinate ad operare in stretto collegamento tra di loro, intersecandosi di continuo, se non altro perché, in definitiva, *«la stessa posizione della norma non è altro che il risultato del lavoro della giurisprudenza»*²⁹,

²⁸ In proposito, rinvio a FABIANO DI PRIMA, *Giudice amministrativo e interessi religiosi collettivi. Istanze confessionali, conflitti e soluzioni giurisprudenziali*, Libellula edizioni, Tricase (Le), 2013.

²⁹ GAETANO AZZARITI, *I rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in ID., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 232

la quale con le sue pronunce evidenzia le lacune presenti nella legislazione e indica «*la via da seguire per una migliore disciplina di determinati rapporti*»³⁰.

Nell'ottica segnalata mi sembra corretto guardare ai giudici come fondamentale «*avanguardia della legislazione*»³¹, lasciando che nelle aule giudiziarie (particolarmente in materia penale, data la delicatezza delle questioni trattate) si sperimentino soluzioni ai complessi problemi posti dal pluralismo sociale, che poi, una volta consolidate, possano essere recepite e stabilizzate dal legislatore (o, comunque, fungere da base per soluzioni più ampie, o meglio precisate, su base legislativa)³².

Ma resta la necessità che alla fine sia il legislatore a dettare le regole di gestione del fenomeno multiculturale, dei conflitti (anche religiosi) al suo interno nascenti, specie con riguardo alle interazioni con il sistema penale, che più di ogni altro comparto dell'ordinamento necessita di certezze e appare sistemicamente impermeabile alle deroghe³³.

Quali possano, poi, essere, effettivamente, tali soluzioni, è un discorso che esula dai limiti del presente intervento.

Al riguardo, è evidente che il potere legislativo, dinanzi a problematiche di questo tipo, abbia davanti a sé diverse possibili strade, potendo seguire indirizzi politici e strategie molteplici, anche profondamente differenti tra loro.

Personalmente, ritengo che, anche in materia penale, occorra muoversi nella direzione di una ragionevole flessibilizzazione delle norme, funzionale all'accoglimento di singole manifestazioni della libertà religiosa volte a legittimare condotte altrimenti sanzionate dal nostro ordinamento; più in generale, a realizzare un adattamento tra la normativa italiana, con le esi-

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² In tal senso cfr. ELISA OLIVITO, *op. cit.*, p. 19. Si pensi, a titolo esemplificativo, al solito caso del kirpan. Ove, in via ipotetica, si consolidasse una tendenza giurisprudenziale a non considerarlo come un'arma (ma questo non è ciò che emerge della recente ricordata sentenza della Cassazione penale n. 24739/2016), ma piuttosto come un simbolo religioso, e ciò fosse pacificamente accettato nella platea sociale, sarebbe poi abbastanza semplice per il legislatore recepire, in via unilaterale con apposita legge, o in via bilaterale attraverso lo strumento dell'intesa *ex art. 8 Cost* con la rappresentanza confessionale interessata, siffatta "sperimentata" soluzione. Sul carattere sperimentale del diritto giudiziale cfr. anche MAURO CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 93 ss.

³³ *Contra*, v. però FABIO BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali*, cit., p. 32, il quale è contrario all'introduzione di soluzioni legislative *ad hoc* per i reati culturalmente motivati, per una serie di ragioni di opportunità, ma soprattutto perché ritiene che nella legislazione vigente vi siano già gli strumenti per affrontare tali situazioni. L'autore, tuttavia, sembra riferirsi prevalentemente ai conflitti culturali, e non a quelli religiosi. Da questo punto di vista, invece, la differenza fra le due forme di conflitti è palese, se non altro per il fatto che rispetto ai conflitti religiosi la soluzione legislativa è già indicata dalla Carta costituzionale all'art. 8, comma 3.

genze connesse alla preservazione dei valori della maggioranza, e le singole tradizioni religiose, nell'alveo dei valori costituzionali e, più in generale, dei diritti umani.

Ciò, in concreto, potrà avvenire sia nell'ambito della legislazione unilaterale, di carattere generale e/o settoriale, sia, e soprattutto, attraverso lo strumento della normazione bilaterale con le confessioni religiose.

Quest'ultimo strumento, costituzionalmente previsto e garantito, dovrebbe appunto permettere ai gruppi religiosi di negoziare con lo Stato la propria differenza (religiosa e non), facendola valere, agli occhi della comunità, attraverso il diritto; negoziazione che, nell'ottica segnalata, sarebbe tuttavia opportuno fare uscire dai confini limitati in cui è stata finora utilizzata, ed estendere «alle categorie di fondo dell'esperienza sociale e giuridica, in grado di concorrere quindi alla formazione di un lessico e di una soggettività interculturale ovvero a una laicità equidistante dalle differenze culturali e religiose presenti in Italia e obbligate a una convivenza a-simmetrica»³⁴.

Ovviamente, sarebbe utopico pensare che l'adattamento dell'ordinamento al mutato assetto sociale, e ai bisogni che dallo stesso discendono, spetti o possa essere compiuto in via esclusiva dal legislatore, unilaterale e/o bilaterale che sia, secondo l'ideale legalistico e formalistico affermatosi con il diritto moderno; così come illusorio sarebbe il voler «credere che tutti i delicati e complessi problemi della vita sociale siano risolvibili con la formulazione di una norma legislativa»³⁵, specie in considerazione della oggettiva difficoltà di ascrivere le istanze religiosamente/culturalmente qualificate in rigidi *topoi* prefigurati in astratto e non separabili da diverse condizioni fattuali³⁶.

³⁴ MARIO RICCA, *Pantheon*, cit., pp. 266-267. Lo strumento della intesa, a tal fine previsto dalla Carta costituzionale, andrebbe ripensato in un'ottica maggiormente rispondente all'attuale pluralismo religioso (ed alle esigenze allo stesso connesso), e non solo utilizzato, come è stato sino ad oggi, quale metodo di riconoscimento politico dei gruppi religiosi, foriero, nella sua applicazione concreta, di facili stigmatizzazioni nei confronti delle culture religiose meno affini alla cultura di maggioranza. Sul punto, cfr. PIERLUIGI CONSORTI, *1984-2014: le stagioni delle intese e la «terza età» dell'art. 8, ultimo comma, della Costituzione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2014, spec. p. 111 ss. Interessante, da tale punto di vista, la proposta di ampliamento del significato e della portata delle intese con le confessioni di minoranza recentemente avanzata da MARIO RICCA, nel saggio *Una modesta proposta. Intese estese e libertà d'intendersi*, cit., nel quale l'a. suggerisce di utilizzare le intese «come ponte di traduzione, come luogo di negoziazione, per predisporre chiavi interpretative della differenza e metodologie per la sua inclusione (non traumatica) all'interno delle potenzialità semantiche della cultura e del diritto nazionali. Dovrebbe trattarsi, però, di intese estese. Queste intese estese dovrebbero coprire un'area ben più ampia di tematiche o materie rispetto a quelle attualmente affidate a questo strumento pattizio e ricalcate, in chiave difettiva, sui concordati con la Chiesa e sulle relative *res mixtae*» (p. 9).

³⁵ GAETANO AZZARITI, *op. cit.*, p. 227.

³⁶ ELISA OLIVITO, *op. cit.*, p. 45.

Tuttavia, pensare di poter continuare *sic et simpliciter* a lasciare nelle mani dei giudici la gestione dei conflitti e la ricerca di soluzioni ai problemi posti dalle trasformazioni in senso pluralistico della società odierna mi sembra un errore di prospettiva, un rifiutarsi di guardare alla realtà dei fatti, ad un pluralismo culturale e religioso che costituisce ormai un dato di fatto (e, dunque, un punto di non-ritorno).

L'ordinamento giuridico, quello italiano in particolare, fa sempre una certa fatica a recepire le novità e ad adeguarsi ai cambiamenti in atto, offrendo risposte tempestive ed efficaci ai nuovi bisogni. Il legislatore, e quello penale non fa eccezione, mostra, invero, significative difficoltà nello stare al passo di tali cambiamenti, nel tradurre sul piano normativo la complessità sociale e religiosa in divenire. Non di rado, le difficoltà, anche per contingenti motivazioni politiche, si traducono in lentezza o, addirittura, in rifiuto ad affrontare le problematiche esaminate: si pensi, a titolo esemplificativo, ai casi della poligamia, delle pratiche, dei simboli e dell'abbigliamento religioso, dell'educazione multiculturale, ecc.

Da tale punto di vista, decenni, o meglio secoli di omogeneità sul piano religioso (e altri fattori che non sto qui a ricordare) rendono sicuramente difficile, in Italia, il superamento di determinate barriere. Però uno sforzo in questo senso mi sembra vada approntato, perché – come detto – il pluralismo culturale e religioso costituisce ormai un dato di fatto, che non si può continuare ad ignorare sul piano normativo, lasciando che siano i giudici ad accollarsi il compito di gestire/risolvere i conflitti dallo stesso inevitabilmente discendenti.

In tal senso, si potrebbe magari iniziare con il riconoscere un contenuto più effettivo – nella direzione di una maggiore inclusività e ospitalità verso i modelli culturali e religiosi altri – a quell'idea di laicità dello Stato che, malgrado l'elevazione al rango di principio supremo dell'ordinamento costituzionale a suo tempo operata dalla Consulta, mi sembra continui a denotare, sul piano operativo, basi alquanto fragili. Forse ragionare su cosa significhi realmente laicità, su cosa debba essere realmente uno Stato laico in un contesto multiculturale e plurireligioso quale quello odierno potrebbe favorire anche la ricerca di soluzioni – di carattere normativo e non solo giudiziario – ai conflitti di matrice religiosa posti dalla odierna società pluralista e cosmopolita.