



diritto & religioni

Semestrale
Anno XII - n. 1-2017
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

23



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno XII - n. 1-2017
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttori
Mario Tedeschi - 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

*Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti - 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. Francesco Rossi - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura - Prof. Ilaria Zuanazzi.

«Giustificato motivo» e (in)giustificate motivazioni
sul porto del kirpan. A margine di Cass. pen., Sez. I,
sent. n. 24084/2017

ANTONIO GUSMAI

«Non usiamo con leggerezza le nostre parole»
(C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008, 66)

1. Annotazioni introduttive

E' ormai un fatto assai noto quello accaduto ad un indiano sikh nella città di Mantova, fermato per strada dalle forze dell'ordine e poi sottoposto a processo perché indossava, legato alla cintola, il *kirpan*, oggetto identificato dai militi come un coltello della lunghezza di 18,5 cm, ritenuto "idoneo all'offesa" ai sensi dell'art. 4, comma 2, della legge n. 110/1975¹.

La vicenda si conclude in primo grado con la condanna alla pena pecuniaria di 2000 euro di ammenda (il 5 febbraio 2015 il Tribunale di Mantova non ritiene sussistere il «giustificato motivo» previsto dal summenzionato art. 4, al fine di escludere la condotta di detenzione del coltello "fuori dalla propria abitazione") e con la conferma della stessa da parte della prima Sezione penale del giudice della nomofilachia².

La storia non è nuova nel nostro Paese³, così come affatto nuova non lo è

¹ Si tratta della legge 18 aprile 1975, n. 110, "Norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi", pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 21 aprile 1975, n. 105.

² Cfr. Cass., pen., Sez. I, sent. n. 24084/2017, depositata in cancelleria il 15 maggio scorso.

³ Si sono già occupati della questione, in ordine cronologico, il Tribunale di Modena (Proc. Re pubbl.), decreto 9 agosto 2003; il Tribunale di Vicenza (Gip), decreto 28 gennaio 2009; il Tribunale di Cremona, Sez. pen., sentenza n. 15 del 2009; il Tribunale di Latina, Sez. pen., sent. n. 24/2010; il Tribunale di Piacenza, 24 novembre 2014, contro la cui pronuncia è stato proposto ricorso per Cassazione, deciso da Cass. pen., Sez. I, sent. n. 24739/2016; nonché il Tribunale di Mantova (Gup), 10 dicembre 2014, avverso la cui sentenza è stato proposto ricorso per Cassazione, deciso da Cass. pen., Sez. I, sent. n. 25163/2016.

per i giudici stranieri, se si pensa alla pronuncia della Corte suprema canadese che, già nel 2006, si è trovata a decidere della possibilità di portare a scuola il coltello sikh, affermandone la liceità del possesso per motivi religiosi⁴.

Sotto altro ma pur sempre connesso aspetto, sembra opportuno poi rilevare che le rivendicazioni degli indiani aderenti al sikhismo sono da tempo prese in considerazione dalle legislazioni di altri paesi del mondo c.d. occidentale: su tutti il Regno Unito, che ha stabilito l'esenzione, per i sikh, dell'obbligo tanto di indossare il casco alla guida dei motocicli, quanto gli elmetti sul luogo di lavoro, per consentir loro di tenere il turbante imposto dalla fede di appartenenza⁵. Oltreiché, di recente, la sentenza con la quale la *High Court* ha affermato il diritto di un'alunna di religione sikh di portare al polso il *kara* (monile, come si vedrà a breve, simbolo della sua fede), nonostante il regolamento della scuola facesse espresso divieto di portare gioielli⁶.

I sikh, sembra opportuno farne cenno prima di procedere oltre, rappresentano uno dei più importanti gruppi religiosi e culturali dell'India, con caratteristiche uniche e del tutto peculiari. Il termine sikh deriva dal sanscrito *sishya* che significa "discepolo". Le sue origini risalgono al XV secolo e discendono dagli insegnamenti di Guru Nānak, primo dei dieci guru che hanno dato forma a questo sistema religioso e culturale. Con circa 30 milioni di seguaci in cinque continenti, il sikhismo è la quinta religione più diffusa al mondo. Oltre la metà dei fedeli è concentrata nello Stato del Punjab, situato nell'India nord-occidentale al confine con il Pakistan⁷.

Sono moltissime le caratteristiche della religione sikh, a cominciare dal postulato dell'unicità di Dio e del legame tra vita spirituale e vita secolare. Rispetto all'induismo, fortemente basato sul concetto di casta⁸, il sikhismo si

⁴ Sul punto si avrà modo di tornare *infra*, par. 2.

⁵ Per l'esenzione dell'obbligo di indossare il casco, si veda il *Crash Helmets Religious Exemption Act* del 1976; per l'esenzione dall'indossare l'elmetto, l'*Employment Act* del 1989.

⁶ Si veda il caso *Mandla and another v. Dowell Lee and another* 1983, IRLR 210, *House of Lords*.

⁷ Come è stato messo in evidenza dalla dottrina comparatistica, «l'India rappresenta un esempio formidabile di pluralismo giuridico; la storia del paese ha determinato una stratificazione nel tempo di norme di varia natura e origine che hanno dato vita a un sistema di sistemi giuridici». Così ANGELO RINELLA, *Famiglie, sistemi giuridici, fonti del diritto*, in *Diritto pubblico comparato*, a cura di GIUSEPPE MORBIDELLI – LUCIO PEGORARO – ANGELO RINELLA – MAURO VOLPI, Giappichelli, Torino, 2016, p. 49.

⁸ Sul diritto indù, diritto come noto di ispirazione religiosa, cfr., di recente, REBECCA REDWOOD FRENCH – MARK NATHAN (eds.), *Buddhism and the Law. An Introduction*, Cambridge U.P., Cambridge, 2014; DONALD DAVIS, *The Spirit of Hindu Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2013; TIMOTHY LUBIN – DONALD DAVIS – JAYANTH KRISHNAN (eds.), *Hinduism and Law. An Introduction*, Cambridge U.P., 2010. Per maggiori approfondimenti di carattere giuridico sulla complessità del diritto indiano, si vedano, almeno, le riflessioni di DOMENICO AMIRANTE, *Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, Esi, Napoli, 2013 (India); PATRICK GLENN, *Legal Tradition of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford-New York, Oxford University Press,

basa sull'uguaglianza di tutti gli uomini a prescindere dalla fede, dalla razza e dalla provenienza geografica. E' prevista, inoltre, una sostanziale parità tra uomo e donna, si caratterizza per l'assenza di particolari formalismi e simbolismi religiosi, oltre che per un approccio particolarmente sincretistico⁹.

Per ciò che concerne le regole di vita quotidiana – ed è quel che qui sembra più rilevare – l'uomo sikh è chiamato ad improntare la sua condotta sociale al rispetto delle c.d. cinque K che fanno riferimento ai cinque articoli di fede che indossano tutti i Sikh: *Keshb* (capelli lunghi raccolti in un turbante portato obbligatoriamente dagli uomini); *Kangha* (piccolo pettine di legno per raccogliere i capelli in modo ordinato, a differenza della crescita libera e disordinata degli asceti induisti); *Kara* (come accennato, bracciale di ferro o acciaio che rappresenta il controllo morale nelle azioni e il ricordo costante di Dio); *Kacha* (sottovesti di tipo allungato, simbolo di autocontrollo e di castità) e *Kirpan* (pugnale portato alla cintura come simbolo di lotta all'ingiustizia). Tali elementi distintivi della personalità del seguace sikh vengono considerati dagli stessi appartenenti una sorta di uniforme che aiuta a mantenere un comportamento disciplinato e permette di raggiungere facilmente mete, come quella di pervenire ad un senso reale di fraternità¹⁰.

Si tratta di regole che hanno di per sé nel tempo già subito – specie a partire dal XIX sec. – una certa influenza della cultura occidentale moderna¹¹.

Ai giudici però ciò non è parso sufficientemente rassicurante, tanto da giungere all'affermazione che, in Italia, a quegli apodittici e presupposti «valori» uniformi del «mondo occidentale», «l'immigrato» ha persino l'«obbligo» di conformarsi¹².

L'astrattezza di certe affermazioni dal tenore alquanto sibillino, così come l'oracolare e presunta verità circa la conoscenza dei «valori occidentali» che i giudici hanno mostrato di detenere nel pronunciare la decisione *de qua*, appaiono argomenti che prestano il fianco a non poche critiche di ordine

2010, trad. it. *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità delle differenze*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 455-499; e ROBERT LINGAT, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Mount & Co., La Haye, 1967, trad. it. *La tradizione giuridica dell'India*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁹ In merito, si veda STEFANO PIANO, *Guru Nānak e il sikhismo*, Fossano, Esperienze, 1971.

¹⁰ Per una migliore conoscenza della cultura sikh, cfr. MARCO RESTELLI, *I sikh fra storia e attualità politica*, Pagus edizioni, Treviso, 1990; ID., *Il sikhismo nell'India di oggi. Fra ortodossia e pluralismo*, in DOMENICO DENTI – MAURO FERRARI – FABIO PEROCCO (a cura di), *I Sikh. Storia e immigrazione*, Franco Angeli, Milano, 2005, spec. pp. 89-113.

¹¹ Su tali aspetti, cfr. WILLIAM HEWAT MCLEOD, *The Evolution of the Sikh Community*, London, Oxford University Press, 1976.

¹² Cass. pen, sent. 24084/2017 cit., considerato in diritto 2.3.

costituzionale¹³. Di seguito, senza alcuna pretesa di esaustività, si proverà ad evidenziarne alcune.

2. I fatti di causa e il contrasto della decisione con il principio costituzionale di offensività

Come si è lasciato intendere in premessa, a fronte delle dichiarazioni dell'indiano sikh che ha giustificato la detenzione del coltello invocando le garanzie previste dall'art. 19 Cost. dacché imposto dal suo credo religioso¹⁴, la Cassazione non ha ritenuto che «il simbolismo legato al porto del coltello possa comunque costituire la scriminante posta dalla legge»¹⁵.

Si tratta, in particolare, del «giustificato motivo» previsto dall'art. 4, comma 2, della l. 110/75 che consente, qualora ritenuto applicabile, di non perseguire quanti portano «fuori dalla propria abitazione o dalle appartenenze di essa [...] strumenti da punta o da taglio atti ad offendere». E' il caso, riportato dagli stessi giudici, di chi possiede un coltello al fine di recarsi «in un giardino per potare alberi o del medico chirurgo che nel corso delle visite porti nella borsa un bisturi». In ipotesi del genere, si legge, sussiste un «giustificato motivo» che invece verrebbe a mancare qualora «lo stesso comportamento» venga «posto in essere dai medesimi soggetti in contesti non lavorativi»¹⁶.

A sostegno di tale assunto sono poi citati alcuni precedenti che, se da una parte precisano, in parte contraddittoriamente, che l'assenza di «giustificato motivo» deve considerarsi un elemento di tipicità del reato trattandosi di elemento costitutivo della fattispecie¹⁷, dall'altra chiariscono la portata del

¹³ Si vedano, già, i commenti a caldo di ROBERTO BIN, *Il problema non è il Kirpan ma la stampa* (16 maggio 2017); ALESSANDRO MORELLI, *Il pugnale dei Sikh e il grande equivoco dei "valori occidentali"* (17 maggio 2017); GIOVANNI POGGESCHI, *Quel pugnale vietato a Mantova e permesso a Montreal* (19 maggio 2017); GIANFRANCO MACRÌ, *Cosa minaccia la società pluralista? C'è ben altro oltre il kirpan* (20 maggio 2017), tutti consultabili in *LaCostituzione.info*; MASSIMO INTROVIGNE, *Portare un coltello sempre con sé, il "kirpan" è obbligatorio per i fedeli sikh, ma la Cassazione lo ha vietato. E' un caso di violazione della libertà religiosa?*, in *ilsussidiario.net*, 16 maggio 2017; ANTONIO RUGGERI, *La questione del kirpan quale banco di prova del possibile incontro (e non dell'inevitabile scontro) tra le culture, nella cornice del pluralismo costituzionale. (A margine di Cass., I Sez. pen., n. 24084 del 2017)*, in *ConsultaOnline*, fasc. 2/2017, p. 310 ss.

¹⁴ Sulle pretese positive e i rispettivi limiti della legislazione penale imposta dall'art. 19 Cost., cfr., NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2006, spec. p. 166 ss.

¹⁵ Così nel considerato in diritto n. 2.2.

¹⁶ Considerato in diritto n. 2.

¹⁷ ...contraddittoriamente perché, come visto, i giudici nella stessa sentenza in commento hanno poi qualificato il «giustificato motivo» come una «scriminante», destando con ciò non poche perplessità

concetto normativo, esso ricorrendo quando «le esigenze dell'agente siano rispondenti alle regole relazionali lecite rapportate alla natura dell'oggetto, alle modalità di verifica del fatto, alle condizioni soggettive del portatore, ai luoghi dell'accadimento e alla normale funzione dell'oggetto»¹⁸.

Proprio alla luce di tali attestazioni è possibile muovere non pochi rilievi.

Innanzitutto, in merito al porto del *kirpan*, è incontestabile che dall'atteggiamento tenuto dall'imputato al momento del fermo non si possa desumere alcuna volontà criminosa né, d'altronde, alcuna intenzione più o meno palese di occultare l'arma c.d. impropria, ossia il coltello¹⁹.

Dalla stessa giurisprudenza suffragata dai giudici discende, piuttosto, l'obbligo di valutare quale sia la finalità tipica di ogni strumento qualificabile come "arma impropria", per poi verificare se le modalità di verifica del fatto e le condizioni personali dell'agente possano, *in concreto*, consentire di ritenere la vicenda penalmente rilevante²⁰.

Una valida applicazione dei principi sanciti dalle Sezioni Unite²¹ è stata invece fatta dal Tribunale di Cremona che, in un caso analogo, ha più correttamente ritenuto la mera detenzione del *kirpan* un fatto del tutto inoffensivo²².

Anche qui si trattava di un cittadino indiano sikh fermato all'interno di un centro commerciale di Gadesco Pieve Delmona con indosso, *recte* "a tracolla", il *kirpan* (di 10,5 cm.) calzato nel fodero. Richiesto dalle forze dell'ordine il motivo del porto del coltello, veniva invocata, allo stesso modo

di ordine giuridico (cfr. punto n. 2.2). A ritenere il «giustificato motivo» una causa di giustificazione, come tale afferente alla sfera dell'antigiuridicità, è la dottrina maggioritaria. Cfr., *Commento sub art. 616 c.p.*, in EMILIO DOLCINI – GIORGIO MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Ipsoa, Milano, 2006, II, p. 4350.

¹⁸ Così ancora nel considerato in diritto n. 2, facendo riferimento, rispettivamente, a Cass., Sez. Un., sent. n. 7739/1997, e Cass. pen, Sez. I, sent. n. 4498/2008.

¹⁹ Come noto, si definiscono "armi improprie" quelle atte *in potenza* ad offendere (quelle previste dall'art. 4, comma 2, l. 110/75, ossia «strumenti da punta o da taglio atti ad offendere, mazze, tubi, catene, fionde, bulloni, sfere metalliche, nonché qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa alla persona...»). Si qualificano come "armi proprie" quelle invece *destinate naturalmente all'offesa* (sono quelle invece menzionate nel primo comma dello stesso articolo, come «armi, mazze ferrate o bastoni ferrati, sfollagente, noccoliere storditori elettrici e altri apparecchi analoghi in grado di erogare una elettrocuzione»). Soltanto le prime, dunque, non già le seconde, possono essere utilizzate nella quotidianità per fini leciti. Su tali argomenti, si rinvia a FRANCESCO PALAZZO, voce *Armi, esplosivi e munizioni nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, I, Torino, 1987, p. 259 ss.

²⁰ Si vedano, in merito, le considerazioni di ALESSANDRO PROVERA, *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2., p. 964 ss.

²¹ Il riferimento è alla sent. n. 7739/97 cit.

²² Sent. n. 15/09 cit.

che nel caso di Mantova, la ragione di culto.

In questa vicenda simile il giudice cremonese mostra una spiccata sensibilità nei confronti delle problematiche ingenerate dal multiculturalismo, da intendersi qui come «modello politico, giuridico ed etico»²³. Si fa, invero, «antropologo», facendo ricorso all'«argomento culturale» al fine di escludere la rilevanza penale del comportamento²⁴.

In particolare, dopo aver con estrema accuratezza ricostruito i fondamenti del sikhismo, consultando direttamente rappresentanti di quella religione/cultura (persino il consolato indiano), diligentemente accerta le «coordinate motivazionali che ebbero a guidare la condotta dell'imputato»: non risultando dagli atteggiamenti del cittadino indiano «neppure [...] un qualche comportamento sospetto, eventualmente declinato sul crinale di una callida azione diretta ad occultare sulla propria persona il coltellino, tenuto conto che esso veniva, per contro portato visibilmente “a tracolla” e dunque affatto nascosto, ma, semmai, chiaramente ostentato», il giudice ha ritenuto che tali motivazioni «intercettino un valido supporto normativo», come tale «collocabile all'interno della tutela della libertà di fede religiosa» garantita «dall'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 10 dicembre 1948, sia dall'art. 9 della legge 4 agosto 1955, n° 848, di ratifica della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà

²³ Su tale aspetto, GINEVRA CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, p. 3 ss., la quale distingue il «multiculturalismo» (da intendersi quale «modello politico, giuridico ed etico per le società pluraliste che, in un quadro democratico, prevede la tutela e la valorizzazione di gruppi sociali minoritari, della loro identità culturale e della loro partecipazione politica»), dalle «società multiculturali» (che indicano, invece, «uno stato di fatto, una situazione empirica di convivenza su di uno stesso territorio nazionale di una molteplicità di gruppi sociali con valori, pratiche, credenze, norme giuridiche, strutture di relazione sociale differente»). In merito, si veda anche VITTORIO ANGIOLINI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, p. 1 ss., il quale invece pone l'accento sul multiculturalismo come «fatto storico», «problema per il diritto costituzionale», in quanto inevitabilmente riporta alle questioni della «convivenza o del conflitto [...] di differenti culture». Interessante, inoltre, appare la prospettiva di GAETANO AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 85-120, al quale si deve il lodevole sforzo di aver provato a coniugare la precettività della Costituzione con il fenomeno del multiculturalismo (arrivando a sostenere che «il diritto costituzionale, se vuole continuare a essere inteso come *lex superior*, deve assumere le forme di un *diritto meticcio*» [p. 117]). Sugli effetti del multiculturalismo negli Stati costituzionali, cfr., poi, da ultimo, anche VINCENZO BALDINI, *Tutela dei diritti fondamentali e limiti dell'integrazione sociale nello stato multiculturali*, in *Dirittifondamentali*, fasc. 1/2017. Spunti di rilievo, poi, sulle diverse ideologie poste a fondamento del nostro patto costituzionale che possono tornare utili per meglio comprendere le problematiche ingenerate dal multiculturalismo, si rinvengono in VINCENZO TONDI DELLA MURA, *Il patto costituzionale fra teologia politica e teologia della politica*, in *Quad. cost.*, 2015, spec. p. 489 ss.

²⁴ In merito, su tali interessantissime questioni, cfr. ILENIA RUGGIU, *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione giustizia*, fasc. 1/2017; e più diffusamente, Id., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano, 2012, spec. p. 64 ss., *ma passim*.

Fondamentali, sia dall'art. 19 della nostra Costituzione». Cosicché, motivando circa l'insussistenza del reato ascritto all'imputato, il giudice conclude che «il rango costituzionale assegnato dal nostro ordinamento giuridico alla libertà della confessione religiosa non consente di ritenere privo di “giustificato motivo” il porto di tale simbolico elemento ornamentale da parte del cittadino indiano»²⁵.

Ragionando in un'ottica *intercostituzionale*²⁶ e facendo peraltro proprio il principio del c.d. «accomodamento ragionevole» adottato dalla Corte Suprema canadese a fondamento dell'assoluzione in un altro caso simile – anche se, per certi aspetti, ancora più delicato²⁷ – il Tribunale di Cremona giunge a riconoscere la non offensività dei fatti ascritti al cittadino indiano.

Tornando alla vicenda che precipuamente ci occupa, la prima Sez. penale della Cassazione non sembra invece essersi preoccupata affatto di verificare se, in concreto, vi sia stata una qualche lesione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, né se il cittadino sikh abbia di fatto realizzato una qualche offesa giuridicamente rilevante.

In questo caso la punizione per il mero porto del coltello (arma impropria solo in astratto atta ad offendere, come potrebbero in potenza le forbici, un righello, un compasso, una siringa, una bottiglia, ecc.), in assenza tanto di un *animus laedendi* quanto di un *animus necandi*, urta inesorabilmente con-

²⁵ Cfr. ancora Trib. Cremona, cit., ove peraltro opportunamente si rileva: «D'altronde, se deve pacificamente ritenersi insussistente il reato qualora il porto, fuori dalla propria abitazione di un “coltellone” da cucina sia motivato dalla plausibile esigenza di tagliare il pane per una famiglia che intende recarsi ad un “pic-nic”, non si vede francamente per quale ragione non dovrebbe del pari considerarsi non integrata la fattispecie penale nell'ipotesi in cui il porto riguardi il kirpan (cioè un coltellino avente una lama notoriamente più corta di quella del “coltellone” da cucina), laddove peraltro in quest'ultimo esempio il giustificato motivo (quello religioso) risiede addirittura nell'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito e sottenda una mera finalità di esibizione ornamentale (diversamente dal “coltellone” da cucina, che verrà impugnato, sia pur per tagliare il pane)». Evidente, qui, il diverso approccio del giudice cremonese (lo si intuisce già dall'esempio del “coltellone” da cucina riportato), rispetto a quello tenuto dalla prima Sez. della Cassazione in commento. Soltanto il primo, infatti, ha mostrato sensibilità costituzionale nei confronti dell'elemento religioso/culturale nel decidere in merito alla colpevolezza dell'imputato sikh.

²⁶ Sull'interpretazione *intercostituzionale* svolta oggi sempre più dai giudici al fine di assicurare una migliore tutela dei diritti fondamentali, sia consentito rinviare ad ANTONIO GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari, 2015.

²⁷ Cfr. sent. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC-6, ove la Corte Suprema è giunta a ritenere il porto del *kirpan* di per sé non vietato all'interno degli istituti scolastici (si trattava di un ragazzino battezzato sikh di appena dodici anni), precisando che il sacrificio di una libertà costituzionale (quella di professare liberamente la propria fede) può avvenire soltanto in presenza di una minaccia reale e concreta. In merito, cfr. FRANCESCA ASTENGO, *La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello sikh*, in *Rivista AIC (Archivio)*, 10 aprile 2006.

tro il principio costituzionale di offensività²⁸. Invero, «non vi può essere reato senza offesa a un bene giuridico, cioè a una situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo. Il legislatore non può quindi punire nessuno 'per quello che è' o 'per quello che vuole', ma può punire soltanto fatti che ledano o pongano in pericolo l'integrità di un bene giuridico»²⁹.

Il bene giuridico tutelato dalla previsione dell'art. 4, comma 2, della l. 110/75, è l'«ordine pubblico», nella fattispecie declinato nella tutela della sicurezza e della pacifica convivenza. Nel nostro ordinamento, come è noto, la locuzione «ordine e sicurezza pubblica» è stata introdotta dall'art. 2 del t.u.l.p.s. del 1926 (R.D. 6 novembre 1926, n. 1848), tuttora riprodotto nel vigente art. 2 t.u.l.p.s. del 18 giugno 1931, n. 773.

Si tratta di un concetto giuridico «indeterminato»³⁰ che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, secondo la dottrina maggioritaria designa un «ordine materiale», turbato solo in conseguenza di comportamenti umani violenti o di fatti naturali pregiudizievoli per la pubblica incolumità (ad es., calamità naturali). Invero, il rispetto di un ordine pubblico «ideale» è richiesto – *in apicibus* – negli ordinamenti totalitari, ove ogni difformità di pensiero dal regime è considerata una minaccia per la sicurezza dell'ordinamento. In coerenza con i principi della nostra Carta fondamentale, che garantiscono la circolarità del potere politico e il dissenso ideologico, l'ordine pubblico non può dunque che essere minacciato da un fatto o un atto che *in concreto* attenti gli equilibri costituzionali della democrazia pluralista³¹.

²⁸ In punto di «giustificato motivo» sembra dare rilievo all'importanza dell'accertamento del dolo (anche eventuale) rispetto all'offesa del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, ANTONELLA MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignoranza legis e coscienza dell'offesa*, in MARIO TRAPANI – ANTONELLA MASSARO (a cura di), *Temi penali*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 121 ss.

²⁹ Così GIORGIO MARINUCCI – EMILIO DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 6.

³⁰ Di tale avviso è ENRICO PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 236. In merito, cfr., tra i giuspubblicisti, FRANCESCA ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Cedam, Padova, 2007, p. 1 ss.

³¹ In tal senso ALESSANDRO PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, vol. CLXI, 1963, p. 111 ss.; Id., *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1777 ss. Ad una natura essenzialmente «materiale» del concetto di ordine pubblico fa riferimento anche CARLO LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, p. 372. Distingue, invece, seguendo un'impostazione diversa, un ordine pubblico «materiale» da un ordine «costituzionale» (che è ideale), LIVIO PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XII, Utet, Torino, 1965, § 3. Per una completa ricostruzione della problematica, cfr. AUGUSTO CERRI, voce *Ordine pubblico*,

Negli ultimi tempi, poi, sembra opportuno rammentare che si è andato formando un concetto di ordine pubblico «internazionale», da intendersi «come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato alla legislazione ordinaria»³².

In termini di diritto costituzionale, nelle società contemporanee prive di predefiniti confini etnici, non può ignorarsi che la stessa lotta «per i diritti risulta fortemente intrecciata con le vicende legate alle lotte dei migranti, degli stranieri per la conquista dei propri diritti». Si tratta di prendere atto che dinanzi a società «ormai votate al meticcio», anche il diritto costituzionale si fa tale («meticcio», appunto), dacché i diritti appartenenti a comunità diverse dalla nostra sono diventati, a pieno titolo, «parte essenziale del «nostro» diritto; o per meglio dire, di quello che pur riferendosi agli «altri» parla ben più di «noi», poiché finisce per costituire il riflesso della nostra immagine»³³.

Se questo appare il contesto entro il quale intendere il bene giuridico «ordine pubblico», concetto quest'ultimo come detto caratterizzato da «materialità», «concretezza» e «internazionalità» ex artt. 10, 11 e 117, comma 1, Cost., alla luce dei fatti di causa ritenere offeso l'ordine pubblico appare ipotesi ardita, di dubbia legittimità costituzionale³⁴.

in *Enciclopedia giuridica italiana*, Roma, 1990; ID., voce *Ordine pubblico*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Aggiornamento, vol. XXV, Roma, 2007.

³² Così Cass. civ., Sez. I, sent. n. 19599/2016, considerato in diritto n. 7, che richiama a sostegno Cass., sentt. nn. 1302 e 19405 del 2013; sent. n. 27592 del 2006; sent. n. 22332 del 2004; sent. n. 17349 del 2002. Sul concetto di ordine pubblico internazionale, la letteratura è a dir poco sconfinata. Solo per citare una parte della dottrina italiana, cfr. GIUSEPPE SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. intern.*, 1954, p. 82 ss.; GIUSEPPE BARILE, voce *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1106 ss.; ID., *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1986, p. 5 ss.; PAOLO BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, Milano, 1977; ANGELO DAVI, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *Riv. dir. intern.*, 1990, p. 556 ss.; FRANCO MOSCONI, *Qualche riflessione in tema di ordine pubblico nel progetto di riforma e nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1992, p. 5 ss.; ALESSANDRA VIVIANI, *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1999, p. 847 ss. Più di recente, e per una ricognizione delle varie prospettive, cfr. ORNELLA FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. p. 5 ss.

³³ Le citazioni sono di GAETANO AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, op. cit., pp. 89-90. Per una approfondita analisi dei significati e delle funzioni della nozione di «costituzionalismo meticcio», cfr., da ultimo, SALVATORE BONFIGLIO, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2016, spec. p. 150 ss.

³⁴ Per un'approfondita analisi della dottrina e della giurisprudenza europea in materia di ordine pubblico, cfr. MARTA TOMASI, *Towards an emerging notion of European ordre public: a comment on*

In presenza di *reati di pericolo* come quello previsto dall'art. 4, comma 2, della l. 110/75, in cui il legislatore non pretende il verificarsi di nessuna lesione (o danno) ai fini dell'integrazione della fattispecie, trovandosi di fronte a ipotesi di anticipazione della tutela penale (il solo fatto di portare il coltello consuma il reato), il giudice a *fortiori* deve accertare se *in concreto* il bene giuridico ha corso un effettivo pericolo³⁵. In caso negativo, la mancata offesa al bene giuridico dovrebbe inevitabilmente condurre verso «l'espulsione dal tipo legale dei *comportamenti inoffensivi*»³⁶.

Non può essere sottaciuto che ad attribuire rango costituzionale al principio di offensività è stato proprio il giudice delle leggi: la Corte ha infatti precisato che «il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo o, comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale («offensività in astratto»), e dell'applicazione giurisprudenziale («offensività in concreto»), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad *accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato*»³⁷.

Pertanto, anche solo per queste ragioni, il giudice della nomofilachia avrebbe dovuto forse più correttamente ritenere il porto del *kirpan* una forma di professione di fede inoffensiva, come tale sussumibile nel concetto

the case-law about international surrogacy in Europe, in ROBERTO TONIATTI – DAVIDE STRAZZARI (eds.), *Legal pluralism in Europe and the ordre public exception: normative and judicial perspectives*, Trento, 2016 (*Proceedings of the International Workshop held in Trento, 16 and 17 April 2017*), spec. pp. 98-105. Sulla connessa questione dell'effettività della tutela dei diritti fondamentali in Europa, cfr., invece, il volume di ELENA MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015.

³⁵ Per una critica alla dubbia tendenza giurisprudenziale di dilatare l'area dei reati di pericolo astratto, si rinvia, ancora, a GIORGIO MARINUCCI – EMILIO DOLCINI, *op. ult. cit.*, pp. 195-197.

³⁶ GIORGIO MARINUCCI – EMILIO DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 193.

³⁷ Così Corte cost., sent. n. 256 del 2005, considerato in diritto n. 4 (nello stesso senso, cfr. sentt. nn. 333/1991; 360/1995; 263/2000; 519/2000; 354/2002). Sembra utile ricordare che la Commissione bicamerale per le riforme, istituita con legge cost. n. 1/1997, aveva approvato in data 4 novembre 1997 la riforma dell'art. 129 Cost. con una espressa previsione del principio di offensività: «Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività». Il fallimento dei lavori della bicamerale ha purtroppo precluso l'espresso riconoscimento del rilievo costituzionale del principio di offensività. In merito, cfr. GIOVANNI FIANDACA, *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 161 ss. Per la tesi minoritaria che nega dignità costituzionale al principio di offensività, cfr., invece, GIUSEPPE ZUCCALA, *Sul preteso principio di offensività del reato*, in *Studi Delitalia*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 1700 ss.; e GIULIANO VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 659 ss.

normativo previsto dall'art. 4, comma 2, di «giustificato motivo»³⁸.

Del resto, autorevole dottrina ha da tempo messo in evidenza l'importanza che per il diritto assume non soltanto il *testo*, ma, in certi frangenti, anche il *con-testo*. Bisognerebbe che in questo, come purtroppo in molti altri casi³⁹, tali insegnamenti non venissero ignorati, o, peggio, lasciati in balia della silenziosa «critica roditrice dei topi»⁴⁰.

3. *Qualche nota conclusiva sulla discutibile invocazione da parte dei giudici dei «valori del mondo occidentale» e sui profili di incostituzionalità dell'art. 4, comma 2, l. n. 110/75*

Se gli argomenti della decisione della prima Sezione fossero stati esclusivamente quelli appena sottoposti a critica, forse molta meno eco avrebbe

³⁸ Non a caso, attenta dottrina penalistica ha definito il «giustificato motivo» una sorta di «organo respiratore della norma», con ciò riferendosi all'onere che di volta in volta grava sull'interprete decisore di verificare che il comportamento dell'imputato, e i fatti di causa, risultino in concreto offensivi del bene giuridico tutelato dalla disposizione. Cfr. GIOVANNI FIANDACA – ENZO MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 84.

³⁹ Solo per restare in tema di *kirpan*, conformi alla pronuncia in commento sono, ad. es., la sentenza del Tribunale di Latina, n. 24/2010, cit., e altri due precedenti della stessa I Sez., pen., in particolare sentt. n. 25163/2016 e n. 24739/2016, cit. Su tali due ultime decisioni, in cui per la prima volta la Cassazione è investita del caso *kirpan*, cfr. ANGELO LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del Kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 della Cassazione penale)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1/2017, il quale invita «ad adeguate forme di bilanciamento tra libertà di cui all'articolo 19 Cost. e le altre esigenze e interessi concorrenti» (spec. p. 16 ss.).

⁴⁰ Per la rilevanza giuridica dei «contesti» non soltanto normativi ma anche sociali, cfr., tra i costituzionalisti più sensibili, già CARLO LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1982, p. 18 ss., il quale mette in rilievo come «fra il sistema delle fonti (detto anche diritto teorico) e il diritto (o diritto vivente: su cui vedi C. cost., n. 70 del 1982) v'è una coincidenza soltanto parziale, in quanto il diritto, pur basandosi sulle prescrizioni offerte dalle fonti, attinge ad elementi in parte estranei, costituiti dai c.d. contesti sociali; cioè da concetti presupposti ed ai quali le fonti rinviano usando termini il cui significato è determinabile in base a nozioni di comune esperienza, ovvero scientifiche, tecniche, morali e persino politiche (v. in proposito C. cost., nn. 90 del 1966, 49 e 141 del 1980); concetti che possono oltretutto mutare nel tempo (per es. quello di buon costume)». Tra i filosofi del diritto, si veda, invece, LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981, p. 29 ss. Tra i cultori del diritto penale, GIORGIO MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 512, in argomento afferma sensibilmente che gli elementi normativi in ogni caso «impongono all'interprete di adeguare continuamente il senso della norma alle esigenze della vita sociale» dovendo egli essere pronto «ad un'opera di più intensa e penetrante ricerca, sul terreno degli interessi in conflitto, del senso normativo meglio adeguato alle esigenze della società in cui vive». Sembra dare invece esclusiva rilevanza al «testo», da ultimo, MASSIMO LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 391 ss., al punto da mettere in discussione la crisafulliana – fondamentale – distinzione tra «disposizione» e «norma» (cfr. VEZIO CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 195 ss.).

avuto la pronuncia, a cominciare dalla risonanza prodotta in primo luogo dai *media*⁴¹.

D'altronde, come si è detto, sono state anche altre le sentenze della stessa Sezione della Corte giunte alle medesime conclusioni in tema di porto illegale del *kirpan*. Tutte, nondimeno, rimaste sconosciute ai più⁴² e riconducibili ad un approccio securitario di origine statunitense⁴³.

Con molta probabilità vi è stato clamore mediatico, invece, perché, nei casi decisi in precedenza, nessun altro giudice si era mai spinto così oltre nelle argomentazioni al punto da affermare che «in una società multietnica, [...] il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e dalla civiltà giuridica della società ospitante», divenendo pertanto «essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale»⁴⁴.

Tra i precedenti conformi, non può non rilevarsi che almeno uno sembra prendere sul punto l'abbrivio in modo assai simile. Cambia però il termine di relazione e, dunque, il significato che l'espressione assume sul piano del diritto costituzionale. Si legge, infatti, nella precitata sent. n. 25163/2016 della Cassazione che «la manifestazione delle pratiche religiose» deve «necessariamente adeguarsi ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, coi quali non possono entrare in contrasto»⁴⁵.

Appare chiaro dunque come entrambe le decisioni facciano appello ai «valori». Soltanto quest'ultima però, a differenza di quella in commento, ha la premura di arrestarsi «ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico» che, seppur con una certa approssimazione, in qualche misura possono pur sempre ricondursi alla categoria giuridico-costituzionale dei c.d. controlimiti⁴⁶.

⁴¹ Tale aspetto, lo mostra efficacemente ROBERTO BIN, *Il problema non è il Kirpan ma la stampa*, op. cit., p. 1, il quale in riferimento a molte notizie diffuse dalla stampa nei giorni scorsi, si esprime in termini di «fake news» o «di vecchie e care balle».

⁴² Il riferimento è alle sentenze citate *supra*, nella nota 39.

⁴³ Il riferimento è al caso *People v. Singh*, deciso dalla *Criminal Court of the City of New York* nel maggio del 1987. Anche qui, di fronte ad un cittadino indiano fermato in metropolitana perché in possesso del *kirpan*, i giudici ritengono di dover sacrificare il diritto di libertà religiosa invocato dall'innocuo sikh, in nome delle esigenze di pubblica sicurezza e incolumità. Sulla vicenda, FABIO BASILE, *Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, luglio 2009, pp. 46-48.

⁴⁴ Così testualmente il considerato in diritto n. 2.3 (corsivo aggiunto).

⁴⁵ Cfr. il considerato in diritto n. 2 (corsivo aggiunto).

⁴⁶ Non è evidentemente possibile, in questa sede, ripercorrere le coordinate della dottrina e della giurisprudenza in tema di «controlimiti». Basti qui ricordare che i controlimiti sono quei principi di struttura di un ordinamento che rappresentano il limite invalicabile da qualsiasi autorità esterna

Alla stesse conclusioni di ordine metodologico non appare possibile approdare quando, invece, il riferimento è orientato a fantomatici quanto inafferrabili valori del «mondo occidentale». E questo non solo perché non esiste unità valoriale all'interno degli stessi Stati occidentali divenuti, come accennato, in gran parte multiculturali (si pensi al diverso significato che attribuiscono al valore “dignità umana” atei, cattolici, Testimoni di Geova, islamici, gli stessi appartenenti al sikhismo, ecc., tutti ormai conviventi nello stesso territorio)⁴⁷.

Il motivo che però, più di ogni altro, induce a non condividere le argomentazioni del giudice di legittimità sembra precipuamente essere un altro: non appare possibile – se non apoditticamente – definire un astratto «mondo occidentale» (a costituirlo e farne parte è l'Europa? Il mondo euro-nordamericano? E perché, ad es., non includere parzialmente anche il Giappone, specie dopo l'influenza che ha subito dagli USA dopo il secondo dopoguerra?). Per prendere contezza di ciò è sufficiente leggere le riflessioni dei comparatisti sul diritto occidentale (post)moderno e avvedersi di come esso stesso sia costantemente influenzato, nelle sue determinazioni, da una serie di forze prive di una geografia fissa⁴⁸.

(contro-limite da opporsi dal punto di vista interno) e che, però, allo stesso tempo, nello scenario attuale inevitabilmente sembrano subire processi di «europeizzazione». Solo per citare le posizioni di due studiosi tra i più autorevoli nel panorama nazionale, sostiene l'avvenuta «europeizzazione dei controlimiti» ANTONIO RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 11/2016, p. 18 ss. Ne mette invece in discussione la legittimità costituzionale MASSIMO LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 9, secondo il quale dovrebbe piuttosto presupporre l'esistenza di un «metaprincipio supremo che vuole intangibili i principi supremi». Per maggiori approfondimenti su tale complessa tematica, si rinvia, da ultimo, ad ALESSANDRO BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017, volume che raccoglie i contributi di molti autorevoli studiosi di più discipline, confrontatisi sul tema in occasione del Convegno dal titolo “Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali”, svoltosi nell'Università di Ferrara il 7-8 aprile 2016.

⁴⁷ Del resto, cultura e religione appaiono due realtà assolutamente collegate. In merito, cfr. MARIO RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008, pp. 177-213. Imprescindibili poi, in merito, le riflessioni di SAMUEL PHILLIPS HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano, 1997. Sull'importanza che in entrambe queste dimensioni (cultura e religione) assume invece il linguaggio, capace di infondere «in noi, impercettibilmente, una specifica visione del mondo», TZVETAN TODOROV, *La paura dei barbari. Oltre lo scontro delle civiltà*, Garzanti, Milano, 2009, p. 76 ss.; e GAETANO DAMMACCO, *Le asimmetrie dei linguaggi e il dialogo creativo: verba hominis et pax Dei*, in *Athanos. Linguaggi del monoteismo e pace preventiva*, 2011-12, pp. 83-99.

⁴⁸ Si veda, sul punto, MAURO BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010, spec. p. 141 ss., *ma passim*. In merito, poi, imprescindibili appaiono le riflessioni di RODOLFO SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 2007, spec. pp. 75-88 ove tratta del pluralismo giuridico, *ma passim*.

Così come, sotto altro e connesso aspetto, appare altrettanto non ipotizzabile la giuridica definizione di un valore. I valori, infatti, appartengono alle soggettività viventi in un contesto sociale storicamente mutevole, e non sono un'entità cristallizzabile in una raccolta di fonti atto pronte all'immediata applicazione. Le fonti applicabili di diritto positivo, come ha da tempo ben spiegato attenta dottrina, sono costituite da «regole» o al massimo da «principi», mentre i «valori» in sé giacciono nell'orbita del pre-giuridico in attesa di essere in parte positivizzati⁴⁹ (e solo in parte, a seconda della volontà del legislatore o dell'interprete qualificato di turno, piuttosto che dalla co-produzione delle volontà di entrambi⁵⁰).

Valori e principi sono spesso nella pratica confusi, ma hanno una natura assai diversa. Tale discrasia continua a verificarsi perché essi «hanno in comune il nucleo: entrambi si possono riferire ai medesimi beni, come ad esempio, la persona umana, la vita, la natura, la cultura, l'arte, oppure la sicurezza, l'espansione economica, il benessere, la potenza dello Stato, la nazione e perfino la razza». Quel che li differenzia è questo: mentre in sé il «valore è un *bene finale, fine a se stesso*, che chiede di realizzarsi attraverso attività *teleologicamente orientate*», al contrario il principio «è un *bene iniziale* che chiede di realizzarsi attraverso attività *conseguenzialmente orientate*». In altre parole, mentre il primo è destinato a trasformarsi, nella sua massima espressione di potenza, schmittianamente in un «tiranno» (essendo il suo criterio di legittimità «l'efficienza al fine», ogni azione o giudizio trova giustificazione in un qualsiasi «mezzo», sino al punto che «il più nobile valore può giustificare la più abietta delle azioni», come la guerra e gli stermini di massa per assicurare la pace e la libertà), le azioni e i giudizi fatti

⁴⁹ Sulla distinzione tra valori, principi e regole, non potendo in questa sede fare riferimento alla sterminata letteratura (non solo costituzionalistica) che si è occupata del tema (se si vuole, è possibile rinvenire una nutrita bibliografia sul tema nel mio *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014), si farà qui esclusivo riferimento all'autore che, a giudizio di chi scrive, forse ad oggi è riuscito meglio ad inquadrare le complesse problematiche scaturenti della suddivisione concettuale. Si veda, pertanto, GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in «*Quaderni fiorentini*», XXXI, 2002, p. 865 ss., ora rinvenibile anche in *Id.*, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, p. 85 ss. Dello stesso A., si veda, poi, *Il diritto mite. Leggi diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, spec. p. 147 ss.; e *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, p. 205 ss.

⁵⁰ Sul diritto inteso come fenomeno di fisiologica co-produzione normativa, ossia di diritto costruito, nella realtà della dimensione giuridica, tanto del legislatore quanto del giudice in qualità di interprete applicatore di ultima istanza, sia permesso, ancora una volta, rinviare a ANTONIO GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, op. cit., spec. p. 87 ss.; e, da ultimo, *Id.*, *Il giudice, il legislatore e l'opinione pubblica: appunti sulla razionalità sociale dell'ordinamento costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 9 maggio 2016.

in nome di un principio traggono invece validità dal contenuto normativo «riconducibile al principio» medesimo, ossia all'interno degli argini di una logica ordinamentale in cui esso può essere giuridicamente soppesato e bilanciato⁵¹.

Ciò sostanzialmente significa che gli stessi beni posti a fondamento di entrambi, soltanto in applicazione di principi – non già di valori – possono convivere senza che nessuno di esso corra il rischio di angariare in modo risolutivo il diritto vantato da altri. È quanto avvenuto, ad esempio, nel “caso Ilva” ove, come è risaputo, a fronteggiarsi sono stati due diritti egualmente fondamentali: quello al lavoro e quello alla salute. In questa circostanza è stata proprio la Corte costituzionale che ha fatto tesoro di tali postulati, affermando che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»⁵².

Le aporie appena richiamate non esauriscono il loro peso sul terreno dei dibattiti teorici. Tutt'altro. Se prendiamo minimamente sul serio quanto fin qui solo tratteggiato, la questione diventa quella della misura e delle modalità con cui *il discorso e la pratica* della garanzia delle libertà e dei diritti costituzionali sono disposti a riconoscere ciascuna di queste appartenenze, spesso stratificate e intrecciate tra loro.

Quando nella realtà magmatica della dimensione giuridica ci si imbatte nei c.d. «reati culturalmente motivati»⁵³, ovvero sia quando gli organi di giustizia si trovano a dover decidere di quei comportamenti che per la legge di un Paese sono illegali, ma che non sono compresi come tali da chi li pone in essere in quanto considerati legittimi e talvolta doverosi nella propria cultura⁵⁴, il rischio di decisioni contraddittorie e discriminanti è

⁵¹ Le citazioni sono ancora di GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, op. cit., pp. 92-94. Per una diffusa riflessione sul tema del bilanciamento, quasi scontato è qui il rinvio a ROBERTO BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

⁵² Corte cost., sent. n. 85 del 2013, considerato in diritto n. 9.

⁵³ In merito cfr., almeno, FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010; e ELISA OLIVITO, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2011, pp. 33-44.

⁵⁴ Basti pensare, ad esempio, alle delicate questioni che riguardano il velo islamico (in tutte le sue tipologie, dalla meno alla più invasiva, *foulard, hijab, chador, niqab, burqa*); ai seguaci della religione tradizionale americana, i *Native Americans*, che per fede fumano una sostanza stupefacente considerata dalle stesse leggi occidentali psicotropa, il *peyote*; ai fedeli del gruppo religioso denominato *Santo Daime*, i quali bevono un infuso psichedelico di diverse piante amazzoniche (*l'ayahuasca*) da loro ritenuto una medicina naturale per il corpo e per l'anima misconosciuta dalla scienza medica occidentale; e, infine, ai fedeli della religione *Rastafariana*, gruppo politico-religioso proveniente dalla Giamaica, che fumano marijuana a scopo meditativo. In tutti questi casi è evidente la necessità di una disciplina sovranazionale in grado di contemperare il diritto di fede con le finalità

altissimo⁵⁵. Così come, quando si inneggiano con faciloneria valori appartenenti ad un presupposto esistente modello occidentale, non ci si accorge del rischio di “tiraneggiare” le altre culture, (s)opprimendole in nome di un non espressamente dichiarato neocolonialismo votato alla «occidentalizzazione del mondo»⁵⁶.

In attesa di un possibile intervento in materia del legislatore⁵⁷, meglio

di pubblica sicurezza. Si tratta, in queste ipotesi, di beni di rilevanza inter-costituzionale che non possono ammettere la frammentazione di discipline interne generative di disuguaglianze. Lo stesso comportamento, si vuol dire, essendo espressione di diritti umani fondamentali, non dovrebbe essere permesso o vietato a seconda della (in)sensibilità della legislazione di ciascun singolo Stato. In un affresco di questo tipo, dovrebbe più che mai valere l'insegnamento di quello che forse è stato il più grande giurista democratico del secolo scorso, Hans Kelsen. Egli scrive, infatti, in una prospettiva di pace internazionale che non sia incentrata soltanto su interessi economici e leggi di mercato, che il concetto di sovranità nazionale «senza dubbio [...] deve essere rimosso. E' questa la rivoluzione della coscienza culturale di cui abbiamo bisogno!». Cfr. HANS KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 469.

⁵⁵ In assenza di vincolo del precedente, tipico dei Paesi di *common law*, il rischio che decisioni altamente discrezionali dei giudici possano di fatto creare «disuguaglianze» è, da ultimo, rilevato da ANNA MARIA NICO, *Il diritto giurisprudenziale “creativo” è uguale per tutti? Brevi riflessioni sui confini della funzione giurisdizionale*, in MICHELE DELLA MORTE (a cura di), *La diseguaglianza nello Stato costituzionale. Atti del convegno* (Campobasso, 19-20 giugno 2015), (Quaderni del Gruppo di Pisa. Convegni), Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 331 ss. Ritene che compito fondamentale del giudice debba essere quello di garantire eguaglianza VINCENZO TONDI DELLA MURA, *Il patto costituzionale fra teologia politica e teologia della politica*, op. cit., p. 481 ss. Sull'importanza che invece assume nel nostro ordinamento il principio di eguaglianza non solo per i «cittadini» ma anche per gli «stranieri», cfr. CECILIA CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 3/2014, spec. 5 ss.

⁵⁶ Per fare solo accenno alle acute osservazioni di SERGE LATOUCHE, *L'occidentalizzazione del mondo. Saggio sul significato, la portata e i limiti dell'uniformazione planetaria*, Bollati Boringhieri, Milano, 1992.

⁵⁷ E' stata depositata in Parlamento una proposta di legge che, ove approvata, consentirebbe forse di trovare un migliore equilibrio tra esigenze di pubblica sicurezza e libertà di portare il kirpan per il fedele. Il testo della proposta è il seguente: “1. I cittadini o gli stranieri di confessione Sikh legalmente residenti nel territorio della Repubblica sono autorizzati a portare il loro tradizionale coltello religioso, denominato *Kirpan*, a condizione che sia fabbricato in modo da assicurarne l'inidoneità a produrre ferite da taglio e l'impossibilità di affilarlo. / 2. La direzione centrale per gli affari generali della Polizia di Stato, istituita presso il Ministero dell'interno, giudica dell'inidoneità del *Kirpan* a produrre ferite e dell'impossibilità di affilarlo e rilascia apposita autorizzazione alle imprese produttrici. / 3. La direzione centrale per gli affari generali della Polizia di Stato si assicura della congruità del modello autorizzato di *Kirpan* a soddisfare le finalità religiose collegate al suo porto, acquisendo il parere dei vertici della rappresentanza dei Sikh in Italia. / 4. Il *Kirpan* prodotto secondo i criteri di cui al comma 1 deve essere provvisto di un segno riconoscibile, approvato dalla direzione centrale per gli affari generali della Polizia di Stato, con il consenso dei vertici della rappresentanza dei Sikh nel nostro Paese. / 5. Il Ministro dell'interno con proprio decreto, da adottare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, disciplina la procedura di valutazione dei modelli letali di *kirpan* e di rilascio delle licenze a produrli e commercializzarli”. Cfr. Senato della Repubblica, XVII Legislatura – Ddl n. 1910 presentato il 6 maggio 2015: “*Disposizioni in materia di porto di Kirpan da parte dei cittadini o degli stranieri di confessione Sikh legalmente residenti nel territorio*”

avrebbe pertanto fatto il Supremo collegio ad esprimersi – a limite – in termini “principiali” preoccupandosi, piuttosto, di verificare se non fosse stato il caso di interrogare il giudice delle leggi per ottenere un ragionevole riscontro circa la legittimità costituzionale dell’articolo 4, comma 2 della l. 110/75⁵⁸.

Invero, per come è scritta la legge, non è affatto scontato che possa uscire indenne da un’attenta disamina della Consulta. Si potrebbe in ipotesi immaginare una sentenza della Corte che vada a definire l’indeterminatezza della formula legislativa «giustificato motivo» tenendo conto non soltanto del parametro *ex art. 19 Cost.* (il che, evidentemente, avrebbe un effetto prevalentemente circoscritto ai sikhisti), ma, più in generale, anche e soprattutto dei risvolti del *principio costituzionale di offensività*, come visto da essa stessa riconosciuto a più riprese.

La matrice costituzionale del principio di offensività è, infatti, correttamente desunta dai seguenti parametri costituzionali: *a)* dall’art. 13 Cost., il quale, tutelando la libertà personale, richiede che l’irrogazione di una sanzione penale (spesso limitativa di quel bene) debba essere ammessa solo come reazione ad una condotta che offenda un bene di pari rango⁵⁹; *b)* dall’art. 25, co. 2, Cost., che, subordinando la sanzione penale alla commissione di un «fatto», conseguentemente richiede che il legislatore punisca condotte materiali ed offensive (non già la mera disobbedienza), atteso che in caso contrario la pena non potrebbe svolgere la sua funzione di orientamento culturale, che presuppone appunto l’incriminazione e la punizione di fatti offensivi⁶⁰; *c)* dagli artt. 25 e 27 Cost., che, distinguendo le «pene» dalle «misure di sicurezza» (con funzione, queste ultime, esclusivamente preventiva), nel momento in cui il legislatore sanziona condotte non offensive, assegnerebbe alla pena il ruolo proprio della misura di sicurezza⁶¹; *d)* dall’art. 27, co. 3. Cost., alla luce del fatto che, pretendendo lo stesso «principio rieducativo della pena» la percezione dell’antigiuridicità e dell’aggressività sociale del comportamento da parte del condannato, l’applicazione della pena per un fatto inoffensivo farebbe percepire la sanzione come ingiusta, impedendo al

della Repubblica”. Il progetto di legge risulta assegnato alla I Commissione permanente (Affari Costituzionali) in sede referente il 13 aprile 2016.

⁵⁸ Della stessa opinione è una sensibile dottrina. Cfr. ANTONIO RUGGERI, *La questione del kirpan quale banco di prova*, op. cit., p. 315.

⁵⁹ In tal senso FRANCO BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIX, Utet, Torino, 1973, p. 15 ss.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ In tal senso MARCELLO GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8 ss.

reo di predisporre ad accettare l'offerta di recupero sociale di cui è portatrice la sanzione stessa⁶²; da ultimo, ma non ultimo, e) dall'art. 21 Cost. in quanto, atteso che ogni agire umano è espressione del proprio mondo interiore, del proprio intelletto, della propria volontà, ed è dunque tutelato come forma di libera espressione di pensiero, la sanzione di meri comportamenti inoffensivi si tradurrebbe in una compressione della libertà di pensiero intollerabile dall'impianto costituzionale⁶³.

L'art. 4, comma 2 della l. 110/75, consentendo di punire senza che in concreto sussista neppure il pericolo dell'offesa al bene giuridico (ordine pubblico «internazionale»), andrebbe pertanto dichiarato incostituzionale nella parte in cui non consente di escludere la penale responsabilità di quanti portano «fuori dalla propria abitazione...strumenti da punta o da taglio» che, per le caratteristiche dell'oggetto, la personalità del possessore ed il contesto di utilizzo risultino in concreto essere ragionevolmente inoffensivi.

Le esigenze di pubblica sicurezza sono di per sé assicurate nel momento in cui il sospettato viene fermato o arrestato dalle forze dell'ordine. Dopodiché, una volta accertata nel giudizio l'assenza dell'offesa al bene giuridico da parte dell'imputato, comminare una qualsivoglia sanzione appare eufemisticamente un *monstrum iuris*.

Vale la pena qui ricordare, a conclusione di queste brevi riflessioni, le parole di Carl Schmitt spese a proposito dell'hartmanniana «tirannia dei valori». Scrive lo studioso di Plettenberg: «...Un giurista che s'impegna nel diventare un attuatore immediato di valori dovrebbe sapere ciò che fa. Dovrebbe riflettere sull'origine e sulla struttura dei valori, senza prendere alla leggera il problema della tirannia dei valori e della loro attuazione immediata. Dovrebbe farsi un'idea chiara della recente filosofia dei valori, prima di decidersi a diventare valutatore, trasvalutatore, rivalutatore o svalutatore, e di annunciare, in quanto soggetto portatore di valori e dotato di senso del valore, le posizioni di un ordine gerarchico di valori soggettivo o anche oggettivo nella forma di sentenze dotate di valore legale»⁶⁴.

Diversamente, specie se in mancanza di una seria volontà diretta alla «riconciliazione» delle diverse tradizioni culturali e giuridiche al fine di garan-

⁶² Cfr., ancora, FRANCO BRICOLA, *op. loc. cit.*

⁶³ In tal senso LUIGI STORTONI, in TULLIO PADOVANI – LUIGI STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, il Mulino, Bologna, p. 90 ss. Per una migliore comprensione del significato dell'art. 21 Cost., si veda, poi, ALDO LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 472 ss.

⁶⁴ CARL SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008, p. 68.

tire la ricchezza delle «differenze»⁶⁵, chi con leggerezza inneggia e proclama «valori» corre il rischio di apparire, anche solo inconsapevolmente, un «lestofante»⁶⁶.

⁶⁵ In merito, imprescindibili appaiono le riflessioni di PATRICK GLENN, *Tradizioni giuridiche del mondo*, op. cit., spec. p. 561 ss., ma *passim*.

⁶⁶ L'incisiva espressione è di GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, op. cit., p. 93, il quale testualmente scrive che «chi, nel campo del diritto, troppo sbandiera valori è spesso un lestofante».