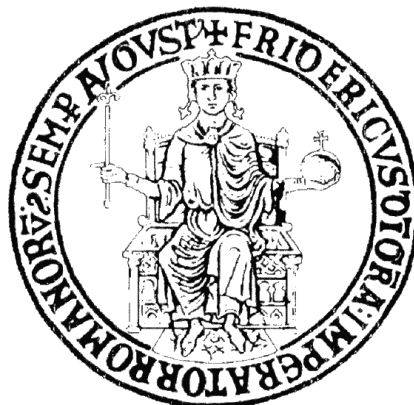


# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA



TESI DI LAUREA IN

DIRITTO PENALE

## LA FUNZIONE DELLA PENA NEI REATI CULTURALMENTE ORIENTATI

---

### **Relatore**

Ch.mo Prof.

Sergio Moccia

### **Candidato**

Raffaele Muzzica

Matr. 991012549

Anno Accademico 2012/2013

« Ma gli immigranti ridono sentendo i timori dei nazionalisti, che hanno paura delle infezioni, delle penetrazioni, della mescolanza di razze, tutte cose da poco, bazzecole, se paragonate a ciò di cui hanno paura gli immigranti... la dissoluzione, la scomparsa.»

Z. SMITH, *Denti bianchi*

# La funzione della pena nei reati culturalmente orientati

---

## Indice

<i>Introduzione</i> .....	6
---------------------------	---

## *Capitolo I*

### I principi costituzionali del diritto penale

1. Il principio di legalità.....	9
1.1. Legalità e Stato di diritto .....	10
1.2. La riserva di legge nel sistema penale italiano: funzioni e fondamento normativo.....	15
1.3. Rapporti tra legge e fonti subordinate. Diversi modelli di integrazione.....	21
1.4. Cenni sui rapporti tra riserva di legge e normativa sovranazionale. .....	25
1.5. Determinatezza/tassatività: l'autentico binomio di garanzia della legalità.....	30
1.6. Il principio di irretroattività. Abolitio criminis e successione di leggi penali nel tempo.....	41
2. I principi di materialità e offensività.....	52

2.1. Il principio di materialità: un diritto penale del fatto. ....	52
2.2. Il principio di offensività. Linee generali. ....	54
2.3. Offensività come criterio di politica criminale: la teoria del bene giuridico. ....	61
2.4. Offensività come criterio ermeneutico. ....	67
2.5. Offensività come parametro di ragionevolezza. ....	71
3. Frammentarietà e sussidiarietà.....	73
3.1. Frammentarietà e autonomia del diritto penale: garanzia ed effettività. ....	73
3.2. Necessità di pena. Il diritto penale quale extrema ratio. ....	76
4. Il principio di personalità .....	80
4.1. Il profilo soggettivo nell'illecito penale. ....	80

## *Capitolo II*

### Il fattore culturale nel sistema penale

1. Una definizione di reato culturalmente orientato: profili sociologici e criminologici. ....	85
1.1. Globalizzazione e diritto penale .....	85
1.2. Multiculturalismo, pluralismo, multiethnicità .....	89
1.3. La «non neutralità culturale» del diritto penale: i conflitti culturali .....	94

1.4. Una definizione di reato culturalmente orientato .....	103
2. I possibili approcci al problema: assimilazionismo e multiculturalismo .....	110
2.1. L'opzione assimilazionista: la ratio e gli inconvenienti.....	110
2.2. Espressioni del fattore culturale in una politica penale assimilazionista.....	114
2.3. L'opzione multiculturalista: la ratio e gli inconvenienti.....	117
2.4. Espressioni del fattore culturale in una politica penale multiculturalista .....	119
3. Un esempio di multiculturalismo forte: la cultural defense.....	123
3.1. Una fortunata definizione dottrinale: le ragioni e i limiti dell'istituto.....	123
3.2. Una pluralità di canali per la cultural defense: plea bargaining, defenses tradizionali, sentencing .....	130
3.3. Cultural evidence: riconoscimento e prova .....	134
3.4. Contrarietà alla cultural defense o eventuale formalizzazione?	138

### *Capitolo III*

#### Il modello italiano tra ibridazione e anacronismo

1. Cause ed espressioni di una scelta assimilazionista .....	143
1.1. Le ragioni alla base di un sistema penale "chiuso" e la necessità di una attuale rivisitazione .....	144

1.2. Un esempio di legislazione assimilazionista: pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583 <i>bis</i> c.p.).....	159
1.3. Un esempio di legislazione penale assimilazionista (II): impiego di minori nell'accattonaggio (art. 600 <i>octies</i> c.p.). .....	183
1.4. Le derive di una politica assimilazionista: la questione dell'abbigliamento rituale e il reato di immigrazione clandestina. ....	194
2. Ipotesi <i>de jure condito</i> per la rilevanza del fattore culturale .....	204
2.1. Scopo e variabili nella ricerca di una soluzione per i reati culturalmente orientati. ....	204
2.2. La scarsa incidenza del fattore culturale sugli elementi del fatto: tipicità. ....	208
2.3. Il luogo di risoluzione dei conflitti: l'antigiuridicità.....	213
2.4. La personalizzazione dell'illecito: la colpevolezza/responsabilità. ....	222
2.5. Reati culturali e commisurazione della pena.....	231

## *Capitolo IV*

### Reati culturalmente orientati e prospettive *de jure condendo*

1.1. Possibili soluzioni <i>de jure condendo</i> : l'ipotesi dell'inesigibilità ....	240
1.2. Inopportunità e rischi di un intervento legislativo.....	247
2. Considerazioni conclusive.....	251
<i>Bibliografia</i> .....	256

## Introduzione

Il presente lavoro si propone di analizzare i profili problematici dei reati culturalmente orientati e delle correlate ipotesi di soluzione, nella consapevolezza di affrontare una delle sfide più recenti per il sistema penale, a causa dello storico ritardo dell'ordinamento italiano in relazione a questo fenomeno e quelli connessi, come la ricezione dei flussi migratori, i problemi di integrazione, il rispetto dei diritti umani dei migranti. Negli ultimi decenni globalizzazione e glocalizzazione, tendenze solo apparentemente antitetiche, hanno contribuito a creare l'*humus* ideale per conflitti culturali sempre più frequenti, a causa delle massive migrazioni, e sempre più esacerbati da contesti di ricezione stranieri, di fronte ai quali ogni meccanismo di riconoscimento individuale e di gruppo è perseguito anche a costo di violare le leggi dello Stato ospitante.

Dinanzi a comportamenti penalmente illeciti ma sospinti dai dettami culturali del gruppo etnico di appartenenza, il diritto penale nel suo impianto costituzionale si viene a trovare in situazioni dilemmatiche, dovute in buona parte alla sua natura ancipite, da un lato strumento di tutela delle istanze sociali, dall'altro quadro di garanzie dei diritti fondamentali, *in primis* del delinquente. Le ingenti questioni circa l'*an* della punizione di fatti culturalmente orientati e, in subordine, circa il *quantum* della eventuale pena rappresentano un classico «*hard case*»: da qui scaturisce l'imprescindibile partenza dal quadro dei principi costituzionali, da cui desumere le linee guida per una soluzione razionale e cogente, sebbene potenzialmente in contrasto con l'attuale panorama legislativo e giurisprudenziale italiano, improntato alla generale

indifferenza verso il fattore culturale, se non ad una maggiore severità della risposta sanzionatoria. Questa prospettiva potrà, forse, dimostrare che non è necessario abdicare ai principi del diritto penale liberale per perseguire soluzioni efficientiste o postmoderne ma che una soluzione al problema dei reati culturalmente orientati si può costruire proprio partendo dall'eredità più feconda dell'Illuminismo giuridico.

Sarà necessario, nel prosieguo del lavoro, un confronto con ordinamenti più avvezzi ai frutti velenosi del multiculturalismo e alla flessibilizzazione dei doveri tipica di una società pluralista, proprio partendo dalla problematica definizione di reato culturalmente orientato: lungi da una visione stereotipizzante della diversità, una certa dose di discrezionalità nella scelta metodologica di riferirsi ad un concetto di cultura in senso etnico è inevitabile ma, si ritiene, pienamente razionale: la crescente rilevanza di problemi concreti connessi al multiculturalismo, la natura societale e pervasiva delle culture dei gruppi etnici rispetto ad altre, la presenza di un diritto fondamentale delle minoranze ad esercitare la propria cultura sono tutti fattori che spingono a depurare il vago concetto di cultura dal riferimento a fenomeni come le sette religiose, i codici d'onore mafiosi o terroristici, o semplicemente gli stili di vita individuali. In breve, non tutto ciò che è antropologicamente definibile come cultura può essere rilevante ai fini dell'ordinamento giuridico penale o, almeno, non può esserlo negli stessi termini. Gli atteggiamenti molteplici, spesso contraddittori, nei confronti della diversità culturale testimoniano la decisa commistione tra diritto penale, cultura (o meglio culture) e politica: le svariate soluzioni proposte, soprattutto di matrice anglosassone, forniscono spunti interessanti per elaborare un'ipotesi più aderente alle categorie giuridiche e agli istituti del nostro sistema, come si cerca di ricostruire negli ultimi due capitoli del lavoro. In una società in cui l'identità è sempre meno radicata in un territorio e sempre più



connessa all'idea di appartenenza, il diritto penale si trova dunque ad affrontare una prova emblematica: vincolarsi al principio dei diritti umani, avanzando la pretesa di una propria validità interculturale, oppure precipitare negli anni bui della sua storia, quando era espressione solo di un vendicativo e irrazionale bisogno di punire.

## Capitolo I

### I principi costituzionali del diritto penale

SOMMARIO: 1. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ. - 1.1. Legalità e Stato di diritto. - 1.2. La riserva di legge nel sistema penale italiano: funzioni e fondamento normativo. - 1.3. Rapporti tra legge e fonti subordinate. Diversi modelli di integrazione. - 1.4. Cenni sui rapporti tra riserva di legge e normativa sovranazionale. - 1.5. Determinatezza/tassatività: l'autentico binomio di garanzia della legalità. - 1.6. Il principio di irretroattività. *Abolitio criminis* e successione di leggi penali nel tempo. - 2. I PRINCIPI DI MATERIALITÀ E OFFENSIVITÀ. - 2.1. Il principio di materialità: un diritto penale del fatto. - 2.2. Il principio di offensività. Linee generali. - 2.3. Offensività come criterio di politica criminale: la teoria del bene giuridico. - 2.4. Offensività come criterio ermeneutico. - 2.5. Offensività come parametro di ragionevolezza. - 3. FRAMMENTARIETÀ E SUSSIDIARIETÀ - 3.1. Frammentarietà e autonomia del diritto penale: garanzia ed effettività. - 3.2. Necessità di pena. Il diritto penale quale *extrema ratio*. - 4. IL PRINCIPIO DI PERSONALITÀ - 4.1. Il profilo soggettivo nell'illecito penale.

## Il principio di legalità

*1.1. Legalità e Stato di diritto.* Si intende per principio di legalità la necessità che determinati istituti giuridici o provvedimenti siano regolati, almeno nelle linee essenziali, dalla legge: è un fenomeno che interessa numerosi settori dell'universo giuridico, a partire dal diritto amministrativo a quello processualpenalistico, ma in nessuno come nel diritto penale esprime la sua portata più autentica. Infatti tale principio, riassunto nel brocardo coniato da Anselm Feuerbach *nullum crimen nulla poena sine lege*, è spesso presente nelle legislazioni ordinarie e, soprattutto, costituzionali, come regola di somma civiltà giuridica. Esplica la sua funzione attraverso quattro corollari: la riserva di legge, il divieto di analogia, il principio di determinatezza, il principio di irretroattività. Le origini di questa regola aurea sono politiche prim'ancora che giuridiche: d'altronde, la tensione tra autorità e libertà tipica della materia penale rende più palese che altrove la natura del diritto quale formalizzazione di scelte politiche, nella fattispecie che a noi interessa, di scelte di politica criminale<sup>1</sup>. La legalità formale, per la quale non si può punire per un fatto che non sia qualificato come reato da una legge (precedente alla commissione del fatto, aggiungeremo) e con una pena che non sia altresì prevista, discende direttamente dall'ideologia liberale dello Stato di diritto<sup>2</sup> consacrato

---

<sup>1</sup> Il legame indissolubile tra diritto, ideologia e scelte di politica criminale è evidenziato da MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 24.

<sup>2</sup> La dottrina si interroga sui precursori storici dell'affermazione illuministica del principio, da alcuni rinvenuti nella *Magna Charta libertatum* di Re Giovanni d'Inghilterra (1215), la quale all'art. 39 affermava: «Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut

dal pensiero illuminista e dalla dottrina del contratto sociale: la libertà personale va limitata nella misura strettamente essenziale alla convivenza civile<sup>3</sup> e la Legge, potere supremo nella tripartizione, in quanto espressione della volontà generale dei cittadini, è considerata intrinsecamente giusta, quale positivizzazione dei principi della Ragione. Sancito anche nella *Petition of Rights* degli Stati Uniti d'America (1774), nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789), consacrato in molteplici Costituzioni nazionali fino a giungere nei moderni cataloghi dei diritti rappresentati dalle Convenzioni internazionali (art. 7 CEDU, art. 15 Trattato internazionale dei diritti civili e politici, art. 49 CDFUE) il principio è giunto pressoché inalterato ai giorni nostri<sup>4</sup>: tante volte enunciato quanto

---

aloquo modo destruatur nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae». VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1994, p. 287; MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Padova, 2011. *Contra*: FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009, che ritengono le garanzie della *Magna Charta* ancora troppo evanescenti a livello sostanziale per considerarle qualcosa di più di un semplice antecedente storico.

<sup>3</sup> «Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è dunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo». Vedi BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di VENTURI F., 10<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, p. 13.

<sup>4</sup> In realtà vi sono stati e, in alcuni casi permangono tutt'ora, ordinamenti che hanno rinunciato alla portata garantista del principio. Ci riferiamo alla nota accezione di legalità sostanziale, sorta sulle ceneri di una legalità formale demolita dalla critica marxista al “feticcio borghese della legge” nell'Unione Sovietica e dalla scuola di Kiel nella Germania pre-nazista. La legalità sostanziale impone di considerare reati fatti socialmente pericolosi, a prescindere da una qualsiasi fattispecie legale astratta, e si presta quale temibile strumento per regimi autoritari: d'altronde, i fondamenti extralegali a cui ancorare la nozione sostanziale del reato sono sempre espressione delle classi dominanti, non certo delle minoranze. La legalità sostanziale è tipica di contesti

spesso tradito, si direbbe, almeno nel suo portato più autentico di garanzia e non in veste di simulacro formalistico. Probabilmente è nel giusto parte della dottrina che ritiene vano e controproducente chiedere al principio di legalità, scevro dai suoi corollari dal

---

sociali in forte divenire, in cui è il diritto ad adeguarsi alla realtà e non viceversa, ma annienta totalmente la certezza del diritto, dando poteri immensi al giudice - spesso neanche dotato di autonomia dal potere esecutivo, ma sua promanazione - con conseguenze importanti anche dal punto di vista della pena, che perde totalmente quella chiarezza necessaria alla esplicazione di una funzione generalpreventiva e di orientamento nei confronti dei consociati. Per una approfondita analisi dei sistemi imperniati su un principio di legalità sostanziale v. VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1994, p. 291 ss; MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Padova, 2011, p. 6. Totalmente diverso il discorso relativo alla valenza del principio di legalità nei sistemi di *common law*: il diritto penale britannico è nato su basi prevalentemente consuetudinarie – d'altronde, neanche la *Magna Charta* escludeva espressamente la consuetudine dal novero delle fonti che potessero giustificare la compressione dell'*habeas corpus* – elaborate dall'interpretazione giurisprudenziale, la quale, tutt'oggi, può giustificare una nomenclatura del sistema quale *Case law*. Il giudice anglosassone ha una libertà meno ampia di quanto si immagini grazie al vincolo del precedente giudiziario, dal quale può discostarsi soltanto in casi specifici e con modalità predeterminate. Inoltre l'Inghilterra ha sempre conosciuto anche singole leggi incriminatrici come fonti di diritto penale, ma il ricorso all'analogia è legittimato e quasi inevitabile sia nell'applicazione della legge scritta – c'è da dire sempre più cospicua in materia penale – che del diritto consuetudinario. Negli Stati Uniti il problema è più complesso, perché ad una generale regressione del diritto consuetudinario in materia penale si accompagna un fenomeno di abrogazione dello stesso in alcuni Stati, di coesistenza con la legge scritta in altri, di tentativi di codificazione anche su spinta federale. Questa complessità non esclude, comunque, che il *nullum crimen, nulla poena sine lege* sia considerato un principio costituzionale desumibile dal *due process of law* (IV e V emendamento) e, come tale, un vincolo per il legislatore anche sotto il punto di vista della determinatezza delle fattispecie di reato. Probabilmente questi sistemi sono incompatibili con un principio di legalità inteso in senso “continentale”, ma il problema autentico è considerare se in essi vengano a mancare le garanzie storicamente connesse al principio in questione. Autorevole dottrina giunge a riconoscere che tale pericolo non sia presente nel diritto anglosassone, grazie alla grande importanza ricoperta dalla certezza del diritto, dall'elaborazione giurisprudenziale fortemente organica e, probabilmente, anche da una cultura garantista ampiamente diffusa. V. VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 288 ss. Ulteriore conferma del fatto che i principi sono questione di sostanza e non di forma.

significato sostanziale, più di quanto esso possa darci<sup>5</sup>: ovverosia, una qualificazione legale del reato e della corrispettiva pena. A testimonianza della neutralità di tale principio, ma più in generale della vacuità di istituti e categorie allorquando non siano letti nella loro natura di filtro per diverse scelte politiche, basti ricordare come il principio di legalità fosse, ed è tutt'ora, dopo veri e propri sconvolgimenti a livello di sistema assiologico di riferimento, anche l'*incipit* del Codice Rocco del 1930: un codice autoritario, pronto a negare l'essenza del principio nelle fattispecie vaghe e indeterminate di parte speciale, per il quale la legalità non era lo scudo del cittadino contro lo Stato, ma l'esaltazione di quest'ultimo quale unica manifestazione/produzione di diritto. Strade diverse, ma obiettivi simili di repressione del dissenso e di uso politico del diritto, furono intraprese nella Germania nazista, dove la legalità formale divenne in breve un ricordo, sostituita dalla sfiducia nei confronti della *lex scripta*, e dal ben più elastico *Führersprinzip*. Sembra quindi illusorio caricare categorizzazioni ideali della facoltà di arginare derive politiche illiberali<sup>6</sup>: ciò diventa possibile soltanto allorché queste scelte di valore siano dotate di un valore cogente

---

<sup>5</sup> La riflessione è di ROMANO M., sub *art.1 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004, p. 31.

<sup>6</sup> V. MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv .it .dir. e proc. pen.*, 1989, 1006 ss; BRICOLA F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, p. 15 ss. D'altronde la neutralità originaria di singoli istituti prima di divenire veicolo di scelte politico-criminali precise è testimoniata anche dal fenomeno inverso a quanto notato nel testo: ad esempio, il divieto di analogia è nel nostro sistema un corollario del principio di legalità formale che mira a rafforzare di contenuti le garanzie di cui quest'ultimo è portatore. Eppure, in sistemi di lunga tradizione democratica come l'Inghilterra e i paesi scandinavi non vi è un tale divieto. Ciò che conta, in sintesi, non è la mera proclamazione del principio, ma l'attuazione dello scopo celato dietro il principio stesso.

anche per il legislatore<sup>7</sup>, in modo da rappresentare gli assi portanti di un sistema che non può essere non rispettato, pena l'illegittimità del mezzo adoperato o l'eversione del sistema come finora conosciuto. Indubbio è che il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* sia strettamente connesso, già dalle sue origini nel pensiero di Feuerbach, ad una precisa scelta in merito alla finalità della pena<sup>8</sup>: lo scopo dello Stato è quello di creare le condizioni per una convivenza pacifica e ordinata, predisponendo mezzi di ostacolo psicologico alla commissione di delitti. Non essendo praticabile un ostacolo di ordine fisico, consistente nella carcerazione di tutta la popolazione, secondo Feuerbach la pena deve servire a trattenere l'individuo dal commettere un delitto, attraverso la minaccia del castigo. Perché la pena sia efficace essa, dunque, deve essere certa, chiara<sup>9</sup>, determinata e di intensità

---

<sup>7</sup> Sulla tematica dei riferimenti normativi del diritto penale desunti dalla Costituzione la bibliografia è immensa. Segnaliamo BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973; *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, 3 ss ; MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv .it .dir. e proc. pen.*, 1989, 1006 ss.; MARINUCCI G. - DOLCINI M., *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2012; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale: parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2008; sui principi costituzionali e sulla loro attualità, e mancata attuazione, nel moderno (o sarebbe meglio dire postmoderno?) diritto penale v. DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 11 ss.

<sup>8</sup> V. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 47 ss, sulla costruzione di una sistematica del diritto penale improntata sul concetto del diritto come mezzo per raggiungere scopi di politica criminale, pur senza rinunciare alle garanzie di eguaglianza e certezza della dommatica. V. anche ROXIN K., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970, 2<sup>a</sup> ed. 1973), trad. it. S. MOCCIA, Napoli 1986.

<sup>9</sup> Ricordiamo l'insegnamento di BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di VENTURI F., 10<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, p. 18 ss. Il codice non doveva essere un libro oscuro nelle mani dei potenti: riecheggia il tema più generale, caro

superiore al piacere che il delinquente trarrebbe dal delitto. Questo accentuato legalismo portò Feuerbach a vincolare anche il giudice – il potere giudiziario è un naturale destinatario del principio – ad una ferrea applicazione della *littera legis*. Serviva infatti che la pena fosse percepita come inflessibile, per assicurare la deterrenza della minaccia, ma, più a monte, per Feuerbach una legislazione minata da oscurità e incertezze interpretative comprometteva le esigenze dello Stato di diritto, impedendo al diritto penale di svolgere quella funzione di *Magna Charta* del delinquente che rappresenta una delle eredità più feconde della legalità.

*1.2. La riserva di legge nel sistema penale italiano: funzioni e fondamento normativo.* Espressione più immediata del principio di legalità<sup>10</sup>, la riserva di legge trova precisi riferimenti normativi negli art. 25, comma 2° e comma 3° Cost. e art. 1 c.p., nonché art. 199 c.p. La dottrina si è per lungo tempo interrogata sull'esatta portata dell'art.

---

all'Illuminismo, della lingua conoscibile al popolo come veicolo di eguaglianza e miglioramento sociale: «Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico.»

<sup>10</sup> La dottrina più accorta ritiene i corollari del principio di legalità dotati di una certa autonomia gli uni dagli altri, ferma restando una loro stretta interdipendenza per dare luogo ad una piena espressione del principio. Si fa strada, nelle opere manualistiche, il concetto di tipicità come entità sovraordinata ai menzionati corollari: in termini generali per tipicità si intende la sequenza normativa per la quale ad un dato fatto consegue un effetto giuridico, tramite un processo di sussunzione della fattispecie concreta nella cornice astratta. V. BELLOMO F., *Nuovo sistema del diritto penale*, I, Bari, 2012, p. 150



25 Cost., per alcuni una sintesi imperfetta del principio di legalità<sup>11</sup>, ma ormai la dottrina largamente maggioritaria ritiene la norma espressione del principio di legalità nella sua formula più ampia, comprensiva del divieto di analogia e del principio di irretroattività<sup>12</sup>. Una lettura decisamente estensiva, per ovvie ragioni garantistiche e di sistema, dell'art. 25 Cost. è giustificata anche dal confronto con il medesimo principio posto in apertura del Codice Rocco<sup>13</sup>: una corretta interpretazione sistematica non può condurre a

---

<sup>11</sup> La ritiene rispondente più ad una formula rituale del principio MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 39. La giurisprudenza costituzionale ha provveduto ad arricchire la portata della norma, estendendola ad esempio anche alle pene oltre che ai reati (Corte cost. 12 marzo 1962, n. 15). D'altronde, l'art. 1 c.p. è piuttosto esplicito sul punto. Nonostante la giurisprudenza costituzionale e la dottrina maggioritaria optino per una stretta legalità in materia di trattamento sanzionatorio, dottrina minoritaria sembra assestarsi su un'opinione assimilabile a quella valevole per le fattispecie di reato, ovvero una riserva di legge tendenzialmente assoluta, tale cioè da consentire un'integrazione puramente tecnica. V. MARINUCCI G. - DOLCINI M., *op. cit.*, p. 70. La legge deve determinare il tipo di pena da applicare, delinearne con attenzione il contenuto, senza supplenza alcuna da parte della magistratura di sorveglianza. Il principio della riserva di legge sembra quindi opporsi con chiarezza sia alla previsione di pene indeterminate nel massimo sia a cornici edittali troppo ampie, ma anche a pene accessorie ed effetti penali della condanna lasciati nell'indeterminatezza. Ovviamente le esigenze di garanzia tipiche della legalità vanno temperate con quelle relative ad una giusta individualizzazione del trattamento, necessaria a dispiegare effetti risocializzanti e di integrazione sociale. V. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992. Al pari delle pene, anche le misure di sicurezza soggiacciono alla riserva di legge, ai sensi dell'art. 25 co. 3° Cost., nonché ex art. 199 c.p. Ma è palese il disimpegno del legislatore sia in relazione alla determinazione della pericolosità sociale quale presupposto, sia alla durata indeterminata nel massimo della misura, come dato ritenuto ad essa connaturale.

<sup>12</sup> V. VASSALLI G., *op. cit.*

<sup>13</sup> Per MARINUCCI G. - DOLCINI M., *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4ª ed., Milano, 2012, l'enunciazione del principio di legalità nel codice fascista risponde ad un'eredità del pensiero liberale, in una prospettiva di continuità con l'ideologia borghese del tardo Ottocento. D'altronde, autorevoli storici del diritto ritengono che il diritto fascista sia stato caratterizzato da forti legami con il passato: v. SBRICCOLI M., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema*

ritenere meno ampia una norma contenuto in un testo costituzionale che fa della tutela della libertà personale uno dei cardini della sua struttura rispetto ad una norma codicistica.<sup>14</sup>

La funzione principale della riserva di legge non è la salvaguardia della certezza del diritto, come talora si afferma, bensì la concentrazione del monopolio della criminalizzazione<sup>15</sup> nelle mani del potere legislativo, respingendo il ricorso a fonti sostanziali di produzione del diritto, ma anche quello a fonti formali diverse dalla legge. D'altronde, concependo la riserva di legge come tesa esclusivamente alla certezza del diritto si potrebbe fare salva, in linea teorica, una produzione regolamentare precisa e cristallina, legittimando quell'intervento del potere esecutivo che, invece, la Costituzione sembra ripudiare. Tradizionalmente si elenca, tra le funzioni della riserva di legge, anche la garanzia delle minoranze

---

*penale italiano, in VIOLANTE L., (a cura di), Storia d'Italia, Annali 14: Legge Diritto Giustizia, 1998, Torino, p. 590 ss. In realtà, sembra preferibile l'opinione di chi ritiene il principio di legalità in epoca fascista più una manifestazione di autoritarismo che di garanzia, anche alla luce della frequenza con cui tale principio veniva tradito da norme vaghe e volutamente indeterminate. V. supra.*

<sup>14</sup> V. VASSALLI G., *op. cit.*

<sup>15</sup> Riflettono sulla funzione della riserva di legge come monopolio normativo penale MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Padova, 2011, p. 41, ma anche BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, p. 40; BRICOLA F., sub art. 25, 2° e 3° comma, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 24-26: Rapporti civili*, Bologna/Roma 1981, 231. In senso lato, anche MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 1016, laddove ritrova il τέλος della soluzione dei conflitti sociali già nella categoria della legalità, in quanto il legislatore deve selezionare nell'operazione di criminalizzazione manifestazioni comportamentali dotate di una particolare dannosità sociale, tenendo ben presente la difficoltà di muoversi all'interno di un conflitto tra la libertà personale compressa dalla pena e la tutela del bene aggredito.

parlamentari che, almeno in un sistema democratico maturo, la legge dovrebbe assicurare. Tuttavia, in una prospettiva disincantata non si possono non menzionare gli appunti mossi contro la riserva di legge, rischiando di cadere nel panegirico: l'art. 25 Cost. nulla può contro la cosiddetta delinquenza di Stato né contro condotte antisociali non formalizzate in una legge; altrettanto, rischia di imporre la persecuzione di condotte integranti reato ma non più percepite come socialmente offensive. Molteplici sono le critiche di ineffettività mosse contro il *nullum crimen*, a partire dalle questioni tutt'oggi aperte circa le misure di sicurezza e le misure di prevenzione, fino ad arrivare all'integrazione, necessaria ma tensiva, con le fonti secondarie, di cui tratteremo a breve. Probabilmente però è da ritenersi preferibile correre tali rischi di ineffettività pur di mantenere una cornice di legalità attorno al sistema penale: d'altronde, anche se tale affermazione non vuole eludere il problema, si potrebbe sostenere che la crisi di effettività sia adducibile più alle condizioni fattuali propedeutiche per la realizzazione del principio piuttosto che al principio stesso<sup>16</sup>. Ovviamente, sia per ragioni formalistiche che di politica criminale, la dottrina e la giurisprudenza ritengono possibile che una legge costituzionale sia incriminatrice di una condotta; problemi ben più pregnanti si sono posti in relazione alla natura della riserva di legge. La dottrina sembra affrontare il problema con una certa dose di pragmatismo: basandoci esclusivamente su ragioni di politica criminale dovremmo ritenerla una riserva di legge formale, come

---

<sup>16</sup> V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009, p. 51.

tale escludente gli atti aventi forza di legge emanati dal Governo<sup>17</sup>. Pur tuttavia, negli ultimi decenni l'uso della legge delega e del decreto-legge in materia penale è stato poderoso né la Corte Costituzionale sembra aver mai sindacato con forza tale presunto *vulnus* di costituzionalità. È un fatto che gli atti aventi forza di legge eludano le garanzie della riserva di legge: la legge delega è una chiara abdicazione di quel monopolio normativo penale prima menzionato, salvo che i principi e criteri direttivi nonché l'oggetto, richiesti dalla Carta costituzionale, siano intesi in senso restrittivo, tale da assicurare comunque al Parlamento le delicate scelte in materia di libertà personale implicate, e consentano il sindacato delle minoranze. Ma a tal punto verrebbe da domandarsi in cosa consista l'utilità di una legge delega talmente dettagliata e partecipata da risultarne superflua l'attuazione tramite un secondo atto<sup>18</sup>. I problemi sembrano acuirsi con l'istituto del decreto-legge: ipotizzato per fronteggiare casi straordinari di necessità e urgenza che mal si attagliano alla ponderazione che dovrebbe accompagnare l'uso dello strumento penale, comporta una normazione di schietta matrice governativa. Il procedimento di conversione, seppure in linea teorica assicuri un controllo parlamentare, non riesce a

---

<sup>17</sup> Sono di tale avviso MARINUCCI G. - DOLCINI M., *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, p. 38; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009 p. 55; BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973; BRICOLA F., sub art. 25, 2° e 3° comma, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 24-26: Rapporti civili*, Bologna/Roma 1981, 227 ss.

<sup>18</sup> Accetta l'idea della delega MANTOVANI F., *op. cit.*, pur di scongiurare la sciattezza linguistica e giuridica che spesso accomuna, in maniera inquietante, legge formale e decreto-legge.

scongiurare gli effetti immediati e spesso solo apparentemente riparabili che la sanzione penale ha sui consociati.

Si ritiene che la legge regionale abbia una posizione equiordinata alla legge statale, ma ne differisca per ambiti di competenza: i dubbi di una sua eventuale rispondenza alla legge ex art. 25, comma 2°, Cost. sorsero anche in virtù di una remota pronuncia della Corte Costituzionale ( sent. 25 giugno 1957, n. 104) con la quale la Regione Sicilia fu ritenuta competente ad emanare norme penali a tutela della propria legge elettorale. Il testo novellato dell'art. 117 Cost. sembra risolvere definitivamente il dilemma, stabilendo che lo Stato ha competenza esclusiva in materia di «ordinamento civile e penale». In realtà argomenti costituzionali per negare una competenza regionale in materia esistevano già nella nostra Legge Fondamentale: microsistemi penali regionali violerebbero il principio di uguaglianza nelle condizioni di fruizione della libertà personale (art. 3 Cost.) e l'art. 120 Cost., laddove vieta alle Regioni di adottare provvedimenti limitativi della libertà di circolazione sull'intero territorio nazionale dei cittadini, della professione e del lavoro dei medesimi. *Ça va sans dire*, l'art. 117 Cost. impedisce altresì leggi regionali abrogatrici o limitatrici di una norma penale<sup>19</sup>. Una soluzione parzialmente diversa riguarda la possibilità che sia la legge penale stessa a prevedere una tale diversificazione di

---

<sup>19</sup> FIANDACA G. - MUSCO E., *op. cit.*, p. 57, ritengono possibile che una norma regionale abbia funzione scriminante. Ma la giurisprudenza costituzionale di gran lunga prevalente è contraria. D'altronde, il principio di uguaglianza in tal caso risulterebbe comunque compromesso. V. FIORE C., FIORE S., *Diritto penale: parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2008, p. 58.

trattamento, demandando alla legislazione regionale una funzione essenzialmente integratrice, con i limiti e i problemi connessi<sup>20</sup>.

Infine, dobbiamo interrogarci su un ultimo profilo relativo alla riserva di legge ex art. 25, comma 2° Cost., ovvero sulla sua natura relativa o assoluta. La dottrina maggioritaria è concorde, forte della *ratio* della norma, nel ritenere la legalità penale una stretta legalità, e la riserva in questione una riserva assoluta. I dissidi si situano nella delimitazione dei confini di tale assolutezza: si parla di riserva tendenzialmente assoluta, o di riserva assoluta relativizzata. Ciò sta a significare che non si discute su una possibile integrazione sub - legislativa, ritenuta inevitabile a causa delle esigenze repressive odierne, ma sui limiti di quest'ultima, affinché non travalichi le esigenze di garanzia finora esaminate.

*1.3. Rapporti tra legge e fonti subordinate. Diversi modelli di integrazione.*  
Stabilita la natura tendenzialmente assoluta della riserva di legge, si pone il problema di capire in che modo e con che limiti possa realizzarsi un'integrazione del precetto penale tramite fonte secondaria. Per le ragioni dianzi esposte, nel diritto penale è esclusa una funzione incriminatrice o aggravante di un trattamento punitivo della consuetudine, intesa come fonte di diritto che opera attraverso la reiterazione costante di un comportamento, accompagnato dalla convinzione della sua corrispondenza ad una norma giuridica. Altrettanto può dirsi per la desuetudine: norme penali possono restare disapplicate per anni, e ciò probabilmente inficerà la loro effettività, ma è necessaria una legge che le abroghi espressamente.

---

<sup>20</sup> V. par. 1.3.

Parte della dottrina ritiene che la consuetudine possa svolgere una funzione integratrice del precetto penale<sup>21</sup>, ma tale opzione amplifica i dubbi di legittimità che già attingono l'integrazione per via di una fonte regolamentare. In molti casi si considera ricorso ad una consuetudine integratrice semplicemente la presenza all'interno della norma penale dei cosiddetti elementi normativi, allorché non si pone un problema concernente le fonti del diritto penale, bensì una mera recezione di un elemento extragiuridico nella fattispecie. Discutibile è altresì il fenomeno della consuetudine scriminante: da un lato si potrebbe sostenere che essa è pur sempre una consuetudine *contra legem*, in quanto creatrice di una scriminante non prevista dalla legge. Tuttavia, la dottrina maggioritaria la ritiene piuttosto *praeter legem*, reiterando la tralatizia opinione secondo la quale le norme che configurano cause di giustificazione non abbiano carattere specificamente penale, ragion per cui le si ritiene sottratte al rigore della riserva di legge. Tuttavia, in un'ottica di certezza del diritto che non può venire meno neanche in relazione a queste ipotesi, e quindi di uguaglianza di trattamento, sarebbe più corretto negare efficacia anche alla consuetudine in *bonam partem*. Probabilmente è più accorta la dottrina che esclude ogni funzione della consuetudine in materia penale non alla luce della riserva di legge, che vieterebbe di per sé soltanto norme a sfavore poste dall'uso, bensì in base alla gerarchia delle fonti, per la quale un atto normativo superiore può cessare di avere vigore, o vedere limitata la sua efficacia, soltanto tramite l'azione di una fonte almeno

---

<sup>21</sup> V. MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 45.

equiordinata<sup>22</sup>. Tuttavia, uno Stato sociale di diritto, che esige l'intervento penale in settori delicati, spesso connessi all'evoluzione scientifica e tecnologica dell'uomo, non può confidare in una illuministica perfezione della legge: sono necessari fenomeni di etero - integrazione della legge penale. Il caso emblematico è rappresentato dalle cosiddette norme penali in bianco: la legge penale si limita a stabilire una sanzione, per una condotta interamente determinata da una fonte secondaria. La determinazione del fatto costituente reato finisce per essere nelle mani del potere esecutivo, tradendo la *ratio* del principio di legalità. Ciò nonostante, a proposito della più celebre norma penale in bianco, la Corte Costituzionale ha escluso l'illegittimità costituzionale facendo leva sul criterio della sufficiente specificazione: ci riferiamo alla sent. 8 luglio 1971, n. 168 che ritenne non fondata la questione circa l'art. 650 c.p. in quanto una legge statale comunque indica i presupposti, i contenuti e i limiti dei provvedimenti della P.A. corredata dalla sanzione penale. Tuttavia i dubbi di costituzionalità permangono, almeno a proposito di questo caso estremo di etero - integrazione: il principio di legalità è violato allorché una legge dello Stato – non necessariamente quella incriminatrice – non predetermina in maniera sufficientemente chiara la condotta penalmente sanzionata<sup>23</sup>. Ma non sembra possibile negare quanto sostenuto da

---

<sup>22</sup> V. ROMANO M., sub *art.1 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004, p. 40. Secondo l'Autore la consuetudine conserva importanza culturale, ad esempio nell'interpretazione delle leggi, oppure nella costruzione dogmatica del sistema.

<sup>23</sup> Parte della dottrina ritiene compatibile con il principio di legalità soltanto il rinvio ad un atto normativo dal contenuto particolare e concreto, il quale non contribuisce a delineare il precetto ma assurgerebbe a mero presupposto del fatto. Viceversa, violerebbe il principio di legalità il rinvio ad un atto



autorevolissima dottrina, ovverosia che il criterio della sufficiente predeterminazione non può giovare allorquando tutti gli elementi della fattispecie sono delegati alla fonte secondaria: il reato si tramuta in odioso illecito di disubbidienza<sup>24</sup>. Esula dall'ambito delle norme penali in bianco il rinvio ad una fonte secondaria preesistente e ben definita per determinare o specificare la condotta vietata: è un caso che risponde ad una economia di formulazione testuale, dal momento che equivarrebbe ad una ripetizione del testo all'interno di quello legislativo. Il che non comporta problemi di legittimità costituzionale. In linea teorica è illegittimo il rinvio mobile, cioè ad una fonte subordinata non ancora esistente, dal momento che la specificazione della condotta è delegata alla fonte secondaria. Tuttavia, la dottrina è concorde nel ritenere legittima, oltre che pragmaticamente efficiente, l'integrazione che avviene su un piano strettamente tecnico, in base a criteri predeterminati dalla legge (es. il tasso di microorganismi nelle acque, il livello di additivi nei cibi, l'inclusione di determinate sostanze nel novero degli stupefacenti). Il problema dell'etero – integrazione non può quindi essere risolto sulla base di apriorismi, ma con un'analisi tesa a contemperare garanzia ed efficienza. Bisogna sottolineare, tuttavia, come anche il criterio adottato dalla Corte Costituzionale non risolva il problema, quanto piuttosto lo sposti nel piano della tassatività/determinatezza,

---

secondario generale e astratto, come tale integrante il contenuto della norma penale. V. MARINUCCI G. - DOLCINI M., *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, p. 55 ss; v. ROMANO M., sub *pre-art.1 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004, p. 39 ss.

<sup>24</sup> La riflessione è di VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1994, p. 314.

il che equivale a dire sul piano della riserva di legge intesa in senso sostanziale.

*1.4. Cenni sui rapporti tra riserva di legge e normativa sovranazionale.* La presenza sempre più marcata di fonti di diritto sovranazionale è forse il punto di frizione più problematico con la riserva di legge prevista dalla Costituzione: infatti norme di garanzia si scontrano con esigenze di conformità ad ordinamenti non più meramente statuali, oltre che con ovvie ragioni pragmatiche. Occorre distinguere, per ragioni di chiarezza, la tematica dei rapporti con il diritto comunitario da quella concernente i rapporti con le fonti internazionali in generale. Tra queste, ricopre un'importanza fondamentale per la materia la Convenzione Europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) debitamente ratificata dall'Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848, venutasi a corredare fino ad oggi di non meno importanti Protocolli addizionali, dal medesimo valore giuridico. Va premesso che nessuna fonte internazionale, né le norme della CEDU, possono configurare una responsabilità penale a carico di un individuo: la riserva di legge ex art. 25 Cost. lo impedisce<sup>25</sup>. Ciò non vuol dire che però le norme internazionali non possano dispiegare i loro effetti in materia penale, tanto sul legislatore quanto sul giudice italiano. Infatti, l'attuale art. 117 Cost., come interpretato da due celebri sentenze della Corte Costituzionale che hanno fatto chiarezza a proposito del ruolo della CEDU nell'ordinamento

---

<sup>25</sup> V. MARINUCCI G. - DOLCINI M., *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4ª ed., Milano, 2012, p. 47.

italiano<sup>26</sup>, laddove pone il rispetto degli obblighi internazionali come vincolo all'esercizio della potestà legislativa, diventa parametro di costituzionalità: la legge interna che violi un obbligo internazionale sarà soggetta a dichiarazione di incostituzionalità, a meno che gli stessi obblighi internazionali non siano in contrasto con i valori supremi espressi dalla Costituzione. La CEDU diviene, grazie a questa interpretazione, norma interposta nel giudizio di costituzionalità ma resta fonte normativa di livello sub-costituzionale. Altresì, il giudice nazionale ha il dovere di interpretare le leggi nazionali in conformità alla fonte internazionale e, soltanto all'esito negativo di questa operazione ermeneutica, dovrà, se sussistono i requisiti di rilevanza e non manifesta infondatezza previsti dalla legge, sollevare la questione davanti alla Corte Costituzionale. Non è, almeno allo stato della attuale giurisprudenza, possibile per il giudice nazionale disapplicare la norma interna contrastante con i principi della CEDU. Quanto detto vale ovviamente anche in materia penale: fonti internazionali potranno spiegare effetti riduttivi o espansivi di una norma penale interna. I primi si potranno verificare se la Corte Costituzionale dichiara un precetto penale o una sanzione incostituzionale secondo il procedimento su esposto, oppure a monte, allorché un giudice nazionale interpreti una norma penale in conformità ad una fonte internazionale, concretizzando una riduzione dell'area del punibile in un'ottica di innalzamento delle tutele costituzionali grazie a fonti di provenienza sovranazionale. Effetti espansivi conseguiranno ad obblighi di incriminazione di determinate condotte previsti in

---

<sup>26</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349.

convenzioni internazionali – è il caso della Convenzione ONU del 1984 contro la tortura e le punizioni crudeli, inumane e degradanti, tutt'ora lettera morta in Italia: tuttavia, per ragioni sistemiche non si ritiene possibile che la Corte Costituzionale provveda alla mancanza di una norma penale con una sentenza additiva<sup>27</sup> – o, più di frequente, tali effetti conseguiranno ad interpretazioni convenzionalmente orientate di norme scriminanti, con susseguente riduzione dell'area di non punibilità.

Diverso, e per certi versi più complesso, è il rapporto tra riserva di legge nazionale e diritto comunitario<sup>28</sup>, anche alla luce delle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Quest'ultimo ha abolito la distinzione in pilastri, ma ha lasciato inalterato il dualismo tra Trattato sulla Comunità Europea, ora Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE), e Trattato dell'Unione (TUE). Le interrelazioni tra diritto penale e normativa comunitaria si muovono lungo diverse linee direttrici. Secondo un orientamento ormai pacifico, in base al primato del diritto comunitario il giudice nazionale, salvo sia possibile un'interpretazione adeguatrice, deve disapplicare la norma interna, quand'anche essa sia di tipo penale. Si ammette quindi che fonti comunitarie dotate di efficacia diretta possano limitare (in caso di

---

<sup>27</sup> Tuttavia si ritiene possibile che la Corte Costituzionale dichiari incostituzionale una norma penale che, in violazione di un obbligo internazionale di incriminazione, riduca l'area del punibile: in tal modo si consentirà la automatica riespansione della norma incriminatrice già attuante l'obbligo in questione. V. V. MARINUCCI G. - DOLCINI M., *op. cit.*, p. 52.

<sup>28</sup> Sul rapporto tra diritto europeo e diritto penale, si veda BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; per le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 326 ss.

incompatibilità parziale) o addirittura neutralizzare (in caso di incompatibilità totale) una norma penale. Esempio a proposito Corte di Giustizia 5 aprile 1979, c. 148/78, *Ratti*: la legge italiana imponeva etichettature per vernici e solventi corredate da sanzioni penali. Due direttive CEE recavano però una normativa diversa: la Corte sancì che l'incompatibilità tra normativa comunitaria e normativa interna comporta la disapplicazione di quest'ultima, con l'effetto che gli Stati membri, dopo lo scadere del termine per l'attuazione della direttiva, non possono applicare il diritto nazionale, quantunque di matrice penale, a chi si è conformato alle disposizioni della direttiva stessa. L'utilizzo del diritto penale a tutela di interessi dell'Unione si può attuare tramite l'adempimento di obblighi di assimilazione in base ai quali il legislatore interno modifica le norme penali, adeguandole al nuovo quadro istituzionale: la riserva di legge è ovviamente rispettata. Ne sono esempi le novellazioni agli art. 316 *bis* c.p. e 640 *bis* c.p., che hanno aggiunto alle fattispecie di malversazione e fraudolenta captazione il riferimento alle Comunità Europee. Infine, in un'ottica di cooperazione giudiziaria e lotta contro il crimine transnazionale, convenzioni e decisioni-quadro sono sempre state usate per vincolare lo Stato membro ad obblighi di armonizzazione della legislazione interna. Oggi l'art. 83 TFUE prevede che il Parlamento e il Consiglio possano definire con delle direttive il contenuto minimo di reati e sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi e dotate di dimensione transnazionale. Queste forme di ingerenze fin qui accennate non pongono particolari problemi in relazione alla riserva di legge e ci permettono di sostenere, con una certa stabilità, che nemmeno in seguito al Trattato di Lisbona l'UE ha guadagnato una potestà incriminatrice diretta: l'art. 25, 2° co.

Cost. non è d'altronde una norma derogabile. Ma se anche lo fosse, la *ratio* della norma non permetterebbe una competenza penale diretta dell'Unione, visti i gravi *deficit* di democrazia che affliggono le sue istituzioni. Sembra nel giusto accorta dottrina che sostiene che sia questo il nodo principale da sciogliere in una prospettiva di reale unificazione delle normative penali a livello europeo<sup>29</sup>. Quanto detto finora sembra messo in crisi dalla più problematica forma di ingerenza delle fonti europee: gli obblighi di criminalizzazione. È infatti evidente che, laddove si riconoscesse all'Unione Europea la facoltà di imporre agli Stati membri di adoperare il diritto penale a tutela di determinati beni giuridici, il passo verso l'esistenza di una competenza penale sovranazionale sarebbe breve. Frequenti direttive chiedevano, e chiedono tutt'ora, agli Stati membri di apprestare una tutela adeguata, efficace, proporzionata e dissuasiva per determinati beni. Ma fino a pochi anni fa lo Stato conservava ancora il potere di decidere se oltrepassare o meno la soglia dell'intervento penale, nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà. Oggi questo limite sembra essere superato, tra l'altro con una soluzione giurisprudenziale. La Corte di Giustizia CEE, Grande Sezione, 13 settembre 2005, c. C-176/03 ha affermato in via di principio che la legislazione penale non è competenza comunitaria. Tuttavia il legislatore comunitario è legittimato ad adottare provvedimenti che impongano l'uso del diritto penale agli Stati membri allorché sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive siano una misura indispensabile alla tutela di particolari interessi (nella fattispecie si trattava di violazioni ambientali di una

---

<sup>29</sup> V. FIORE C., FIORE S., *Diritto penale: parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2008, p. 60.

certa gravità). Sembra che la Corte abbia omissis di considerare il principio della riserva di legge in nome di un concetto evanescente quale la necessità di pena. Sebbene l'integrazione europea sia, in linea astratta, un valore da tutelare e perseguire c'è da chiedersi se il prezzo in termini di garanzie e instabilità non sia a tal punto eccessivo. Infine merita un cenno l'art. 86 TFUE: prefigura l'istituzione di una procura europea competente nell'indagine, nella ricerca e nel rinvio a giudizio di autori di reati – in particolare reati finanziari – che ledono gli interessi dell'Unione. Ma la maggioranza dei commentatori, anche alla luce delle varietà di interpretazioni possibili in base alle varie lingue di traduzione, ritiene che neanche l'art. 86 TFUE abbia la portata di istituire una competenza penale diretta dell'Unione Europea a tutela dei suoi interessi.

*1.5. Determinatezza/tassatività: l'autentico binomio di garanzia della legalità.* Perché la legalità assolva pienamente al suo ruolo di garanzia non basta che una legge predetermini la fattispecie astratta e la cornice edittale. Né, in una prospettiva teleologica, la pena può svolgere la sua funzione di coesione sociale e risocializzazione soltanto perché posta da una legge. Già nelle fondamenta dello Stato di diritto delineato dai contributi dell'Illuminismo giuridico la legalità non si concentrava in un mero simulacro formale, ma doveva essere strumento di produzione di norme chiare, precise, dal contenuto empiricamente verificabile e provabile in giudizio: soltanto in tal modo il cittadino veniva protetto dagli arbitri del potere, che avrebbe potuto forgiare altrimenti leggi a suo piacere, e soprattutto egli poteva guardare alla legge quale *specimen* a cui orientare

consapevolmente la propria condotta<sup>30</sup>. È un principio di indiscussa matrice liberale, che vincola tanto il potere legislativo, imponendogli oneri di precisione e chiarezza a tutela della libertà e dell'uguaglianza di trattamento, quanto il potere giudiziario, vietandogli oscillazioni interpretative sfocianti nell'analogia, pericolose sia per la libertà del singolo che per la certezza e prevedibilità del diritto. Se vi è un certo accordo sulla *ratio* del principio altrettanto non accade per definizioni di ordine terminologico della tassatività/determinatezza: la giurisprudenza tende ad adoperarli come sinonimi. Alcuni commentatori preferiscono evidenziare il dato della tassatività<sup>31</sup>, altri ipotizzano una tripartizione<sup>32</sup>, ma probabilmente è più giusto operare una distinzione concettuale: la determinatezza è un dato della fattispecie, che attiene al profilo statico della norma. La tassatività attiene al profilo dinamico, applicativo, e presuppone norme sufficientemente determinate: quanto più la norma è chiara e precisa, più netti e rigidi saranno i suoi confini interpretativi<sup>33</sup>. I

---

<sup>30</sup> Sul mancato riconoscimento dell'importanza del principio di determinatezza v. MOCCIA S., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

<sup>31</sup> V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009, p. 76; v. MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Padova, 2011, p. 60.

<sup>32</sup> V. MARINUCCI G. - DOLCINI M., *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, p. 57 ss.. Gli autori sostengono che la determinatezza si riferisca, secondo l'insegnamento di Feuerbach, alla suscettibilità di essere oggetto di prova in giudizio; la tassatività dovrebbe impedire il ricorso all'analogia; le esigenze di chiarezza della norma penale riposerebbero su un terzo principio, detto di precisione.

<sup>33</sup> Cfr. sull'argomento VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1994, p. 307 ss. L'Autore ritiene che i due principi siano autonomi, l'uno operante all'interno della fattispecie, l'altro impedendone



riferimenti normativi del principio sono individuati nell'art. 13, 2° co. Cost., nell'art. 25, 2° e 3° co. Cost. letti ovviamente in un'interpretazione sistematica dell'intera normativa costituzionale: i «casi e modi previsti dalla legge» per qualsiasi forma di limitazione della libertà personale costituzionalizzano il divieto di analogia in materia penale; il riferimento ai fatti quali oggetto di norma penale e la personalità della responsabilità, configurabile soltanto con norme chiare e riconoscibili, provvedono a fare altrettanto con il principio di determinatezza. Nonostante la natura costituzionale, il principio in questione deve affrontare due ordini di problemi: una strisciante violazione dei suoi canoni, in linea di perfetta continuità tra la legislazione fascista e quella repubblicana, e il *self-restraint* della Corte Costituzionale, restia a dichiarare l'illegittimità di norme indeterminate o vaghe. Si può sostenere che la perdurante violazione della determinatezza/tassatività sia la prova più palese della perdita di valore dei principi cardine del diritto penale liberale e della loro sempre più evidente incompatibilità con il diritto penale postmoderno. Oggi al diritto penale probabilmente si chiede più di quanto esso possa dare, ottenendo soltanto come effetto la perdita della sua legittimazione<sup>34</sup>: il sistema penale viene pervaso da nuove ideologie, come un modello di tutela interventistico-propulsivo per beni giuridici sempre più rarefatti e superindividuali, una funzione della pena, in un sistema sanzionatorio disintegrato, simbolica

---

sconfinamenti all'esterno, ma complementari, dal momento che norme costruite per clausole generali e concetti elastici spianano la strada a quella che viene definita analogia anticipata.

<sup>34</sup>V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, 22 ss.

anziché effettiva, una semplificazione processuale ad ogni costo, oltre ad una legiferazione spinta dall'emergenza o dall'amministrativizzazione dello strumento penale. Ma i diritti fondamentali dell'uomo, che il diritto penale va ad intaccare profondamente, necessitano di fondamenti solidi. Un diritto penale deformalizzato, piegato a risolvere, fittiziamente, problemi di politica economica e sociale lascia doppiamente insoddisfatti: da un lato perché non risolverà le problematiche connesse ad una società liquida<sup>35</sup>, dall'altro comporterà una *deminutio* di garanzie. Più schiettamente giuridico è il secondo elemento che pone in crisi il principio di tassatività/determinatezza: il ruolo sempre più di primo piano della giurisprudenza non già nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme penali, bensì nella vera e propria creazione di diritto tesa a soddisfare esigenze di politica criminale che non dovrebbero essere appannaggio di tale potere dello Stato. Il secondo punto di attrito del principio in questione è rappresentato, come accennato in precedenza, dall'atteggiamento frenante della Corte Costituzionale nel dichiarare incostituzionali norme minate da indeterminatezza. Pur riconoscendo la natura costituzionale del principio, la Corte ha spesso evitato la declaratoria in nome di un elusivo criterio del significato linguistico: in pratica, ha ritenuto sufficientemente determinate fattispecie la cui portata semantica

---

<sup>35</sup>Per approfondimenti sul tema, inquietantemente calzante anche al diritto penale, della società liquida, priva di radici e legami duraturi, in cui le tradizioni e gli obiettivi mutano prima che gli uomini possano abituarsi ad esse, nella quale dunque tutto deve essere immediato ed effimero, pronto ad essere consumato e gettato, per sfuggire dalla paura di scivolare nelle fila ingrossate delle vite di scarto, v. BAUMAN Z., *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002. Vedi anche, sul «diritto penale del rischio» MOCCIA S., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 24.

fosse corrispondente al normale uso linguistico invalso nella prassi<sup>36</sup>. In altre pronunce la Corte ha giustificato la permanenza nell'ordinamento di norme la cui determinazione si concretizzasse in una giurisprudenza costante e dominante<sup>37</sup>, oppure quando il tasso di disomogeneità interpretativa si dimostrasse fisiologico. Infine, la Corte cerca spesso una soluzione di compromesso attraverso sentenze interpretative di rigetto, in modo da definire il non definito del legislatore, ma questo strumento disconosce la *ratio* del principio, affidandone la delineazione dei contorni ancora all'interprete, ed è dunque da reputarsi ancora insoddisfacente. Tra le poche pronunce favorevoli al principio celeberrima è la sentenza 9 aprile 1981, n. 68 in tema di plagio, con cui la Corte Costituzionale mostrò significative aperture a proposito. In una lettura del principio di determinatezza nella sua veste più empirica, la Corte sottolineò l'elevato tasso di evanescenza della fattispecie ex art. 603 c.p. e l'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto prevedibile, certo e verificabile tanto nella sua effettuazione quanto nell'evento. La Corte, dopo un lungo *excursus* sulla figura tipologica di plagio, sancisce un onere di chiarezza a carico del legislatore che, per essere un contraente leale del patto sociale, deve formulare norme sufficientemente chiare e precise, nonché dotate di un intellegibile substrato materiale<sup>38</sup>. Anche la altrettanto famosa

---

<sup>36</sup> V. Corte Cost. 16 dicembre 1970, n. 191 in materia di osceno.

<sup>37</sup> V. Corte Cost. 18 gennaio 1989, n. 11 in materia di armi giocattolo.

<sup>38</sup> L'idea che un comportamento umano debba essere razionalmente definibile ed empiricamente provabile perché la norma sia legittima da un punto di vista costituzionale non sembra sia stata assorbita dal legislatore: basti pensare alla recente introduzione dell'art. 612 *bis* c.p. e ai gravissimi profili di

sentenza della Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364 fa un riferimento al principio di determinatezza, questa volta sotto il profilo del suo movente teleologico: soltanto norme penali chiare e precise possono assurgere a regole di condotta comprese e, auspicabilmente, condivise dai consociati. Resta, tuttavia, tutt'oggi scarno l'apporto della Corte a favore della determinatezza delle fattispecie penali.

Attualmente la determinatezza assurge, riduttivamente, ad essere un canone di politica legislativa: dobbiamo chiederci quali siano allora le tecniche che maggiormente valorizzino e rispettino tale principio.

Il più elevato grado di precisione si ottiene con la tecnica casistica: elencazione pedissequa e minuziose servono a delimitare i contorni della fattispecie penale. Ciò a maggior ragione se la norma descrive processi biologici, percepibili con i sensi. Ma pur volendo trascurare i problemi di gigantismo che comporterebbe l'uso privilegiato di tale tecnica – poco provvidenziale in un diritto come il nostro già ipertrofico – è stato sottolineato come essa nasconda insidie: favorirebbe norme complesse, disomogenee, dense di rinvii e rischierebbe di agevolare il fenomeno dell'analogia anziché reprimerlo<sup>39</sup>. Più spesso il legislatore infatti adotta una tecnica di compromesso, strutturando norme tramite clausole generali, attraverso la cosiddetta normazione sintetica, con la quale rinuncia ad esplicitare singoli casi: questa tecnica è legittima fintanto che le ipotesi riconducibili sotto la norma incriminatrice siano soggette non al libero apprezzamento del giudice, bensì a leggi scientifiche

---

indeterminatezza che presenta. V. BELLOMO F., *Nuovo sistema del diritto penale*, I, Bari, 2012, p. 184 ss.

<sup>39</sup> V. FIORE C., FIORE S., *op. cit.*, p. 72, in nota 33.

(ad esempio, il cagionare la morte di un uomo ex art. 575 c.p.). Rispettoso del principio di determinatezza è anche l'uso di corredare le norme penali di definizioni legislative, spesso vevoli ai soli fini penali, purché ovviamente le definizioni stesse non siano carenti dal punto di vista della specificazione. Minori problemi pongono i cosiddetti elementi descrittivi, cioè elementi della fattispecie che facciano riferimento ad entità materiali, percettibili: tendenzialmente si prestano al rispetto della determinatezza, a meno che non siano assolutamente lasciati all'arbitrio dell'interprete (ad esempio, il reato di incesto ex art. 564 c.p. oppure quello di rissa ex art. 588 c.p.). Intrinsecamente problematici sono invece gli elementi normativi, ovvero i punti della fattispecie che fanno riferimento ad una norma extrapenale o, addirittura extragiuridica: non violano il principio di determinatezza allorquando la norma sia individuata univocamente (il concetto di altruità nel furto rimanda alle norme civilistiche in tema di proprietà, ad esempio). Gli elementi normativi etico-sociali sono per definizione instabili ed elastici: il concetto di ordine pubblico, di osceno, di morale familiare lasciano nelle mani del giudice la decisione sull'esistenza o meno del reato. Sebbene parte della dottrina evidenzi come ciò possa risultare positivo in una società multiculturale, in cui il giudice deve poter dosare la responsabilità penale di un individuo facendosi interprete del tessuto connettivo di valori che permeano i consociati<sup>40</sup>, il prezzo da pagare in termini di certezza del diritto ed uguaglianza sembra davvero troppo elevato. Infine, per rispettare il principio di

---

<sup>40</sup> V. MARINUCCI G. - DOLCINI M., *op. cit.*, p. 61. *Contra* questa visione degli elementi extragiuridici come «organi respiratori» della disciplina penale, tra i molti, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009, p. 84.

determinatezza, il legislatore deve evitare un linguaggio connotativo nelle fattispecie penali, espressivo di un giudizio di valore, o peggio ancora morale, insito nel precetto: sintomo quanto mai inquietante di un diritto penale eticizzante e, dunque, lontano dai canoni di razionalità.

La tassatività, si è detto, presuppone norme determinate: la sua espressione principale però si estrinseca nell'applicazione della norma, imponendo un divieto all'interprete di ricorrere alla disciplina dettata per i casi simili (*analogia legis*) o addirittura ai principi generali del diritto (*analogia juris*). Nei sistemi imperniati sulla legalità formale il divieto di analogia è espressione di tutela della libertà del singolo: il diritto penale non conosce lacune se non tecniche, come tali non colmabili tramite processi interpretativi<sup>41</sup>. Nei sistemi basati sulla legalità sostanziale l'analogia è il mezzo primario per raggiungere, e punire, condotte antisociali a prescindere da una fattispecie astratta. Come è noto, l'art. 14 Preleggi sancisce espressamente il divieto in questione, e lo si ritiene implicito anche nell'avverbio "espressamente" adoperato dall'art. 1 c.p., ma la dottrina è concorde nel ritenere il divieto di analogia come costituzionalizzato dall'art. 25, 2° co. Cost. nel principio di legalità nonché dall'art. 13 Cost.<sup>42</sup>. Anche a proposito

---

<sup>41</sup> L'esigenza che il sistema penale sia tassativo nel suo complesso è funzionale ad una riduzione dell'area del penalmente rilevante, anche ai fini di una migliore conoscibilità da parte dei consociati. BRICOLA F., sub *art. 25, 2° e 3° comma*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 24-26: Rapporti civili*, Bologna/Roma 1981, 259.

<sup>42</sup> Secondo BRICOLA F., sub *art. 25, 2° e 3° comma*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 24-26: Rapporti civili*, Bologna/Roma 1981, 256 ss, sarebbe assurdo ritenere che la tassatività imposta per le misure cautelari ex art. 13 Cost. venisse disattesa proprio circa la fattispecie che condiziona l'applicazione della pena definitiva. Inoltre, un ridimensionamento

del divieto di analogia la Corte Costituzionale si è mostrata piuttosto restia a farne il perno di una declaratoria di incostituzionalità<sup>43</sup>, ritenendo le formule legislative sollevate alla sua attenzione come autorizzanti l'uso dell'interpretazione estensiva: quest'ultima, in linea di principio è legittima, purché non si tramuti in una analogia occulta. Concettualmente la differenza è chiara, dal momento che l'interpretazione si muove all'interno della norma, fino al limite massimo della sua espansione, mentre l'analogia postula proprio l'insoddisfacente portato del dato normativo, a cui viene applicato un principio simile. L'interpretazione non è in sé restrittiva o estensiva, ma mira alla ricerca del senso autentico della norma: l'art. 25 Cost. non dice nulla a proposito, dal momento che il Costituente ha deciso di non dedicare alcuna disciplina speciale in materia di interpretazione di leggi penali<sup>44</sup>. Quanto alla portata del divieto di analogia, si discute se esso abbia carattere assoluto o

---

della tassatività potrebbe infragilire principi fondamentali del nostro sistema, come l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) e il diritto di difesa (art. 24, 2° co. Cost.).

<sup>43</sup> È fallace l'argomento secondo il quale la tassatività in senso stretto, riguardando il momento applicativo della legge, esuli dal vaglio di costituzionalità: tecniche di legiferazione che adoperano gli incisi "casi simili", "modalità analoghe", sono vere e proprie forme di analogia anticipata, così come le formulazioni esemplificative del tutto eterogenee e le clausole generali prive di una delimitazione normativa espressa: vedi Corte Costituzionale 23 maggio 1961, n. 27. In realtà l'atteggiamento timido della Corte Costituzionale è una costante nella materia penale, soprattutto per ciò che attiene ai principi: la Corte cerca di evitare brusche fratture, sicuramente evidenziando la politicità del diritto penale, ma finisce per legittimare un'odiosa continuità con il sistema precostituzionale e fascista. Le declaratorie di illegittimità sono più spesso originate dal confronto con norme non facenti parte del preambolo penalistico della Costituzione. BRICOLA F., sub art. 25, 2° e 3° comma, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 24-26: Rapporti civili*, Bologna/Roma 1981, 247.

<sup>44</sup> V. ROMANO M., sub art.1 c.p., in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004, p. 48.

relativo, ovvero se abbracci tanto le norme penali in *bonam partem* quanto quelle incriminatrici. Parte della dottrina ritiene che il divieto debba essere assoluto, se non altro perché si creerebbero potenziali sacche di privilegio in base all'applicazione o meno da parte del giudice. Inoltre, si sostiene la natura eccezionale delle norme che restringono l'ambito punitivo della norma, come tale insuscettibile di analogia<sup>45</sup>. Tuttavia la dottrina maggioritaria la ritiene possibile, sottolineando come la *ratio* del divieto di analogia affondi le sue radici nel *favor libertatis*, e quindi non dovrebbero opporsi ostacoli ad un allargamento dell'area di liceità penale. Questa dottrina legge quindi il riferimento alle leggi penali dell'art. 14 disp. prel. in relazione alle sole leggi incriminatrici o in genere peggiorative della situazione giuridica del soggetto<sup>46</sup>. In realtà il *punctum dolens* della questione è rappresentato proprio dall'incertezza sulla definizione o meno di norma eccezionale, dalla quale dipende il divieto dell'applicazione analogica. In un ordinamento complesso come quello odierno infatti le norme convivono in una reciproca interazione. In un certo qual modo, si

---

<sup>45</sup> Per l'orientamento restrittivo v. BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, p. 46; MOCCIA S., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 29. In un'ottica dubitativa e problematica sulla questione v. FIORE C., FIORE S., *Diritto penale: parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2008, p. 76.

<sup>46</sup> Secondo MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 75, l'analogia a favore del reo è possibile soltanto quando l'analogia desuma l'*eadem ratio* dal diritto scritto e non da fonti sostanziali, quando le disposizioni favorevoli siano dotate di un certo grado di determinatezza e non rientrino nel novero delle leggi eccezionali. MARINUCCI G. - DOLCINI M., *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, p. 70, aggiungono il requisito della non intenzionalità della lacuna, che però può considerarsi implicito nella *eadem ratio*.



potrebbe arrivare a sostenere che ciascuna norma costituisce una deroga ad una norma più generale, presentandosi dunque come eccezione alla regola, fino al caso limite dell'unica norma come eccezione allo *status* di totale assenza di norme. Ma tale concetto di eccezionalità sarebbe troppo vasto, e probabilmente stroncherebbe sul nascere ogni riferimento all'analogia: più consono è rifarci ad un concetto relativo di eccezionalità, ritenendo diritto speciale quel complesso di norme che regola il minor numero di ipotesi in modo divergente dal diritto comune; diritto eccezionale, invece, è da ritenersi l'insieme di norme che regola il minor numero di ipotesi in modo non divergente, ma addirittura antitetico rispetto alla regola, in quanto permette laddove il primo vieta<sup>47</sup>. La dottrina maggioritaria riconosce che le cause di giustificazione sono, alla luce di ciò, da considerarsi come norme espressione di principi consolidati e non eccezioni: si ammette generalmente l'applicazione analogica della legittima difesa, purché essa non sfoci nella creazione giurisprudenziale di figure non previste dal legislatore (ad es. la giurisprudenza applica costantemente la figura della legittima difesa anticipata). Si ritengono invece eccezionali le cause di non punibilità, dal momento che esse rispondono ad un'esigenza di opportunità politica non idonea ad essere estesa a casi non previsti dal legislatore: è un caso di lacuna intenzionale non colmabile dall'interprete. Lo stesso si ritiene per le circostanze attenuanti e per le scusanti. Ma si potrebbe sostenere che in realtà qualsiasi scelta in materia penale - anche in relazione alle cause di giustificazione, sede per eccellenza della risoluzione di conflitti tra interessi - abbia

---

<sup>47</sup> V. MANTOVANI F., *ibidem*.

una sensibilità politico-criminale che, in linea di massima, non dovrebbe tollerare manipolazioni provenienti da altri poteri dello Stato.

In conclusione a quanto detto in merito al principio di tassatività/determinatezza è possibile argomentare come l'attuazione di questo principio rappresenti una vera cartina di tornasole delle garanzie assicurate dal nostro sistema penale: questo perché le esigenze di chiarezza e tassatività della fattispecie si realizzano soltanto se l'offesa, in termini di danno o pericolo concreto, sia ben delineata, se la fattispecie sia riconoscibile, se configuri un fatto materialmente verificabile e provabile, idoneo a ledere il bene giuridico. Soltanto una fattispecie selezionata in tale maniera sarà strumentale ad un'idea del diritto penale come *extrema ratio*. In una prospettiva circolare determinatezza/tassatività fungono da principi propulsori di un diritto penale schiettamente liberale, e allo stesso tempo possono dirsi realizzati soltanto allorquando gli insegnamenti di stampo illuministico, debitamente veicolati e resi cogenti dal testo costituzionale, vengano attuati dalla legislazione ordinaria<sup>48</sup>. Ciò giustifica il pensiero di quanti ritengono il binomio in questione il volto più autentico del principio di legalità, auspicando per esso un ruolo di più ampio respiro nella costruzione del sistema penale.

*1.6. Il principio di irretroattività. Abolitio criminis e successione di leggi penali nel tempo.* Spesso il principio di stretta legalità del diritto penale si trova

---

<sup>48</sup> V. MOCCIA S., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 123 ss. V. BRICOLA F., *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, 16 ss.

formulato nell'espressione più ampia *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*: in questo modo si ingloba anche il divieto di irretroattività delle norme incriminatrici o comunque aggravanti il trattamento precedentemente previsto. La connessione tra legalità e irretroattività non è soltanto storica ma è giustificata da ragioni più profonde<sup>49</sup>. Infatti punire in base ad una legge posteriore rispetto al fatto equivale innanzitutto a punire in virtù di quella che nel *tempus commissi delicti* era tecnicamente una "non-legge": un principio morale o politico non positivizzato in una legge scritta. In altre parole, violare il divieto di irretroattività equivale a violare quella medesima esigenza di certezza, che abbiamo più volte ricollegato sia alla garanzia di libertà che ad una corretta estrinsecazione della funzione di integrazione sociale della pena. Soltanto una legge previamente conoscibile può orientare e, nei limiti della tollerabilità costituzionale, trattenere i consociati dal commettere reati. Com'è noto, il principio di irretroattività è disposto in via generale per tutte le leggi dall'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, ma soltanto in materia penale esso ha vigore costituzionale, tra l'altro in una formulazione unitaria con il principio di stretta legalità, oltre che con quello di precostituzione e naturalità del giudice, a testimonianza della comune esigenza di certezza di cui è baluardo. Come gli altri corollari della legalità, anche il divieto di retroattività ha una forte coloritura liberale di matrice illuminista. A differenza di quanto accade per il divieto di analogia c'è sufficiente concordia

---

<sup>49</sup> VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1994, 284, la definisce «una connessione logica e pertanto intima e indissolubile».

di opinioni nel ritenere che il principio di irretroattività valga per tutte le norme giuridiche da cui potrebbe derivare l'applicazione di una sanzione penale: modifiche di una fonte normativa eterointegratrice, modificazioni in *malam partem* di norme di parte generale, condizioni di punibilità. Perché il principio conservi intatta la sua efficacia è essenziale definire cosa si intende per *tempus commissi delicti*, termine di proporzione nella definizione di irretroattività. Generalmente si fa riferimento alla condotta, ovvero l'azione o l'omissione messa in atto dal soggetto, senza considerare l'evento: in caso contrario, infatti, potremmo avere il paradosso di applicare retroattivamente ad una condotta realizzata in precedenza una norma incriminatrice promulgata nel lasso di tempo intercorrente tra la detta condotta e il verificarsi dell'evento, con pesanti ricadute anche in un'ottica teleologica, giacché un soggetto verrebbe punito in base ad una norma che per definizione non ha potuto conoscere. Mentre la Costituzione si limita ad enunciare il principio, la legislazione ordinaria, nella fattispecie l'art. 2 c.p., mira a giustificare un caso singolare di applicazione retroattiva di una legge penale: il quarto comma sancisce infatti l'applicazione retroattiva e ultrattiva della legge posteriore alla commissione del fatto, purché più favorevole al reo<sup>50</sup>, con l'unico limite della sentenza divenuta irrevocabile. In realtà si sottolinea in dottrina come il contrasto tra il principio enunciato dalla Costituzione e la

---

<sup>50</sup> Il riferimento alla legge più favorevole va inteso in senso ampio, non limitandosi al trattamento sanzionatorio ma guardando al regime della punibilità nel suo insieme. Inoltre il *favor rei* opera in concreto, cioè comparando il risultato pratico dell'infrazione. Infine, vanno considerati nell'enucleazione del concetto di legge più favorevole anche le modificazioni apportate ad istituti di parte generale. V. FIORE C., FIORE S., *op. cit.*, p. 91.

deroga apportata dal legislatore ordinario sia semplicemente di ordine formale. Entrambe le disposizioni concorrono al medesimo obiettivo, ovvero tutelare l'ambito di libertà del singolo<sup>51</sup>. I primi due commi dell'art. 2 c.p. codificano invece la regola generale, ovvero il divieto di punire un soggetto per un fatto non previsto come reato dalla legge vigente al *tempus delicti* e il fenomeno connesso dell'*abolitio criminis*: se la legge posteriore non considera più una fattispecie quale reato non soltanto i consociati non potranno più essere incriminati *ex novo*, bensì cesseranno efficacia ed effetti penali delle sentenze di condanna, ancorché irrevocabili, già pronunciate a carico di altri soggetti per il medesimo fatto. Ciò si ispira ad una palese esigenza di parità di trattamento: sarebbe irragionevole continuare a sanzionare soggetti, comprimendone una libertà inviolabile, per fatti di cui l'ordinamento ormai attesta un'assenza di disvalore. Per stabilire quando una legge disponga che un fatto non costituisca più reato bisogna fare riferimento all'art. 15 delle Preleggi: la legge incriminatrice potrà essere abrogata espressamente, oppure dovrà ritenersi tale per incompatibilità con una nuova disposizione, oppure perché la nuova legge si sostituisce, in una regolamentazione generale, alla legge anteriore. Una volta chiarita la differenza di trattamento che la legge assicura alla

---

<sup>51</sup> V. FIANDACA G. - MUSCO E., *op. cit.*, p. 86. La dottrina ritiene che il principio di retroattività e ultrattività della *lex mitior* abbia una copertura costituzionale. Effettivamente la Corte Costituzionale, in recenti pronunce, ne ha ancorato il fondamento nell'art. 3 Cost., dal momento che fatti omogenei, a prescindere dalla circostanza cronologica in cui siano avvenuti, devono ricevere il medesimo trattamento sanzionatorio. Tuttavia è la stessa giurisprudenza costituzionale a non assolutizzare tale principio, allorquando ritiene plausibile derogarvi nel caso in cui sia necessario tutelare interessi confliggenti dotati di pari rilevanza costituzionale. V. Corte Cost. sent. 23 novembre 2006, n. 393. V. FIORE C., FIORE S., *op. cit.*, p. 82.

successione di leggi penali nel tempo e alla abolizione del reato, il problema è tutt'altro che risolto: non sempre è chiaro il discrimine tra i due casi. Indubbiamente vi sono ipotesi dinanzi alle quali è indiscutibile il fenomeno successorio: ci riferiamo al caso in cui la legge posteriore innova la cornice edittale, lasciando inalterato il precetto (ad es. vengono innalzati i minimi edittali, oppure abbassati i massimi; si dispone l'applicabilità di misure di sicurezza, oppure si rimuove la condizione di procedibilità della querela). Il terzo comma dell'art. 2 c.p. codifica un caso particolare di successione, ovvero la previsione effettuata dalla legge posteriore esclusivamente di una pena pecuniaria, in sostituzione della precedente pena detentiva: le precedenti condanne si convertiranno, ai sensi dell'art. 135 c.p., in pene pecuniarie. Altrettanto agevoli sono i casi in cui la legge seguente si limiti a riformulare la disposizione da un punto di vista meramente testuale, senza intaccare il portato normativo, oppure aggiunga fattispecie prima non incriminate o abroghi fattispecie preesistenti. La giurisprudenza ravvisa complessità maggiori quando la successione attinge il precetto: se infatti la legge posteriore non vi sostituisse nessun precetto analogo ci troveremmo dinanzi ad un caso di *abolitio criminis*, ma se il disvalore del fatto fosse ancora ritenuto meritevole di sanzione da parte dell'ordinamento, avremmo una legge successiva che ne modifica il quadro giuridico. In un'applicazione giurisprudenziale spesso dominata da esigenze di giustizia del caso concreto, si tenta di ricercare criteri-guida per orientare l'interprete. Una delle prime teorie in proposito prende il nome di principio di continuità del tipo di illecito: di ascendenza tedesca, tale criterio - enucleato spesso nella formula " prima punibile, dopo punibile, quindi punibile" - rileva il fenomeno successorio quando il tipo di fatto oggetto del

giudizio, risultato rilevante alla stregua della legge preesistente, lo è secondo la legge successiva attualmente in vigore. I parametri del tipo cui si fa più spesso riferimento sono il bene giuridico protetto e le modalità di aggressione. Ma in realtà questo principio, molto in voga in giurisprudenza, espone il fianco a critiche: innanzitutto perché, inteso in una accezione rigida, depotenzierebbe del tutto il fenomeno della successione, esigendo norme delineanti fatti praticamente identici. Inteso in un'accezione più lata, finirebbe per legittimare arbitri giudiziari insopportabili, vanificando la stessa essenza di criterio interpretativo. D'altronde il criterio, accattivante nella sua apparente semplicità, finisce per legittimare un'applicazione retroattiva di una legge tutte le volte in cui elementi ritenuti costitutivi dalla norma posteriore siano presenti, casualmente, anche nel fatto storico commesso sotto la vigenza della legge precedente che li ignorava. Più di recente, in ragione di ciò, la giurisprudenza ha adottato un criterio improntato alla cosiddetta continenza: ovvero per aversi successione di leggi penali nel tempo le fattispecie astrattamente considerate devono porsi in un rapporto di genere a specie, ovvero in una omogeneità strutturale che non dia adito a soluzioni di continuità nell'incriminazione. Nel caso del passaggio da una norma divenuta di fatto speciale in relazione alla successiva che generalizzi l'incriminazione originaria, avremo sicuramente una successione di leggi penali nel tempo perché il *genus* comprende la *species*, allorché la norma precedente sia stata abrogata. Ovviamente se le due norme iniziano a coesistere per le condotte precedentemente non incriminate vigerà il divieto di retroattività. La dottrina parla però di successione impropria per assimilazione allorché la norma viene abrogata ma non sostituita da una generale, bensì fatta rifluire nell'ambito applicativo

di una norma preesistente (è il caso dell'oltraggio al pubblico ufficiale ricondotto alla fattispecie di ingiuria). È una forma anomala di successione, perché la norma generale non succede a se stessa ma ingloba la condotta precedentemente incriminata: il principio di irretroattività non è violato perché la norma nella quale la *voluntas legis* conduce la condotta è preesistente. La prova contraria è comunque ammessa perché potrebbe darsi che il legislatore abbia voluto sancire con l'abrogazione l'irrilevanza del fatto senza la necessità di una prosecuzione del controllo penale attraverso un'altra norma. In relazione, invece, al passaggio da una norma generale ad una avente, in relazione ad essa, carattere speciale si è avuta l'instabilità giurisprudenziale maggiore. Frequente è il ricorso al criterio del tipo di illecito, ma in altre pronunce la Cassazione opta per il criterio strutturale, bilanciato sul rapporto di specialità: se le norme sono in tale rapporto già dal punto di vista delle fattispecie astratte l'*abolitio criminis* può verificarsi in casi eccezionali, in base ad indici inequivoci di una volontà del legislatore in tal senso. È appena il caso di sottolineare come orientamenti così ondivaghi siano il risultato di una tecnica legislativa approssimativa, emergenziale, che abdica al suo ruolo di formalizzazione di scelte di politica criminale a tutto vantaggio di una magistratura che, facendosene carico, tradisce ogni aspettativa di essere quello che si definisce *juge bouche de la loi*. Una particolare tipologia di successione di leggi penali nel tempo è rappresentata dalla successione mediata: si tratta dei casi in cui modifiche normative incidono non sugli elementi costitutivi della fattispecie astratta, ma su elementi presupposto della possibilità di applicarla al caso concreto: l'esempio classico è l'abrogazione del reato rispetto al quale si è verificata la fattispecie di calunnia,



oppure il reato-scopo nei reati associativi. Rispetto a tali tipologie si pone il problema dell'applicabilità o meno dell'art. 2 c.p. Un orientamento più tradizionale in dottrina<sup>52</sup> ritiene che la successione mediata sia un fenomeno estraneo alla disciplina dell'art. 2 c.p., anzi, tecnicamente non dovrebbe neanche definirsi successione: la fattispecie astratta rimane inalterata. Ma la rigidità di tale asserzione viene messa in discussione da una giurisprudenza più attenta al profilo sostanziale, secondo la quale l'elemento in qualche modo incide sull'applicabilità in concreto della norma penale, finendo per divenirne un elemento costitutivo. Tale orientamento applica la disciplina della successione delle leggi penali nel tempo anche alle ipotesi di successione mediata. Probabilmente preferibile è quell'orientamento mediano secondo il quale l'applicazione della disciplina ex art. 2 c.p. dipenda dalla persistenza del disvalore astratto del fatto: in caso positivo, come nel reato di calunnia, in cui persiste il disvalore di accusare consapevolmente un innocente davanti all'autorità giudiziaria, vi sarebbero le condizioni per una successione; in caso negativo, come nel caso di un'associazione per delinquere allorché il reato-scopo sia dichiarato abrogato, non vi sarà successione. Tuttavia, l'evanescenza di tale criterio rende maggioritario l'orientamento estensivo della disciplina a prescindere da un'analisi sul disvalore, ma basandosi sulla tesi sopra menzionata dell'incorporazione nella norma incriminatrice. L'ultimo problema da affrontare circa il principio di irretroattività della legge penale è

---

<sup>52</sup> Vi è chi, come ROMANO M., sub *pre-art.1 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004, p. 55, ritiene che si debba giungere ad una conclusione diversa per le norme penali in bianco, dal momento che in tal caso l'abolizione della disposizione integratrice implicherebbe un diverso giudizio sul disvalore del fatto, giacché sostanzialmente è la norma extrapenale a delineare il precetto.

rappresentato dai decreti-legge non convertiti e dalle leggi dichiarate incostituzionali<sup>53</sup>. Nel testo originario del codice Rocco l'ultimo comma dell'art. 2 c.p. sanciva l'applicabilità della disciplina in questione ai casi di decadenza, mancata conversione o conversione con emendamenti di un decreto- legge. In realtà, ciò era plausibile in un sistema istituzionale come quello fascista in cui il decreto-legge non convertito perdeva efficacia *ex nunc*, facendo salvi gli effetti prodotti temporaneamente. Ma il Costituente, spinto dalla volontà di ricondurre la legiferazione governativa ad una subordinazione più marcata nei confronti del Parlamento, ha sancito l'opposto principio di una decadenza *ex tunc* del decreto il che, in linea teorica, esigerebbe l'impossibilità di applicarlo anche a fatti commessi durante la sua vigenza. In tal modo l'istituto del decreto-legge in materia penale, per quanto osteggiato o, secondo alcuni, addirittura incostituzionale<sup>54</sup>, sembrerebbe logicamente incompatibile con il fenomeno successorio. La Corte Costituzionale sembrò confermare tale assunto con la sent. 22 febbraio 1985, n. 51 dichiarando illegittimo l'attuale 6° comma «nella parte in cui rende applicabili alle ipotesi in esso previste le disposizioni contenute nei commi 2 e 3 dello stesso articolo». Si poneva però il problema delle norme penali di favore contenute in un decreto-legge non convertito: un fatto punito meno gravemente o addirittura non considerato reato dal decreto quale legge del tempo in cui fu commesso il fatto tornerebbe ad esserlo dopo la sua decadenza, con

---

<sup>53</sup> Non pone particolari complessità l'inoperatività dell'art. 2 c.p. in relazione a leggi eccezionali o temporanee. La *ratio* della norma è quella di legare indissolubilmente la vigenza di una norma nata per fronteggiare situazione abnormi o transitorie al momento stesso in cui sono state emanate.

<sup>54</sup> V. p. 19 del presente lavoro.

applicazione retroattiva della legge reviviscente. Ciò renderebbe impossibile per la norma penale svolgere quella funzione orientativa prodromica ad un'offerta di trattamento risocializzante. A ben vedere, la tesi, anche alla luce della pronuncia della Corte, prova troppo: nella sentenza viene infatti fatto richiamo esclusivamente ai commi 2 e 3 dell'art. 2 c.p., facendo salvo il principio di irretroattività della legge penale. Il Giudice delle leggi non si pronuncia, dunque, in merito ai fatti concomitanti alla vigenza del decreto-legge, i quali non saranno punibili nemmeno dopo la reviviscenza della norma incriminatrice abrogata dal decreto non convertito, perché compiuti nel pieno rispetto della legge vigente. Il decreto, sebbene più favorevole, non si applicherà mai retroattivamente e ultrattivamente come *lex mitior*: possiamo sostenere che in realtà non entra nel fenomeno successorio, con il correttivo sopra ricordato, imposto dalla prevalenza dell'art. 25, 2° co. Cost., norma di principio e garanzia, sull'art. 77 Cost., norma dal valore più spiccatamente organizzativo. Per quanto concerne, invece, le norme dichiarate incostituzionali, l'art. 30 della l. 11 marzo 1953, n. 87 risolse un dilemma formatosi a seguito di un'interpretazione letterale dell'art. 136 Cost. nel senso di una cessazione di efficacia *ex nunc* della norma dichiarata incostituzionale: ciò avrebbe comportato un cortocircuito dal momento che un ordinamento che chiedeva la rilevanza della questione di costituzionalità nel giudizio in corso per sollevarla rendeva di fatto inapplicabile la futura pronuncia della Corte nel medesimo giudizio. L'art. 30 sopra citato indusse a ritenere che la dichiarazione di incostituzionalità avesse effetto *ex tunc*, ragion per cui, analogamente ai decreti-legge non convertiti, non si pone un problema di successione. Trova applicazione l'identica disciplina: se

più favorevole, la norma dichiarata incostituzionale ha una provvisoria vigenza per i fatti concomitanti, sempre in ragione della primazia del principio di irretroattività. Tuttavia proprio questo principio pone problemi di limiti al sindacato della Corte sulle leggi penali di favore. La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che per determinati soggetti o reati ponga un trattamento più favorevole porterebbe a rendere applicabile la reviviscente norma sfavorevole in maniera retroattiva, ovvero ad un fatto commesso sotto la vigenza della *lex mitior*. Inizialmente la Corte ha sancito l'inammissibilità di questioni su tali norme per irrilevanza. Ma la stessa Corte ha cercato poi di superare tale orientamento, che aveva il pericoloso effetto collaterale di creare settori comunque sintomatici di scelte di politica criminale del tutto liberi da un controllo di costituzionalità: nelle più recenti pronunce il concetto di rilevanza trapassa dal singolo giudizio *a quo* agli effetti che la pronuncia avrebbe sull'intero sistema normativo. Ammessa quindi la questione, il problema da evitare è quello di politicizzare il ruolo della Consulta. Soprattutto in materia penale, le scelte formalizzate dal diritto positivo includono innegabili posizioni di politica criminale che, nei limiti imposti dalla nostra Costituzione, sono espressione di una discrezionalità tecnica riservata al legislatore. La Corte piuttosto dovrà provvedere a rimuovere discriminazioni di trattamento punitivo che, non animate da alcuna ragionevolezza, rappresentano i residui di un «diritto penale del privilegio» anziché di un «diritto penale della libertà<sup>55</sup>».

---

<sup>55</sup> Le definizioni sono di MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Padova, 2011, *Introduzione*, XXXV.

## I principi di materialità e offensività

2.1. *Il principio di materialità: un diritto penale del fatto.* Un diritto penale orientato secondo i principi normativi desunti dalla Costituzione non può che avere ad oggetto fatti materiali, empirici, percepibili con i sensi. Ciò rappresenta una delle eredità più immediate dell'insegnamento illuminista, che voleva dissipare le tenebre dei secoli passati durante i quali la *potestas puniendi* - giacché sarebbe improprio definirla diritto penale - era stata adoperata come un braccio armato contro dissidenti, eretici, emarginati, a prescindere da una loro condotta. Il principio di materialità impone di ritenere, in un sistema che voglia definirsi liberale, la soglia del delitto tentato come confine invalicabile, oltre il quale criminalizzare non deve ritenersi possibile perché il costo in termini di libertà supererebbe il risultato prefissato, ovvero la pacifica convivenza civile. Per le medesime esigenze di garanzia non può essere oggetto di norma penale un mero proposito interno, benché criminoso, né un'intenzione meramente dichiarata, non concretizzante un atto idoneo diretto in modo non equivoco. E, in risposta ad orientamenti neopositivisti, il principio di materialità impedisce di considerare reato un modo d'essere, un dato fisico, biologico, etnico, o uno stato di pericolosità sociale.<sup>56</sup> Il nostro sistema penale respinge, dunque, ogni ricostruzione di stampo soggettivistico. D'altronde, il principio di materialità ha valenza costituzionale: la dottrina maggioritaria lo

---

<sup>56</sup> V. MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 123.

evinces dal termine «fatto» adoperato nell'art. 25, 2° co. Cost. e più in generale dall'impostazione garantista e liberale di cui la Costituzione è portatrice. Inoltre, a livello di legge ordinaria, l'art. 115 c.p. esclude il reato nell'accordo e nell'istigazione vana: a maggior ragione ciò deve valere per la mera *cogitatio*. Due remote pronunce della Corte Costituzionale hanno espresso la difficoltà della giurisprudenza costituzionale ad adoperare il criterio di materialità nel giudizio di legittimità costituzionale<sup>57</sup>. La Corte ha infatti ritenuto fondate entrambe le questioni, ma sotto il profilo dell'uguaglianza, dal momento che lo status di mendico, ammonito, sottoposto a misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta non comporta un sicuro collegamento tra imputato e precedenti delittuosi sintomatici di una pericolosità del possesso, pronunciando una declaratoria di illegittimità parziale<sup>58</sup>. Molto più attinente è la sent. 17 Luglio 2002, n. 354 con la quale la Corte Costituzionale dichiarò incostituzionale il secondo comma dell'art. 688 c.p., poichè faceva confluire nella punibilità di un comportamento, tra l'altro depenalizzato come l'ubriachezza in pubblico, elementi riconducibili all'autore del tutto estranei al fatto. Questa pronuncia è uno dei rari casi in cui la Corte fa espresso riferimento al principio di materialità: in analoghi giudizi di legittimità costituzionale di norme relative a condizioni o qualità personali è più frequente l'uso del parametro, seppur centellinato,

---

<sup>57</sup> Ci riferiamo alle sent. 19 Luglio 1968, n. 110 a proposito dell'art. 708 c.p. e la sent. 2 Febbraio 1971, n. 14 circa l'art. 707 c.p.

<sup>58</sup> In realtà la Corte giungerà nel 1996 a dichiarare l'illegittimità dell'intero art. 708 c.p. con la sent. 02 Novembre 1996, n. 370.

della determinatezza o dell'offensività<sup>59</sup>. Il legame con quest'ultima è chiaro: quanto più si anticipa la soglia della tutela penale, tanto più si colpisce il soggetto e non il fatto in sé. Il principio di materialità ha, inoltre, notevoli influenze sulla ricostruzione dogmatica del diritto penale, valorizzando l'evento nell'analisi delle fattispecie, suggerendo elaborazioni innovative in materia di concorso di persone e reato omissivo ma soprattutto sottolineando come sia necessario costruire fattispecie dotate di un buon grado di concretezza empirica per rispondere ad esigenze processuali sia dell'imputato, in un'ottica di realizzazione del diritto di difesa, sia dell'accusa, che può contestare in maniera più efficace la violazione di fattispecie empiricamente percepibili. Ma forse il merito maggiore del criterio di materialità è quello di fungere da argine contro eccessive personalizzazioni della responsabilità penale: le esigenze del trattamento infatti non possono mai spingersi fino a forme illiberali di *Gesinnungstrafrecht*.

2.2. *Il principio di offensività. Linee generali.* Secondo il principio di offensività non è concepibile un reato senza offesa ad un bene giuridico, in un'ottica di integrazione con il principio di materialità: mentre quest'ultimo impedisce la criminalizzazione di meri moti interiori, il primo garantisce contro l'incriminazione di fatti materiali non offensivi. In realtà, ad un riconoscimento pressoché unanime della vigenza del principio e della sua ispirazione liberale, non si è accompagnata una identica comunanza di vedute in ordine alle conseguenze applicative del principio<sup>60</sup>. Innanzitutto occorre

---

<sup>59</sup> V. BELLOMO F., *Nuovo sistema del diritto penale*, I, Bari, 2012, p. 209.

<sup>60</sup> V. FIORE C., *il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 275 ss

sgombrare il campo da un equivoco frequente: sostenere la vigenza del principio di offensività non equivale ad introdurre surrettizie clausole generali sul modello dei codici di stampo sovietico. Infatti è stato autorevolmente chiarito come postulare la necessaria lesività del fatto tipico non sia intimamente legato ad una concezione sostanziale del reato: l'accertamento dell'offensività non può trarre legittimazione da concetti elastici ed extragiuridici ma va limitato alla fattispecie in sé considerata. Altrimenti verrebbe indissolubilmente lesa la portata garantista della riserva di legge, giacché il giudice sarebbe libero di escludere la punibilità di un fatto in base a circostanze ad esso del tutto estranee<sup>61</sup>. La giurisprudenza, anche costituzionale, mostra di prediligere nettamente l'aspetto dell'offensività in concreto, quale canone ermeneutico di ricostruzione della fattispecie, piuttosto che come canone di politica legislativa. Strettamente connesso a ciò è la discussione sul fondamento costituzionale del principio: è la prospettiva dell'art. 27 Cost., corroborato dall'intero impianto della Carta, ad esigere che la pena sia riservata esclusivamente per fatti realmente dannosi o pericolosi per le condizioni di civile convivenza. L'azione di integrazione sociale cui è teso il trattamento sanzionatorio si giustifica esclusivamente allorquando il soggetto percepisca l'antisocialità del proprio comportamento, e solo in tal caso la criminalizzazione del fatto riuscirà ad aggregare i consensi dei

---

<sup>61</sup> Magistralmente, BRICOLA F., *Teoria generale del reato* in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, 73, secondo il quale «in ossequio al principio di cui all'art. 25, 2° comma, Cost., la valutazione dell'offesa deve mantenere sempre un carattere rigorosamente normativo».



consociati<sup>62</sup>. Inoltre, la locuzione «fatto commesso» dell'art. 25, 2° co. Cost., non può essere letto come uno status soggettivo o un atteggiamento interiore. Infine, il contenuto dell'art. 13 Cost. impedirebbe la compressione della libertà personale per effetto di pene inflitte a causa di fatti inoffensivi. In realtà la portata di tale costituzionalizzazione viene depotenziata sia dalla Corte Costituzionale che da parte della dottrina, le quali ritengono il principio di offensività soggetto a deroghe necessarie per la prevenzione di beni primari, i quali necessitano di anticipazioni di tutela o addirittura di una tutela a prescindere da ogni offesa. L'assunto non è condivisibile, poiché le ragionevoli esigenze di prevenzione non possono condurre a deroghe che di fatto equivalgono ad una vanificazione del principio in questione<sup>63</sup>. A chi sostiene che l'offensività sia un principio desumibile dalla Costituzione si oppone parte della dottrina che sottolinea come, attualmente, non esista nell'ordinamento italiano una disposizione esplicita in materia e che l'offensività debba ritenersi un criterio implicito o immanente del nostro sistema penale, ricavabile

---

<sup>62</sup> V. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 173 ss. V. BRICOLA F., *Teoria generale del reato* in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, 83 ss.. secondo il quale si può ritenere non costituzionalizzato il principio soltanto se si parte da una concezione retributiva della pena, la quale non esclude la punizione di stati o atteggiamenti di disobbedienza. Anzi, è proprio tipica della più genuina ossessione retributiva la tendenza a colpire la cattiva volontà del singolo.

<sup>63</sup> Secondo FIORE C., *op. cit.*, in *Ind. Pen.*, 1994, 275 ss una soluzione compromissoria, a proposito dei reati di pericolo astratto, che rappresentano il caso più frequente di frizione con il principio di offensività, potrebbe essere risolto ritenendo non *sic et simpliciter* incostituzionali tali fattispecie ma ritenendo tale soltanto la presunzione assoluta di pericolo.

esclusivamente per via interpretativa<sup>64</sup>. In realtà, nonostante non ne abbia mai fatto ancora esclusivo parametro di incostituzionalità di una norma incriminatrice, la stessa Corte Costituzionale riconosce il principio in questione, ritenendolo operante su due piani: un'offensività in astratto, sotto forma di precetto - o forse sarebbe il caso di dire di monito visto la scarsa considerazione finora mostrata *in primis* dalla Consulta, che legittima anticipazioni di tutela - al legislatore affinché preveda fattispecie dotate di un contenuto lesivo astratto, e un'offensività in concreto, quale criterio interpretativo affidato al giudice in modo da accertare che il fatto storico sia effettivamente lesivo o pericoloso per il bene giuridico<sup>65</sup>. In realtà, anche la condivisibile opinione di chi ritiene il principio costituzionalizzato deve fare i conti con le perplessità connesse al controllo da parte della Corte: una dichiarazione di illegittimità costituzionale sarebbe possibile soltanto a proposito di norme che incriminino condotte già in astratto prive di ogni lesività. Casi che si auspica siano assai rari, sintomatici di una palese irragionevolezza. Probabilmente da qui origina la seconda *querelle* circa il principio di offensività: ovvero la necessità di un aggancio nella legislazione ordinaria che sancisca come prerequisite imprescindibile dell'esistenza del reato la sua effettiva lesività o pericolosità,

---

<sup>64</sup> Tra questi, v. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009, 150. Secondo gli Autori il principio di offensività, ove pure lo si ritenesse costituzionalizzato, scontrerebbe notevoli difficoltà in relazione ai beni ad ampio spettro sempre più frequenti nel diritto penale postmoderno, i quali sono refrattari ad offese reali e circoscritte.

<sup>65</sup> FIANDACA G. - MUSCO E., *op. cit.*, 153, ritengono che neanche come criterio applicativo il principio di offensività sia immune da difficoltà: vi è il rischio palese che, a fronte di fattispecie astratte prive di un tasso di offesa, il giudice si affidi a valutazioni extralegali sulla falsariga di concezioni sostanziali del reato.

colmando il divario fra una formale conformità al tipo e una sostanziale inoffensività. Un divario che, riconoscendo il valore costituzionale del principio, non può che ricomporsi in un assunto: può considerarsi tipico soltanto il fatto realmente offensivo, dunque il fatto inoffensivo, pur apparentemente inquadrabile nella fattispecie astratta, non può definirsi tipico<sup>66</sup>. Tuttavia anche in relazione alla sua introduzione, o secondo alcuni, in relazione alla sua ricognizione nella legge ordinaria parte della dottrina nutre dei dubbi: tutti i progetti di riforma del codice penale<sup>67</sup> susseguitisi finora ponevano il principio di offensività in una posizione di primo piano. Senza tralasciare l'importanza dell'interpretazione evolutiva dell'art. 49, 2° co. c.p. è auspicabile, infatti, soprattutto per quella dottrina che teme una eccessiva ingerenza giurisprudenziale, che sia il legislatore a delineare i presupposti e i criteri in base ai quali il giudice sia tenuto ad accertare la concreta offensività del fatto. Tuttavia la stessa dottrina teme che la codificazione di tale indice ermeneutico sia uno scivolamento nel fantasma della concezione sostanziale del reato<sup>68</sup>. La giurisprudenza potrebbe sentirsi incoraggiata nel correggere norme dotate di una scarsa lesività, o addirittura nell'interpretare il codificato principio come una clausola di non punibilità anche di condotte che presentano un'offesa

---

<sup>66</sup> Secondo BRICOLA F., op. cit., 77, il tipo per la sua natura statica non riesce ad abbracciare tutte le varianti del caso concreto, nelle quali può risultare appunto privo di lesività. A maggior ragione, in sede di offensività il bene giuridico viene visto non più nella sua funzione statica di oggetto di tutela, ma nella sua dimensione sociale e relazionale.

<sup>67</sup> Anche il fallito progetto di espressa costituzionalizzazione del principio ad opera della Commissione Bicamerale è segno di questa tendenza.

<sup>68</sup> V. FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, 541 ss.

percettibile, ma scarsa. Tentare la difficile strada della codificazione in un periodo di crisi generale del diritto scritto, secondo questa dottrina, tradirebbe gli obiettivi minimi preposti e provocherebbe quei danni che le codificazioni storicamente erano atte ad estirpare, come l'incertezza e l'iniquità della discrezionalità giurisprudenziale. Nonostante ciò, e in attesa di una codificazione più esplicita, la dottrina rintraccia il fondamento normativo del principio di offensività nell'art. 49, 2° comma, c.p. Dopo una iniziale interpretazione della norma come figura di tentativo inidoneo, si è consolidato un orientamento che ha affidato alla norma la funzione di codificare il criterio di offensività come canone ermeneutico: militavano a favore argomenti di ordine sistematico e logico<sup>69</sup>. Il reato impossibile prevede infatti un'azione che, per la sua inidoneità offensiva, rende impossibile l'evento. L'idoneità è da interpretare in un'ottica diversa rispetto al tentativo perché dà luogo ad un accertamento statico, *ex post*, di verifica o meno della lesione, ovvero dell'evento in senso giuridico. Collegabile invece ad un giudizio prognostico tipico del tentativo è la seconda tipologia di reato contenuta nell'art. 49 c.p., ovvero il reato impossibile per inesistenza dell'oggetto: in tal caso manca un elemento caratteristico della fattispecie che, se non vi fosse l'art. 49 c.p., sarebbe punibile a

---

<sup>69</sup> L'interpretazione tradizionale rendeva la norma utile soltanto a rendere applicabile la libertà vigilata, oltre al fatto che non spiegava perché la norma non fosse situata nell'art. 56 c.p. o perché il tenore letterale dell'art. 49 c.p. fosse diverso, riferendosi genericamente ai reati, all'azione, all'evento in senso giuridico. V. MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 7ª ed., Padova, 2011, 192. In realtà, secondo BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, 72, la tendenza a distorcere la autentica funzione dell'art. 49 c.p. deriverebbe dalla volontà politica di prescindere dall'offesa a favore di una repressione a mani libere di condotte formalisticamente rientranti nella fattispecie.

titolo di delitto tentato. Le Sezioni unite hanno richiamato il principio affermato dalla giurisprudenza costituzionale secondo il quale, ove la singola condotta sia assolutamente inidonea a ledere i beni giuridici tutelati, viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, poiché le indispensabili connotazioni di offensività di quest'ultima implicano la necessità che anche in concreto l'offensività sia ravvisabile, almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente. In difetto di ciò la fattispecie è configurabile come reato impossibile. E, rifuggendo da valutazioni extragiuridiche nella valutazione dell'offensività, l'offesa tipizzata dalla legge non ha altro effetto che quello di innalzare i livelli di tutela, assicurando l'attivazione dello strumento penale soltanto per fatti, previsti per legge, realmente lesivi della convivenza civile. Tuttavia, pur riconoscendo come indiscussa la valenza costituzionale del principio e il suo aggancio normativo nell'art. 49 c.p., si ritiene che il principio di offensività non debba prestarsi a risolvere anche problemi inerenti le fattispecie bagatellari: l'introduzione di una clausola generale che escluda dalla punibilità per fatti di minima rilevanza aumenterebbe il livello già elevato di discrezionalità giudiziale nel nostro sistema penale, perché altro è ancorare il giudizio di tipicità ad una precisa connotazione in termini di offensività, altro è discernere l'entità del danno o del pericolo. Sicuramente apprezzabile la finalità di deflazionare il sistema penale, ma sono più idonei strumenti più rigidi, come la depenalizzazione, l'introduzione di punibilità a querela, o ipotesi di astensione dalla pena<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> V. FIORE C., *il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 288; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale: parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2008, 285.

Nel rispetto della natura polidimensionale del principio di offensività, sembra corretto affrontare separatamente il suo ruolo di fulcro della teoria del bene giuridico, quindi come criterio vincolante di politica legislativa; quale criterio interpretativo della fattispecie, come prima accennato; infine come parametro di ragionevolezza nello scrutinio di costituzionalità operato dalla Corte.

2.3. *Offensività come criterio di politica criminale: la teoria del bene giuridico.* Il *nullum crimen sine iniuria*, nella sua aspirazione liberale, rappresenta il fondamento della teoria che identifica il reato come offesa ad un bene giuridico, in un'ottica di secolarizzazione e razionalizzazione del diritto penale. Ma il concetto di bene giuridico è qualcosa di ineffabile, estremamente variabile rispetto alle pulsioni alle quali, di volta in volta, è stato sottoposto. L'unico modo di rifuggire le evoluzioni concettuali è agganciare il concetto di bene giuridico, inteso come situazione di valore offendibile e tutelabile dal diritto penale<sup>71</sup>, alla Costituzione: soltanto in questa prospettiva, magistralmente enucleata dall'opera di Franco Bricola tra tutti<sup>72</sup>, si raggiunge un obiettivo che le altre teorie sul bene giuridico lasciavano insoddisfatto: il bene viene ad assumere una pregnante funzione critica, vincolando il legislatore nella scelta dei beni da tutelare<sup>73</sup>, ma, a differenza delle concezioni che

---

<sup>71</sup> MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 175.

<sup>72</sup> BRICOLA F., *Teoria generale del reato* in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973.

<sup>73</sup> Il fulcro della teoria è rappresentato dall'*argumentum libertatis*: dal momento che l'intervento penale comprime un bene inviolabile come la libertà personale ex art. 13 Cost. il bene a tutela del quale va la sanzione penale deve essere almeno di livello pari al bene sacrificato.

propugnavano un bene giuridico pre - positivo, il vincolo ha la coerenza dell'efficacia giuridica, per giunta sovraordinata rispetto alle altre fonti; inoltre, l'approccio costituzionale non ripudia la funzione dommatica, conducendo l'interprete a ricavare il criterio generale all'interno dei beni ritenuti meritevoli di tutela.<sup>74</sup> L'approccio costituzionale mira a fondare il sistema sul tessuto assiologico della Carta, come chiave di volta sia per individuare i beni giuridici penalmente tutelabili sia le modalità di tutela ammissibili: il principio di offensività finisce per diventare criterio di controllo, rendendo legittima la tutela soltanto contro modalità di aggressione lesive del bene. Si gettano le basi per quella che verrà

---

<sup>74</sup> Per una esaustiva panoramica sull'evoluzione del concetto di bene giuridico e sull'approccio costituzionale, ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983. L'*excursus* di matrice storicista dell'Autore, evidenzia la natura plastica della nozione di bene giuridico, oggi tra l'altro vittima di una vera e propria eterogenesi dei fini che piega il concetto ad un ampliamento della tutela penale anziché ad una sua riduzione. Ciò ci induce a condividere l'opinione della dottrina che nega al bene giuridico una funzione di sussunzione e deduzione di condotte *ex se* penalizzabili: il bene giuridico finisce per diventare un'etichetta, il cui contenuto viene a delinearci in relazione agli scopi di tutela che il diritto si prefigge. Saranno le scelte di politica criminale, desunte dalla Costituzione, ad orientare verso l'essenza del bene giuridico. Cfr. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 174; ROXIN K., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970, 2<sup>a</sup> ed. 1973), trad. it. S. MOCCIA, Napoli 1986. Le conclusioni di ANGIONI F., *op. cit.*, 139, attengono alla povertà di risultati delle concezioni tradizionali del bene giuridico: le nozioni afferenti al filone metodologico rinnegano ogni funzione critica, spinte da tendenze positivistiche, riducendo il bene giuridico a scopo della norma, ad oggetto di questa, e rendendolo fungibile, di fatto inutile. Tali filoni di pensiero puntano decisamente su una funzione meramente dommatica ed ermeneutica del bene. Le concezioni di stampo sostanziale tentano di guadagnare una funzione critica al bene giuridico, ma attraverso ipostatizzazioni pre-positive, metagiuridiche, non cogenti. Inoltre, le elaborazioni tradizionali non scalfiscono l'arbitrio ineliminabile dell'interprete nel ricavare induttivamente dal sistema i singoli oggetti di tutela. Sulle concezioni critiche e metodologiche del bene giuridico, v. MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 11 ss.

definita concezione realistica, ovvero la nozione di reato come fatto conforme al modello legale e lesivo dell'interesse tutelato. In realtà la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico già agli albori era destinata a subire notevoli critiche dai suoi detrattori<sup>75</sup>, che vedevano la Costituzione come limite negativo del diritto penale piuttosto che come suo fondamento. Si riteneva che l'accoglimento di questa teoria avrebbe comportato da un lato una sclerosi dell'intervento penale, dal momento che il testo finito della Costituzione non esaurisce i beni meritevoli di tutela, dall'altro una tendenza dirigistica, imponendo veri e propri obblighi costituzionali di tutela penale. In realtà, molte delle obiezioni a queste critiche possono rintracciarsi già nell'opera di Bricola: l'Autore ritiene di riservare l'intervento penale ai beni dotati di rilevanza costituzionale, intendendo per questa non la mera compatibilità con la Costituzione, bensì l'atteggiamento di inclusione del bene nei valori implicitamente o esplicitamente garantiti. L'ambito quindi sembra tutt'altro che limitato, giacché può ritenersi esteso grazie alle etero - integrazione internazionale (art. 10 e 11 Cost.) e a norme tipicamente suscettibili di interpretazioni evolutive come l'art. 2 Cost. D'altronde, lo stesso Bricola riconosceva l'esistenza di beni che fossero «presupposto necessario» per la tutela di altri aventi espressa valenza costituzionale<sup>76</sup>. Per quanto concerne i temuti obblighi costituzionali di tutela penale, discendenti da una presunta

---

<sup>75</sup> V. ROMANO M., sub *pre-art. 39 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004, secondo il quale i beni giuridici seguono e segnano l'evoluzione della realtà sociale, in quanto risultati dei conflitti e delle composizioni che hanno luogo nella società: in tal senso, rappresentano l'emblema di una scelta per un diritto penale del fatto, ma non pongono vincoli di tipo formale al legislatore.

<sup>76</sup> BRICOLA F., *op. cit.*, 16 ss.



gerarchia costituzionale dei beni già predeterminata, lo stesso Bricola ne nega la fondatezza, dal momento che impone al legislatore la scelta di criminalizzare equivarrebbe a dotare la pena di una (incostituzionale) funzione retributiva; la quotazione costituzionale di un bene funge da limite negativo per il legislatore, nel senso di non poterne criminalizzare l'espressione e l'esercizio da parte dei consociati, ma è indiscussa la facoltà di ricorrere anche a mezzi di tipo extrapenale per tutelarlo<sup>77</sup>. In realtà si può sostenere che le critiche abbiano fatto breccia più di quanto potessero<sup>78</sup>, dal momento che la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico e, di conseguenza, il principio di offensività come criterio di politica criminale hanno mancato gran parte del ruolo che auspicavano di svolgere. Riconducendo il bene giuridico alla mera politica criminale, il principio di offensività ha finito per perdere il suo carattere legittimante, per essere inteso come mero criterio descrittivo della fattispecie. Senza un punto di riferimento forte per il concetto e il fondamento del bene giuridico, diventa opinabile il criterio stesso dell'offesa. Tant'è che i numerosi fenomeni elusivi del principio di offensività affondano le loro radici proprio nella crisi del concetto di bene giuridico.

---

<sup>77</sup> BRICOLA F., *op. cit.*, 18 ss; per l'illegittimità costituzionale di una funzione retributiva della pena, anche in espressioni moderne come quelle dei filoni neoretribuzionisti v. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 85 ss.

<sup>78</sup> Anche parte della dottrina che riconosce la costituzionalizzazione del principio di offensività spesso condivide queste critiche e adotta del principio una visione più moderata, ricca di deroghe, quasi come criterio *de jure condendo*. V. MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 7ª ed., Padova, 2011, 186.

Un diritto penale orientato ai canoni della postmodernità si caratterizza per la tutela di beni giuridici sempre più vaghi e indeterminati che, come un vero «lupo travestito da agnello<sup>79</sup>», ampliano la tutela anziché restringerla, come esigerebbe un'ottica liberale. Beni quali l'ordine pubblico, la sicurezza dei traffici, la tutela dei consumatori possono, senza troppo difficoltà, trovare appiglio in svariate norme costituzionali. Il problema autentico è dovuto alla loro struttura sovradimensionata, che impone l'adozione di una precauzionale *Vorfeldkriminalisierung* tipica del diritto penale del rischio; in tal modo, la riferibilità costituzionale diventa una mera clausola di stile, acritica, mentre il crisma dell'offensività, in tali fattispecie, giace negletto in elucubrazioni sofistiche. Altrettanto accade nel novero dei cosiddetti beni strumentali o beni-funzione: per far guadagnare alla tutela di questi ultimi una parvenza di rispetto dell'offensività, le fattispecie in materia vengono ideate quali condotte lesive di un bene intermedio, funzionale alla protezione del bene finale. Questa seriazione deve però, per superare la soglia della opinabilità ed essere avvalorata da un nesso di strumentalità empirico e verificabile<sup>80</sup>. Ebbene, l'assunzione di tali entità intermedie quali oggetto di tutela penale è

---

<sup>79</sup> La metafora è usata da FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, 541 ss, che ne riporta la citazione da STACHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin, 1998, 42 ss.

<sup>80</sup> V. MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 86 ss. Secondo l'Autore l'esigenza di una connessione imprescindibile veicolata dalla lesività della condotta incriminata nei confronti del bene intermedio non significa altro che ritornare alla teoria dei beni presupposto già enucleata da BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, 17 ss, il quale aveva già messo in guardia dalla pericolosità insita in una manipolazione della rilevanza costituzionale del bene giuridico, soprattutto nell'intermediazione di un bene presupposto.

ormai consolidata, anche nella dicitura conosciuta alla dottrina di beni-funzione. Essi vengono considerati entità la cui tutela è il frutto di scelte di valore fluide, demandate dal legislatore all'autorità amministrativa: la norma penale finisce per tutelare un programma di scopo, un modello strumentale in cui vengono a confondersi oggetto di tutela e *ratio* della norma. La dottrina più fedele ai principi garantistici espressi dal testo costituzionale ha una visione critica di tali fattispecie, sintomatici di un diritto penale che ha ormai perso ogni legittimazione<sup>81</sup> e che, attraverso interventi estemporanei e miopi, è ben propenso a rendere più liquidi i suoi principi per adattarli alle esigenze di controllo, anziché fare il contrario<sup>82</sup>. Il bene giuridico viene a perdere ogni ruolo delimitativo, giacché qualsiasi condotta, con un eventuale sforzo interpretativo, può essere collegata al più remoto bene giuridico. In nome di un pragmatismo efficientista si finisce per punire un illecito di mera disobbedienza, spiritualizzando il bene giuridico e manipolando il concetto di offesa: lo stesso diritto penale perde la sua autonomia e ritorna ad essere uno strumento meramente sanzionatorio a favore di altri rami dell'ordinamento. I due esempi sommariamente citati permettono di delineare lo stato dell'arte relativo al principio di offensività quale criterio vincolante il legislatore: la progressiva erosione provoca un atteggiamento decisamente minimalista in relazione alla capacità critica del bene,

---

<sup>81</sup> FIANDACA G. - MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, 22 ss.

<sup>82</sup> Per la dimostrazione dell'incompatibilità strutturale della tutela dei beni-funzione con il tessuto costituzionale v. MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv .it .dir. e proc. pen.*, 1995, 343 ss.

la vera chiave di volta della teoria di Bricola. Assistiamo sempre più frequentemente ad interventi in materia penale totalmente scevri dal profilo dell'offensività: ciò comporta leggi penali ineffettive, simboliche<sup>83</sup> e, quindi, pericolose dal punto di vista delle garanzie di libertà personale. La peculiarità dell'intervento penale che, nonostante la maggiore flessibilità iniettata negli ultimi anni nel sistema, rimane un *aliud* rispetto a sanzioni extrapenali dovrebbe spingere gli operatori del diritto a considerare con più pregnanza il riferimento costituzionale del bene quale requisito essenziale. Piuttosto, e ancora richiamiamo l'insegnamento di Bricola, bisogna considerare il valore costituzionale come una clausola aperta, un *genus* al quale ricondurre le istanze emergenti dalla società: l'approccio costituzionale ha l'obiettivo di vincolare il legislatore alla tutela di beni costituzionalmente rilevanti ma anche di aprire finestre di dialogo con il contesto sociale per la definizione di questi ultimi, attraverso l'interpretazione evolutiva o, più propriamente, l'attualizzazione, di clausole generali come l'art. 2 Cost o gli artt.10 e 11 Cost<sup>84</sup>.

2.4. *Offensività come criterio ermeneutico.* Altrettanto celebre quanto la teoria dell'offensività quale criterio vincolante di politica legislativa è la concezione realistica del reato, formalmente radicata sul disposto dell'art. 49 cpv. c.p. Questa teoria, che mirava a rintracciare

---

<sup>83</sup> BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Indice pen.*, 2003, 491 ss. PALIERO C. E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv .it .dir. e proc. pen.*,1990, 537, la definisce legislazione simbolico - espressiva.

<sup>84</sup> MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 158 ss.

l'evento in senso giuridico quale offesa al bene nella fattispecie concreta, è diretto antecedente del principio ermeneutico di offensività: la Corte Costituzionale è stata ben più proclive a tal proposito, rispetto al riserbo adottata nella materia più delicata dell'offensività quale canone di politica criminale<sup>85</sup>. Tuttavia la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria disconoscono un'ipotesi classica della concezione realistica, ovvero sia l'esistenza di fatti tipici inoffensivi: l'offensività assurge a elemento essenziale della fattispecie, quindi la condotta inoffensiva più propriamente va definita atipica<sup>86</sup>. L'orientamento della Corte Costituzionale ha giustificato un'ampia interpretazione teleologica, rivisitando, quasi sempre a legislazione invariata, istituti tradizionali. Il principio di offensività viene adoperato dalla giurisprudenza costituzionale in un'ottica di rifunzionalizzazione di beni giuridici istituzionali, dando loro una fisionomia passibile di una reale lesività: basti pensare a beni impalpabili come l'amministrazione della giustizia, la personalità dello Stato, la fede pubblica. In realtà il vero problema del criterio ermeneutico dell'offensività risiede nel *punctum dolens* sempre evidenziato anche dai suoi detrattori: il conflitto con la

---

<sup>85</sup> Celebre la sent. 26 Marzo 1986, n. 62, in materia di esplosivi: «spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene od i beni tutelati attraverso l'incriminazione di una fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante.»

<sup>86</sup> ROMANO M., sub *pre-art. 39 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004, 514; FIORE C., *il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 277. Piuttosto vanno distinte le condotte atipiche perché inoffensive dalle condotte scarsamente offensive: la categoria dell'irrilevanza è ben conosciuta in ambito processualpenalistico, nel processo minorile e, più recentemente, nel processo dinanzi al giudice di pace.

legalità formale. In assenza di stretti parametri legislativi, la criminalizzazione della fattispecie concreta rimarrebbe affidata alla discrezionalità del giudice. D'altronde, dal versante opposto si lamentava l'eccessiva rigidità della legalità formale e la sua impossibilità di cogliere le sfumature del reale. Si ripropone, sotto mentite - in realtà neanche tanto mentite - spoglie l'annosa disputa tra concezione formale e concezione sostanziale del reato. Proprio in ragione del limite che il criterio ermeneutico deve trovare nel testo della legge, fattispecie basate su anticipazioni di tutela troppo marcate difficilmente sono coniugabili con la necessità di una lesione al bene giuridico: l'unico possibile temperamento - oltre ovviamente ad innegabili prospettive *de jure condendo* - è rappresentato dalla ricostruzione del bene tutelato non in termini formalistici e astratti bensì in un'ottica fortemente valorizzante la dimensione critica e costituzionale, e quindi offendibile, di questo.<sup>87</sup> Nonostante le numerose problematiche, il principio di offensività quale criterio ermeneutico è stato oggetto di potenziale codificazione in tutti i progetti di riforma del codice penale che abbiamo avuto sinora: se ciò è sicuramente sintomatico di una attenzione maggiore verso i profili sostanzialistici della teoria del reato, tuttavia questo non può esimere dal sottolineare come il rischio di una eccessiva discrezionalità, soprattutto nei progetti di codificazione che non presentavano criteri normativi ben delineati di inoffensività, è presente; d'altronde la codificazione non eviterebbe il depotenziamento ermeneutico del principio, ottenuto

---

<sup>87</sup> MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 269.

attraverso l'ancoraggio a beni evanescenti e sovrastimati. Forse tale codificazione avrebbe soltanto lo scopo di testimoniare un preciso mutamento culturale, oltre a sciogliere definitivamente i contrasti, per la verità attualmente già piuttosto superati, in relazione alla valenza ampia dell'art. 49 c.p. Probabilmente, e ci ricollegiamo nuovamente all'intuizione della costituzionalizzazione del principio di offensività, per essere realmente incisiva la valorizzazione del criterio ermeneutico dell'offesa - enunciato esplicitamente in una norma *ad hoc* oppure implicitamente come nell'art. 49 c.p. - dovrebbe accompagnarsi ad una costruzione delle fattispecie astratte che ponga nel dovuto risalto questo elemento, in modo da rendere proficuo il controllo sull'offensività in concreto effettuato dal giudice. In realtà il problema è più a monte: l'impalcatura assiologica della Costituzione impone all'interprete di adoperare il criterio di offensività come strumento di restringimento e non di dilatazione dell'ambito penale. Ciò nonostante, il dilemma dinanzi al quale il diritto penale odierno si trova può riassumersi nella convivenza con esigenze di tutela di una società refrattaria alla solidità dei principi costituzionali in materia penale e non solo, che pretende prototipi di tutela fluidi, istantanei, precauzionali, e allo stesso tempo la necessità, imposta dai canoni di solidarismo tipici dello Stato sociale, di intervenire in settori molto diversificati. Il rispetto del principio di offensività passa dunque attraverso una corretta tipizzazione delle fattispecie in termini di concreta lesività: realizzata questa premessa, esso non ostacola l'intervento in settori apparentemente immateriali come l'economia e l'ambiente. Sarebbe d'altronde intollerabile che un principio dalla profonda tendenza

garantistica venisse adoperato per schermare i sempre più frequenti *Kavaliersdelikten* di una società mondializzata<sup>88</sup>.

*Offensività come parametro di ragionevolezza.* Questa più recente manifestazione del principio si radica nella necessità di guadagnare una giustiziabilità all'offensività, ai fini di un controllo di legittimità della norma. La Corte Costituzionale, anziché fare riferimento alla costituzionalizzazione dell'offensività come principio autonomo<sup>89</sup>, negli ultimi anni fa uso del criterio dell'offesa attraverso il rodato paradigma operativo del principio di ragionevolezza, ormai svincolato dalla rigidità dello schema triangolare del *tertium comparationis*. Il criterio di ragionevolezza è stato adoperato in materia penale inizialmente come controllo sulla cornice edittale, ma poi si è arricchito di nuovi oggetti e di nuovi fattori, tanto da rendere il riscontro comparativo esterno meramente indiziante. Questa nuova dimensione del giudizio di ragionevolezza, scevra dal modello triadico e aperta a valutazioni di interessi variegati, cela in realtà un utilizzo atipico del principio di offensività: La Corte si lascia alle spalle l'avalutativo formalismo quasi geometrico della ragionevolezza protraendosi verso una valutazione del merito della

---

<sup>88</sup> DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 16.

<sup>89</sup> Una delle ragioni più propuginate per giustificare la valenza esclusivamente argomentativa del principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale riguarda l'assunto per il quale un controllo di offensività in funzione di una declaratoria in incostituzionalità sfocerebbe inesorabilmente nella discrezionalità politica, sottolineando ancora più del dovuto il ruolo della Corte Costituzionale quale surrogato di un legislatore troppo spesso inerte.



tutela, più orientata ai valori<sup>90</sup>, in relazione ai quali una condotta è irragionevolmente incriminata se inoffensiva. È palese l'ambiguità concettuale di questo utilizzo, giacché sarebbe stato più consono ancorare la dichiarazione di incostituzionalità alla necessaria lesività del fatto; tuttavia questo orientamento si caratterizza per un concetto di ragionevolezza tipicamente penalistico, orientato ai principi di politica criminale che devono orientare l'azione del legislatore, complementare rispetto a quello classico incentrato sull'uguaglianza e sulla proporzionalità. In questa ragionevolezza rispetto ai valori non c'è spazio per i cosiddetti reati senza bene giuridico, i quali non giustificano alcuna compressione della libertà. Altrettanto, sarà viziata di irragionevolezza la norma penale che tuteli il bene risultato meno significativo in un *balancing test*. Frequentemente la Corte effettua il controllo di ragionevolezza - offensività anche nelle fattispecie in cui è presente un tasso di anticipazione della tutela, giungendo a risultati gradualistici e compromissori, in una piena ottica di bilanciamento tra la scelta della tutela preventiva, il rango del bene, e altri valori di volta in volta chiamati in causa.

Probabilmente, anche alla luce delle riflessioni esposte in relazione alla costituzionalizzazione del principio di offensività, scelta obbligata in una sistematica teleologica improntata sulla funzione risocializzante della pena, sarebbe auspicabile che la Corte osi maggiormente, guadagnando una valenza precettiva più forte al principio anche in chiave di giustiziabilità: d'altronde, il *self-restraint* per evitare una politicizzazione delle scelte della Corte non sembra giustificato, dal momento che l'utilizzo del principio di

---

<sup>90</sup> Corte Cost. 25 Maggio 1987, n. 189 sull'esposizione della bandiera; Corte Cost. 24 Maggio 1979, n.26 sui reati di insubordinazione.

ragionevolezza in maniera avulsa dalla mera proporzionalità e uguaglianza, nella materia penale com'è noto indissolubilmente immersa nell'*humus* politico, è tutt'altro che scevro da contaminazioni nel merito della scelta del legislatore.

### Frammentarietà e sussidiarietà

*3.1. Frammentarietà e autonomia del diritto penale: garanzia ed effettività.* Il principio di frammentarietà rappresenta una importante cardine per un sistema penale improntato sui canoni finora enunciati: fattispecie tipizzate rigidamente dalla legge, in maniera determinata e tassativa, empiricamente verificabili e dotate di un buon coefficiente di lesività rappresentano il prodromo necessario (ma non sufficiente) per una tutela frammentaria. Un diritto penale costituzionalmente fondato esige una tutela episodica, non ulteriore a quanto strettamente necessario alla convivenza civile. Tradizionalmente si riconosce al principio di frammentarietà una triplice funzione<sup>91</sup>: dapprima, differenziare il penalmente rilevante dal moralmente riprovevole, quando quest'ultimo non risulti già espulso per l'azione dei principi di offensività e materialità. La Costituzione esige infatti un diritto penale laico e pluralista. Inoltre, la frammentarietà funge da monito circa la divergenza tra antigiuridicità e illiceità penale,

---

<sup>91</sup> FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009, 32 ss. ; BELLOMO F., *Nuovo sistema del diritto penale*, I, Bari, 2012, 189 ss.

giacché non tutte le violazioni di una norma dell'ordinamento sono riconnesse all'attivarsi di una sanzione penale: ciò è sintomo di una più matura consapevolezza dell'autonomia della disciplina penale. Infine il principio in questione permette di selezionare le modalità di aggressione al bene giuridico, dando modo al criterio di sussidiarietà di operare in favore di soluzioni extrapenali, spesso maggiormente efficaci. Benché non abbia un diretto referente costituzionale, la dottrina ritiene la frammentarietà implicita nel sistema come complemento necessario della determinatezza e dell'offensività: è un criterio direttivo nella genesi della norma penale, che deve strutturarsi in modo da lasciare provvidenziali lacune, destinate a non essere colmate, anche alla luce del divieto di analogia. Spesso il legislatore si limita a tipizzare forme già socialmente tipiche di aggressione, dando loro veste giuridica: il principio di frammentarietà funge da argine contro incriminazioni ispirate al diritto penale d'autore, limitando il controllo penale a pochi, specifici comportamenti. È evidente dunque l'eterogenesi dei fini cui tale principio è stato sottoposto: da sintomo nel primo Novecento dell'inefficienza e della rozza incompletezza del legislatore oggi la frammentarietà assurge a chiave di volta di un diritto penale orientato, in una prospettiva di mezzi a scopi, ai valori scolpiti nella nostra Costituzione. Ma il portato della frammentarietà non è soltanto in termini di garanzie individuali: una tutela frammentaria, riservata a fatti realmente meritevoli di tutela, guadagna effettività. Tralasciando gli indubbi vantaggi in termini processuali di deflazione del carico pendente sui singoli uffici, una tutela rarefatta comporta maggiore efficacia per la pena. Il condannato - presumibilmente in tempi più celeri - percepirebbe prontamente il disvalore della propria condotta, differenziata dalle

altre penalmente irrilevanti, e beneficerebbe, se volesse, del trattamento risocializzante; nondimeno, con buona probabilità non riterrebbe desocializzante l'espiazione della pena. D'altra parte i consociati, scossi da una pena pronta e celere più che da una pena severa, come insegna Beccaria, saranno più propensi a mostrare consenso intorno alla singola norma, di cui percepiscono i confini. Il problema dell'effettività, in sintesi, si pone esclusivamente in un diritto penale quale strumento di controllo sociale e non espressione meramente simbolica e rituale di valori. Non bisogna cadere, invece, nell'equivoco di ritenere necessaria una tutela olistica per raggiungere buoni gradi di effettività: un diritto penale programmato per occuparsi di tutto finisce in realtà per non proteggere nulla, come una rete troppo tesa le cui maglie si allargano inesorabilmente. Determinati livelli di effettività, inoltre, sono preclusi da garanzia che *ex ante* li rendono irraggiungibili. « Il sistema penale è funzionalmente, e deve essere per dettame costituzionale, in parte ineffettivo. (...) Al diritto penale non è consentita una effettività ad ogni costo<sup>92</sup>. » La frammentarietà è dunque propulsore di una maggiore effettività della norma penale, ovvero dell'efficacia della pena, ma a tempo stesso funge da limite agli eccessi della prevenzione generale e speciale: una tutela rarefatta infatti potrebbe contrastare con la deterrenza da incutere nei consociati<sup>93</sup>, che vorrebbe la criminalizzazione di tutti i

---

<sup>92</sup> La citazione è contenuta nel corposo lavoro di PALIERO C. E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv .it .dir. e proc. pen.*, 1990, 477.

<sup>93</sup> Per la palese incostituzionalità di una funzione della pena generalpreventiva negativa, che coltivi ulteriormente il mero effetto di deterrenza connesso alla posizione di una norma penale vedi MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 97 ss.

comportamenti, anche se non formalmente tipizzati. In realtà, anche le teorie del recupero sociale potrebbero esigere una criminalizzazione di tutti i comportamenti offensivi dei valori di riferimento, in modo da approntarne una riacquisizione da parte del reo. Tuttavia tali riflessioni, seppure razionalmente argomentate, guardano al principio di risocializzazione in maniera avulsa dal sistema dei principi in cui orbita, prescindendo dal legame indissolubile che lega frammentarietà e sussidiarietà: di fronte all'alternativa di un diritto penale asfittico e totalitario, che perde quasi la sua autonomia riducendosi a mero accessorio sanzionatorio, la frammentarietà esalta invece l'aspirazione liberale ad un diritto penale strettamente necessario, rispettoso degli spazi di libertà dei singoli individui.

*3.2. Necessità di pena. Il diritto penale quale extrema ratio.* L'idea che lo strumento penale, connaturato ad una peculiare incisività sui diritti fondamentali degli individui, debba essere riservato soltanto per le offese più salienti a beni giuridici di particolare rilevanza è una conquista affatto recente. Celeberrima è la sua origine già nel *De jure belli ac pacis* di Ugo Grozio, laddove l'illustre Autore scriveva: «Qui delinquit in eo statu est ut puniri licite possit: sed non ideo sequitur debere eam exigi: quia hoc pendet ex connexionione finium, ob quos poena instituta est, cum ipsa. Quare si fines poenae propositi alia via obitnere possint, iam apparet, nihil esse quod ad poenam exigendam praecise obliget<sup>94</sup>.» Una lettura accorta

---

<sup>94</sup> MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 114 ss. Accenni al principio di

dell'intero testo costituzionale porta alla conclusione di ritenere costituzionalizzato il principio di sussidiarietà<sup>95</sup>: la pena, nonostante le auspicabili flessibilizzazioni e l'agognato riduttivismo carcerario, resta pur sempre l'intervento più invasivo dello Stato sulla libertà dell'individuo. Gli art. 2, 3, 13, 25, 2° e 3° co. Cost. - oltre al più generale approccio risocializzante che deve improntare l'intero sistema penale - impongono il ricorso alla sanzione penale soltanto quando venga lesa un bene di rango almeno paritario a quello della libertà personale<sup>96</sup> e non risultino disponibili altri strumenti di controllo<sup>97</sup>. Si argomenta che la sussidiarietà abbia un duplice fondamento, formale in un'ottica di tradizionale tutela della libertà, sostanziale in quanto presupposto infungibile per prospettive di

---

sussidiarietà li ritroviamo anche in altri capisaldi del pensiero penalistico, tra i quali annoveriamo sicuramente BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di VENTURI F., 10<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, 12 ss, secondo il quale «ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico. Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto del sovrano di punire i delitti: sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari».

<sup>95</sup> La giurisprudenza sembra di avviso opposto: cfr. BELLOMO F., *Nuovo sistema del diritto penale*, I, Bari, 2012, 266.

<sup>96</sup> Parte della dottrina riconosce il principio di sussidiarietà come una specificazione del principio più generale di proporzionalità: FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009, 30. La proporzionalità è un carattere fondamentale, in quanto limite teleologico di qualsiasi teoria della pena che voglia essere razionale. Cfr. ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 163 ss.

<sup>97</sup> Subentra, a tal proposito, il dilemma relativo all'onere della prova circa la necessità della sanzione penale, cioè se sia il legislatore a dover dimostrare la non esistenza di sanzioni alternative parimenti efficaci, oppure se sia un eventuale ricorrente alla Corte costituzionale a dover dimostrare il contrario. In realtà il dilemma perde molta della sua potenza proprio alla luce dell'ineffettività della tutela contro abusi dello strumento penale: la sussidiarietà può esplicare la sua funzione essenzialmente come criterio di politica criminale. ANGIONI F., *op. cit.*, 220 ss.

efficienza e razionalità<sup>98</sup>. Ulteriore rafforzamento del principio di sussidiarietà è dato dal corollario della meritevolezza di pena: la sanzione penale, cioè, va inflitta in presenza di un'aggressione al bene giuridico talmente grave da risultare insopportabile. In altre parole, quanto più alto è il livello del bene a livello costituzionale, tanto più bassa è la soglia di offesa che farà scattare la necessità di una sanzione penale. Sussidiarietà e meritevolezza di pena non sono affatto costruzioni dogmatiche, tali da assurgere ad una fantomatica quarto elemento della teoria generale del reato: rappresentano profili esterni, criteri di interpretazione, di verifica e di correzione di sistemi penali positivi. La fattispecie astratta è reato in quanto fatto meritevole e bisognoso di pena, anche se, beninteso, restano ferme eventuali valutazioni di opportunità politico-criminale che lo esentino dalla sanzione<sup>99</sup>. Tuttavia la dottrina ritiene che meritevolezza e bisogno di pena siano meri canoni di politica criminale non dotati di efficacia dimostrativa autonoma: la

---

<sup>98</sup>MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv .it .dir. e proc. pen.*, 1989, 1008. In questa bipartizione si inserisce anche la possibilità di estendere l'ambito operativo del principio di sussidiarietà in una prospettiva interna alla già effettuata scelta penale, quale criterio di equilibrio tra illecito e sanzione. Non sembra recepibile, invece, l'accezione ampia della sussidiarietà secondo la quale andrebbe privilegiato lo strumento penale anche nei casi di non stretta necessità, laddove si voglia una maggiore funzione stigmatizzante, tipica della pena in senso stretto. Tale accezione, tipica di un diritto penale simbolico, mal si attaglia con l'ordito dei principi costituzionali che delineano un diritto penale laico e liberale, nel quale la sussidiarietà apre la strada a interventi extrapenali meno lesivi dei diritti dei singoli. FIANDACA G. - MUSCO E., *op. cit.*, 31. Sulla sussidiarietà come antidoto alla concezione meramente sanzionatoria del diritto penale vedi FIORE C., FIORE S., *Diritto penale: parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2008, 7.

<sup>99</sup> ROMANO M., sub *pre-art.1 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004, 23; ROMANO M., "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv .it .dir. e proc. pen.*, 1992, 50 ss.

giurisprudenza è costante nel riconoscere che tali valutazioni attengano all'incensurabile discrezionalità del legislatore<sup>100</sup>. La stessa Corte costituzionale, in maniera analoga a quanto visto in materia di offensività ma per ragioni palesemente diverse, utilizza il giudizio di ragionevolezza e proporzione come veicolo normativo per decisioni che coinvolgono il profilo interno ed esterno della sussidiarietà: in questo modo la Corte incide su questioni fortemente connaturate a valutazioni opinabili del legislatore, sindacando un uso distorto della discrezionalità che si sostanzia in disparità di trattamento, in cornici edittali sproporzionate rispetto all'offesa. Qualcosa di simile a quello che la dottrina amministrativista definisce da tempo eccesso di potere. Sicuramente un *minus* rispetto alla portata originaria del principio, ma probabilmente si tratta del compromesso più avanzato per guadagnare un sindacato della Corte senza aumentare il tasso di politicità, pericolo sempre in agguato soprattutto in materia penale. In materia di sussidiarietà il confronto tra l'empireo mondo dei principi e la realtà normativa odierna è

---

<sup>100</sup> Tra tutte, sent. 14 Luglio 1989, n. 409 Corte cost. : «Non v'è dubbio, infatti, che il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante ma è anche indubbio che le valutazioni, dalle quali dipende la riduzione del numero delle incriminazioni, attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal modo d'applicazione delle sanzioni penali) che, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili in questa sede. La non applicazione, da parte del legislatore ordinario, dei criteri informativi di politica criminale (quale quello di sussidiarietà del diritto penale) costituzionalmente sanciti, possono, infatti, essere censurati da questa Corte solo per violazione del criterio di ragionevolezza e per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto».



quanto mai bruciante: ad un'immagine del diritto penale puntiforme e rarefatto si contrappone, soprattutto nel diritto penale complementare, una bulimia sanzionatoria, quasi riportante in auge la concezione bindinghiana, in cui tutto è reato, ma finisce per esserlo soltanto sulla carta: sembrano una goccia nel mare i tentativi di depenalizzazione e deflazione degli ultimi anni rispetto alla smania ossessivo - compulsiva del simbolismo penale.

### Il principio di personalità

*4.1. Il profilo soggettivo nell'illecito penale.* Nei sistemi penali più moderni affinché vi sia una pena non è sufficiente che vi sia un fatto materiale, determinato, offensivo di un bene giuridico ma occorre altresì che il fatto "appartenga" ad un soggetto ben individuato. Questo principio è enucleato dall'art. 27 co. 1° Cost., in base al quale «La responsabilità penale è personale». Questa enunciazione lapidaria, nelle intenzioni dei Padri Costituenti, doveva fungere da monito per il legislatore, cui veniva impedito di punire soggetti che non avessero contribuito causalmente al verificarsi del fatto, come rammentava d'altronde la recente esperienza storica. In questo contenuto minimale la norma vieta quindi ogni strumentalizzazione della libertà personale dell'individuo per finalità politico-criminali, mettendo al bando funzioni della pena fisiologicamente operanti in tal senso, come le istanze general-preventive negative<sup>101</sup>. In realtà ridurre l'art. 27, co. 1°, Cost. ad un semplice divieto di

---

<sup>101</sup> MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 97 ss.

responsabilità per fatto altrui sembra una ingiustificata lettura restrittiva del testo costituzionale: ne banalizzerebbe la portata innovativa, giacché tale divieto è connesso ai primordi di una civiltà giuridica che voglia definirsi tale, per non parlare del finalismo rieducativo che permea il preambolo penalistico della Costituzione e che, *ex se*, impedirebbe una sanzione *sine culpa*<sup>102</sup>. Bisogna evidenziare che la Corte Costituzionale ha sempre accolto questa impostazione minimale dell'art. 27 Cost.: tuttavia non sono mancate sentenze, ben presto definite forse con troppa enfasi storiche, che hanno sancito un innalzamento dei livelli di garanzia. La dottrina più attenta ai profili di tutela dei singoli e alle istanze di rieducazione connesse alla pena da lungo tempo propugna un'interpretazione ampia dell'art. 27, co. 1° Cost. che copra il divieto di responsabilità oggettiva, ancorando il nostro diritto penale ad una inderogabile responsabilità per fatto proprio colpevole. Ne deriverebbe l'illegittimità costituzionale delle malcelate ipotesi di responsabilità oggettiva presenti nel nostro sistema. Riteniamo, quindi, recepibile nel nostro sistema costituzionale una nozione di illecito personale che, pur in armonia con i principi relativi al profilo obiettivo del reato, sottolinei come l'illecito penale debba riguardare fatti propri del soggetto e, soprattutto, fatti almeno coperti dalla colpa di quest'ultimo<sup>103</sup>. La Corte Costituzionale non ha mai espressamente sancito che la Costituzione vieti forme di

---

<sup>102</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 7ª ed., Padova, 2011, 293.

<sup>103</sup> BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, 69, sottolinea come l'illecito personale sia un illecito incentrato sulla modalità e sul disvalore dell'azione: tuttavia, ogni tentativo di far confluire nella definizione di *personales Unrecht* istanze ipersoggettivistiche e di *Gesinnungstrafrecht* incontrerebbe il limite insormontabile della necessaria lesività, a ragione dei contrappesi che i principi in materia penale esercitano l'uno sull'altro.

responsabilità oggettiva, anzi, la sua giurisprudenza è piuttosto orientata ad interpretare le fattispecie di volta in volta sottoposte al suo scrutinio evidenziandone la natura non oggettiva, "salvandole" dalla declaratoria di illegittimità. Tuttavia, nella celebre sentenza 24 Marzo 1988, n. 364 Corte Cost. sembra esservi un'inversione di tendenza, laddove si afferma la necessità che gli elementi più significativi della fattispecie siano coperti almeno dalla colpa dell'agente. Forse più limpida la presa di posizione nella sentenza 13 Dicembre 1988, n. 1085 Corte Cost., secondo la quale «perché l'art. 27, co. 1° Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano oggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo e dalla colpa)». Nonostante la formulazione in *obiter dicta*, si pone in risalto la necessità di un profilo soggettivo dell'illecito penale, in stretta connessione con esigenze teleologiche e di garanzia. La dottrina, nel commentare tale giurisprudenza, ha quasi univocamente parlato di costituzionalizzazione della colpevolezza: ma sembra più corretto ritenere costituzionalizzata la tipicità nel suo *Tatbestand* soggettivo, giacché la responsabilità oggettiva viola *in primis* la tipicità, punendo un soggetto sulla base di un mero nesso di causalità materiale. Piuttosto, può parlarsi di restaurazione del principio di colpevolezza circa la declaratoria di parziale illegittimità dell'art. 5 c.p., che introduce la coscienza dell'illiceità ai fini della responsabilità penale, ma non perché si ritiene necessaria la presenza di dolo o colpa nel fatto. Tuttavia questa giurisprudenza non risolve l'aporia relativa al trattamento del non imputabile: da un lato incolpevole per definizione, dall'altro tutelato, nella necessità del titolo soggettivo dell'imputazione - a

pena altrimenti di una incriminazione perennemente improntata ad una responsabilità oggettiva - proprio dall'art. 27 co. 1° Cost. Appare preferibile allora fondare il principio di personalità su un'appartenenza materiale e psichica del fatto al soggetto: soltanto in tal modo la pena potrà esperire un'azione di risocializzazione e di non desocializzazione. Ritorna l'insegnamento di autorevole dottrina, secondo la quale l'art. 27 Cost. non può essere letto in maniera sconnessa, ma esso evidenzia, nei suoi collegamenti interni, i requisiti che l'illecito penale deve avere affinché si concretizzino gli scopi di politica criminale: in pratica, è il principio rieducativo ad espandere la formulazione sintetica del primo comma dell'art. 27 Cost.<sup>104</sup>

Il principio di personalità è, probabilmente, emblematico del valore costantemente attuale dei principi costituzionali e della loro circolarità in funzione di scelte di politica criminale razionali e normativamente cogenti. Tali principi, quasi sempre feconda eredità di un passato illuminato, rappresentano vettori efficienti e infungibili per quel compromesso tra esigenze di efficienza e di garanzia che rappresenta l'ideale più autentico di un diritto penale costituzionalmente orientato.

---

<sup>104</sup> BRICOLA F., *Teoria generale del reato* in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, 53; MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 148 ss.

## Capitolo II

### Il fattore culturale nel diritto penale

SOMMARIO: 1. UNA DEFINIZIONE DI REATO CULTURALMENTE ORIENTATO: PROFILI SOCIOLOGICI E CRIMINOLOGICI. - 1.1. Globalizzazione e diritto penale. - 1.2. Multiculturalismo, pluralismo, multiethnicità. - 1.3. La «non neutralità culturale» del diritto penale: i conflitti culturali. - 1.4. Una definizione di reato culturalmente orientato. - 2. I POSSIBILI APPROCCI AL PROBLEMA: MULTICULTURALISMO E ASSIMILAZIONISMO - 2.1. L'opzione assimilazionista: la *ratio* e gli inconvenienti. - 2.2. Espressioni del fattore culturale in una politica penale assimilazionista. - 2.3. l'opzione multiculturalista: la *ratio* e gli inconvenienti. - 2.4. Espressioni del fattore culturale in una politica penale multiculturalista. - 3. UN ESEMPIO DI MULTICULTURALISMO FORTE: LA *CULTURAL DEFENSE*. - 3.1. Una fortunata definizione dottrinale: le ragioni e i limiti dell'istituto. - 3.2. Una pluralità di canali per la *cultural defense*: *plea bargaining*, *defenses* tradizionali, *sentencing*. - 3.3. *Cultural evidence*: riconoscimento e prova. - 3.4. Contrarietà alla *cultural defense* o formalizzazione?

Una definizione di reato culturalmente orientato: profili sociologici e criminologici.

*1.1. Globalizzazione e diritto penale.* Il tradizionale legame tra diritto penale e sovranità statale ha fatto sì che il fenomeno di mobilitazione di merci, persone e informazioni il quale, con un termine oramai abusato, si suole definire globalizzazione - o mondializzazione - sia rimasto, per lungo tempo, ai confini della conoscenza dell'esperto di diritto penale. Ciò nonostante l'attuale villaggio globale, per adoperare un altro slogan divenuto invalso, non ha saputo mantenere le promesse di maggiore benessere per tutti, di maggiori opportunità e, di conseguenza, di minore criminalità<sup>105</sup>. Anzi, il contatto tra individui formati in contesti culturali diversi, agevolato sia a livello individuale, grazie alla rapidità di mezzi di trasporto e di comunicazione, sia a livello collettivo, *sub specie* di ingenti flussi migratori provenienti dal Sud del mondo, sembra dotato di indubbi riflessi penalistici. D'altronde, se si accetta la visione contrattualistica di un diritto penale come strumento di convivenza sociale e come tutela del più grande lascito della modernità, vale a dire dei diritti umani nella loro elaborazione e progressiva positivizzazione, si è quasi costretti a porre in interazione il fenomeno giuspenalistico con le dinamiche della globalizzazione. L'ampia formula «diritti umani» implica infatti

---

<sup>105</sup> La relazione tra il cosiddetto tasso di deprivazione relativa e l'incidenza criminale è studiata a fondo dalla criminologia, ieri come oggi. Cfr. PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di criminologia*, 5ª edizione, Milano, 2008, 66, a partire dagli studi di Gabriel Tarde (1843 - 1904) fino ad oggi, negli insegnamenti delle scuole di ispirazione sociologica.

necessariamente un riferimento universale<sup>106</sup>, la cui positivizzazione ha un carattere ricognitivo piuttosto che fondante: ma la tutela dei diritti umani resta affidata, nonostante timidi tentativi a livello internazionale<sup>107</sup>, agli Stati nazionali. L'universalità dei diritti fondamentali non è però in contraddizione con il multiculturalismo delle società odierne: la garanzia dei diritti fondamentali, proteggendo i più deboli e le loro diversità, è il principale strumento di tutela del modello multiculturale. Si assiste, dunque, ad una duplice interazione: la globalizzazione da un lato stimola l'estensione della competenza penale nazionale a fatti commessi al di fuori del territorio nazionale, facendo leva sul principio di difesa e di personalità attiva, dall'altro essa erode la sovranità dei singoli Stati, incapaci di controllare fenomeni - criminosi e non - sempre più transnazionali<sup>108</sup>. Il diritto interno risulta sovente insufficiente o inefficace, e si presenta la necessità di cooperazione e dialogo tra Stati e soggetti sovranazionali, con importanti ricadute sull'armonizzazione delle legislazioni penali. Nei settori di più immediata globalizzazione la tendenza è dunque quella all'unificazione delle risposte punitive e all'ampliamento del raggio d'azione del diritto penale. Il vero problema è rappresentato,

---

<sup>106</sup> Cfr. DE SANCTIS F. M., *Diritti umani e globalizzazione*, in *Tra antico e moderno*, Roma, 2004, 223. DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 162, sottolinea come, all'interno dei diritti fondamentali, i diritti di libertà, esprimendo la diversa e unica identità di ogni essere umano siano per natura «culturali».

<sup>107</sup> Ci riferiamo ai finora incerti risultati di strutture internazionali come la CPI e i Tribunali Internazionali. In verità, è limitativo sostenere che la tutela dei diritti umani sia compito esclusivo del diritto penale ma sicuramente quest'ultimo rappresenta lo strumento più palese ed emblematico di tale tutela.

<sup>108</sup> BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006, 5 ss.

tuttavia, dalla diversa tempistica dei due fenomeni: l'armonizzazione di principi e istituti giuridici è destinata a svilupparsi più lentamente rispetto alle dinamiche della globalizzazione economica. Il rischio che si corre è quello di assistere ad una normazione penale non più giustificata dai valori condivisi all'interno dello Stato ma imposta da tendenze esterne; in altre parole, si sostiene che la globalizzazione spezza quel rapporto di circolarità tra culture/valori e fattispecie/sanzioni<sup>109</sup>, secondo il quale ovunque si puniscono atti e comportamenti lesivi dei valori espressi dalle singole culture, attraverso sanzioni coerenti con la concezione di pena vigente *hic et nunc*. Riassumendo, il modello dello Stato - nazione, emblema della modernità<sup>110</sup>, entra in crisi per una serie di fattori rintracciabili all'interno del più ampio fenomeno detto globalizzazione. Si tratta di fattori di crisi provenienti, per così dire, dall'alto, come la sempre maggiore rilevanza di produzioni giuridiche sovranazionali, spesso non propriamente coincidenti con l'idea di democrazia, anche in un ambito tendenzialmente statale come il diritto penale<sup>111</sup>. Ma esistono anche fattori di crisi

---

<sup>109</sup> L'espressione è di BERNARDI A, *op. cit.*, 19 ss.

<sup>110</sup> Nonostante la nascita degli Stati nazionali coincida convenzionalmente con la pace di Westfalia del 1648, è soltanto nella seconda metà del XIX secolo che il quadro europeo va a delinearsi più chiaramente, dopo l'unificazione italiana e tedesca.

<sup>111</sup> Sulla natura «localista» del diritto penale, HÖFFE O., *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, VII; BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 77 ss. In ogni Stato è presente un catalogo di reati e di pene, in taluni casi affine ma più spesso divergente da quello di Paesi anche limitrofi: a partire da Sutherland la relatività del reato è diventato un vero e proprio *topos* della moderna criminologia: vedi PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di criminologia*, 5ª edizione, Milano, 2008, 37 ss. La progressiva «localizzazione» del diritto penale, nel corso della sua storia a partire dall'epoca dei Lumi, è vista come un sinonimo di statalizzazione e, dunque, di legalizzazione del diritto: la



provenienti dal basso: si fa riferimento a quel fenomeno che è definito glocalizzazione<sup>112</sup>, in base al quale gli standard del *global way of life* rendono più pervicace e vivo il legame tra gli individui e le proprie culture d'origine. La cultura della globalizzazione fa emergere una maggiore consapevolezza delle diversità, non sempre dal volto pacifico, e svela la sua vera essenza: la globalizzazione in realtà non è globalista<sup>113</sup>. La società globalizzata è dunque una società fatta da estranei<sup>114</sup>, eterogenea, scossa da tensioni fra individui e culture che, a lungo andare, se non opportunamente

---

legge, quale espressione dello Stato, diventa la prima e predominante fonte di diritto. Ciò vale a maggior ragione per il diritto penale, che necessita, secondo il pensiero illuminista, di particolari esigenze di certezza, in quanto massima espressione della forza dello Stato. Nel sottolineare l'origine locale del diritto penale non si vuole negare l'esistenza di affinità e connessioni tra sistemi penali diversi, bensì si vuole evidenziare come la frammentazione sia una tendenza ancora pienamente attuale, pur in un mondo sempre più interconnesso politicamente ed economicamente: basti pensare al diverso trattamento - anche giuspenalistico - in Paesi spesso anche contigui di fenomeni come l'eutanasia, il consumo di stupefacenti, l'aborto, solo per citarne alcuni.

<sup>112</sup> ROBERTSON R., *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity* in *Global Modernities*, a cura di FEATHERSTONE M. - LASH S. - ROBERTSON R., Londra, 1995, 25 ss, ritiene che appartenga ad una certa mitologia della globalizzazione il voler legare a tutti i costi questo fenomeno a prospettive macrosociologiche e a tendenze omogeneizzanti dal punto di vista culturale. Il bisogno di introdurre il concetto di glocalizzazione deriva in primis dalla consapevolezza del dato mistificatorio che tende a rappresentare la globalizzazione come una tendenza che scavalca i localismi: gran parte della promozione di un determinato valore locale ha spesso forti radici transnazionali. Infatti, il dibattito non dovrebbe tanto riguardare la prevalenza della omogeneizzazione o della eterogeneità, quanto i modi attraverso i quali entrambe le tendenze caratterizzano le società moderne, in un rapporto di complementarietà non sempre felice, ma neanche di apodittica opposizione. In altre parole, sono spesso le dinamiche della globalizzazione ad acuire i fenomeni connessi al locale.

<sup>113</sup> DE SANCTIS F. M., *Diritti umani e globalizzazione*, in *Tra antico e moderno*, Roma, 2004, 224; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 4 ss.

<sup>114</sup> HÖFFE O., *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, 14.

metabolizzate, possono mettere a repentaglio l'esistenza stessa di uno Stato.

*1.2. Multiculturalismo, pluralismo, multiethnicità.* All'interno del villaggio globale non mancano, dunque, diseguaglianze e disparità prodotte non soltanto dall'attaccamento ai propri valori d'origine, ma anche dalla diversa e iniqua distribuzione della ricchezza. Forme di diseguaglianza endogene, tra classi sociali restie a stemperarsi, e forme esogene, sottoforma di flussi migratori incessanti, sono le più evidenti manifestazioni del fallimento della globalizzazione. A ciò si aggiunge l'effetto straniante delle tendenze globalizzanti che, minando le basi dell'identità individuale e collettiva, demoliscono certezze sedimentate e, con esse, il loro naturale ruolo di freno inibitorio verso il crimine<sup>115</sup>. Si suole spesso dire che la società globalizzata è una società multiculturale, multiethnica, e i termini sono spesso adoperati come sinonimi. In realtà, la multiethnicità è una situazione di compresenza, all'interno di un determinato contesto sociale, di gruppi etnici diversi. L'etnico si differenzia dal culturale perché si riverbera più specificamente nei rapporti di discendenza tra i membri. Ma, lungi da una prospettiva semplicisticamente biologica, le etnie hanno caratteristiche ben precise, così enucleate dalla dottrina sociologica dominante: un nome collettivo, una storia condivisa e trasmessa alle generazioni future, una cultura<sup>116</sup> distintiva comune, il legame con un territorio

---

<sup>115</sup> Si tratta della teoria criminologica della disorganizzazione sociale, studiata per la prima volta dai criminologi americani nella prima metà del XX secolo. PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *op. cit.*, 82 ss.

<sup>116</sup> Sul complesso concetto di cultura, par. 1.3 del presente capitolo.

specifico, un senso di appartenenza e di solidarietà attiva rendono possibile definire etnica una collettività umana. Il multiculturalismo è, invece, la compresenza all'interno di una medesima società di culture diverse, intese come sistemi simbolici che conferiscono significato alle azioni di coloro che vi appartengono<sup>117</sup>. Se il multi-etnico implica sempre il multiculturale non sempre vale il contrario, perché le differenze culturali non sono riconducibili soltanto alle diversità etniche. Anche tra multiculturale e multiculturalismo c'è necessità di distinzione: una società è definita multiculturale allorché risponda alla definizione prima data, mentre il multiculturalismo non guarda allo stato di fatto ma è un'aspirazione, un ideale<sup>118</sup>. Bisogna distinguere, inoltre, tra società multiculturali di tipo multinazionale, in cui il pluralismo culturale trae origine dalla presenza di minoranze indigene, assorbite da uno Stato egemone a seguito di processi storici più o meno pacifici, e società multiculturali di tipo polietnico, la cui varietà di gruppi culturali è il frutto di susseguenti ondate migratorie<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Sulle distinzioni tra multiculturalismo e multi-etnicità, DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 8 ss; VIOLA F., *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 37 ss.

<sup>118</sup> La distinzione è ripresa da GROSSO E., *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione Italiana*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 109 ss. Secondo l'Autore bisogna distinguere tra l'accertamento dello stato di fatto di una società che si presenta come multiculturale e l'idea del multiculturalismo come obiettivo normativo, da raggiungere attraverso una produzione giuridica che conformi la società in tale direzione.

<sup>119</sup> La distinzione viene evidenziata da BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 43. Analogamente, VIOLA F., *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 39, il quale sottolinea come si debba parlare anche di una terza tipologia di società

Naturalmente è possibile che uno Stato cumuli entrambe le caratteristiche (es. Canada, USA). La distinzione appena effettuata risulta essenziale per comprendere le dinamiche attraverso le quali si articola il pluralismo culturale: le società di tipo multinazionale assistono a richieste da parte delle minoranze di una maggiore autonomia e di autogoverno, istanze necessarie affinché esse preservino la loro distinta entità. Almeno da un punto di vista generale, con le cautele dovute per siffatte generalizzazioni, gli Stati multiculturali di tipo multinazionale tendono a concedere alle minoranze autoctone, con minore riottosità e più frequentemente, trattamenti anche notevolmente differenziati<sup>120</sup>. Nel tipo polietnico, più direttamente influenzato dai fenomeni inerenti la globalizzazione, gli immigrati spesso lottano per essere accettati e integrati quali nuovi membri della società ospitante. Non hanno organizzazioni comparabili con quelle delle minoranze indigene, bensì sono strutturati in reti di parentela oppure in forme di coesione provvisoria attraverso le quali chiedono modifiche *pro se* della legislazione e delle istituzioni del Paese ospitante. Nei loro confronti, però, gli Stati sono tendenzialmente meno generosi: vi è la legittima aspettativa secondo la quale l'immigrato, a maggior ragione quando è giunto volontariamente nel Paese ospitante e non

---

multiculturale, rappresentata dalla società europea, e in un certo senso anche dalla comunità internazionale, in cui radici culturali più o meno comuni lasciano spazio ad un pluralismo di sistemi giuridici nazionali diversi (multiculturalismo giuridico).

<sup>120</sup> Secondo parte della dottrina l'atteggiamento più tollerante di tali Stati si giustifica in virtù di un latente senso di colpa della cultura maggioritaria nei confronti di tali minoranze, spesso vessate e discriminate fino al recente passato. Vedi BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006, 73 ss; BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 46.

è spinto da motivazioni strettamente umanitarie, debba sforzarsi maggiormente nell'adeguarsi alla cultura maggioritaria<sup>121</sup>. Ciò non significa che gli immigrati debbano essere privati della possibilità di esprimere la propria identità culturale, ma semplicemente non possono coltivare la pretesa di ricreare una loro società nella società, comprensiva di tutti i profili di rilevanza pubblica.

Vi sono, infine, almeno due accezioni di società multiculturale: un'accezione forte, secondo la quale il multiculturalismo è l'essenza stessa della società, e un'accezione debole, per la quale la società, fondamentalmente liberale, agisce in modo neutrale nei confronti delle culture esistenti, dando loro la possibilità di convivere. È legato al concetto di multiculturalismo forte una definizione debole di diritti fondamentali, considerati semplicemente come principi generali di convivenza civile tra le svariate culture: al contrario, una società multiculturale in senso debole conserva un'idea di diritti fondamentali più forte, intesi come regole di convivenza cogenti e tassative<sup>122</sup>, ovvero limiti invalicabili.

Secondo parte della dottrina il multiculturalismo può essere considerato come una particolare forma di pluralismo e, dunque, si ritiene che i conflitti inevitabili che esso pone possano essere risolti con lo strumentario che le Costituzioni moderne, in linea di

---

<sup>121</sup> HÖFFE O., *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, 135.

<sup>122</sup> VIOLA F., *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 41. Secondo l'Autore una società che si autodefinisce multiculturale non può celarsi dietro l'ideologia della neutralità, secondo la quale i diritti fondamentali non sono suscettibili di interpretazioni culturalmente orientate, e dunque, diverse. Una società è autenticamente multiculturale se le culture che coesistono sono legittimate ad offrire concorrenti interpretazioni dei diritti fondamentali.

massima pluraliste, predispongono per affrontare le problematiche del fenomeno<sup>123</sup>.

La Costituzione italiana non menziona espressamente il fenomeno multiculturale: le ragioni sono prevalentemente storiche, dal momento che il patto costituente affondava le radici in un tessuto sociale omogeneo dal punto di vista etnico, religioso, in senso lato culturale. Minima eccezione è rappresentata dall'art. 6 Cost., a tutela delle minoranze linguistiche presenti sul territorio. Il fenomeno multiculturale in Italia è infatti ben più recente ed è legato alla trasformazione dell'Italia da Paese di emigranti a Paese recettivo di flussi migratori. Ciò nonostante la Costituzione Italiana offre notevoli spunti di metodo: essa è particolarmente attenta alla difesa del pluralismo sociale, politico, religioso, istituzionale. La convivenza pacifica in una società pluralista è assicurata soltanto se ogni gruppo rinuncia ad una parte della propria specificità, in modo da contrastare le naturali forze centrifughe che vanno ad azionarsi in contesti sociali così eterogenei. Il metodo costituzionale, adoperabile dunque anche nella risoluzione dei conflitti etnico - culturali delle nuove società multiculturali, presuppone la cernita di valori, espressi sottoforma di diritti fondamentali, costituzionalmente non decidibili ma riconosciuti e protetti. La Costituzione proceduralizza i conflitti attraverso un metodo democratico<sup>124</sup>: i conflitti interculturali non vanno trattati

---

<sup>123</sup> GROSSO E., *op. cit.*, 2006, 114. *Contra*, vi è chi, come Sartori, ritiene che la società pluralista sia intrinsecamente incompatibile con il multiculturalismo: quest'ultimo presupporrebbe una valorizzazione del conflitto, del particolare e della autosegregazione che minaccia la buona convivenza del pluralismo.

<sup>124</sup> Chiaro il riferimento al proceduralismo di stampo habermasiano, come unica strada per rifondare le basi di una convivenza civile su un consenso in ambito istituzionale piuttosto che sostanziale, vista l'estrema complessità delle

diversamente dagli altri, i quali rappresentano una caratteristica della società pluralista. Ed è la Costituzione a fungere da faro nelle complesse attività di bilanciamento tra i diritti fondamentali e le rivendicazioni legate alla identità culturale di individui provenienti da contesti socio - giuridici differenti.

*1.3. La «non neutralità culturale» del diritto penale: i conflitti culturali.* L'analisi della caleidoscopica convivenza di culture, frutto della globalizzazione, impone una premessa di metodo prima che ne siano affrontate le sfumature più strettamente penalistiche.

È necessario prendere le distanze da posizioni etnocentriche, che rappresentano una *humus* fertile per un uso distorto del diritto penale: nessuna cultura, nemmeno quelle occidentale, può arrogarsi il diritto di fungere da pietra di paragone per tutte le altre; in tal caso la globalizzazione si rivelerebbe per quello che secondo molti è veramente, ovvero una moderna forma di colonialismo, una sorta di imperialismo culturale. Un atteggiamento, per così dire, laico non equivale però ad una acritica accettazione di qualsiasi uso e costume, purché invalso presso talune società: le culture sono sindacabili a prescindere dalla loro legittimazione.<sup>125</sup>

---

società contemporanee. V. DI GIOVINE O., *Conclusioni (ovvero: Is Multiculturalism bad for criminal law?*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 171 ss.; ZACCARIA G., *La comprensione del diritto*, Roma - Bari, 2012, 174.

<sup>125</sup> Il riconoscimento della diversità culturale non è assoluto e incondizionato, ma esistono anche nei Paesi di più antica tradizione multiculturale dei limiti alla tolleranza, rappresentati dai diritti fondamentali degli individui. HÖFFE O., *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, 118 ss. Da una prospettiva più strettamente penalistica, cfr. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 226 ss. Secondo l'Autore, il principio generale di tolleranza, desumibile dagli art. 8, 19, 21 Cost., dovrebbe da un lato impedire la disciplina penale di fatti contro la

Ammesso ciò<sup>126</sup>, il passaggio seguente consiste nell'analisi del rapporto tra cultura, nella cui definizione ci dovremo cimentare, e diritto penale: quest'ultimo rappresenta infatti lo strumento attraverso il quale la società regola e tenta di risolvere i conflitti al suo interno, onde evitare disgregazioni violente. Tra le tipologie di conflitti che maggiormente attengono al tema oggetto del lavoro è palese la rilevanza dei conflitti culturali.

Questa tematica, di interesse trasversale per antropologi, sociologi e criminologi, parte dal presupposto che un gruppo sociale,

---

religione e, dall'altro, porre tutte le confessioni religiose su un piano di medesima importanza. «La nozione di laicità significa che lo Stato deve essere neutrale e dare prova di equidistanza rispetto a tutte le religioni, poiché non dovrebbe essere percepito come più vicino di alcuni cittadini che ad altri» (Lautsi e altri c. Italia, CEDU, Grande Chambre, sentenza 18 marzo 2011, ricorso n.30814/06) È da ritenere che non possano essere tollerati, in nome della pur tutelata diversità culturale, comportamenti che ledono la sfera intangibile dei diritti fondamentali. Dei criteri che possono aiutare nella soluzione dei casi ambigui sono menzionati da BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 69 ss, il quale, riprendendo una distinzione effettuata dal filosofo canadese Will Kymlicka, sostiene che le cosiddette restrizioni interne debbano essere respinte dai Paesi ospitanti: esse riguardano i rapporti infra-gruppo e si caratterizzano per la pretesa del capigruppo di coartare la volontà dei membri al rispetto di pratiche culturali anche contro la loro volontà, in un'ottica di conservazione del gruppo culturale. I Paesi ospitanti devono invece garantire le tutele esterne, in un'ottica sempre rispettosa del principio di uguaglianza: esse agiscono nei rapporti intergruppo e servono a limitare l'influenza del gruppo di maggioranza sulle minoranze, assicurando a quest'ultime la conservazione della propria esistenza e della propria identità culturale. Il problema però sembra soltanto spostato in avanti, dal momento che la distinzione tra tutele esterne e restrizioni interne non è sempre così chiara, basti pensare alla questione del *burqa*. Vedi anche DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 160 ss, che riconosce il diritto alla cultura come appartenente al novero dei diritti fondamentali, sancito dal diritto internazionale pattizio (art. 27 P.I.D.C.P.), ma allo stesso tempo sostiene che le modalità del suo esercizio non debbano ledere le cosiddette immunità fondamentali, come la libertà personale, il diritto alla vita e l'intangibilità della persona umana.

<sup>126</sup> Propendono per una premessa di metodo impostata in tal modo sia BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006, 39 sia HÖFFE O., *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, 44.



identificandosi in se stesso, effettua plurime operazioni di differenziazione con l'altro: la differenziazione porta alla valutazione dell'alterità e alla competizione che, radicalizzandosi, spesso conduce a stereotipi e a reazioni concrete violente. Da un punto di vista criminologico la prima analisi sui conflitti culturali condotta con modalità scientifiche risale al 1938, ad opera dello studioso Thorsten Sellin il quale, studiando l'incidenza dei delitti commessi dagli immigrati che, oggi come allora, giungevano numerosi sulle coste degli USA, enunciò quella che venne definita teoria dei conflitti culturali<sup>127</sup>. Secondo Sellin la frammentazione della matrice sociale è accompagnata da un aumento di conflittualità: questo perché coloro che vengono a trovarsi in un sistema culturale diverso, le cui norme di condotta possono essere divergenti o semplicemente differenti rispetto a quelle cui sono abituati, prima di integrarsi vivono una fase di straniamento. Il conflitto emerge quasi plasticamente: valori appresi per anni e trasmessi di generazione si scontrano con quelli nuovi ancora non assimilati, indebolendo quei meccanismi di autocontrollo che fungono da freno inibitore verso la devianza. La coesistenza di due sistemi culturali all'interno dell'individuo provoca un forte disagio interiore<sup>128</sup>, abbassando quella che i criminologi chiamano soglia di

---

<sup>127</sup> SELLIN T., *Culture conflict and crime*, New York, 1938; nella letteratura italiana v. PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di criminologia*, 5ª edizione, Milano, 2008, 85 ss.

<sup>128</sup> È il cosiddetto *internal conflict* che, secondo gli studi di Sellin, è molto più frequente negli immigrati di seconda generazione: costoro infatti si trovano più frequentemente a contatto con le regole di condotta del Paese ospitante e, d'altro canto, in loro la coerenza delle regole valoriali della madrepatria comincia ad affievolirsi. SELLIN T., *Culture conflict and crime*, New York, 1938, 67; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 12. Il conflitto culturale può emergere anche quando norme

vulnerabilità individuale e favorendo lo scivolamento non solo verso il crimine ma in generale verso espressioni di devianza, di disadattamento, di psicopatologie. Sellin distingue inoltre il conflitto primario dal conflitto secondario: quest'ultimo si verifica allorquando soggetti ritenuti diversi vengono colpiti da fenomeni di discriminazione, ostracismo e rifiuto del gruppo e comporta la medesima reazione criminogena di disagio, oltre che fenomeni di *labelling approach*.

L'analisi di Sellin, oltre ad inaugurare un filone di studio fecondo come quello del rapporto tra criminalità e immigrati<sup>129</sup>, dimostra che

---

legali non condivise dalla massa vengono imposte da colonizzatori o da *élites* culturali al potere: VAN BROECK J., *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 9, 2001, 31 ss. fa l'esempio della Turchia di Atatürk, in cui fu imposto un codice penale di ispirazione occidentale.

<sup>129</sup> Il tema è sterminato ed esula dall'argomento del lavoro. Tuttavia, basti rammentare che ormai il pensiero criminologico più accorto ritiene che l'immigrazione non sia un fattore criminogenetico in sé e che, di conseguenza, non sia possibile elaborare una teoria generale del crimine commesso dagli stranieri, perché l'immigrazione è un fenomeno proteiforme che interagisce in maniera differente a seconda del contesto di ricezione (ad es. l'immigrazione infraeuropea ha tendenzialmente posto minori problemi rispetto all'immigrazione nordamericana; all'interno degli stessi USA, gli immigrati di seconda generazione di origine europea hanno raggiunto migliori risultati di integrazione rispetto ai *latinos*). Ciò nonostante, gli immigrati sono generalmente uomini in giovane età, appartenenti cioè alla fascia statisticamente più propensa al crimine; si stabiliscono in aree socialmente svantaggiate, le quali, secondo le teorie ecologiche, sono un habitat favorevole alla criminalità; appartengono spesso a sistemi culturali profondamente diversi, a causa dei quali subiscono sovente ostracismi e discriminazioni; sono più attenzionati dagli organi di polizia giudiziaria, dall'opinione pubblica e, non ultimo, dai *media*. Probabilmente è da addurre a questa concomitanza di fattori l'incidenza criminale degli stranieri - per la verità variegata nel tempo e nello spazio e non sempre eccessivamente distante dal tasso di delinquenza dei residenti che si trovino in situazioni simili - piuttosto che ad una predisposizione ontologica dei diversi al crimine. V. PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di criminologia*, 5ª edizione, Milano, 2008, 305 ss.; TONRY M., *Ethnicity, crime and immigration*, in *Crime and Justice*, Vol. 21, *Ethnicity, Crime and Immigration: Comparative and Cross-National*

perché vi sia una condotta socialmente integrata è necessario che vi sia sintonia tra i valori condivisi dalla società e quelli di cui la legge è espressione: altrimenti la legge, nella fattispecie la legge penale, risulterà inefficace e la pena non riuscirà ad adempiere alla sua funzione di integrazione sociale e di aggregazione di consensi. Sellin ci mostra, dunque, che colui che commette un reato perché spinto da motivazioni culturali non si pone in una posizione di devianza rispetto alla società: sarà tutto il gruppo culturale cui appartiene a porsi in attrito con i valori espressi dalla maggioranza. Semplicisticamente, potremmo dedurre che il diritto penale positivizzi la cultura di uno Stato, rendendola appunto cogente per tutti i consociati. In realtà il problema è molto più complesso, dal momento che la definizione di cultura è qualcosa di molto più impalpabile e multiforme. Una prima operazione utile è quella di discernere dal polisemico concetto di cultura tutte le accezioni eccessivamente gergali, ampie e colloquiali: è opportuno riferirsi invece ad un concetto ristretto di cultura, come elaborato dalla dottrina antropologica a partire dalla seconda metà del XIX secolo. Una definizione tradizionale è quella fornita nel 1871 da Edward Tylor<sup>130</sup>, in cui emerge palesemente il carattere complesso del

---

*Perspectives*, 1997, 1 ss.; TONRY M., *A comparative perspective on minority groups, crime and criminal justice*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 6, 1998, 60 ss.; PAVARINI M., *Criminalità e pena nella società multiculturale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 165 ss.

<sup>130</sup> «La cultura, o civiltà, intesa nel suo ampio senso etnografico, è quell'insieme complesso che include da conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume, e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo in quanto membro di una società». La citazione è ripresa da BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 17 ss, che passa in rassegna le più importanti conquiste del pensiero antropologico in relazione al concetto di cultura, con una ricca bibliografia.

fenomeno e la sua natura tralaticia, non biologica. Sulla base del lavoro di Tylor, gli antropologi Kluckhohn e Kroeber proposero un'ulteriore definizione, destinata anch'essa ad una grande fortuna<sup>131</sup>. Molteplici sono stati gli altri tentativi, di cui non è possibile qui dare conto, di definire questo concetto, oggi sottoposto anche a feroci critiche e revisioni, ma sempre più imprescindibile nel bagaglio culturale dell'antropologo. Dagli anni '50 si sottolinea la natura semiotica del concetto di cultura, vista come un sistema complesso di simboli attraverso i quali gli esseri umani comunicano e perpetuano la propria visione della vita. Da un punto di vista maggiormente interessante per il giurista, se non altro per le ricadute in termini di vincolatività di tali definizioni, non è possibile tralasciare i tentativi che l'universo giuridico ha effettuato nella delimitazione del fenomeno. Un primo passo è stato compiuto nel Preambolo della Dichiarazione universale dell'UNESCO sulla diversità culturale, adottata all'unanimità dalla Conferenza Generale di Parigi il 2 novembre 2001: «la cultura dovrebbe essere considerata come un insieme dei distinti aspetti presenti nella società o in un gruppo sociale quali quelli spirituali, materiali, intellettuali ed emotivi, e che include sistemi di valori, tradizioni e credenze, insieme all'arte, alla letteratura e ai vari modi di vita.»

Tale Dichiarazione non è dotata di valore giuridicamente vincolante, a differenza della correlata Convenzione sulla

---

<sup>131</sup> «La cultura consiste in modelli, espliciti e impliciti, di e per il comportamento, acquisiti e trasmessi mediante simboli, costituenti il risultato distintivo di gruppi umani, comprendenti le loro incarnazioni in manufatti; il nucleo essenziale della cultura consiste in idee tradizionali (cioè derivate e selezionate storicamente) e specialmente nei valori loro attribuiti; i sistemi culturali possono considerarsi a un lato prodotti dell'azione, e dall'altro elementi condizionanti l'azione futura. ». BASILE F., *op. cit.*, Milano, 2010, 18 ss.

protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali del 2005: nel testo della Convenzione non compare la definizione di cultura, ma concetti ad essa affini<sup>132</sup>.

Dal pensiero antropologico ricaviamo le coordinate generali del fenomeno «cultura»: quest'ultima non è un'entità di per sé, ma è il frutto di relazioni tra individui. Sono costoro ad esistere e a creare cultura. Gli individui si appropriano della cultura progressivamente, attraverso la propria personalità la reinterpretano e la soggettivizzano: per usare una metafora, la cultura non è un bagaglio trasmesso sterilmente da un individuo all'altro ma vive in una dimensione dinamica, in continua evoluzione e movimento. Nonostante la sua natura sfuggente, il termine cultura indica un sistema, ovvero un complesso organizzato di elementi interconnessi, che si relaziona con altri sistemi: ogni sistema culturale ha in sé una propria coerenza, ma non esistono culture pure. I fenomeni di acculturazione, attraverso i quali le culture si intrecciano e si

---

<sup>132</sup> Art. 4. Definizioni. Ai fini della presente Convenzione:

1. Per «diversità culturale» s'intende la molteplicità delle forme mediante le quali si esprimono le culture dei gruppi e delle società. Tali espressioni si trasmettono all'interno dei gruppi e delle società nonché fra di essi. La diversità culturale si manifesta non soltanto nelle variegata forme attraverso le quali il patrimonio culturale dell'umanità si esprime, arricchisce e trasmette grazie alla varietà delle espressioni culturali, ma anche attraverso modi diversi di creazione artistica, di produzione, diffusione, distribuzione e godimento, quali che siano i mezzi e le tecnologie utilizzati.

2. Per «contenuto culturale» s'intende il senso simbolico, la dimensione artistica e i valori culturali che hanno alla radice o che esprimono identità culturali.

3. Per «espressioni culturali» s'intendono le espressioni che risultano dalla creatività degli individui, dei gruppi e delle società e che hanno un contenuto culturale.

mescolano tra di loro, dimostrano che non c'è nulla di più ibrido di una cultura.

Può apparire superfluo ma è essenziale per l'analisi dei reati culturalmente orientati sottolineare il legame imprescindibile tra uomo e cultura: ogni essere umano vive immerso in questo sistema fluido di appartenenza fin dai primi istanti di vita. La cultura, attraverso processi detti di inculturazione, stimola determinate attività, ne vieta altre, inducendo l'individuo, anche inconsapevolmente, a conformarsi ai suoi dettami. Ciò non toglie però che l'individuo conservi un margine di libertà nell'attuare, manipolare e ristrutturare la propria cultura, essendo dotato di tratti caratteriali e esperienze pregresse uniche: la relazione uomo - cultura è biunivoca, ed è proprio nel margine di autonomia dei singoli che risiede l'elasticità e il dinamismo del sistema. Quanto sia ampia questa libertà dipende dalle condizioni concrete, non può essere stabilito in astratto e si riconnette all'eterno dibattito sul libero arbitrio: ciò che è innegabile è che, pur essendo gli individui più o meno liberi a seconda dei casi, la cultura conservi un ruolo di prim'ordine tra i fattori motivazionali che influenzano l'agire umano. La cultura non può quindi prescindere da un gruppo umano di riferimento: benché i confini di un sistema culturale, per natura porosi e instabili, non necessariamente coincidano con i confini politici, in molti casi le culture dei gruppi finiscono per coincidere con le culture diffuse nei singoli Stati. D'altronde il concetto di cultura nasce in un'epoca di nazionalismi e ciò spiega il suo stato di crisi: in una società liquida, come icasticamente definita dal sociologo Zygmunt Bauman, la cultura smarrisce luoghi e simboli ben delineati, così come la politica smarrisce i crismi del potere, sempre più transnazionale e deterritorializzato. Ciò nonostante, lo

Stato continua a svolgere una funzione essenziale nella formazione e conservazione di una cultura nazionale, ovvero collegata ad un territorio ben distinto: basti pensare al sistema educativo, con cui lo Stato produce cultura nel senso stretto del termine, alle politiche migratorie o a quelle dei beni culturali. Ovviamente, non tutti i gruppi sociali presenti all'interno di uno Stato riescono ad influenzare il diritto quale veicolo culturale: possono farlo solo i gruppi dotati di una cultura pervasiva o societale, cioè dotata di spessore e densità tali da influenzare plurimi aspetti della vita degli individui e capace di trasmettersi a nuovi membri.

Il diritto penale, nella fattispecie, è particolarmente sensibile alla cultura diffusa nel territorio nazionale. Sarebbe illusorio negare che esso è il risultato della positivizzazione effettuata dalla cultura egemone: i valori che si tramutano in beni giuridici sono quelli che i gruppi di potere tengono in maggior conto, e le scuole del pensiero criminologico più attente a questa tematica non hanno mancato di sottolineare le rischiose conseguenze di ciò, ovvero l'uso politico del diritto penale contro le minoranze, contro le classi indesiderate, contro i nemici politici<sup>133</sup>. Il nesso tra diritto e cultura, almeno nelle società odierne, non può però essere di totale coincidenza: anzi, tra

---

<sup>133</sup> BARATTA A., *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *La questione criminale*, 1976, 237 ss. Cenni sulla criminologia critica si trovano in PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di criminologia*, 5<sup>a</sup> edizione, Milano, 2008, 132 ss. Cfr. anche ANONIMO, *The Cultural Defense in the Criminal Law*, in *Harvard Law review*, vol. 99 n. 6, 1986, 1293 ss: «The values of individuals who are raised in minority cultures may at times conflict with the values of the majority culture. To the extent that the values of the majority are embodied in the criminal law, these individuals may face the dilemma of having to violate either their cultural values or the criminal law.»

le conquiste della modernità si annovera proprio la progressiva laicizzazione del diritto e la sua separazione dalla morale. Il diritto infatti si pone anche in termini produttivi verso la cultura, sancendo pretese e obblighi fondati esclusivamente sulla legge, e a volte in termini antitetici, allorquando vengano prodotte leggi in contrasto con la *Kultur*. Un atteggiamento più realistico suggerisce quindi di strutturare il rapporto tra diritto e cultura sulla base di una reciproca implicazione: le norme culturali - al cui interno si collocano anche le norme morali - non coincidono esattamente con quelle penali, ma non vi è alcuna barriera che ne impedisca il contatto, soprattutto in determinati settori sensibili. Il diritto penale, conformandosi alle *Kulturnormen*, migliora il suo tasso di effettività, soprattutto dal punto di vista della generalprevenzione positiva e della risocializzazione. Infatti, quanto più le norme penali affondano le loro radici nella coscienza collettiva tanto meno sembreranno dittatoriali o arbitrarie, conducendo ad una più autentica aggregazione di consensi intorno all'ordinamento: la norma penale verrà maggiormente rispettata, perché considerata giusta, e giusta sarà considerata la pena - purché ragionevole e non inumana - per la sua infrazione. Altrettanto, l'offerta rieducativa è maggiormente efficace se il sistema penale nel suo complesso è in sintonia con la cultura dei consociati.

*1.4. Una definizione di reato culturalmente orientato.* L'analisi fin qui svolta permette ora una definizione di reato culturalmente motivato o orientato, o *cultural offence* nella terminologia della dottrina angloamericana, che per prima ha affrontato il fenomeno. In realtà la dottrina anglosassone, e in particolar modo quella statunitense, si



concentra principalmente sulla *cultural defence*<sup>134</sup>, ovvero sulla portata attenuante o addirittura esimente del fattore culturale a favore di appartenenti a minoranze culturali distinte dalla maggioranza. Gli autori di formazione continentale propendono invece per un'analisi dei reati culturalmente orientati, probabilmente perché gli USA, avendo maturato un'esperienza più risalente nella gestione dell'integrazione, in maniera più pragmatica si occupano di trovare soluzioni al conflitto culturale, mentre in Europa si predilige un'analisi più teorica dei motivi per cui un immigrato entra in conflitto con la cultura maggioritaria. In realtà, nonostante la sterminata letteratura sul tema, non si è giunti ancora, né negli USA né tantomeno in Europa, ad una teoria generale sulla portata del fattore culturale nel diritto penale.

Si parla di reato culturalmente orientato a proposito di un comportamento realizzato da un membro di una cultura minoritaria, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico, espressione della cultura egemone. Il medesimo atto è, tuttavia, tollerato, accettato come comportamento normale, approvato o addirittura incoraggiato, in determinate circostanze, dal gruppo culturale a cui appartiene il reo<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> V. par. 3.1. del presente capitolo.

<sup>135</sup> La definizione è quella di VAN BROECK J., *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 9, 2001, 31 ss, e di FOBLETS M. C., *Cultural delicts: the repercussion of cultural conflicts on delinquent behaviour. Reflections on the contribution of legal anthropology to a contemporary debate*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 6, 1998, 187 ss., ripresa anche da DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 30, da BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 41, da MONTICELLI F., *Le "Cultural defenses" (esimenti culturali) e i "reati culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. Pen.*, 2003, 2, 540 ss.; BERNARDI

Come è evidente, la maggiore o minore ampiezza del concetto di reato culturalmente orientato, e le conseguenti critiche che gli si muovono in relazione alla vaghezza e alla eccessiva discrezionalità insita nella fattispecie, dipendono dalla nozione di cultura che si ritiene di accogliere. La letteratura che si è occupata dei fenomeni connessi al multiculturalismo ha sottolineato come il concetto cui fare riferimento è quello di cultura del gruppo, dotata di valore sociale, e non quello di cultura nel senso di *Weltanschauung* individuale.

Inoltre, in una prospettiva pragmatica e calata nei problemi reali delle società odierne connessi al multiculturalismo, la nozione di cultura da prescegliere è quella etnica: i gruppi culturali contraddistinti in senso etnico sono generalmente più critici rispetto ai valori maggioritari e hanno una maggiore coesione e autoidentificazione. Una nozione così circoscritta di cultura può quantomeno arginare le critiche connesse al principio di tassatività/determinatezza che affliggono la categoria dei reati culturalmente orientati, nonché fungere da base argomentativa per eventuali prospettive *de jure condendo*.

---

A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 5 (in nota) distingue i reati culturali in senso proprio o propriamente detti dai reati culturali in senso ampio. I primi riguarderebbero gli atti commessi da soggetti appartenenti a minoranze autoctone o immigrate caratterizzate da una cultura complessivamente assai diversa da quella maggioritaria. Con l'espressione reati culturali in senso ampio, invece, l'Autore si riferisce ai comportamenti comunque generati da un conflitto culturale, ma commessi non da una minoranza nel senso tradizionale del termine bensì da un membro di un sistema culturale affine, però non coincidente con quello del luogo di commissione del fatto.

Perché si possa parlare di fatto culturalmente motivato è necessaria una serrata analisi - e soprattutto, prova in giudizio - di almeno tre fattori<sup>136</sup>:

a. La motivazione culturale; bisogna dimostrare che il motivo che ha spinto l'agente a delinquere trova spiegazione nel suo *background* culturale. Non basta a tal proposito l'invocazione *ex post* del motivo culturale come giustificazione da parte dell'agente, né risulta necessario che costui abbia esplicitato di agire sotto l'influsso di un movente culturale. Si tratta piuttosto di una spiegazione culturale, ovvero di una valutazione onnicomprensiva di atteggiamenti, circostanze e azioni del *cultural offender*<sup>137</sup>.

b. La coincidenza di reazione; bisogna provare che la motivazione culturale può essere oggettivizzata, ovvero che essa non appartiene all'etica individuale dell'agente, bensì al patrimonio culturale del gruppo, di modo che qualsiasi altro membro si sarebbe comportato, in tali circostanze, nel modo dell'agente. È il passo più ostico: il giudice deve inquadrare il gruppo etnico di appartenenza dell'autore, non soffermandosi semplicemente sulla sua natura di immigrato o di

---

<sup>136</sup> DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 146 ss; VAN BROECK J., *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 9, 2001, 54 ss. Gli Autori propendono per una costruzione della categoria dei reati culturalmente orientati sulla base di indici oggettivi (conflitto culturale) e soggettivi (percezione della cogenza della norma culturale), come sottolineato da TASSINARI D., "Motivi culturali" e struttura del reato, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 127 ss.

<sup>137</sup> In questo primo procedimento bisogna evitare atteggiamenti etnocentrici mediante i quali la cultura maggioritaria impone pregiudizievoli etichette sulle culture minoritarie, perpetuando meccanismi di esclusione (è il cosiddetto *top - down approach*), prediligendo piuttosto un *bottom - up approach*, partendo dal punto di vista valoriale dell'agente e dal suo ambiente circostante in modo da evitare letture falsate dal pregiudizio. VAN BROECK J., *op. cit.*, 41.

straniero; deve, inoltre, considerare il ruolo sociale ricoperto dall'autore, dal momento che le norme culturali sono norme situazionali, non statiche. In altre parole, il giudice deve motivare non che ogni membro di quella cultura avrebbe agito in tal modo, bensì che ogni membro di quell'età, di quel rango sociale, di quel genere sessuale avrebbe agito in tal modo.<sup>138</sup> Nell'analisi del gruppo etnico di riferimento l'interprete non dovrà semplicisticamente soffermarsi sul sistema giuridico di origine dell'autore, dal momento che, come è stato accennato, si possono verificare discrasie tra sistemi legali imposti e *Kulturnormen* diffuse tra la popolazione (è il cosiddetto fenomeno dell'*introduced law*). Inoltre, l'interprete dovrebbe restare lontano da sterili luoghi comuni e monitorare i processi di acculturazione, attraverso i quali le culture si evolvono e mutano incessantemente<sup>139</sup>. L'analisi deve inoltre discernere le condotte generate dal patrimonio culturale da quelle motivate dal disagio socio - economico dell'autore ed evitare

---

<sup>138</sup> VAN BROECK J., *op. cit.*

<sup>139</sup> Sarebbe fuorviante ritenere i complessi processi di acculturazione come una semplice assimilazione, da parte delle minoranze, dei valori della cultura ospitante: in tal caso sarebbe vano approntare una teoria generale sui reati culturalmente orientati, i quali sarebbero incidenti di percorso sintomatici di un processo di omologazione non ancora completato. Ma una prospettiva etnocentrica di tal tipo apre la strada ad un uso distorto del diritto penale. Piuttosto, il processo di acculturazione è un processo dinamico, nel quale i gruppi di minoranza non necessariamente abbandonano i propri valori: possono verificarsi meccanismi di rinforzo dei simboli culturali di appartenenza, i quali prendono a veicolare maggiormente l'identità del gruppo. Tra l'altro, posizioni sociali ed economiche deteriori, come quelle in cui generalmente si trovano le minoranze, rendono gli individui più dipendenti dai gruppi sociali di origine, i cui valori diventano ancora più cogenti.

generalizzazioni che si riverberino negativamente sul gruppo minoritario<sup>140</sup>.

c. Il divario tra culture; bisogna, infine, porre a confronto la cultura dell'agente con quella del Paese ospitante, in modo da evidenziare un divario notevole, quale elemento caratteristico di un fatto culturalmente motivato. Il problema maggiore in questo terzo passaggio si situa propria nella incapacità del giudice di conoscere culture diverse, ovvero nel tema più ampio riguardante la necessità di ricorrere in giudizio a nozioni tecniche o scientifiche estranee al patrimonio culturale dell'organo giudicante. Come è ben noto alla dottrina processualcivilista e, forse ancora in misura maggiore, a quella processualpenalista l'unico strumento utilizzabile è una perizia: nel caso di specie una perizia culturale<sup>141</sup>, a cura di un antropologo, il quale dovrà stabilire se il fatto, come ricostruito in giudizio, abbia avuto o meno una spinta culturale e se esista un gruppo etnico caratterizzato da una cultura specifica all'interno della quale vi sono *Kulturnormen* riferibili al contesto concreto. L'esperto deve cioè fornire al giudice gli strumenti che gli consentano non

---

<sup>140</sup> Gli esperti definiscono il fenomeno *negative stereotyping* ed esso rappresenta uno dei costi maggiori di un modello favorevole al riconoscimento delle diversità culturali. Per dimostrare la coincidenza di reazione la difesa deve provare che il comportamento tenuto dal *cultural offender* si radica nella cultura del suo gruppo di appartenenza. È inevitabile che tale strategia difensiva rinsaldi o addirittura contribuisca a creare i pregiudizi nei confronti di una minoranza: il costo sociale è davvero elevato per gli obiettivi di riconoscimento e tutela della diversità del multiculturalismo. DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 91 ss.

<sup>141</sup> Si ritiene che tale perizia culturale sia compatibile con il divieto sancito dall'art. 220, 2° co. c.p.p. dal momento che non ha ad oggetto la personalità dell'imputato né le sue tendenze o le sue qualità psichiche. Non è tanto un esame dell'individuo, quanto piuttosto della valenza culturale rivestita dal fatto da lui commesso.

solo di stabilire se vi è la coincidenza di reazione ma anche di operare il confronto di culture.

Oltre ad adottare, come è stato menzionato, una nozione ristretta di cultura, in senso essenzialmente etnico, per rispondere alle esigenze di garanzia e di determinatezza del diritto penale e di credibilità dell'istituto del *cultural offence*, attenta dottrina ha sottolineato come il novero dei reati culturalmente orientati, nonostante le difficoltà metodologiche dovute allo scarso uso che la giurisprudenza continentale fa di siffatta definizione, sia una categoria tipologicamente riconducibile a poche fattispecie delittuose<sup>142</sup>: inoltre, tali reati vengono spesso compiuti all'interno del proprio gruppo di appartenenza, a danno di connazionali. Ciò si spiega facilmente dal momento che proprio le relazioni interpersonali, soprattutto quelle più profonde, familiari e coniugali, o quelle più espressive, come quelle attinenti alla sfera sessuale o all'immagine di sé, costituiscono la sede privilegiata per la pratica e la trasmissione di norme culturali.

Una volta chiarito cosa si intende per reato culturalmente orientato è possibile interrogarsi sui problemi specifici che tale fattispecie crea nel sistema penale e, più in generale, sulle diverse strade che l'ordinamento giuridico ha dinnanzi nell'affrontare la tematica.

---

<sup>142</sup> BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 159, enuclea le categorie delittuose della violenza in famiglia, dei reati a difesa dell'onore, dei delitti contro la libertà personale, dei reati concernenti l'abbigliamento rituale e in materia di stupefacenti. Tuttavia, si assiste ad una continua evoluzione ed incremento di tale campionario nonché ad una continua oscillazione valutativa circa gli effetti di favore o sfavore riconducibili al fattore culturale. BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 139 ss.

## I possibili approcci al problema: assimilazionismo e multiculturalismo

2.1. *L'opzione assimilazionista: la ratio e gli inconvenienti.* A partire dalla seconda metà del Novecento gli Stati europei si sono dovuti confrontare con questioni nuove, legate a fenomeni migratori sempre più imponenti: la gestione dei flussi, il riconoscimento di autonomie e diritti agli immigrati, i conflitti culturali in sede penale. Sia pure con una innegabile schematizzazione, i modelli di riferimento sono essenzialmente due: un modello assimilazionista, di stampo francese<sup>143</sup>, e un modello multiculturalista, più frequente nei Paesi anglosassoni<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Emblematica di tale tendenza è la legge francese del 15 marzo 2004, n. 228 che vieta l'ostensione di simboli religiosi nelle scuole pubbliche di ogni ordine e grado: lo Stato, rappresentato dal luogo pubblico, si pone in una posizione di neutralità rispetto a qualsiasi confessione religiosa. Non è un caso, inoltre, che la Francia abbia apposto una specifica riserva di non applicabilità dell'art. 27 P.I.D.C.P., che sancisce il diritto delle minoranze a conservare la propria identità culturale in tutte le sue forme, e all'art. 30 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989, dal contenuto analogo ma relativo al diritto del fanciullo alla propria identità culturale.

<sup>144</sup> BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 54 ss; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 32; per una trattazione più ampia, BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006, 58 ss. La distinzione delle scelte politiche in modelli risponde ad esigenze di chiarezza espositiva, ma oggi nella maggior parte dei Paesi occidentali prevalgono opzioni sincretistiche ispirate ad una commistione tra politiche assimilazioniste e di stampo multiculturalista. I fenomeni di ibridazione, causati anche da reazioni di insofferenza ai veri o presunti fallimenti di tali politiche, si sono verificati anche nei Paesi di riferimento quali la Francia e l'Inghilterra e vengono acuiti da atteggiamenti multipolari e contraddittori all'interno del medesimo Stato, da parte del legislatore e della giurisprudenza. Infine, trattandosi di tematiche che coinvolgono profondamente

Generalmente i termini assimilazione e integrazione sono usati come sinonimi ma è operabile una distinzione, dal momento che, tra i diversi tipi di politiche integrazioniste, quella assimilazionista è particolarmente invasiva, in quanto garantisce una parificazione formale tra residenti e immigrati a patto che questi ultimi rinuncino alla propria cultura esteriore, assimilandosi appunto a quella del Paese ospitante. Il dato più evidente del modello assimilazionista<sup>145</sup> è il ruolo fondante attribuito al principio di eguaglianza formale: l'autore che agisce senza alcun riferimento culturale e il *cultural offender* sono trattati dal diritto penale allo stesso modo, onde evitare discriminazioni.

Una deprecabile versione del modello assimilazionista può essere definita assimilazionista - discriminatoria: rappresenta una distorsione del modello originario, prevedendo reazioni iperpunitive e trattamenti discriminatori a danno dei migranti nel caso di un

---

l'opinione pubblica, *revirements* sono frequenti sull'onda di slogan propagandistici e demagogici. BERNARDI A., *op. cit.*, 102 ss. Sulle spinte, rispettivamente pluralistiche nel modello francese e assimilazioniste nel modello inglese, vd. CONSORTE F., *Fattore culturale e diritto penale. Spunti di riflessione a partire dall'ordinamento di Francia, Inghilterra e Israele*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 27 ss.

<sup>145</sup> Le radici morali dell'atteggiamento assimilazionista - discriminatorio si riscontrano nel disprezzo per il «barbaro», frequente già nelle civiltà antiche fino ai totalitarismi del secolo scorso, in base al quale venivano negati diritti agli stranieri - ovvero agli «altri» dalla comunità - giustificandone l'aggressione radicale. Per quanto concerne il modello assimilazionista - egualitario il riferimento storico - filosofico è davvero transculturale: il principio dell'eguale trattamento lo si trova nell'Antico Testamento, come nella Grecia arcaica o nell'epica indiana. Ciò nonostante, l'eguale trattamento può rivelarsi iniquo: lo straniero deve abbandonare valori ormai interiorizzati, che nel Paese ospitante potrebbero addirittura essere fonte di pena, sottomettendosi a costumi altrui. V. HÖFFE O., *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, 15 ss.



mancato adeguamento alla cultura del Paese ospitante. In realtà, le versioni più moderate e affini al modello francese non prevedono la privazione del diritto alla propria cultura, quanto piuttosto la totale mancanza di rilievo giuridico sul piano pubblico. Queste politiche mirano a conservare l'omogeneità culturale dello Stato nel suo insieme e favorire l'emancipazione degli individui dai propri gruppi culturali.

Tendenzialmente gli Stati adottano politiche assimilazioniste più frequentemente verso le minoranze immigrate rispetto che nei confronti delle minoranze autoctone.

Politiche di tal genere, tuttavia, presentano notevoli inconvenienti: sottovalutano il rischio connesso ad un processo di assimilazione coatta, dal momento che il gruppo di appartenenza non è soltanto un coacervo di radicalismi da abbandonare, ma è un elemento essenziale nel processo di adattamento. Infatti un ambiente familiare e vicino ai propri valori può ammortizzare eventuali crisi di rigetto, evitare la sensazione di straniamento e i connessi rischi di devianza, traghettando l'individuo verso un'assimilazione più profonda e convinta dei valori del Paese ospitante. Sono, inoltre, evidenti i profili di intolleranza malcelati in politiche di stampo assimilazionista: anche senza arrivare agli eccessi della variante discriminatoria, qualsiasi pretesa di integrazione forzata nonché l'imposizione di vincoli alla libera espressione della propria identità culturale contrasta con i principi del liberalismo. D'altronde il concetto di eguaglianza formale, cui fanno mostra di ispirarsi tali politiche, finisce per nascondere una visione stereotipizzante delle minoranze: un egualitarismo neutrale rispetto alle differenze non riesce ad eliminare le barriere esistenti e finisce per acuire separatismo e ghettizzazioni.

Da un punto di vista più strettamente penalistico, un atteggiamento assimilazionista provoca pesanti distorsioni in relazione alla funzione della pena nei reati culturalmente orientati<sup>146</sup>.

Per quanto concerne la prevenzione generale negativa, è vero che tale funzione viene ridimensionata ogniqualvolta le norme penali non ricevano un'applicazione generalizzata. Tuttavia l'inflessibile applicazione della sanzione penale connessa ad un modello assimilazionista non tiene in debito conto che l'eventuale ignoranza della legge penale, molto frequente nei casi di reati culturalmente orientati, vanifica completamente l'effetto deterrente. D'altronde, in via più generale, il forte attaccamento ai valori culturali che spinge l'individuo a delinquere è spesso molto più forte della minaccia di una eventuale pena. La funzione di prevenzione generale positiva viene assolutizzata dai modelli in questione che, rigettando ogni particolarismo, finiscono con il legittimare l'idea di una conversione coatta delle minoranze. La stabilizzazione dei consensi attorno all'ordinamento in tal caso sarebbe, tra l'altro, artificiosa e contrastante con i principi minimi di uno Stato sociale di diritto.

La rigidità di una politica assimilazionista si riverbera anche sul profilo specialpreventivo della pena: l'inflizione di una sanzione, non necessaria dal punto di vista del principio di sussidiarietà, lungi dal rappresentare un'equa offerta di trattamento risocializzante, impone la conversione del reo a modelli comportamentali diversi

---

<sup>146</sup> Per ampi riferimenti sulla funzione della pena ROXIN K., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970, 2ª ed. 1973), trad. it. S. MOCCIA, Napoli 1986; MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

dal suo: ciò non in un'ottica di disincentivazione di comportamenti socialmente intollerabili che compromettano la convivenza comune, bensì semplicemente per rispondere ad un'esigenza di omogeneizzazione culturale della diversità.

Da un punto di vista più generale, l'applicazione indifferenziata della legge penale in omaggio al principio di eguaglianza formale viola il principio di colpevolezza, dal momento che non soltanto si tralascia l'analisi soggettiva del reo, ma ancor di più si ignora l'ignoranza inevitabile della legge penale: questa rappresenta il massimo grado di discolta in un ordinamento democratico improntato ad una funzione della pena di integrazione sociale<sup>147</sup>.

## *2.2. Espressioni del fattore culturale in una politica penale assimilazionista.*

L'espressione più comune del modello assimilazionista consiste nella totale assenza di ogni riferimento al fattore culturale<sup>148</sup> nella legislazione penale, tanto nella parte generale quanto nelle singole fattispecie di parte speciale. Ma non mancano espressioni ancora più marcate, in un'ottica di maggiore severità nei confronti dell'immigrato e di uso simbolico della legislazione penale: il fattore culturale può rappresentare un'apposita circostanza aggravante<sup>149</sup> o

---

<sup>147</sup> BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 32 ss; *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006, 99 ss.

<sup>148</sup> La definizione «fattore culturale» è usata da BERNARDI A., *op. cit.*, 54 ss, per indicare il ruolo svolto da usi, costumi e tradizioni del gruppo etnico di appartenenza nella motivazione di reati commessi dai membri dei siffatti gruppi.

<sup>149</sup> Per un esempio italiano, è il caso dell'art. 61, n. 11 *bis*, c.p. che ha introdotto nell'ordinamento italiano l'aggravante della clandestinità. Com'è noto, la Corte Cost. 8 Luglio 2009, n. 249 ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale.

l'elemento costitutivo di un reato più grave<sup>150</sup> rispetto a quello non influenzato da un movente culturale.

L'apprezzamento negativo del fattore culturale può arrivare all'estremo di fondare l'illiceità penale di comportamenti che rientrano in tutto e per tutto in schemi culturali analoghi a quelli del Paese ospitante, o comunque generalmente tollerati dai consociati. Tali comportamenti vengono puniti se messi in atto da appartenenti a determinati autori: il fantasma del «diritto penale d'autore» sembra ritornare prepotentemente in auge<sup>151</sup>.

Il fattore culturale può venire in gioco non soltanto attraverso il veicolo legislativo ma anche in via interpretativa: vi sono casi giurisprudenziali in cui il fattore culturale è servito ad estendere in via interpretativa l'ambito applicativo della norma incriminatrice, a condizionare la scelta *in malam partem* di fattispecie applicabili in caso di concorso di norme o comunque a supportare decisioni sfavorevoli all'imputato.

Un esempio per tutti può essere offerto dalla sentenza del Cons. St., VI sez., 19 Giugno 2008, n. 3076, con la quale il Giudice amministrativo stigmatizza l'erronea interpretazione, nel caso concreto effettuata dal Sindaco del Comune di Azzano decimo con

---

<sup>150</sup> È il caso dell'art. 583 *bis* c.p., sempre per restare nell'ambito della legislazione italiana.

<sup>151</sup> Ad esempio, proposte di legge sulla criminalizzazione dell'uso del velo non integrale o di strumenti analoghi invalsi presso le popolazioni islamiche non hanno mai trovato corrispettivo in istanze punitive verso altre congregazioni religiose, anche cattoliche. Del pari, mai si è pensato di criminalizzare la circoncisione, a differenza delle mutilazioni genitali femminili, ovviamente nelle forme minimali, in cui il danno alla salute è equiparabile.

un'ordinanza dall'indiscutibile carattere provvedimentoale, circa l'art. 85 del T.U.L.P.S.<sup>152</sup>.

Il Consiglio di Stato esclude anche il riferimento all'art. 5 della legge n. 152 del 1975, argomentando che il divieto di indossare mezzi che ostacolano il riconoscimento non è un divieto assoluto, ma è temperato dal giustificato motivo menzionato dalla norma<sup>153</sup>: giustificato motivo pienamente comprendente la manifestazione di un diritto fondamentale come quello alla propria identità culturale.

---

<sup>152</sup> «Nello stesso atto di appello, il Comune non ha celato l'unica e principale finalità del provvedimento adottato dal Sindaco, sottolineando anzi che l'iniziativa aveva un forte rilievo politico e culturale in quanto il velo che copre il volto, oggetto dell'ordinanza, altro non è che il *burqa* indossato da molte donne musulmane, il cui utilizzo in luogo pubblico il Sindaco ha inteso vietare. Si rileva, in primo luogo, che del tutto errato è il riferimento al divieto di comparire mascherato in luogo pubblico, di cui all'art. 85 del R.D. n. 773/1931, in quanto è evidente che il *burqa* non costituisce una maschera, ma un tradizionale capo di abbigliamento di alcune popolazioni, tuttora utilizzato anche con aspetti di pratica religiosa.» Per una posizione critica verso il «diritto penale municipale» v. RUGA RIVA C., *Il lavavetri, la donna col burqa, e il Sindaco. Prove atecniche di diritto penale municipale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 133 ss.

<sup>153</sup> «Con riferimento al “velo che copre il volto”, o in particolare al *burqa*, si tratta di un utilizzo che generalmente non è diretto ad evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e culture. (...) Ciò che rileva sotto il profilo giuridico è che non si è in presenza di un mezzo finalizzato a impedire senza giustificato motivo il riconoscimento.» In realtà l'orientamento prevalente in giurisprudenza prevede l'applicabilità dell'art. 5 della legge Reale anche a casi analoghi a quello menzionato, in presenza di un rilevante interesse pubblico all'identificazione della persona o in circostanze di tempo e luogo tali da ritenere sussistente un pericolo per la sicurezza pubblica (es. rifiuto di sollevare il velo durante ai controlli di imbarco in aeroporto). La sentenza in esame non si mostra insensibile a tali esigenze: «Il citato art. 5 consente nel nostro ordinamento che una persona indossi il velo per motivi religiosi o culturali; le esigenze di pubblica sicurezza sono soddisfatte dal divieto di utilizzo in occasione di manifestazioni e dall'obbligo per tali persone di sottoporsi all'identificazione e alla rimozione del velo, ove necessario a tal fine. Resta fermo che tale interpretazione non esclude che in determinati luoghi o da parte di specifici ordinamenti possano essere previste, anche in via amministrativa, regole comportamentali diverse incompatibili con il suddetto utilizzo, purché ovviamente trovino una ragionevole e legittima giustificazione sulla base di specifiche e settoriali esigenze.»

2.3. *L'opzione multiculturalista: la ratio e gli inconvenienti.* Abbiamo già chiarito il significato del termine multiculturalismo<sup>154</sup> e la differenza con termini analoghi. È stato inoltre menzionato che gli Stati sono più propensi a dare riconoscimento giuridico alle specificità delle minoranze autoctone, anziché a quelle immigrate, nonostante quest'ultime, in un contesto come quello italiano e europeo, siano più numerose e rilevanti. Il modello multiculturalista, simboleggiato dalle politiche di inclusione adottate dall'Inghilterra dalla metà degli anni '60, si ispira ad una concezione di eguaglianza sostanziale, che prende atto delle differenze esistenti e pone le condizioni per gestirle adeguatamente. Esso tende all'armonia e alla protezione delle minoranze: coerentemente, dal punto di vista penale, offre largo spazio a trattamenti differenziati in base alla cultura di appartenenza, sia sul piano giudiziario che su quello legislativo. L'ordinamento largheggia in azioni positive per riequilibrare le situazioni di diseguaglianza in relazione all'accesso alla formazione, all'impiego, o ai servizi pubblici.<sup>155</sup>

Tuttavia, anche il modello multiculturalista presenta notevoli inconvenienti: la valorizzazione del particolare che esso comporta può provocare correnti separatiste anziché promuovere un reciproco interscambio tra i gruppi. La naturale tendenza al mantenimento dei propri valori viene acuita, nelle sue dinamiche centripete, dal riconoscimento effettuato dall'ordinamento; in pratica, secondo i

---

<sup>154</sup> V. par. 1.2. del presente capitolo.

<sup>155</sup> Sul fondamento giuridico - morale del multiculturalismo v. HÖFFE O., *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, 27 ss.

suoi detrattori, il modello multiculturalista fomenterebbe proprio i fenomeni di ghettizzazione e chiusura che è chiamato a dissipare.

Sotto altro profilo, ma con esiti analoghi di destabilizzazione tra i vari gruppi culturali, il riconoscimento di diritti speciali a favore delle etnie minoritarie può favorire processi di odio razziale, nonché fenomeni di etichettamento, da parte delle culture maggioritarie non beneficiarie del trattamento: d'altronde, regimi differenziati, ove non giustificati da una pregressa ed effettiva situazione di discriminazione, incrinano quel principio di uguaglianza che il modello multiculturale sarebbe invece chiamato ad attuare. Infine, non senza eccessi di drammatizzazione, le voci più critiche ritengono che il multiculturalismo e il relativismo culturale che ne è alla base possano minare le basi della convivenza civile, facendo venir meno i legami di solidarietà, menzionati anche dalla nostra Costituzione, connessi al senso di appartenenza alla collettività nazionale.

Da un punto di vista penalistico anche l'opzione multiculturalista, come quella assimilazionista, provoca distorsioni nella funzione della pena: la previsione di esimenti o attenuanti su base culturale riduce la naturale predisposizione della sanzione alla generalprevenzione negativa. Infatti, la consapevolezza di poter sfuggire in tutto o in parte al trattamento sanzionatorio in virtù della propria appartenenza culturale potrebbe fornire una sensazione di impunità all'autore del reato e agli altri membri del medesimo gruppo. Anche dal punto di vista della prevenzione generale positiva l'idea di poter contare su trattamenti differenziati disincentiverebbe le minoranze etniche dallo sforzo di conoscere, laddove l'ignoranza non sia inevitabile, la legge del Paese ospitante, compromettendo l'opera di aggregazione di consensi. La

commissione di un reato culturalmente orientato che riceve un trattamento benevolo sacrifica spesso beni individuali meritevoli di tutela penale, come la vita, la salute, la libertà sessuale - spesso di titolarità di un soggetto passivo del reato troppe volte dimenticato - a favore di non ben precisati diritti culturali negativi: anche la funzione rieducativa della pena viene compromessa, dal momento che i *cultural offenders*, ledendo beni giuridici di tale portata, si mostrano bisognosi di una risocializzazione che l'opzione multiculturalista lascia in secondo piano.

Da un punto di vista maggiormente tecnico, inoltre, la scelta di valorizzare il fattore culturale implica una vistosa deroga al principio di tassatività/determinatezza, dal momento che i meccanismi attenuanti o escludenti le conseguenze sanzionatorie per i *cultural offenders* introdurrebbero un'eccessiva discrezionalità giudiziale: si è visto infatti quanto siano sfuggenti i criteri in base ai quali stabilire l'esistenza di un reato culturalmente orientato, e si ritiene che lo sarebbero altrettanto quelli mediante i quali stabilire se e come concedere un trattamento di favore agli autori di tali reati.

#### *2.4. Espressioni del fattore culturale in una politica penale multiculturalista.*

Anche il modello multiculturale si esprime attraverso modalità che coinvolgono sia il veicolo legislativo che quello interpretativo<sup>156</sup>. Una tecnica abbastanza frequente riguarda la previsione di procedure *ad hoc* per le minoranze, mutate dai loro usi e costumi tradizionali.

---

<sup>156</sup> Per un'esauriente indagine comparata circa i trattamenti differenziati assicurati alle minoranze autoctone in Paesi tradizionalmente multinazionali v. BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006, 64 ss.



Si tratta di veri e propri micro - ordinamenti penali e procedurali che danno vita a strutture di tipo sanzionatorio - conciliativo di tipo consuetudinario: l'esempio più calzante è rappresentato dal *sentencing circle* o cerchio magico, reintrodotta in Canada agli inizi degli anni '90 per regolare le controversie anche di natura penale incorse nella comunità *Inuit*, sotto la guida di un giudice ordinario coadiuvato dai capi spirituali della tribù. Nello stesso modo si è proceduto in Australia con l'introduzione delle *aboriginal courts* che intervengono non sull'accertamento della responsabilità penale ma sulla commisurazione della pena. Gli autori in questione presentano - a seconda dei rapporti esistenti tra la giustizia penale ordinaria e quella consuetudinaria - una sorta di incapacità penale generale, allorquando non possano essere in alcun modo sottoposti alle norme del sistema punitivo generale, oppure un'incapacità penale speciale, nel momento in cui i *cultural offenders* risultano esonerati solo da alcuni ambiti del diritto penale sostanziale o processuale. Questo atteggiamento di grande tolleranza può comportare, tuttavia, un abbassamento del livello di tutela dei diritti fondamentali delle vittime all'interno dei gruppi minoritari.

Un'ulteriore espressione di multiculturalismo, in base al quale il fattore culturale esclude l'illiceità penale, si evince anche attraverso leggi speciali le quali consentono agli appartenenti alle minoranze di tenere comportamenti, radicati nel loro *background* culturale, altrimenti vietati per la generalità dei consociati<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> Gli esempi sono frequenti nel Regno Unito, laddove dal 1950 lo *Shops Act* consente agli ebrei di tenere aperti i propri negozi nonostante la chiusura domenicale; lo *Slaughter of Poultry Act* del 1967 e lo *Slaughterhouses Act* del 1974 autorizzano ebrei e musulmani a macellare gli animali secondo i loro dettami rituali. Infine, a partire dal 2007, l'*Arbitration Act* del 1996 è stato

Una terza tipologia di azione del fattore culturale in un'ottica multiculturalista è rappresentata dall'ipotesi in cui esso costituisca uno specifico elemento costitutivo o circostanziale implicante un'attenuazione della pena. D'altronde, una volta ammesso che il fattore culturale possa in certi casi escludere l'illiceità penale non si vede perché esso non possa graduarla e attenuarla<sup>158</sup>.

Il dato culturale sembra non fare molta presa sugli elementi oggettivi del reato quanto piuttosto sulla colpevolezza dell'autore: la motivazione culturale influisce sul livello di motivabilità rispetto al comportamento lecito e, dunque, sul livello di esigibilità. Ma dottrina accorta<sup>159</sup> ritiene che il fattore culturale possa esclusivamente operare nel senso di una minore rimproverabilità dell'autore, e non in un suo incremento, dal momento che i reati culturalmente orientati sono tali perché la responsabilità dell'individuo si stempera in una sorta di responsabilità collettiva del gruppo culturale cui l'autore appartiene: il legislatore dovrebbe prevedere per tali fattispecie, individuate in via astratta o come specificazione di fattispecie già presenti, una risposta punitiva più mite rispetto ai reati dotati di un medesimo disvalore sociale ma privi di determinazione culturale.

In realtà, come è stato notato a proposito delle politiche penali assimilazioniste, anche in relazione alle scelte di stampo

---

modificato consentendo ai tribunali arbitrali di applicare la *sharia* anche in questioni di rilevanza penalistica.

<sup>158</sup> Si tratta del tema più ampio noto come *cultural defense* o esimente culturale, di cui *ultra*, par. 3.11 del presente capitolo.

<sup>159</sup> BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 86 ss.

multiculturale è nel momento giudiziale che il fattore culturale trova maggiore spazio.

Le ragioni di tale fenomeno si rintracciano nella difficoltà di tipizzazione tanto dei reati culturali<sup>160</sup>, ovvero di fattispecie comportamentali enucleanti la motivazione culturale, quanto delle eventuali modalità in cui il fattore culturale possa graduare l'illiceità penale.

La discrezionalità giudiziale si estrinseca nella scelta della norma applicabile nei casi di concorso reale o apparente di norme, nella interpretazione dell'ignoranza inevitabile della legge penale od anche nella restrizione in via interpretativa dell'ambito applicativo di una norma penale: tale fenomeno non deve far abbassare il livello di guardia soltanto perché *in bonam partem* per l'imputato. Infatti, assicurare un potere discrezionale così forte al giudice non solo equivale a legittimare la possibilità che, a parità di condizioni, determinati imputati non abbiano la certezza di giovare di un trattamento favorevole, ma permette anche soluzioni disarmoniche e non sempre condivisibili, per non dire arbitrarie.<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> Ciò accade perché il fattore culturale non emerge dal fatto quanto piuttosto nei motivi che spingono l'autore a delinquere.

<sup>161</sup> Ad esempio appare condivisibile l'interpretazione corrente dell'art. 4, secondo comma della legge 18 aprile 1975, n. 110 secondo la quale il giustificato motivo che esonera dalla sanzione coloro che portano fuori dalla loro abitazione strumenti da punta o da taglio atti a offendere debba ricomprendere anche la ragione di culto (il caso riguardava un fedele della religione *sikh* che portava con sé il coltello rituale detto *kirpan*). Del tutto arbitraria invece la risposta giudiziaria data da Cass., sent. 7 ottobre 1992, Husejinovic, nella quale l'impiego di minori stranieri nell'accattonaggio non fu considerato nel caso di specie lesivo del minore, poiché non era stata provata la capacità di quest'ultimo di percepire il maltrattamento ricevuto, a differenza di quanto sarebbe accaduto in una famiglia italiana.

Infine, il fattore culturale viene veicolato dall'operato della giurisprudenza in un'ottica multiculturalista attraverso l'espressione tradizionale della discrezionalità giudiziale: la commisurazione della pena e il calcolo delle attenuanti<sup>162</sup>.

### Un esempio di multiculturalismo forte: la *cultural defense*

3.1. *Una fortunata definizione dottrinale: le ragioni e i limiti dell'istituto.* Negli Stati Uniti, vero e proprio osservatorio privilegiato per i problemi connessi al multiculturalismo<sup>163</sup>, la dottrina ha da tempo avviato una profonda analisi del cospicuo materiale giurisprudenziale venutosi a creare in relazione ai reati commessi per motivi culturali da membri appartenenti a minoranze.

La formula *cultural defense* non compare in nessun testo legislativo americano né ha alcunché di ufficiale<sup>164</sup>: è un'etichetta sotto la quale la dottrina anglosassone inquadra tutti i possibili punti di emersione durante un processo penale del fattore culturale a favore dell'imputato. La dottrina suole distinguere una definizione sostanziale di *cultural defense*, per la quale tale istituto - sarebbe meglio parlare di strategia difensiva - si giustifica in base

---

<sup>162</sup> BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 114 ss.

<sup>163</sup> Recente è la notizia di una sempre maggiore multietnicità e di un minor numero dei cosiddetti WASP negli USA: v. ZUCCONI V., *I bianchi d'America che si scoprono minoranza*, in *La Repubblica*, 18 Maggio 2012, 25.

<sup>164</sup> L'uso di tale espressione sembra risalire ad un contributo anonimo del 1986: *The Cultural Defense in the Criminal Law*, in *Harvard Law review*, vol. 99 n. 6, 1986, 1293 ss.

all'assunto secondo il quale un individuo appartenente ad un gruppo di minoranza, che si comporta secondo le regole valoriali della propria cultura, non dovrebbe ritenersi pienamente responsabile per una condotta che formalmente viola la legge del Paese ospitante, ma sostanzialmente risponde ai dettami culturali del *cultural offender*. Si parla invece di *cultural defense* in senso formale a proposito di uno specifico istituto, sostanziale o processuale, che riconosca al fattore culturale dell'imputato una valenza scusante o attenuante<sup>165</sup>. Si può quindi sostenere che la *cultural defense* abbia essenzialmente una natura gradualistica: non necessariamente conduce ad un'assoluzione, ma il punto fino al quale può spingersi l'uso del fattore culturale è direttamente connesso al grado di influenza che esso ha spiegato nella motivazione del reato.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> A proposito del dibattito circa l'opportunità della formalizzazione o meno della *cultural defense*, v. par. 3.4. del presente capitolo.

<sup>166</sup> VAN BROECK J., *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 9, 2001, 61. La natura gradualistica si spiega anche in relazione all'istituto, tipico dei sistemi anglosassoni, delle *defenses*: originariamente diverse dalle *excuses*, le quali lasciavano comunque spazio alla condanna dell'imputato, alla fine del Medioevo vennero pienamente assimilate dal punto di vista processuale, essendo entrambe tese ad un verdetto di non colpevolezza. Nel 1828 per l'omicida scusato fu abolito l'istituto della confisca dei beni, e neanche più per tale reato vi fu alcuna differenza tra *defense* e *excuse*. Attualmente la dottrina anglosassone definisce le *defenses* come una categoria più ampia, ricomprendente le *justifications* (cause di giustificazione) e le *excuses* (cause di non punibilità) e, dunque, tutti gli argomenti che l'imputato può addurre a propria difesa per confutare l'accusa. In realtà, oggi assistiamo anche nella dottrina di *common law* ad un *revival* della distinzione tra cause di giustificazione e scusanti: SMITH J. - HOGAN B., *Criminal law*, 10ª edizione, Londra, 2002, 211, ritengono che un atto debba ritenersi giustificato quando la comunità lo approva positivamente, mentre sostengono che si debba parlare di scusanti quando il comportamento è socialmente disapprovato, ma non si ritiene giusto trattarlo come un crimine; la distinzione si riverbera anche sui terzi, dal momento che è conforme a diritto resistere ad un'aggressione meramente scusata ma non a quella giustificata. Oppure può rischiare una sanzione penale chi favorisce un imputato che viene scusato, ma non uno che

La teoria della *cultural defense* si inserisce in quella tendenza della politica criminale a proporre nuove cause di non punibilità originate dalle pressioni ambientali provenienti dalla società, di cui si riconosce una corresponsabilità e una necessità di rieducazione<sup>167</sup>.

Il dibattito sulla *cultural defense* è tutt'altro che sopito: anzi, il problematico rapporto tra criminalità e multiculturalismo<sup>168</sup> si è esteso anche a Stati tradizionalmente omogenei dal punto di vista culturale. Le ragioni a sostegno della dottrina favorevole alla *cultural defense* si concentrano nel fatto che i giudici, analizzando la condotta dell'imputato dal punto di vista culturale, potrebbero giungere ad una migliore individualizzazione della pena. Il

---

viene giustificato. Il *defendant* è onerato di addurre una prova sufficiente a far sorgere il dubbio dell'esistenza della *defense* (la dottrina parla di *evidential burden*, di cui è specularmente onerato anche il *prosecutor*, il quale può subire, se inadempiente, un'avocazione del caso da parte del giudice). La conseguenza di tale onere della prova a carico del *defendant* è il frutto di una costante ricerca di equilibrio tra la necessità di tutelare il diritto al silenzio dell'imputato e le esigenze di economia processuale e di semplificazione dell'accusa. La dottrina distingue, inoltre, tra *general defenses* e *special defenses* a seconda dell'ambito di applicazione esteso a tutte le fattispecie delittuose o soltanto ad alcuni reati. Nella dottrina italiana, cfr. GRANDE E., voce *Justification and excuse (le cause di non punibilità nel diritto angloamericano)*, in *Dig. Disc.Pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 309 ss.; MONTICELLI F., *Le "Cultural defenses" (esimenti culturali) e i "reati culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. Pen.*, 2003, 2, 540 ss.

<sup>167</sup> Per la necessità di rieducazione prima che del reo della società nel suo insieme, strutturata in spirali repressive e segreganti, vedi BARATTA A., *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *La questione criminale*, 1976, 237 ss. La teoria delle *new excuses* sarebbe, dunque, sintomo di una volontà di affrontare il problema della delinquenza a partire dalle radici criminologiche ambientali anziché limitarsi al trattamento individuale del reo. V. anche DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 105 ss.

<sup>168</sup> DE FRANCESCO G., *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 136 ss.; PAVARINI M., *Criminalità e pena nella società multicultural*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 165 ss.

fenomeno che la dottrina americana definisce *individualized justice* rappresenta un cardine del diritto penale, ovvero la commisurazione della pena al grado di colpevolezza personale dell'autore del reato: la *cultural defense* riesce a risolvere il dilemma di un'applicazione della legge che nel caso concreto risulta iniqua, salvaguardando il versante sostanziale del principio di uguaglianza che impone di trattare in modo diverso situazioni diverse. È il caso dell'imputato che non sa che con la sua condotta sta violando una legge penale, ovvero che è stato spinto dalle proprie motivazioni culturali a delinquere. Attraverso il principio liberale di una giustizia individualizzata si raggiunge il secondo argomento propugnato dai fautori della *cultural defense*: la sua strumentalità al persistere del pluralismo culturale, soprattutto in quei settori particolarmente sensibili come la vita, la libertà e l'onore che vengono in gioco nell'esperienza penalistica. Consentire ad un soggetto di invocare una *cultural defense* sarebbe dunque espressione della scelta di non criminalizzare le altre culture, imponendo l'adesione a quella del Paese ospitante: si realizzerebbe in concreto il diritto di vivere secondo i propri dettami culturali come vero e proprio diritto fondamentale dell'individuo.<sup>169</sup>

A sostegno della *cultural defense*, da un punto di vista teleologico, la dottrina più attenta ritiene che la punizione di un fatto qualificabile come reato culturalmente orientato - che costituisce il fenomeno uguale e contrario all'esimente culturale - manchi di

---

<sup>169</sup> Per riferimenti circa la *individualized justice* e il pluralismo culturale v. ANONIMO, *The Cultural Defense in the Criminal Law*, in *Harvard Law review*, vol. 99 n. 6, 1986, 1298 ss., BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 326 ss.

esigenze preventive<sup>170</sup>. Infatti, palesi esigenze di mantenimento dell'ordine sociale impongono la necessità di regole per la convivenza comune, dal momento che se si pretendesse di rispettare soltanto le leggi che rispecchiano i propri valori il risultato sarebbe l'anarchia. Per ottenere condizioni di vita comune accettabili, la pena deve svolgere una naturale funzione preventiva. Ma se la condotta è originata da circostanze particolarissime, come nel caso dei reati culturalmente orientati, potrebbe ritenersi inutile una pena, dal momento che difficilmente si ripeteranno. Tuttavia quest'argomento è debole laddove non risponde alla naturale obiezione, per la quale tale astensione dalla pena potrebbe - e dovrebbe, per ragioni di eguaglianza - sussistere anche in casi estranei al tema in questione, ma comunque riguardanti fattispecie difficilmente reiterabili. Inoltre, tale asserzione introduce un tasso di opinabilità di cui non si sente affatto il bisogno nella tematica dei reati culturali, la cui eccessiva tendenza alla discrezionalità giudiziale ne rappresenta anzi il tallone d'Achille. Più calzante la seconda riflessione effettuata dai sostenitori della *cultural defense*: se il reato culturalmente orientato origina da un'ignoranza - aggiungiamo, inevitabile - della legge penale, la punizione del reo avrebbe un elevato tasso di generalprevenzione negativa, agendo nei confronti dei membri del gruppo culturale in questione. Ma coltivare la funzione deterrente della pena al di là della sua fisiologica predisposizione contrasta con i principi di personalità e di sussidiarietà del diritto penale di stampo liberale. D'altronde, il

---

<sup>170</sup> Per l'argomento relativo alla funzione della pena e alla mancanza di esigenze preventive v. ANONIMO, *The Cultural Defense in the Criminal Law*, in *Harvard Law review*, vol. 99 n. 6, 1986, 1302 ss., BASILE F., *op. cit.*, 329.



diritto penale simbolico<sup>171</sup> è per definizione destinato all'inefficacia e all'insuccesso: l'adesione alle proprie norme culturali ha un'influenza maggiore rispetto ad una pena proveniente da un Paese straniero. Anzi, la spinta morale a delinquere potrebbe acuirsi in ragione della conflittualità insita nel trattamento penale.

La definizione *cultural defense* entra nel gergo della dottrina statunitense nella metà degli anni '80, sollecitata da alcune vicende giudiziarie particolarmente eclatanti, nonostante già in precedenza vi fossero stati sporadici casi simili, dovuti alla naturale predisposizione degli Stati Uniti al multiculturalismo. Oggi il dibattito è ancora più vivo, grazie ai flussi migratori provenienti da Paesi più lontani geograficamente e culturalmente.

La convenzionale data di nascita della *cultural defense* negli Stati Uniti è segnata dal 1985: anno in cui le corti statunitensi si occupano dei casi Kimura, Moua e, a breve distanza, del caso Chen<sup>172</sup>. Queste vicende giudiziarie, per il dibattito che alimentarono tanto nell'opinione pubblica quanto tra gli esperti, sono considerate la prima manifestazione empirica della dottrina della *cultural defense*.

Fumiko Kimura è una donna di trentadue anni di origine giapponese, immigrata a Los Angeles da sedici anni. Dopo aver appreso di un tradimento da parte del marito si getta nelle acque

---

<sup>171</sup> BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Indice pen.*, 2003, 491 ss.

<sup>172</sup> DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 79 ss.; MONTICELLI F., *Le "Cultural defenses" (esimenti culturali) e i "reati culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. Pen.*, 2003, 2, 540 ss.; BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 272 ss.

dell'Oceano Pacifico insieme con i due figli rispettivamente di quattro anni e di sei mesi: i due bambini perdono la vita, mentre lei riceve soccorso e riesce a salvarsi. La sua difesa processuale sostiene in giudizio che la donna abbia tentato di effettuare un antico rituale giapponese, chiamato *oyako - shinju*, che la cultura nipponica riconosce alla donna tradita come gesto d'amore verso i figli, evitando loro la vergogna di crescere orfani, e come unico modo di riabilitazione del proprio onore perduto. Infatti la comunità giapponese di Los Angeles si mobilita raccogliendo più di venticinque mila firme per chiedere una sentenza clemente, che tenesse conto del movente culturale del reato. La strategia risulta efficace, dal momento che l'imputata viene condannata - in sede predibattimentale, con una forte derubricazione del reato - ad un anno di pena detentiva, già espiata nelle more del processo, e a cinque anni di *probation* con l'obbligo di consulenza psicologica, avendo la difesa invocato la *temporary insanity* come risultato del condizionamento culturale subito dalla donna.

Sempre nel 1985 Kong Moua, un immigrato ventunenne di origini laotiane di etnia Hmong, si reca al *college* dove lavora la fidanzata, diciottenne e appartenente alla medesima etnia. La costringe a salire in macchina e, dopo averla condotta a casa sua, si congiunge sessualmente con lei. Il processo avviato a carico di Moua per violenza sessuale e sequestro di persona si conclude anch'esso in sede di *plea bargaining* derubricando le accuse più gravi, con una condanna ad appena novanta giorni di detenzione e mille dollari di multa. La difesa dell'imputato riesce infatti a convincere la giuria dell'errore sul fatto in cui era incorso Moua, dal momento che presso l'etnia Hmong è invalsa la pratica dello *zij poj niam*, una sorta di matrimonio mediante cattura nel quale la donna deve

mostrarsi ritrosa a riprova della sua illibatezza e l'uomo deve forzarla, a testimonianza della sua virilità. D'altronde, la ragazza in un primo tempo, prima di presentare denuncia, aveva dichiarato che Moua era suo marito e che voleva rimanere in quella casa.

La terza vicenda emblematica nella storia della *cultural defense* è rappresentato dal caso Chen, trattato dalla Corte Suprema di New York nel 1988. Dong Lu Chen, immigrato cinese di cinquantquattro anni giunto da appena un anno a New York, massacrò con otto colpi di martello la moglie dopo avere da lei appreso, qualche giorno prima, di una relazione extraconiugale. La difesa punta sul fatto che l'adulterio per la cultura cinese è un affronto gravissimo nei confronti di tutta la stirpe del marito: i tradimenti vengono stemperati e risolti all'interno della comunità familiare ma l'isolamento socio-culturale in cui viveva la coppia aveva, secondo la difesa, fomentato una reazione così estrema. Il giudice, persuaso dalla ricostruzione antropologica, derubrica il reato e condanna Chen ad appena cinque anni di *probation*.

Non è possibile dare qui conto della sterminata casistica giurisprudenziale americana sul fenomeno della *cultural defense*: i tre casi citati, tuttavia, sottolineano come la problematica riguardante l'accoglienza della diversità culturale e le varie soluzioni per i conflitti culturali si intreccino fin da subito con tematiche di più stretta rilevanza penalistica, e come l'esperienza americana sia un punto di partenza imprescindibile per l'analisi del rapporto tra diritto penale e multiculturalismo.

3.2. *Una pluralità di canali per la cultural defense: plea bargaining, defenses tradizionali, sentencing.* Abbiamo già affermato che il termine *cultural defense* non indica un preciso istituto giuridico, quanto piuttosto una

strategia difensiva che fa leva sulla diversità culturale dell'imputato<sup>173</sup>. È necessario, a fini di una maggiore chiarezza espositiva, accennare ai vari canali attraverso i quali la *cultural defense* può esplicarsi. A tal proposito alcuni parlano di modello multiculturalista debole<sup>174</sup>, sottolineando che il fattore culturale non trova in siffatti ordinamenti un istituto *ad hoc* per esplicitare i suoi effetti ma, in un'ottica di conservazione del sistema penale, viene veicolato attraverso l'emergenza di *defenses* tradizionali oppure come circostanza attenuante, rilevante ai fini del *plea bargaining* o del *sentencing*.

Il *plea bargaining*<sup>175</sup> è un istituto molto in voga nel sistema processuale anglosassone e consiste nella definizione predibattimentale del processo attraverso una sorta di patteggiamento, nel quale però l'imputato si riconosce colpevole e rinuncia ad alcune garanzie difensive e l'accusa gli riserva un trattamento di favore. Tali benefici possono consistere in una derubricazione del reato (*charge bargaining*), in una diminuzione dei capi di accusa (*court bargaining*), nella richiesta di un trattamento sanzionatorio più benevolo (*sentence bargaining*) o in un misto delle tre cose. Il giudice prende atto dell'accordo delle parti

---

<sup>173</sup> La dottrina americana parla infatti nella prassi di *cultural evidence* anziché *cultural defense*. Per riferimenti sulla *cultural evidence*, v. par. 3.3. del presente capitolo.

<sup>174</sup> DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 73 ss.

<sup>175</sup> Sul *plea bargaining* vedi BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 311; FANCHIOTTI V., voce *Processo penale statunitense*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. II, tomo I, 822.

e, dopo un controllo essenzialmente formale, emana una sentenza che ratifica il patteggiamento. Nei reati culturalmente orientati l'imputato può far valere il peso che il fattore culturale ha esercitato nell'orientamento della sua condotta il quale, se si procedesse all'udienza, potrebbe fruttargli un'assoluzione. Il *prosecutor*, al contrario, può puntare sulla difficoltà di sorreggere in giudizio la prova del fattore culturale e comunque sull'esito incerto del giudizio, ammettendone comunque una efficacia tale da consentire un trattamento benevolo.

In sede dibattimentale, il terreno più rilevante e fecondo per l'applicazione di una strategia processuale culturalmente orientata è sicuramente quello delle *defenses* tradizionali. La dottrina si interroga sull'ampiezza dell'esimente culturale ma, in generale, vi è concordia sul fatto che la *defense* abbia carattere personale e sia invocabile soltanto da soggetti appartenenti ad una cultura di minoranza. Secondo una prima teoria, sostenuta nella celebre *note* che rappresenta un caposaldo nell'analisi del fenomeno<sup>176</sup>, la *cultural defense* dovrebbe escludere la pena, e quindi essere una *complete defense*, ma limitatamente ad alcuni reati culturali non offensivi di beni primari, che resterebbero invece puniti. Secondo questa versione più ampia i casi Kimura, Chen e Moua non avrebbero dovuto ricevere un trattamento di favore. Una versione

---

<sup>176</sup> Per la versione ampia della *cultural defense*, v. ANONIMO, *The Cultural Defense in the Criminal Law*, in *Harvard Law review*, vol. 99 n. 6, 1986, 1309; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 112 ss. MONTICELLI F., *Le "Cultural defenses" (esimenti culturali) e i "reati culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. Pen.*, 2003, 2, 553.

ristretta della *cultural defense*<sup>177</sup>, invece, proposta da altri studiosi tra i quali Alison Renteln<sup>178</sup>, ritiene la *defense* applicabile alla generalità dei reati ma con efficacia di *partial excuse*: può comportare la derubricazione del reato in uno meno grave oppure agire come una vera e propria circostanza attenuante. In realtà è palese notare come entrambe le versioni rappresentino tentativi di limitare la portata potenzialmente dirompente della *cultural defense*: si cerca una soluzione di compromesso tra le esigenze del pluralismo e la difesa dei valori fondamentali.

Tra le *defense* tradizionali che di solito veicolano il fattore culturale dell'imputato abbiamo quella che è affine al nostro vizio di mente (*insanity defense*, adoperato nel caso Kimura): la difesa si sforza di dimostrare che l'influenza dell'appartenenza culturale è stata tale nella dinamica del reato da provocare nell'imputato un profondo turbamento mentale ed emozionale, capace di alterarne le facoltà mentali; in altri casi giudiziari, come nel caso Chen, il fattore culturale è veicolato dalla *provocation excuse*, ovvero dall'attenuante che fa leva sull'improvviso impeto passionale ed emotivo quale reazione ad un comportamento della vittima. Nel caso Moua, come in altri, il fattore culturale viene fatto valere attraverso l'*error facti defense*, corrispondente al nostro errore sul fatto, dovuto ad una percezione della realtà falsata dai convincimenti culturali dell'imputato.

---

<sup>177</sup> BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 115.

<sup>178</sup> RENTELN A., *The Cultural Defence: Challenging the Monocultural Paradigm*, in *Cultural Diversity and the Law: State Responses from around the World*, a cura di FOGLETS M. C., GAUDREAU - DESBIENS J. F., RENTELN A., 2010.

Il fattore culturale si può esplicitare anche nella fase del *sentencing*<sup>179</sup>, ovvero nella commisurazione della pena, in modo da ottenere un trattamento sanzionatorio attenuato. Nonostante l'ordinamento statunitense preveda che i fattori relativi a razza, sesso, origine nazionale, religione e status sociali ed economici non debbano influenzare la determinazione della pena, la giurisprudenza sostiene che il concetto di cultura sia diverso, e più ampio, del profilo etnico<sup>180</sup> e quindi possa essere considerato in sede di commisurazione.

*3.3. Cultural evidence: riconoscimento e prova.* Con il termine *cultural evidence strategy* si fa riferimento alla strategia processuale adibita nella prassi all'emersione del fattore culturale nella dinamica del delitto commesso. Abbiamo accennato alla natura compromissoria di tale strategia che, a differenza di una eventuale *cultural defense ad hoc*, riconosce la diversità culturale e cerca di smussare i conflitti culturali ma lascia inalterato il sistema penale precostituito. Ma questa strategia, che si enuclea attraverso i tre canali menzionati nel paragrafo precedente, comporta anche notevoli svantaggi: ad esempio, nel caso Kimura il fattore culturale è stato veicolato dall'*insanity defense*, che ha valso all'imputata un trattamento

---

<sup>179</sup> BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 317 ss; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 88; Per cenni più approfonditi sul *sentencing* nel processo americano vedi FANCHIOTTI V., voce *Processo penale statunitense*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. II, tomo I, 829.

<sup>180</sup> Ci riferiamo alle *Guidelines* elaborate dalla *United States Sentencing Commission*. Recentemente la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *United States v. Booker*, No. 04 - 104, ha sancito la natura meramente *advisory* delle linee - guida per la giurisprudenza.

sanzionatorio notevolmente attenuato. Tuttavia, in questo come in altri casi, la *cultural evidence* comporta pesanti costi sociali, rappresentati dal fenomeno che gli antropologi chiamano *stereotyping problem*: dal momento che bisogna dimostrare la coincidenza di reazione per giovare del trattamento benevolo, costringere il *defendant* a provare che ogni membro del gruppo etnico di appartenenza, a parità di condizioni, si sarebbe comportato in maniera non dissimile equivale a palesare un sentimento di denigrazione per tutta la minoranza. L'effetto sociale è stridente, e decisamente contrastante con i precetti del multiculturalismo, a maggior ragione che si lascia intendere sottilmente il parallelismo tra cultura e turba psichiatrica. D'altronde, le garanzie approntate dal sistema giuridico americano potrebbero depotenziare l'effetto della *cultural evidence*, dal momento che la *Federal Rule of Evidence 403* stabilisce che una prova rilevante in giudizio possa essere esclusa quando il suo valore probatorio sia controbilanciato dall'*unfair prejudice* a carico dell'avversario: è chiaro che nei processi riguardanti i reati culturalmente orientati il rischio di un'influenza sulla giuria sconnessa dal valore in sé della prova è molto elevato. In realtà la strategia della *cultural evidence* è connessa ad una notevole dose di discrezionalità giudiziaria in un tema, quello dei reati culturalmente orientati, che ne è già pesantemente afflitto. La valutazione del fattore culturale, trasmigrante in istituti già presenti nel sistema penale, finisce per diventare frutto di una scelta quasi arbitraria dell'organo giudicante, dal momento che i *cultural offenders* hanno maggiori possibilità di vedersi riconosciuto un trattamento favorevole quando vi è sintonia tra le norme culturali



della maggioranza e quelle espresse dal gruppo minoritario<sup>181</sup>. L'apertura al pluralismo culturale finisce per diventare effimera, dal momento che la giurisprudenza applica gli standard culturali del Paese ospitante i quali, solo casualmente, in quel caso concreto tornano a vantaggio del migrante. Un esempio per tutti è rintracciabile nel caso Kong Moua, i cui detrattori sottolineano come la condanna lieve fosse derivata da un generale atteggiamento indulgente della giurisprudenza verso le violenze sessuali consumate all'interno di un rapporto già esistente, per la difficoltà di provare la mancanza di consenso della vittima, piuttosto che da un'accurata analisi del profilo culturale dell'autore del reato.<sup>182</sup>

Per quanto concerne le modalità attraverso le quali fornire la prova culturale, grande spazio è dato a consulenti tecnici esperti in antropologia culturale, psicologia, addirittura linguisti. Dal momento che è necessaria una conoscenza per definizione estranea al patrimonio conoscitivo del giudice, in alcuni casi si è fatto ricorso anche a testimonianze provenienti dai membri del gruppo culturale in questione, tenendo presente i rischi di solidarismo e di inattendibilità. Nonostante il *vulnus* di eccessiva discrezionalità che affligge la tematica, la giurisprudenza americana ha tracciato delle linee - guida in merito alle questioni di ammissibilità e rilevanza della prova culturale.<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> La dottrina americana parla di *cultural convergence theory*; cfr. DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 99 ss.

<sup>182</sup> DE MAGLIE C., *op. cit.*, 85.

<sup>183</sup> BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 322 ss.

La dottrina propone di limitare la legittimazione a invocare la *cultural defense* soltanto agli immigrati non volontari: ovvero le popolazioni indigene, gli afro - americani, i rifugiati. Sarebbe invece preclusa agli immigrati volontari. In realtà la giurisprudenza non ha mai manifestato adesioni per quest'orientamento, anche per l'opinabile distinzione tra immigrato volontario e non. Piuttosto, un criterio più fortunato per escludere l'ammissibilità della prova culturale è rappresentato dal grado di integrazione del *cultural offender* nella cultura del Paese ospitante. Soggetti pienamente integrati dovrebbero comportarsi secondo le *Kulturnormen* insite nei precetti penali nazionali, dal momento che il conflitto culturale originario dovrebbe ritenersi dissolto. Il problema si trasla sugli indici sintomatici di un elevato livello di integrazione: nella casistica giurisprudenziale è frequente il richiamo alla durata del soggiorno nel Paese ospitante, all'eventuale frequenza di istituti di istruzione, alla attività lavorativa al di fuori del gruppo etnico d'origine. In realtà, essendo questi criteri di origine giurisprudenziale, è plausibile una certa elasticità e una loro commisurazione al fatto concreto (ad esempio, nel caso Kimura l'imputata risiedeva negli Stati Uniti da sedici anni ma la prova culturale è stata comunque ritenuta ammissibile alla luce dell'isolazionismo tipico delle comunità asiatiche all'estero e di quella giapponese in particolare, nonché della condotta di vita della signora Kimura).

Inoltre, la difesa deve dimostrare che tra la cultura d'origine e il fatto delittuoso vi sia un nesso di rilevanza, una relazione causale significativa: questo onde evitare che l'appartenenza ad un gruppo di minoranza possa dare adito a buonismi o pericolose vie di impunità, con pesanti ripercussioni sulla funzione preventiva della pena.

3.4. *Contrarietà alla cultural defense o eventuale formalizzazione?* Il dibattito sulla *cultural defense* è tendenzialmente duplice: da un punto di vista generale, la dottrina è divisa tra chi sostiene la valenza del fattore culturale all'interno del sistema penale<sup>184</sup> e chi invece preferirebbe che la cultura dell'autore del reato restasse fuori dal processo e dai suoi esiti. In seconda analisi, il dibattito si orienta sull'opportunità di formalizzare o meno un istituto *ad hoc* per la *cultural defense*.

Tra gli argomenti della dottrina contraria alla valorizzazione del fattore culturale si fa spesso riferimento alla violazione del principio di uguaglianza: non tanto in riferimento ad autori culturalmente motivati e autori non culturalmente motivati - in tal caso il principio di eguaglianza sostanziale impone di trattare in maniera diversa casi diversi - quanto piuttosto in relazione alla disparità di trattamento tra gli autori dei reati culturalmente motivati e le vittime. Quest'ultime infatti riceverebbero una tutela contro atti potenzialmente offensivi di beni fondamentali inferiore rispetto a quella di cui godono le vittime di reati ordinari. Ciò appare ancora più stridente allorquando le vittime siano - come spesso accade - soggetti deboli all'interno del gruppo, donne o minori. La *cultural defense* finirebbe per avvantaggiare non il gruppo di minoranza in quanto tale, ma i membri forti all'interno di tale gruppo, a discapito dei membri più fragili.

A fronte di tali critiche, è un fatto in molti casi l'effetto distorsivo nella tutela della vittima ma è allo stesso tempo ridimensionabile:

---

<sup>184</sup> Le ragioni a sostegno della valorizzazione del fattore culturale sono state esposte in precedenza, v. par. 2.3. del presente capitolo.

innanzitutto, la ragionevole attenzione per la vittima non deve portare alla scotomizzazione delle differenze tra un *cultural offender* e un autore non culturalmente motivato, pena la violazione del principio di eguaglianza sostanziale; inoltre, bisogna ricordare come le espressioni dottrinali e giurisprudenziali più moderate - negli Stati Uniti ma vedremo anche in Italia - escludono il ricorso alla *cultural defense* per i reati lesivi di beni giuridici fondamentali i quali, in un'operazione di bilanciamento con il diritto pur fondamentale alla cultura, finiscono inesorabilmente per prevalere. Altre voci, benché riconoscano un'applicazione generalizzata della *cultural defense*, ne sanciscono la natura solo attenuante e mai escludente la pena. La *cultural defense* può fungere da corretto sistema di equilibrio tra l'ineludibile esigenza di tutela delle vittime e l'altrettanto imprescindibile bisogno di ritagliare la pena sull'effettivo grado di colpevolezza dell'autore. Ciò a voler tralasciare il fatto che non in tutti i reati culturalmente motivati c'è la preoccupazione concreta di tutelare i diritti dei più deboli (ad esempio, si pensi ai reati in materia di porto d'armi, di stupefacenti o inerenti all'abbigliamento rituale).

Argomenti di impianto tecnico che militano contro la valorizzazione del fattore culturale riguardano le frizioni che essa pone in relazione al principio di legalità: la difficoltà paventata di delineare un concetto preciso e univoco di cultura<sup>185</sup> rappresenta indubbiamente un punto debole della teoria, fornendo un'ampia discrezionalità al giudice in merito all'inflizione o meno del trattamento sanzionatorio

---

<sup>185</sup> L'argomento dell'evanescenza del concetto di cultura come obiezione alla valorizzazione del fattore culturale nel sistema penale è stato già trattato in precedenza, v. par. 1.3. del presente capitolo.

più lieve: da un punto di vista più generale, i teorici dello Stato liberale non guardano con favore ad una applicazione della legge penale condizionata al *background* culturale dell'autore. Anche il principio di personalità viene ridimensionato, dal momento che il fulcro dell'analisi si sposta dalla responsabilità di un individuo alla responsabilità di una intera cultura<sup>186</sup>.

Ma le obiezioni più insistenti alla *cultural defense* riguardano le distorsioni che essa comporterebbe in relazione alla funzione della pena<sup>187</sup>: la sola presenza di un'esimente culturale diminuirebbe l'effetto di prevenzione generale positiva, dal momento che creerebbe confusione nella distinzione di ciò che è lecito e ciò che non lo è e minerebbe l'aggregazione di consensi intorno ai valori incarnati nelle leggi penali del Paese ospitante. Inoltre anche l'effetto deterrente verrebbe meno agli occhi degli appartenenti al gruppo culturale minoritario: la *cultural defense* non riuscirebbe a prevenire il crimine, ma finirebbe per incoraggiarlo, secondo i suoi detrattori<sup>188</sup>. Anche dal punto di vista della prevenzione speciale il *cultural offender* che lede o mette in pericolo beni giuridici tutelati dal diritto penale verrebbe privato di un'opportunità di risocializzazione di cui mostra di averne necessità.

---

<sup>186</sup> A tal proposito si fa riferimento ad un'ulteriore critica alla possibilità che il fattore culturale spieghi efficacia nel processo penale, dal momento che porre in gioco culture anziché individui pone problemi di stereotipizzazione.

<sup>187</sup> BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 342 ss.; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 133.

<sup>188</sup> Secondo BASILE F., *op. cit.*, 344, questa obiezione potrebbe essere ridimensionata laddove, *de iure condendo*, si limitasse l'effetto della *cultural evidence* soltanto alla fase del *sentencing*, ovvero della commisurazione della pena, senza mettere in discussione l'*an* della responsabilità penale.

All'interno del novero dei sostenitori di un trattamento penale tarato sulle diversità culturale vi sono divisioni circa l'opportunità di formalizzazione di un istituto *ad hoc* piuttosto che di lasciare perdurare la *cultural evidence strategy*.

Il riconoscimento formale di una *cultural defense* potrebbe porre argine all'eccessiva discrezionalità connessa all'introduzione del fattore culturale tramite istituti preesistenti: vi sarebbero maggiori garanzie di certezza e uniformità del diritto. Inoltre, la formalizzazione di un'apposita esimente consentirebbe l'abbandono dell'uso improprio e forzato delle *defenses* tradizionali, con i problemi di stereotipizzazione delle minoranze che esso comporta. Infatti, costringere un'entità multiforme come il fattore culturale in categorie rigide e preesistenti è forse per gli equilibri del sistema penale più dirompente dell'introduzione di un nuovo istituto.

I detrattori di una eventuale formalizzazione della *cultural defense*, invece, fanno leva sull'ormai classico argomento relativo alla difficoltà di delineare un concetto di cultura utilizzabile nel rispetto dei principi di tassatività e determinatezza. Secondo questa corrente di pensiero sarebbe impossibile formulare in termini accettabili per il sistema penale una *defense* su base culturale, per l'impossibilità di definirne sia l'ambito oggettivo - specificando se questa nuova esimente sia applicabile in relazione a tutti i reati o solo a quelli meno gravi - sia l'ambito soggettivo, indicando i requisiti degli imputati che possano invocarla, sia gli effetti.

In realtà, sembra forse che l'impossibilità sia derivante, piuttosto che da ostacoli tecnici in senso stretto, dalla generale ostilità dell'opinione pubblica e dei legislatori dei Paesi occidentali nel riconoscere un'esplicita possibilità per lo straniero di ricevere un trattamento indulgente: dal momento che il diritto penale è politica,

attualmente sembra prevalere l'immagine di un diritto penale «spada<sup>189</sup>» nei confronti degli stranieri, piuttosto che «scudo».

Dall'osservazione della fluida situazione americana l'osservatore italiano può trarre indicazioni preziose circa il trattamento dei reati culturalmente orientati nell'ordinamento italiano. In primo luogo, è un dato acquisito che il conflitto culturale che è alla base di queste fattispecie travalichi i confini del sistema penale, essendo un scontro di natura prim'ancora antropologica e sociologica. In secondo luogo, l'esperienza americana mostra la complessità della ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze così divergenti e la sua impossibile *reductio ad unum*, essendo il ventaglio di possibilità ampio: ma la scelta - tutta politica - di dirigersi verso un'apertura netta alle istanze provenienti da altre culture piuttosto che verso una difesa inflessibile dei valori nazionali non è immune da ricadute in termini di coerenza sistematica, di effettività della pena, di pluralismo e di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

Si è cercato di sottolineare come non esista, allo stato attuale, una soluzione univoca al problema rappresentato dal fattore culturale nel sistema penale: piuttosto, la valorizzazione o meno del movente culturale e le modalità attraverso cui effettuarla rispondono a parametri molteplici, che vanno dall'analisi del disvalore oggettivo e soggettivo della fattispecie, alle ricadute pratiche della funzione di integrazione sociale della pena.

---

<sup>189</sup> L'espressione del diritto penale «spada» o «scudo», meno frequente di quella dal significato analogo di «diritto penale del nemico», è citata da BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 3 ss.

### *Capitolo III*

#### Il modello italiano tra ibridazione e anacronismo

SOMMARIO: 1. CAUSE ED ESPRESSIONI DI UNA SCELTA ASSIMILAZIONISTA. - 1.1. Le ragioni alla base di un sistema penale "chiuso" e la necessità di una attuale rivisitazione. - 1.2. Un esempio di legislazione assimilazionista: pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583 *bis* c.p.). - 1.3. Un esempio di legislazione penale assimilazionista (II): impiego di minori nell'accattonaggio (art. 600 *octies* c.p.). - 1.4. Le derive di una politica assimilazionista: la questione dell'abbigliamento rituale e il reato di immigrazione clandestina. - 2. IPOTESI DE JURE CONDITO PER LA RILEVANZA DEL FATTORE CULTURALE - 2.1. Scopo e variabili nella ricerca di una soluzione per i reati culturalmente orientati. - 2.2. La scarsa incidenza del fattore culturale sugli elementi del fatto: tipicità - 2.3. Il luogo di risoluzione dei conflitti: l'antigiuridicità. - 2.4. La personalizzazione dell'illecito: la colpevolezza/responsabilità. - 2.5. Reati culturali e commisurazione della pena.



## Cause ed espressioni di una scelta assimilazionista

*1.1. Le ragioni alla base di un sistema penale "chiuso" e la necessità di una attuale rivisitazione.* Nonostante voci parzialmente discordanti<sup>190</sup>, la dottrina maggioritaria concorda nel ritenere l'ordinamento italiano affetto da una congenita chiusura verso istanze provenienti da contesti culturali diversi. Ciò è vero a maggior ragione nel sistema penale, formalizzazione dei valori supremi della comunità e suo strumento di tutela. All'epoca della stesura del codice Rocco, fino

---

<sup>190</sup> Tra questi, BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 63 ss., ritiene che il modello italiano sia un ibrido, dal momento che il nostro Paese non sembra aver aderito programmaticamente ad una specifica tendenza. Al contrario, possono evincersi esempi di politiche contrastanti, ora in apertura ad istanze multiculturaliste come l'art. 42 del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. sull'immigrazione), o verso regimi speciali tipici di ordinamenti di più risalente tradizione multiculturale, ora con forte intento repressivo, come si vedrà nel prosieguo del lavoro. In realtà, come precedentemente dimostrato, la plurivocità degli interventi normativi in materie così sensibili è all'ordine del giorno anche in Paesi che non si esita a qualificare come di impronta multiculturalista o assimilazionista. Questo dato, dunque, non può da solo bastare a conferire al modello italiano la connotazione di ibridazione, dal momento che nella prassi tutti i modelli oggi sposano questa molteplicità di atteggiamenti. Tuttavia, sia dal punto di vista più strettamente giuridico, e giuspenalistico nella fattispecie, sia da quello più ampio, a livello di opinione pubblica e di percezione dell'alterità culturale, non sembra negabile - e tale sarà la linea seguita nel lavoro - che l'Italia offra maggiori evidenze di chiusura e repressione delle istanze provenienti da culture non posizionate nell'alveo di quella maggioritaria. CAPUTO A., *La giurisdizione e i conflitti culturali*, in *Questione Giustizia*, 2005, 4, 713: «(...) il modello - se così può essere definito - adottato dal nostro Paese è, in buona sostanza, quello della *amministrativizzazione* dei diritti fondamentali dei migranti e della *precarizzazione* della loro condizione socio - economica. Questa strada, tuttavia, non aiuterà la convivenza nella società *multiculturale*: non favorirà la faticosa ricerca di una maggiore coesione sociale, ma determinerà l'exasperazione dei conflitti culturali (e non solo di essi), producendo *separazioni* sempre più profonde tra autoctoni e immigrati e tra le diverse comunità di immigrati.»

a tempi recenti indiscusso e univoco sinonimo di legge penale, la società italiana si presentava come dotata di una matrice culturale sostanzialmente omogenea, che si esplicitava in comunanza di razza, cultura, religione, tradizioni e costumi<sup>191</sup>.

In realtà, l'omogeneità culturale non era semplicemente il risultato di una particolare visione politica della società: anche la Costituzione Italiana, fiorita su ben altre basi ideologiche rispetto al codice Rocco, affonda le sue radici in un *humus* socio - culturale tendenzialmente stabile e unitario<sup>192</sup>. Tuttavia, bisogna chiedersi se non sia il caso di mutare prospettiva: in un contesto sempre più globalizzato e scosso da migrazioni in grande scala è ancora attuale ed efficace alla luce dei principi costituzionale un sistema penale indifferente alla diversità culturale?

I dati ci mostrano come la società italiana, al pari delle altre società occidentali, nonostante sconti un ritardo storico in tale processo, sia divenuta una società ricettiva di flussi migratori. Infatti, la pressoché irrilevante presenza di minoranze culturali autoctone sul territorio italiano - essendo tale fenomeno confinato essenzialmente al pluralismo linguistico, riconosciuto dalla Costituzione - ha fatto sì che il problema dei reati culturalmente orientati si presentasse in Italia sostanzialmente legato alle vicende

---

<sup>191</sup> A tal proposito, emblematico è il passaggio della Relazione al Re presentata dal Guardasigilli, citata da BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006, 62, e DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 34, secondo cui «Lo Stato ci appare come la nazione medesima in esso organizzata, cioè come un'unità non solo sociale, ma altresì etnica, legata da vincoli di razza, di lingua, di costume, di tradizioni storiche, di moralità, di religione.»

<sup>192</sup> Cfr. GROSSO E., *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione Italiana*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 116.

implicanti l'immigrazione. Le statistiche mostrano un numero sempre crescente di presenze straniere in Italia: al primo gennaio 2008 l'ISTAT<sup>193</sup> ha sancito la presenza di 3.423.651 individui stranieri, così ripartiti:

	Maschi	Femmine
Nord - ovest	624.146	599.217
Nord - est	473.162	450.650
Centro	407.750	449.322
Sud	137.037	168.109
Isole	59.722	63.536

Al primo gennaio 2011, le cifre sono le seguenti, per un totale di 3.536.062 individui, tra cui 1.825.056 uomini e 1.711.006 donne. I dati sono da ritenere approssimati per difetto rispetto alla reale presenza di stranieri sul territorio, essendo sottovalutata per inefficienze burocratiche menzionate nei rapporti la stima dei minori di 18 anni: inoltre, la statistica fa riferimento esclusivo agli stranieri regolarmente presenti sul territorio italiano, ma in un'ottica di interesse penalistico non si può prescindere dal numero non ben certificato di stranieri irregolari e di stranieri occasionali,

---

<sup>193</sup> I dati sono elaborati dalle tavole statistiche a cura dell'ISTAT *Cittadini stranieri residenti per regione e provincia, area geografica e paesi di cittadinanza, al 1° gennaio 2008; Rapporto ISTAT - Popolazione straniera residente in Italia al 1° gennaio 2011; Rapporto ISTAT - Cittadini non comunitari regolarmente presenti per sesso, area geografica e singolo paese di cittadinanza, al 1° gennaio 2011.*

giacché non è da escludere un loro coinvolgimento in reati motivati dal fattore culturale. D'altronde, statistiche altrettanto accreditate<sup>194</sup> mostrano che la presenza straniera sul territorio italiano al gennaio 2011 sfiorava i cinque milioni di individui, di cui il 10 % rappresentato da irregolari. Tra i Paesi di provenienza, primeggiano quelli dell'Est Europa (Romania e Albania, tra tutti) e quelli del Nord Africa (Marocco, Tunisia, Egitto). Gli individui con cittadinanza straniera o apolidi rappresentavano nel 2010 circa il 7 % della popolazione totale italiana: al di sotto di altri Paesi europei come la Germania (9 % della popolazione), la Spagna (12 % della popolazione), ad un livello paragonabile al Regno Unito (7 %) e leggermente superiore alla Francia (6 %). A ciò bisogna aggiungere il dato relativo al tasso demografico degli stranieri, quasi doppio rispetto a quello medio nazionale<sup>195</sup>.

Questi dati ci permettono di confortare quella che è una percezione ormai generalizzata: ovvero che l'Italia si avvia ad essere uno Stato con una percentuale consistente di appartenenti a culture anche molto diverse da quella maggioritaria, con i conseguenti problemi di integrazione che ne derivano.

Molteplici sono i sintomi di una netta virata del modello italiano verso le tecniche assimilazioniste: innanzitutto, per le ragioni storiche enunciate, la totale assenza nel sistema penale di una disposizione di parte generale concernente la materia dei reati

---

<sup>194</sup> EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *Canali migratori. Visti e flussi irregolari, quarto rapporto*, a cura di EMN/Ministero dell'Interno, Roma, marzo 2012; EUROSTAT, *6.5% of the EU population are foreigners and 9.4% are born abroad*, in *Statistics in Focus*, 34/2011.

<sup>195</sup> ISTAT, *Natalità e fecondità della popolazione residente relativo all'anno 2011*, 14 novembre 2012.

culturali. In realtà, come nota accorta dottrina, neanche nei Paesi che hanno aderito con più convinzione al modello multiculturalista è facile trovare disposizioni di tal genere<sup>196</sup>: la ragione di ciò si evince nel fatto che disposizioni generali faciliterebbero un'assolutizzazione del fattore culturale a favore del reo, senza tenere in debito conto la necessità di limiti alla tolleranza, insiti nei principi costituzionali a tutela dei diritti fondamentali degli individui. Ancora più sintomatica del modello assimilazionista è l'introduzione nel sistema di fattispecie *ad hoc* di reati culturalmente orientati, spesso in violazione del canone di sussidiarietà, per punire con maggiore severità condotte già punibili e per fornire vessilli ideologici a presunte «lotte senza quartiere» contro la delinquenza. D'altronde, la legislazione penale offre notevoli spunti anche senza la produzione di nuove norme: alcune tra quelle già esistenti, pur non essendo state ispirate da un conflitto culturale - almeno non in senso etnico - si prestano facilmente a colpire la diversità culturale (basti pensare, a mo' di esempio, alle norme incriminatrici della bigamia e dell'incesto). Anche gli orientamenti giurisprudenziali si inseriscono in una tendenza di scarsa valorizzazione del fattore culturale: nonostante le oscillazioni siano tipiche del veicolo giudiziario, a maggior ragione nella materia in questione in cui vi è una perdurante coesistenza di principi e concezioni confliggenti, si riscontra nella giurisprudenza italiana una generale ritrosia a riconoscere valore attenuante o scriminante al fattore culturale.

---

<sup>196</sup> BASILE F., *op. cit.*, 356.

Ciò risulta maggiormente influente poiché il livello giurisprudenziale rappresenta ormai, in un'ottica più generale, il fulcro principale di un'applicazione del diritto sempre più produttiva e integrativa, come mostrato dai recenti sviluppi delle teorie ermeneutiche. Ma proprio in relazione al fattore culturale tale centralità sembra acuita: la giurisdizione, surrettiziamente o meno, viene eletta a artefice principale del delicato equilibrio tra istanze multiculturali e tutela dell'ordinamento nel suo complesso<sup>197</sup>.

Pur non potendo dilungarci in uno *screening* completo del materiale giurisprudenziale italiano sul tema dei reati culturalmente orientati, ci sembra necessario, a fini espositivi, riferirci ad alcuni casi specifici sintomatici dell'orientamento dianzi descritto.

---

<sup>197</sup> BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 94 ss.; la giurisdizione risponde meglio della rigidità della legge alle dinamiche fluide del mondo globalizzato: è per sua natura poco istituzionalizzata, policentrica, idonea a comporre interessi pubblici e privati, generali e particolari. Evidenze pratiche di tale rilevanza si riscontrano nei fenomeni tipici del diritto odierno: la costituzionalizzazione dell'ordinamento, il dialogo internazionale tra le Corti, il *multilevel constitutionalism* tra diritto interno, comunitario e internazionale. Il diritto dei giudici ha effetti meno delegittimanti - ma anche meno legittimanti - del diritto del legislatore: il profilo particolare e concreto della decisione discerne la vicenda del singolo dalla matrice comune da cui origina, evitando le assolutizzazioni e gli irrigidimenti connessi ad una soluzione legislativa. La produzione giudiziale è, inoltre, incrementale, giungendo a soluzioni stratificate nel tempo. Sebbene la giurisprudenza italiana talvolta mitighi la durezza di politiche assimilazioniste, non è rintracciabile una linea comune: il problema resta quello classico del costo in termini di certezza del diritto e di rispetto del principio di eguaglianza. Per il ruolo della giurisdizione nella tematica dei conflitti culturali v. CAPUTO A., *La giurisdizione e i conflitti culturali*, in *Questione Giustizia*, 2005, 4, 710 ss. Per un discorso più ampio sul ruolo della giurisprudenza nel panorama attuale di un diritto in cui termini come sistema, sovranità statale e certezza del diritto sembrano - purtroppo - alla deriva, v. ZACCARIA G., *La comprensione del diritto*, Roma - Bari, 2012.

Una prima decisione, in cui tra l'altro il profilo multiculturale sembra ancora in fase embrionale, è rappresentata dalla Cass. Pen., sez. V, sent. 2 agosto 2007, n. 31510. In un caso di maltrattamenti in famiglia, in cui un padre aveva usato violenza nei confronti della figlia per punire comportamenti ritenuti scorretti e non conformi alla cultura d'origine, la Corte in realtà si soffermò marginalmente sul fattore culturale, dal momento che l'assoluzione dipese dall'assenza dell'abitudine della condotta nonché dalla mancanza probatoria del dolo specifico richiesto dalla norma. Tuttavia, in un *obiter dictum* non ripreso dalla Cassazione il giudice di merito aveva evidenziato che in famiglia esistessero « (...) ferrei rapporti gerarchici la cui violazione doveva comportare una sanzione esemplare che non poteva essere omessa neppure nel caso di autolesionismo». Sembrerebbe gettare luce su una relativizzazione dell'*animus corrigendi* tale da incidere quanto meno sul giudizio di rimproverabilità dell'agente e dunque sulla misura della pena. In realtà, il fatto che l'argomento sia rimasto un *obiter dictum*, tralasciato in sede di legittimità in quanto irrilevante sul piano motivazionale, lascia pensare: infatti la giurisprudenza, come sottolineato dalla dottrina<sup>198</sup>, si è mostrata finora restia ad attribuire rilievo attenuante al contesto socio - culturale di provenienza dell'agente nel reato di maltrattamenti, evidenziando l'inconciliabilità tra tale valorizzazione e i principi costituzionali che caratterizzano il rapporto familiare, ovvero il rispetto dei diritti fondamentali degli individui (art. 2 Cost.), la parità tra uomo e

---

<sup>198</sup> GRANDI C., *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale*, nota Corte d'Appello Bologna, sentenza 09 ottobre 2006 n. 2433, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 4, 498 ss.

donna (art. 29 Cost.), i doveri di assistenza ed educazione della prole (art. 30 Cost.). Sulla stessa linea la Cassazione risolse il famoso caso *Bajrami*<sup>199</sup>: la difesa del capofamiglia albanese imputato di maltrattamenti in famiglia sostenne che il diverso concetto di convivenza familiare e di rapporti gerarchici al suo interno, invalso presso le popolazioni albanesi, avrebbe configurato la scriminante del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p., dal momento che il procedimento si era instaurato d'ufficio, mancando la denuncia da parte dei soggetti passivi. In questo caso, a differenza del precedente, il fattore culturale è centrale, in una prospettiva di eventuale giustificazione della condotta. Da un lato il giudice d'appello riconobbe all'imputato le attenuanti generiche alla luce della sua diversità culturale. Dall'altro la Corte di Cassazione respinse l'invocazione della esimente del consenso dell'avente diritto, dal momento che la decisione di valorizzare il fattore culturale fino a tal punto avrebbe comportato un'assoluzione, in base ad un giudizio di dannosità ritenuta assente nel gruppo sociale di appartenenza, in quanto quest'ultimo sarebbe stato predisposto a tali restrizioni della libertà personale e dell'integrità fisica. La Corte di Cassazione fu netta sul punto: pur ammettendo il dovere dell'ordinamento di cimentarsi nella comprensione e nella valutazione della diversità culturale, in base ai principi costituzionali sanciti dagli artt. 6, 19, 21 Cost. e a quelli internazionali della CEDU (artt. 8, 9, 10, 11 e 14), dei Protocolli aggiuntivi (art. 2), del PIDCP (artt. 2 e 27), nonché a

---

<sup>199</sup> Cass. pen., 20 ottobre 1999, n. 3398. Per un'analisi del caso, v. MONTICELLI F., *Le "Cultural defenses" (esimenti culturali) e i "reati culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. Pen.*, 2003, 2, 576 ss.



quelli comunitari della CDFUE (artt. 10 e 20), tale dovere di apertura e tolleranza incontra un limite invalicabile nei diritti fondamentali dell'uomo, architrave della Costituzione e formalizzazione dei valori diffusi nella coscienza sociale. Se il diritto penale tollerasse comportamenti formalmente inquadrabili come reati, lesivi dei principi fondamentali benché espressivi di una cultura, abdicerebbe alla sua funzione di aggregazione dei consensi intorno alle *Kulturnormen*. Ne emerge, in controluce, l'immagine di un diritto penale *extrema ratio*, mite verso fatti espressivi di diversità culturale, anzi scudo per i *cultural offenders* autori di reati di lieve offensività, ma inesorabilmente spada nei confronti di fatti lesivi dei beni giuridici fondamentali, il cui rispetto generalizzato è l'unico terreno possibile per una reale integrazione, baricentro sia della tutela dei singoli sia della stabilità sociale.

Un caso più recente riguarda la sentenza Cass. Pen., VI sez., 26 novembre 2008, n. 46300. La fattispecie principale è ancora quella di maltrattamenti in famiglia, insieme con violenza sessuale e violazione degli obblighi di assistenza familiare, a testimonianza del fatto che sono le relazioni familiari uno dei campi di espressione privilegiata del fattore culturale. Dopo la condanna a circa due anni e mezzo di reclusione, il ricorrente lamenta la carenza di motivazione ex art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p. in punto di elemento soggettivo<sup>200</sup> dei reati contestati, dal momento

---

<sup>200</sup> In realtà la sentenza non mostra di fare propria la concezione relativa all'esistenza di un *Tatbestand* soggettivo distinto dal giudizio di rimproverabilità espresso in sede di colpevolezza, in ciò inquadrandosi nell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale maggioritario. Parlare di mancanza di elemento soggettivo è fuorviante, in quanto induce a pensare alla mancanza di coscienza dell'offesa e, dunque all'*error facti*. D'altronde,

che sarebbero stati applicati schemi valutativi etnocentrici e tipicamente occidentali nell'analisi delle fattispecie, senza tenere in debito conto il *background* culturale dell'autore, che avrebbe invece privato la fattispecie del dolo. Secondo tale ragionamento, l'applicabilità delle norme penali nazionali a cittadini appartenenti a culture diverse andrebbe filtrata attraverso le concezioni di volta in volta diverse dell'imputato, così risolvendo il problema della interlegalità tipica dei conflitti culturali. La Cassazione ha ben presente la funzione mediatrice che spetta alla giurisdizione in tali casi, dovendo essa offrire tutela alle vittime, garanzie agli accusati e, a responsabilità accertata, personalizzare la condanna nella cornice del principio di legalità. Il risultato interpretativo è analogo ai casi precedenti, anzi forse espresso con maggiore chiarezza, visti anche i sedimentati contributi dottrinali sul fenomeno dei reati culturalmente motivati: l'assunto difensivo dell'inesistenza dell'elemento soggettivo dei reati contestati, alla luce del particolare fattore culturale, non è suscettibile di accoglimento, in quanto contrastante con i principi costituzionali in tema di diritti fondamentali e di rapporti familiari, «sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come

---

l'assunto difensivo, come richiamato dalla Corte, tiene ferma la consapevolezza dell'illiceità della condotta da parte dell'agente, puntando piuttosto sul dimostrare l'inevitabilità dell'*ignorantia legis*: «Ne consegue l'indubbia ricorrenza nella fattispecie del dolo degli illeciti contestanti, stante l'obbligo per l'imputato di conoscere, ai sensi dell'art. 5 c.p., il divieto imposto dalla legge ai comportamenti lesivi da lui posti in essere, quale che possa essere stata, per lui, la valutazione della condotta che ha voluto e realizzato, quand'anche essa sia stata ritenuta innocua, oppure socialmente utile e non riprovevole.» Cfr. FIORE C., FIORE S., *Diritto penale: parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2008, 213 ss.

"antistorici" a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero.»

Sulla stessa linea si pone la sentenza Cass. Pen., VI sez., 28 marzo 2012, n. 12089<sup>201</sup>: la fattispecie e l'assunto difensivo sono i medesimi, ovvero la mancanza dell'elemento soggettivo in un'ipotesi di maltrattamenti (nel caso di specie, il padre percuoteva la figlia ogni volta in cui non era capace di ripetere a memoria i versi del Corano che la costringeva a studiare fino a notte inoltrata). Anche la conclusione della Cassazione è analoga nel sancire l'irrilevanza del fattore culturale quando esso si scontri con i principi fondamentali dell'ordinamento.

Un ulteriore esempio di chiusura o, quanto meno di apertura selettiva, alle istanze del multiculturalismo è rappresentato da un'interpretazione conservatrice degli elementi normativi di fattispecie più sensibili al fattore culturale. La presenza di questi elementi è la prova di una potenziale intersecazione tra norme penali e norme culturali, poiché in questo caso l'interprete nell'applicazione del diritto è chiamato - per volontà del legislatore - ad integrare il contenuto normativo con valutazioni extragiuridiche, ovviamente suscettibili di interpretazioni diverse.

---

<sup>201</sup> Anche in questa sentenza la pretesa mancanza dell'elemento soggettivo è fuorviante, dovendosi più propriamente parlare - come tra l'altro la Corte fa nel prosieguo della sentenza - di *ignorantia legis*: «Questa Corte ha già ripetutamente insegnato (...) l'irrilevanza della cosiddetta "*ignorantia juris*", pur letta nell'ambito interpretativo della Corte delle leggi, quando le condotte oggetto di valutazione si caratterizzano per la palese violazione dei diritti essenziali e inviolabili della persona quali riconosciuti e affermati dalla Costituzione nazionale, che costituiscono la base indefettibile dell'ordinamento giuridico italiano e il cardine della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali.»

L'elencazione degli elementi normativi, da quelli più noti e studiati (come i concetti di comune sentimento del pudore ex art. 529 c.p., di pubblico scandalo ex art. 564 c.p.) a quelli di più recente analisi giurisprudenziale (come il concetto di atti sessuali negli artt. 609 *bis* ss c.p. o quello di mezzi di correzione e di disciplina di cui all'art. 571 c.p.) mostra come, in realtà, dal momento che il circolo ermeneutico tra testo e interprete è profondamente influenzato dalla cultura, attraverso l'interpretazione anche l'elemento ritenuto descrittivo possa diventare normativo in senso lato, alla luce di un panorama valoriale sempre più frammentato ed eterogeneo. La tendenza generale della giurisprudenza sembra assestata su una lettura tradizionale di questi elementi, la cui interpretazione traspare in espressioni stereotipate del tipo «secondo il comune modo di sentire», «secondo le regole etico - sociali di un determinato contesto storico», «secondo il patrimonio culturale condiviso». Ad onor del vero, a testimonianza del variegato atteggiarsi della giurisprudenza dinanzi tali materie, sintomi di cambiamento sembrano evidenziarsi in relazione al tristemente noto caso *Hina Saleem*, in cui Cass. Pen., sez. II, sent. 18 febbraio 2010, n. 6587 afferma che nell'analisi dell'aggravante ex art. 61 n.1 c.p. i motivi abietti o futili, pur consistendo in un senso di ripugnanza al comune sentire, vanno esaminati senza prescindere «dalle ragioni soggettive dell'agire in termini di riferimenti culturali, nazionali, religiosi dell'atto criminoso». In realtà nel caso di specie la Cassazione ritenne che l'agire dell'imputato fosse stato motivato da una distorta visione del rapporto paterno, improntato su una concezione di possesso travalicante il fattore culturale, tant'è che la stessa comunità pakistana ebbe modo di manifestare il suo sdegno per l'efferatezza della reazione. In un

ulteriore caso, Cass. Pen, sez. I, sent. 21 dicembre 2011 n. 6796, la Cassazione, pur senza rinnegare i parametri a cui è ancorata l'interpretazione etnocentrica e maggioritaria, ha sottolineato la necessità di prendere in considerazione, ai fini della valutazione sulla eventuale sussistenza dell'aggravante in parola, anche le connotazioni culturali dell'agente, in modo da scongiurare l'applicazione della circostanza in presenza di un motivo sebbene riprovevole e non certo encomiabile, comunque non ritenuto abietto o futile dal gruppo culturale di appartenenza. Nell'ultimo caso menzionato, infatti, la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza di condanna di un albanese imputato per omicidio doloso in relazione all'aggravante, con rinvio per la quantificazione della pena: si tratta di un caso in cui il fattore culturale non procura un'assoluzione che sarebbe risultata stridente in relazione al bene giuridico sacrificato<sup>202</sup>.

Una volta chiarite le linee generali del modello italiano, bisogna interrogarsi sulla necessità o meno di intervenire nel delicato rapporto tra diritto penale e multiculturalismo e, problema non certo inferiore, sul modo in cui intervenire.

Tra le ragioni per cui non è possibile indulgere in un atteggiamento di chiusura verso il fenomeno è innegabile il rilievo dell'incompatibilità tra tale concezione e l'ispirazione pluralista

---

<sup>202</sup> POLI P., *Aggravante dei motivi abietti e reati culturalmente motivati*, nota a Cass. pen., sez. II, 18 febbraio 2010, n. 6587, in *Diritto penale contemporaneo* (rivista telematica), novembre 2010; POLI P., *Aggravante dei futili motivi e reati culturalmente motivati: un ulteriore tassello nella determinazione dei rapporti tra diritto penale e multiculturalismo*, nota a Cass. pen, sez. I, sentenza 21 dicembre 2011, in *Diritto penale contemporaneo* (rivista telematica), aprile 2012; BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 435 ss.

insita nella Costituzione e nella produzione giuridica di derivazione comunitaria e internazionale. Inoltre, da un punto di vista più strettamente penalistico, è stato dimostrato da illustre dottrina come la funzione di integrazione sociale della pena sia desumibile dall'intero impianto costituzionale<sup>203</sup>: l'atteggiamento di rifiuto della diversità culturale contrasta con la personalizzazione della pena necessaria allo svolgimento di tale funzione, non solo nelle fasi dell'inflizione e dell'esecuzione, ma già nella fase comminatoria. Per di più, da un punto di vista criminologico, astenersi dal dominare e risolvere i conflitti culturali equivale ad una tacita accettazione di fenomeni criminogenetici quali la segregazione etnica, l'odio razziale, il rifiuto di qualsivoglia tentativo di aggregazione di consensi - e dunque di integrazione - intorno ai valori fondamentali dell'ordinamento. Le medesime ragioni militano per una valutazione *in bonam partem* del fattore culturale: risposte sanzionatorie acuite in relazione alla fenomenologia particolarmente perturbante di alcuni reati culturali o ad una pretesa necessità di maggiore severità per estirpare modelli comportamentali sgraditi sono sostenibili solo da un punto di vista astratto, ma mostrano tutta la loro inadeguatezza e frizione con i valori costituzionali se calati nel reale. Appare difficile negare che l'individuo che commetta un reato spinto da valori culturali cogenti, per quanto aberranti ne siano le coloriture culturali non indicative di una maggiore offensività, si comporti in maniera meno riprovevole di un individuo che commette il medesimo fatto

---

<sup>203</sup> MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

libero, se così si può dire, da condizionamenti culturali. Non tenere presente ciò equivale ad una palese violazione del principio di eguaglianza sostanziale.

Altrettanto vero è che il fatto, benché spiegato dal fattore culturale, è comunque lesivo di un bene giuridico, dal momento che l'ordinamento sente il bisogno di qualificarlo come reato: se ne dovrebbe dedurre il dovere per il diritto penale di predisporre uno schema di risocializzazione. Un diritto penale di derivazione liberale dovrebbe offrire una possibilità di rieducazione, non certo imporla coattivamente, e, in una prospettiva anche *de lege ferenda*, ipotizzare l'astensione dallo strumento penale per comportamenti che, pur formalmente reati, non si pongano in insanabile contrasto con i valori della maggioranza (es. la questione del velo).

Probabilmente, l'unico argomento difficilmente contestabile è rappresentato dal rischio di discriminazione nei confronti delle vittime di reati culturalmente orientati i cui autori si giovino di trattamenti più favorevoli<sup>204</sup>. Ad una prima superficiale obiezione, per la quale non tutti i reati culturalmente orientati prevedono beni giuridici di titolarità individuale, si associa l'orientamento giurisprudenziale maggioritario che sbarra la strada ad una valenza esimente del fattore culturale dinanzi a violazioni di beni giuridici di valore costituzionale primario. Un'analisi più accurata fa leva sul principio di sussidiarietà: per quanto ammirevoli possano

---

<sup>204</sup> Che la criminalità degli immigrati in generale sia caratterizzata essenzialmente da dinamiche infra - gruppo è spiegato anche da TONRY M., *A comparative perspective on minority groups, crime and criminal justice*, in , in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 6, 1998, 66; ciò vale a maggior ragione per la tematica dei reati culturalmente orientati, giacché le relazioni familiari e parafamiliari sono il luogo principale di espressione culturale.

essere le intenzioni del legislatore - e già questo è un notevole slancio di fiducia - il diritto penale non sempre riesce ad adempiere ad ogni bisogno di tutela promanante dalla società. Una risposta sanzionatoria aggravata dal fattore culturale, o semplicemente indifferente rispetto alla diversità<sup>205</sup>, non necessariamente implica una maggiore tutela delle vittime: la recente introduzione del reato di mutilazioni genitali femminili è un esempio eclatante di come la criminalizzazione senza spunti di dialogo e mediazione interculturale produca effetti collaterali (clandestinità della pratica, minori *standard* di sicurezza, autosegregazione, innalzamento del numero oscuro) difficilmente giustificabili da una mera generalprevenzione negativa.

Ciò non toglie che il difficile equilibrio tra tutela delle vittime - in via mediata, della società - e personalizzazione del trattamento sanzionatorio sia il vero fulcro del problematico ruolo del diritto penale nella società multiculturale: ma la ricerca di tale equilibrio non porta a soluzioni assolutizzanti, astratte né può fungere da sgravio per un ordinamento che voglia chiaramente ispirarsi ai principi costituzionali, i quali finiscono per imporre una particolare attenzione al fattore culturale nella risposta sanzionatoria al crimine.

*1.2. Un esempio di legislazione assimilazionista: pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583 bis c.p.).* L'esempio delle mutilazioni genitali femminili (MGF) è, forse, il caso più discusso ed evidente

---

<sup>205</sup> Ovviamente ci si riferisce ad una diversità culturale determinante sulla genesi del reato, senza possibilità alcuna per trattamenti differenziati non giustificati che lasciano adito soltanto a *reverse discrimination*.



tra i reati culturalmente motivati, vuoi per la sua ampia risonanza nell'opinione pubblica vuoi per la notevole diffusione del fenomeno.<sup>206</sup>

La definizione più comune del fenomeno, almeno dal punto di vista medico - sanitario, è rintracciabile nella classificazione effettuata dall'OMS nel 1995<sup>207</sup>: costituiscono mutilazioni genitali femminili «tutte le pratiche che comportano la rimozione parziale o totale dei genitali esterni femminili o altri danni agli organi genitali femminili, compiute per motivazioni culturali o altre motivazioni non terapeutiche». L'OMS prosegue con una classificazione divenuta pacifica: è una mutilazione di I tipo

---

<sup>206</sup> La letteratura sul tema è sconfinata: ABBADESSA G., *Le mutilazioni genitali femminili (art. 583 bis e 583 ter)*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di CADOPPI A. - CANESTRARI S. - MANNA A. - PAPA M., Roma, 2011, VII, 507 ss.; BASILE F., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 04, 1296 ss.; BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 224 ss.; BRUNELLI G., *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A., Milano, 2008, 203 ss.; DE BENEDICTIS A., *Mutilazioni genitali femminili*, in *Diritto penale dell'immigrazione: aspetti sostanziali e processuali*, a cura di CENTONZE S., Torino, 2010, 313 ss.; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 36 ss.; FORNASARI G., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A., Milano, 2008, 179 ss.; GENTILOMO A. - KUSTERMAN A. - PIGA A., *Mutilazioni genitali femminili: la risposta giudiziaria*, in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 1, 13 ss.; LONGOBARDO C., *Le mutilazioni genitali femminili*, in *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, a cura di CILARDO A., Napoli, 2011; SALCUNI G., *Multiculturalismo e forme di democrazia: il fenomeno delle mutilazioni genitali femminili*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 100 ss.

<sup>207</sup> WHO, *Female Genital Mutilation, Report of a WHO Technical Working Group* in Geneve 1995, July 17 - 19, 1995.

l'escissione del prepuzio, con o senza escissione parziale o totale del clitoride; costituisce mutilazione di II tipo l'escissione del prepuzio e del clitoride, con escissione parziale o totale delle piccole labbra; l'escissione di parte o della totalità dei genitali esterni con cucitura o restringimento del canale vaginale, la cosiddetta infibulazione, costituisce la mutilazione genitale di III tipo; infine, il IV tipo di mutilazioni include una serie di pratiche non differenziate consistenti nel forare, trapassare o incidere il clitoride e/o le labbra; nel produrre una tensione del clitoride e/o delle labbra; nel cauterizzare mediante ustione il clitoride e i tessuti circostanti; nel raschiare i tessuti intorno all'orifizio vaginale o nell'incidere la vagina, nell'introdurre sostanze corrosive nella vagina per procurare sanguinamento o nell'introdurre erbe nella vagina per serrarla o restringerla; sono incluse nel IV tipo tutte le altre pratiche che rientrino nella definizione generale di mutilazioni genitali femminili. Gli ultimi dati raccolti dall'OMS ci permettono riflessioni ulteriori<sup>208</sup>: nel mondo si stima che tra i centotrenta e i cento quaranta milioni di donne siano state sottoposte a questo trattamento e che ogni anno almeno tre milioni di bambine corrano il rischio di subire una mutilazione genitale femminile. Tuttavia, il fenomeno sembra lentamente diminuire, stando alla percentuale inferiore di giovani donne mutilate rispetto a quelle più anziane, con punte più elevate di medicalizzazione del rituale in alcuni Paesi. L'Africa è il continente più interessato dal fenomeno con picchi elevati in Egitto, Etiopia e Somalia dove circa i due terzi delle donne

---

<sup>208</sup> WHO, *An update on WHO's work on female genital mutilation (FGM), Progress report*, 2011.

risultano essere infibulate. Come risultato delle ondate migratorie si è avuta una diffusione del fenomeno anche in Occidente: l'OMS sottostima che in Europa ci sia almeno mezzo milione di donne mutilate, e ogni anno circa centocinquanta mila donne corrono il rischio di subire tale pratica. Le tipologie più frequenti sono rappresentate dal I e II tipo, con oltre l'80 % dei casi. I casi di infibulazione costituiscono, invece, il 15 % dei casi mentre le pratiche raggruppate nel IV tipo non raggiungono il 5 % dei casi. È opportuno notare come i dati siano inficiati da una certa approssimazione, dal momento che quasi in nessun Paese la pratica risulta essere accuratamente monitorata e quindi l'eventuale numero oscuro è saliente. Le pesanti conseguenze sull'equilibrio psicofisico delle donne mutilate, minuziosamente elencate dall'OMS<sup>209</sup>, hanno indotto parti importanti della società civile a premere affinché le mutilazioni genitali femminili fossero riconosciute a livello internazionale come una violazione dei diritti umani. Recentemente è stata deliberata una risoluzione ONU<sup>210</sup>,

---

<sup>209</sup> In realtà vi sono voci discordanti in merito, come riportato da DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 44, a proposito dell'opinione dell'antropologa Carla Obermeyer che, partendo da un attento studio epidemiologico, arriva alla conclusione che le complicanze delle MGF siano l'eccezione e non la regola. Parla di eccessi di drammatizzazione, dovuti ad una visione etnocentrica, anche Amnesty International, che sottolinea come i maggiori problemi dell'Africa siano altri. Tuttavia, tale visione sembra viziata da un eccesso opposto di relativismo, che non affronta il problema della sottoposizione di minori o di donne non consenzienti a pratiche pur sempre brutali, condotte nella più totale mancanza di igiene e di regole di sicurezza. Piuttosto, tali opinioni possono servire sicuramente ad alimentare un approccio del fenomeno meno "militante" e più oggettivo.

<sup>210</sup> <http://www.un.org/News/Press/docs//2012/ga11331.doc.htm>.

«Draft resolution III on intensifying global efforts for the elimination of female genital mutilations was adopted without a vote, with the Assembly recognizing that female genital mutilations were an irreparable, irreversible

mentre il Parlamento Europeo ha prodotto il 14 giugno 2012 una nuova mozione in tal proposito, dopo quella del 20 settembre 2001 n. 2035, in cui si invitavano gli Stati membri all'armonizzazione delle legislazioni in materia e, laddove queste non fossero adeguate, all'elaborazione di una legislazione specifica, facendo esplicito riferimento alla loro previsione quale reato, a prescindere da qualsiasi forma di consenso prestato dalla vittima, riconoscendo la natura delle MGF quali violazione dei diritti umani fondamentali. A livello internazionale sono molteplici le dichiarazioni, pur non vincolanti, e le raccomandazioni del Consiglio d'Europa<sup>211</sup>.

In realtà, buona parte dei Paesi in cui la pratica è endemica ha approntato risposte sanzionatorie, spesso penali, per contrastare il fenomeno. A seguito delle ondate migratorie, anche l'Occidente ha seguito tale strada. I Paesi che hanno emanato norme *ad hoc* sono i seguenti<sup>212</sup>:

---

abuse of the human rights of woman and girls, and a threat to their health. States were urged to condemn all harmful practices affecting women and girls, whether committed within or outside a medical institution, and take all measures — including legislation — to protect women and girls from this form of violence and end impunity. Punitive measures should be complemented by awareness-raising and educational processes to promote consensus towards the elimination of the practice.»

<sup>211</sup> Per un esaustivo elenco delle principali fonti internazionali in merito, cfr. BASILE F., sub *art. 583 bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006.

<sup>212</sup> I dati sono aggiornati al 2008 e sono tratti da GENTILOMO A. - KUSTERMAN A. - PIGA A., *Mutilazioni genitali femminili: la risposta giudiziaria*, in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 1, 13 ss.

Central African Republic		1966
Djibouti	Cod. pen	1994
Ghana	Cod. pen.	1994
Burkina Faso	Cod. pen.	1996
Egypt	Ministerial Decree	1996
Côte d'Ivoire	Cod. pen.	1998
Tanzania	Cod. pen.	1998
Togo	Cod. pen.	1998
Senegal	Cod. pen.	1999
Guinea	Cod. deont. med	2000 (1965)
Kenya		2001
Mali	l. quadro	2002
Benin		2003
Chad		2003
Niger		2003
Ethiopia		2004

Come è evidente, soltanto alcuni Paesi hanno scelto la sanzione penale per combattere il fenomeno:

STATO	NORME	VITTIMA	ELEMENTO OGGETTIVO	PENA	ALTRI SOGGETTI
BURKINA FASO	art. 380, 381 e 382 codice penale	Donna	Attentato all'integrità degli organi genitali mediante avulsione totale, escissione, infibulazione, insensibilizzazione o con qualunque altro mezzo	6 mesi – 3 aa morte della vittima: 5-10 aa	
COSTA D'AVORIO	l. 98-757, 23.12.1998	Donna	Attentato all'integrità degli organi genitali mediante avulsione totale, escissione, infibulazione, insensibilizzazione o con qualunque altro mezzo	Reclusione 1- 5 aa Multa Morte della persona offesa: reclusione 5-20 aa	Genitori, e congiunti sino al IV grado
DJIBOUTI	Art. 333 c. p.	Chiunque	Mutilazione genitale	5 aa multa	-
GHANA	Sez. 69a c.p. l. 484/1994	Donna	Infibulazione o altra mutilazione di piccole e grandi labbra, clitoride	Reclusione ≤ 3 aa	-
TOGO	l. 98-016 17.11.1998	Donna	Ablazione totale o parziale dei genitali esterni e/o ogni altra analoga operazione sugli stessi organi, attuata con metodi tradizionali o moderni	Reclusione 10 mesi 5 anni e/o multa. Pene raddoppiate in caso di recidiva Morte della persona offesa: reclusione 5-10 anni. Sanzione per omessa denuncia di fatto prevedibile, tentato o già avvenuto	Parenti sino al IV grado
TANZANIA	art. 169A c.p. l. 1.7.1998 n. 4 con modifiche del codice penale	Minore di 18 anni	Mutilazioni genitali femminili	Reclusione 5–15 aa Multa Risarcimento della vittima	-

Altri Paesi hanno invece optato per una sanzione diversa, spesso come illecito deontologico per la professione medica<sup>213</sup>: per la verità, soprattutto in contesti tribali, quasi mai ad operare la mutilazione è un medico.

EGITTO	Disposizione ministeriale N. 261 del 8.7.1996, Ministero della salute	Donna	Circoncisione
GUINEA	Illecito deontologico medico D. D/96/205/PRG/SGG del 5.12.1996 Art. 40	Chiunque	Mutilazione senza consenso
MADAGASCAR	Illecito deontologico medico D. 98-945 art. 39	Chiunque	Mutilazione senza consenso
MALI	d. 02-492 12.10.2002, programma nazionale per la lotta contro la pratica dell'escissione		
UGANDA	The Children Statute 1996 (Statute No. 6 of 1996).	Bambino	Pratiche tradizionali pericolose per la salute

Infine, è opportuno ricordare che un intero protocollo speciale della Carta Africana sui diritti dell'uomo e dei popoli, adottata a Maputo l'11 luglio 2003 dall'Unione Africana ed entrata in vigore il 26 ottobre 2005, ha ad oggetto i diritti delle donne africane. L'art. 5, rubricato eliminazione delle pratiche pregiudizievoli, mira ad una azione orientata su più fronti: sensibilizzare l'opinione pubblica attraverso programmi di educazione e di recupero; proibire, anche attraverso provvedimenti coercitivi, tutte le forme di mutilazioni genitali femminili al fine di sradicarle; sostenere le vittime con servizi essenziali, sanitari, psicologici e legali; proteggere le donne che corrono il rischio di subire tali forme di abuso. Per quanto riguarda le nazioni Europee, il loro intervento in materia è stato sospinto a livello comunitario dalla risoluzione del Consiglio Europeo A5 - 0285/2001 del 20 settembre 2001, che

---

<sup>213</sup> L'Egitto ha criminalizzato la pratica nel 2008, prevedendo una pena fino a due anni di reclusione e una multa da mille a cinquemila lire egiziane.

raccomandava agli Stati di criminalizzare la pratica, a prescindere dal consenso della vittima, di punire chiunque incoraggiasse o favorisse tale pratica, anche se commessa al di fuori delle frontiere nazionali, e di prevedere opportune misure amministrative e di supporto. Alcuni Paesi hanno introdotto normative penali *ad hoc*:

BELGIO	c.p.art. 423 l.28.11.2000 n.35	Minore o persona incapace di proteg- gersi	La norma riguarda situazioni di abbandono. Non c'è menzione specificata di MGF, ma solo di una grave mutilazione conseguente all'abbandono	Reclusione da 6 mesi a tre anni In caso di morte 5-10 anni	
AUSTRIA	c.p. 83, 84, 85, 87, 90 2001	Chiunque	Lesione personale, aggravata in caso di indebolimento della capa- cità riproduttiva La premeditazione è ulteriore ag- gravante	1-5 aa 5-10 aa morte della vittima: 5-15 aa	
REGNO UNITO	Illecito penale. Female Genital Mutilation Act (30.10.2003)	Donna	Escissione, infibulazione o qua- lunque altra mutilazione di grandi e piccole labbra o del clitoride. Non costituisce reato se è parte di una cura medica Il fatto non è scriminato da con- senso, né hanno rilievo credenze culturali o religiose che rendono desiderabile o necessaria la pro- cedura	Reclusione ≤ 14 aa multa	Punito anche incita- mento, induzione, aiuto, favoreg- giamento anche nei casi di interventi ese- guiti all'estero
SPAGNA	C. p. 149 l. 11 del 29.9.2003	Chiunque	Mutilazione genitale come ipotesi specificata di lesione personale	Reclusione 6-12 aa	
SVEZIA	Illecito penale l. 407/1998	Chiunque	Escissione dei genitali esterni femminili. Il fatto non è scriminato da con- senso	Reclusione ≤ 4 aa In caso di pericolo per la vita, malattia grave o di negligenza grossolana, reclusione non infe- riore a 2 aa e non superiore a 10 aa	Tentativo e omessa denuncia

Altri hanno preferito disciplinare il fenomeno in base alle norme penali preesistenti. Per quanto riguarda gli USA, le mutilazioni genitali sono previste come reato dal codice penale federale (sec. 116), con una pena non inferiore ai cinque anni di reclusione. La vittima è esclusivamente il minorenne e il consenso non ha efficacia scriminante.

Nel solco di questi provvedimenti anche l'Italia si è dotata di una norma penale speciale per la repressione di tali pratiche, con la legge del 9 gennaio 2006, n. 7, *titolata Disposizioni concernenti la*

*prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile.* Tale intervento normativo è emblematico dell'atteggiamento dell'Italia nei confronti dei reati culturali: l'art. 1 definisce le pratiche come violazione dei diritti fondamentali all'integrità della persona e alla salute delle donne e delle bambine, senza porsi il problema, pur realistico, di una donna adulta che, in base ad una adesione libera alla propria cultura, voglia disporre del proprio corpo in tal senso. Nella legge non vi è alcun riferimento al profilo culturale né degli autori né delle vittime. Anzi, dai lavori preparatori, emerge chiaramente l'impressione secondo la quale la vera intenzione del legislatore sia la criminalizzazione del fenomeno, rispetto alla quale il resto dell'articolato si pone quasi come ancillare.<sup>214</sup>

Un'analisi culturale delle mutilazioni genitali femminili è imprescindibile per avere maggiormente chiaro il fenomeno, e per capire perché, nonostante il profluvio di disposizioni che le hanno ad oggetto, esse siano tuttora praticate. Innanzitutto bisogna sgomberare il campo da un equivoco: le MGF non sono connesse ad un particolare universo religioso. Esse sono espressione meramente culturale di determinate etnie a prescindere dalla loro appartenenza religiosa, tant'è che se ne registra la pratica anche presso popolazioni cristiane, copte, animiste oltre che islamiche<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> BRUNELLI G., *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A., Milano, 2008, 218.

<sup>215</sup> BRUNELLI G., *op. cit.*, 206; FORNASARI G., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A., Milano, 2008, 180.



Nell'analisi delle motivazioni alla base delle MGF, benché in tale campo le schematizzazioni siano spesso semplicistiche, emergono almeno due filoni, non incompatibili tra loro. Secondo una prima tesi tali pratiche avrebbero un fine di miglioramento dello *status* della donna, fungendo da rito di iniziazione e di fertilità preparatorio per il matrimonio: senza il veicolo delle MGF la donna sarebbe condannata all'ostracismo e al rifiuto, anche estetico, da parte della comunità<sup>216</sup>. Secondo altre evidenze, le mutilazioni genitali femminili sarebbero un mezzo di controllo della sessualità femminile<sup>217</sup>, in modo da preservare la castità e la fedeltà delle donne e, di conseguenza, l'onore del gruppo etnico.

Prima di analizzare le incongruenze, dommatiche e politico - criminali dell'art. 583 *bis* c.p., è opportuno interrogarci, in un'ottica di pieno rispetto del principio di sussidiarietà, sulla necessità o meno di intervenire sul piano penale. Da un punto di vista astratto, rifacendoci alla famosa distinzione di Kymlicka, le mutilazioni genitali femminili si avvicinano maggiormente alla restrizioni interne, come tali meritevoli di sanzione, essendo un mezzo di sopraffazione dei membri forti del gruppo culturale sui

---

<sup>216</sup> Questa tesi, secondo alcuni, si scontra con l'elemento del dolo specifico presente nella struttura della norma italiana.

<sup>217</sup> Secondo molti autori questo punto apre notevoli implicazioni relativistiche e multiculturali: è possibile sostenere che nei "civili" Paesi occidentali non vi sia un controllo - biopolitico, direbbe Foucault - sulla sfera sessuale e biologica delle donne? Gli esempi, dalla chirurgia plastica alla fecondazione assistita, passando per l'interruzione volontaria di gravidanza, sono molteplici. La moderna sociologia sostiene che, salvo rare eccezioni, tutti i gruppi sociali hanno una struttura di genere che tendenzialmente sottomette le donne. Lungi da qui sostenere la giustezza di tali sistemi: ma la consapevolezza di ciò dovrebbe spingere ad affrontare il tema senza etnocentrismi e con maggiore umiltà intellettuale. Cfr. BRUNELLI G., *op. cit.*, 206; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 36 ss.

membri più fragili. Possiamo affermare che, *ceteris paribus*, ci troviamo di fronte ad un fatto potenzialmente meritevole di pena, dal momento che l'approccio multiculturalista non può scriminare la lesione di un bene fondamentale altrui, come d'altronde riconosciuto dalla nostra giurisprudenza di legittimità. Ciò nonostante, i profili di criticità della nuova normativa sono molteplici e la dottrina ha criticato, quasi all'unanimità<sup>218</sup>, la fattispecie, pur condividendo talvolta lo spirito di fondo dell'intervento.

Sul piano strettamente sistematico, la norma è superflua, nel senso che non va a colmare nessuna lacuna, giacché la fattispecie di lesioni avrebbe interessato la maggior parte delle pratiche di MGF. Invece il legislatore italiano introduce ben due fattispecie di reato, al primo comma riferendosi alla mutilazioni, catalogate secondo le linee generali dell'OMS, e al secondo comma riferendosi alle lesioni degli organi genitali femminili, sanzionate con minore gravità. Entrambe le fattispecie si pongono in rapporto di specialità con gli artt. 582 e 583 c.p. e in rapporto di mutua esclusione tra di loro. L'asprezza sanzionatoria rispetto alle lesioni

---

<sup>218</sup> Tra le sparute voci a favore dell'intervento legislativo, v. PECORELLA C., *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 853 ss., secondo la quale il dolo specifico di "menomare le funzioni sessuali" rappresenta la vera finalità delle pratiche e, pertanto, non è in grado di paralizzare l'efficacia della norma. L'Autrice inoltre sostiene che l'irragionevole trattamento sanzionatorio sia mitigato in sede di commisurazione della pena e, pur ammettendo che forse l'intervento penale non possa risolvere il problema, ne sottolinea il carattere pedagogico - moraleggiante, aggiungiamo - e chiarificatore. Ipotizza, inoltre, un'erronea sistemazione della norma, ritenuta più vicina ai delitti contro la libertà personale. Per le ragioni più avanti esplicitate nel testo, e per la primazia riconosciuta ai principi costituzionali in materia penale, non si ritiene di condividere tale opinione.

gravissime lascia intendere come il *proprium* della norma sia la punizione del fattore culturale, a parità di offensività: se si fosse prevista la MGF come fattispecie di lesione gravissima la pena sarebbe stata suscettibile di mitigazione attraverso il bilanciamento ex art. 69 c.p., dal momento che la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria riconoscono le lesioni gravi e gravissime come mere circostanze aggravanti del delitto ex art. 583, co. 1 c.p. e non come reati autonomi. Il terrorismo sanzionatorio è acuito dalla previsione di una sanzione interdittiva stabilita dall'art. 583 *ter* a carico del medico autore di una delle pratiche incriminate, nonché dalla alquanto asistemica ipotesi di responsabilità della persona giuridica per i reati in questione. Le circostanze aggravanti previste dall'art. 583 *bis* c.p. (vittima minorenni o fatto commesso per scopo di lucro) e quelle dell'art. 577 c.p. (tra tutte, quella relativa al rapporto di parentela tra autore e vittima) riceveranno inoltre un'applicazione pressoché automatica, visto il profilo criminologico della fattispecie, innalzando ulteriormente il trattamento sanzionatorio. L'art. 602 *bis* c.p., introdotto dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, stabilisce inoltre la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale e l'interdizione perpetua dagli uffici attinenti l'amministrazione di sostegno, la tutela e la cura, per il genitore o il tutore responsabile di MGF.

Da un punto di vista strutturale, gli elementi di maggiore interesse circa le nuove fattispecie riguardano l'oggetto materiale, il dolo specifico previsto al secondo comma, il bene giuridico tutelato.

Per quanto riguarda l'oggetto materiale, la dottrina opta per un'interpretazione restrittiva della norma<sup>219</sup>, riferita esclusivamente agli organi<sup>220</sup> genitali esterni, dal momento che sono atti alle funzioni sessuali e non solo *stricto sensu* procreative. Inoltre, la definizione ricalca quella convenzionale dell'OMS, fatta propria dalla risoluzione del Parlamento Europeo nel "Considerando D"; ne emerge una certa frizione con il principio di legalità, dal momento che l'uso di un gergo tecnico non risponde all'esigenza di chiarezza, congenita al diritto penale, e solo apparentemente tale tecnicismo vincola l'interpretazione del giudice. La clausola "qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo" rappresenta un classico esempio di analogia anticipata, nonostante il riferimento agli effetti possa restringere l'ambito della norma, secondo gli insegnamenti del diritto vivente, con un riferimento esplicativo per l'interprete: sarà la prassi a dimostrare se ciò risulterà sufficiente a rispettare il divieto di analogia<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> BASILE F., sub *art. 583 bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006; CAPPITELLI R., sub *art. 583 bis c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., II, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 4010 ss. Critico sulla stessa genesi della legge, poco rispettosa di una politica legislativa inclusiva e tendente allo slogan della «tolleranza zero», è SALCUNI G., *Multiculturalismo e forme di democrazia: il fenomeno delle mutilazioni genitali femminili*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 105 ss.

<sup>220</sup> la definizione di organo elaborata a proposito dell'*art. 583 c.p.* dalla giurisprudenza può riassumersi come «complesso di elementi e tessuti anatomici che servono ad una specifica funzione, inerente a qualche settore della vita vegetativa o di relazione».

<sup>221</sup> V. LONGOBARDO C., *Le mutilazioni genitali femminili*, in *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, a cura di CILARDO A., Napoli, 2011, 128; MANTOVANI F., *Diritto penale: parte speciale*, I, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2012, 154.

Per quanto concerne il bene giuridico tutelato, è evidente l'intento di protezione nei confronti dell'integrità e della salute psicofisica della donna, ma secondo alcuni andrebbe sottolineato anche il carattere di lesione alla dignità individuale della vittima, essendo le MGF uno strumento di controllo esterno sulla sua sessualità. L'evento "mutilazione" integra la fattispecie del primo comma, realizzabile attraverso le condotte enucleate dalla norma: esso consiste nella permanente diminuzione, anatomica e funzionale, dell'apparato genitale, provocata dall'asportazione totale o parziale di tessuti organici. Più problematica l'esegesi del secondo comma, che incorpora l'autonomo reato di lesioni agli organi genitali femminili, diverse da quelle del primo comma e motivate dal fine di menomare le funzioni sessuali, dalle quali derivi una malattia nel corpo o nella mente. L'interpretazione si intreccia, dunque, con quella della fattispecie di lesioni personali dolose, da cui mutua la medesima espressione<sup>222</sup>. Una lettura semplicistica indurrebbe a sostenere la volontà del legislatore di coprire ipotesi residuali, come quelle catalogate nel IV tipo di mutilazioni secondo la definizione dell'OMS. Secondo questa tesi la fattispecie del secondo comma darebbe rilievo alle lesioni agli organi genitali esterni diverse dalle mutilazioni, tra cui anche la reinfibulazione. Secondo un'altra tesi, la fattispecie di lesione incriminerebbe condotte che in concreto abbiano cagionato una menomazione soltanto temporanea della funzionalità organica. In realtà il

---

<sup>222</sup> BASILE F., sub *art. 583 bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006; CONFALONIERI A., *Delitti contro la libertà personale*, in *Diritto penale parte speciale*, a cura di PULITANÒ D., I, Torino, 2011; PULITANÒ D., *Lesioni personali e percosse*, in *Diritto penale parte speciale*, a cura di PULITANÒ D., I, Torino, 2011, 90.

concetto di malattia come elaborato dalla nostra giurisprudenza<sup>223</sup> si mostra capace di ricomprendere tanto menomazioni temporanee quanto permanenti. Devono farsi rientrare nella fattispecie del secondo comma tutti i comportamenti che, pur non provocando una mutilazione, alterino funzionalmente gli organi genitali femminili. Non vi è, peraltro, all'interno delle fattispecie elencate nel primo comma alcuna graduazione della pena in relazione all'offesa, dal momento che lo scopo recondito è punire il fatto in sé: poco importa che una clitoridectomia sia meno distruttiva di un'infibulazione.

Viene in evidenza, in entrambe le fattispecie, l'elemento negativo del fatto tipico rappresentato dall'assenza di esigenze terapeutiche. La lesione non deve cioè essere giustificata da azioni compiute nell'interesse della salute della donna: accorta dottrina sostiene che tale valutazione debba essere compiuta dal giudice sulla scorta degli *standard* ritenuti validi dalla scienza medica italiana, pena la completa neutralizzazione della norma: il termine "terapeutico" è suscettibile infatti di interpretazioni culturalmente orientate. È stato sottolineato come il riferimento al dolo specifico "al fine di

---

<sup>223</sup> Cassazione, Sez. Unite, 18 dicembre 2008, n. 2437: «Circa la definizione della nozione di malattia, nella scienza medica è ormai *communis opinio* che essa debba intendersi come un processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo. Ne consegue che le mere alterazioni anatomiche, inidonee a interferire con il profilo funzionale dell'individuo non sono suscettibili di integrare la nozione di malattia correttamente intesa. La sola alterazione anatomica, difatti, non rappresenta *ex se* un presupposto indefettibile della malattia, potendosi concretizzare processi patologici del tutto indipendenti dal verificarsi di tali modificazioni. Ne consegue che le alterazioni che siano risultate prive della capacità di incidere sulla normale funzionalità dell'organismo non potranno rivestire il rango di malattia, quale evento naturalistico del reato di cui all'art. 582 c.p.»

menomare le funzioni sessuali", esplicitato nelle fattispecie del secondo comma, e ritenuto implicito nella catalogazione del primo comma, abbia la medesima potenzialità paralizzante: a parte le difficoltà probatorie, abbiamo accennato al fatto che le motivazioni delle MGF sono diverse, e culturalmente fondate. Tuttavia, questo rischio non si presenta nei casi in cui il dolo specifico si accompagna ad altri fini, dal momento che non è prescritto in via esclusiva: l'esaltazione sessuale o il controllo possono passare attraverso la previsione e volizione della menomazione delle funzioni sessuali; d'altronde, si cerca di eludere tale problema riferendo il fine specifico all'effetto provocato dalle pratiche di MGF, cioè alla lesione genitale, e non alle motivazioni ultime culturalmente connotate, escludendo così il dolo eventuale. Il soggetto attivo che agisca senza tale finalità non potrà rispondere del reato ex art. 583 *bis* c.p. ma, in presenza dei relativi requisiti, di lesioni personali ex art. 582 c.p.. Secondo un'altra interpretazione, si tratterebbe di un mero dolo generico, attraverso il quale il legislatore avrebbe dunque voluto escludere quelle condotte volontarie che soltanto casualmente provochino lesioni agli organi genitali femminili.

Dal punto di vista politico - criminale la norma è un classico esempio di legislazione simbolica: è notorio che, nonostante la repressione penale, il fenomeno è ancora invalso nei Paesi d'origine; spesso l'unico effetto della criminalizzazione è la clandestinità per le donne svantaggiate, e l'emigrazione in Paesi compiacenti per quelle economicamente dotate di mezzi. Oltre ad essere manifesto ideologico di pretesa riconversione culturale, la normativa italiana elude il fattore culturale, non effettuando alcun riferimento al *background* culturale né delle vittime né degli autori

e mostrandosi pienamente indifferente al costo sociale in termini di stigmatizzazione, con le conseguenti ricadute in termini di ostilità e autosegregazione. D'altronde, nonostante mere velleità formali, la legge italiana rappresenta una netta violazione del principio di sussidiarietà<sup>224</sup>, dal momento che furono respinti emendamenti che andavano in tale direzione, come quello che prevedeva il riconoscimento dello *status* di rifugiate per le donne a rischio di MGF, così come quello che prevedeva il rilascio del permesso di soggiorno per coloro che collaborassero alla prevenzione di tali reati. La mera intenzione di criminalizzare il fenomeno si evince nell'ignoranza, da parte del legislatore, del problematico rapporto tra MGF e circoncisione maschile, che si inserisce nel problema più ampio del rapporto dell'art. 583 *bis* c.p. con le scriminanti.

Il Comitato Nazionale di Bioetica, in un rapporto del 1998<sup>225</sup>, ritiene inammissibili tutte le forme di mutilazioni genitali

---

<sup>224</sup> BRUNELLI G., *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A., Milano, 2008, 223 ss: la giurisprudenza ha cercato di approntare una tutela, impedendo il respingimento alla frontiera per le donne a rischio di mutilazioni genitali femminili. Secondo l'Autrice potrebbero trovare spazio anche gli strumenti civilistici previsti dagli artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c., riguardanti gli ordini di protezione contro gli abusi familiari, in particolare quando si tratti di donna maggiorenne, e gli art. 330, co. 2 c.c. per le vittime minorenni.

<sup>225</sup> C.N.B., *La circoncisione: profili bioetici*, parere, 28 settembre 1998. «Il CNB è ben consapevole del rispetto che è doveroso prestare alla pluralità delle culture, anche quando queste si manifestino in forme estremamente lontane da quelle della tradizione occidentale, e del gran valore del giusto confronto con la diversità culturale, che è oggetto di continuo studio. Ritiene non di meno - e consapevolmente contro il parere di pur illustri antropologi - che nessun rispetto sia dovuto a pratiche, ancorché ancestrali, volte non solo a mutilare irreversibilmente le persone, ma soprattutto ad alterarne violentemente l'identità psico-fisica, quando ciò non trovi una inequivocabile



femminili, mentre dichiara ammissibile la circoncisione maschile. In realtà, la dottrina ha sottolineato<sup>226</sup> come le analogie tra circoncisione rituale maschile e le forme più lievi di mutilazioni genitali femminili siano state illustrate dagli esperti, ma ciò nonostante le disparità di trattamento, emblema palese di una posizione assimilazionista - discriminatoria, permangono: probabilmente la causa è rappresentata dal maggiore e diffuso consenso sociale intorno alle pratiche di circoncisione maschile,

---

giustificazione nello stretto interesse della salute della persona in questione. E' evidente che le pratiche di circoncisione femminile non sono poste in essere per ovviare a problemi di salute né fisica, né psichica delle donne che le subiscono, anzi esse comportano gravi conseguenze negative sulla salute delle donne che ad esse vengono sottoposte. Il CNB non può quindi che ritenerle eticamente inammissibili sotto ogni profilo ed auspicare che vengano esplicitamente combattute e proscriette, anche con l'introduzione di nuove, specifiche norme di carattere penale.» Per quanto concerne la circoncisione maschile: «Alla luce di queste sue peculiari caratteristiche, la circoncisione appare in sé pienamente compatibile con il disposto dell'art. 19 della Costituzione italiana, che, salvo sempre il rispetto del limite formalmente previsto, riconosce completa libertà di espressione culturale e rituale sia a livello individuale sia a livello collettivo. Né, d'altro canto, la prassi circoncisoria pare ledere, di per se stessa, altri beni-valori pure costituzionalmente protetti e potenzialmente coinvolti, quale, ad esempio, quello della tutela dei minori o quello della loro salute. Infatti, sotto il primo profilo, la pratica di sottoporre i figli maschi a circoncisione sembra rientrare in quei margini di "disponibilità" riconosciuti anche ai genitori dall'art. 30 Cost. in ambito educativo. Secondo l'interpretazione della norma costituzionale che appare più convincente, i genitori, nell'esercizio del loro diritto-dovere di educare i figli, hanno facoltà (anche) di seguire e conseguentemente di tramandare una linea educativa di natura religiosa, avviando i propri figli verso una determinata credenza religiosa e alle connesse pratiche. Per altro verso, sotto il secondo profilo, la circoncisione, nonostante lasci tracce indelebili e irreversibili, non produce, nondimeno, ove correttamente effettuata, menomazioni o alterazioni nella funzionalità sessuale e riproduttiva maschile. Anzi, come già si è accennato, in diversi casi essa è stata effettuata specificamente a fini profilattici e igienici. Pertanto, si deve ritenere che l'operazione circoncisoria maschile non rientri fra gli atti di disposizione del corpo umano dannosi per la persona e, dunque, giuridicamente illeciti.»

<sup>226</sup> DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 46.

più radicate anche in Occidente e soprattutto negli USA. Lo stesso CNB sottolinea come la giustificazione della circoncisione maschile andrebbe rimessa in discussione laddove essa venisse praticata al di fuori di un contesto religioso riconosciuto a livello ordinamentale, come la confessione ebraica.

Il tentativo di introdurre una ipotesi di medicalizzazione delle MGF, tesa a ridurre la loro invasività e a superare con il tempo il loro condizionamento culturale, era stato supportato dalla Commissione di Bioetica della Regione Toscana nella riunione plenaria del 9 marzo 2004, ma fu ben presto affossato dall'opinione pubblica e da una *bipartisan* critica politica, sulla base di una assolutizzazione ideologica dei valori fondamentali, lesi anche solo simbolicamente dalla pratica. Nei fatti, l'incisione simbolica non sembra differente dalla circoncisione maschile e dunque si dovrebbe ritenere estensibile la *ratio* enucleata dal parere del CNB e dall'orientamento giurisprudenziale prevalente: tali pratiche assurgono ad un preciso obbligo incombente sui genitori del neonato o su chi ne fa le veci, che viene vissuto come atto devozionale o rituale espressivo dell'art. 19 Cost. Come tale, esso incontra i limiti del buon costume inteso come complesso di principi inerenti la sfera dell'onore, del pudore e del decoro in campo sessuale, i quali, nelle pratiche medicalizzate e simboliche, non sembrano essere travalicati: si tratta di una gradualizzazione dell'illiceità penale che esprime un tentativo di bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, in un'ottica di pragmatica riduzione del danno, pur rispettosa dei diritti degli individui.

Da un punto di vista tecnico, il discorso si intreccia con il rapporto che l'art. 583 *bis* c.p. ha con le scriminanti. Per quanto concerne l'esercizio di un diritto da parte del soggetto attivo, questo

potrebbe invocare la libera espressione della propria libertà religiosa o, in maniera più innovativa, l'esercizio del proprio diritto alla libera espressione culturale. Tuttavia, l'orientamento monolitico della giurisprudenza esclude l'operatività della scriminante in questione quando il reato prevede la lesione di beni giuridici fondamentali, quali l'integrità fisica e la salute<sup>227</sup>. Più complesso, e più immediatamente espressivo dell'opzione assimilazionista in tema di reati culturali, è il problema relativo al consenso dell'avente diritto: i delitti in questione incidono su beni che possono ritenersi relativamente disponibili ai sensi dell'art. 5 c.c. e quindi teoricamente rientranti nell'ambito della scriminante. Tuttavia, una breve indagine comparatistica ci permette di evidenziare come la maggior parte dei Paesi occidentali che hanno criminalizzato il fenomeno ha esplicitamente escluso ogni efficacia scriminante del consenso. Altrettanto fanno i documenti internazionali, sebbene non vincolanti, prima menzionati. Tuttavia la legge italiana, dopo un ripensamento in sede di lavori preparatori, sul punto è silente: dunque si ritiene corretto procedere secondo i dettami delineati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione all'ipotesi generale dell'art. 50 c.p.

Una lettura tradizionale nega la possibilità di scriminare fattispecie di mutilazioni, in quanto per definizione importano una diminuzione permanente dell'integrità sessuale: tuttavia, un'interpretazione evolutiva dell'art. 5 c.c., espressiva di un concetto globale di salute psicofisica, consente già nel nostro

---

<sup>227</sup> Riteniamo, tuttavia, che l'esimente dell'esercizio del diritto possa risolvere i casi di reati culturalmente motivati non implicanti lesioni di beni giuridici fondamentali (per approfondimenti, v. *ultra*).

ordinamento compromissioni permanenti ed invasive dell'integrità fisica dell'individuo. Ne sono esempi la legislazione in materia di trapianti di organi *inter vivos*, il mutamento di sesso, la sterilizzazione volontaria non terapeutica. Se non altro, si nota una certa discrasia, alimentata dallo scontro culturale, nel mantenere un'interpretazione restrittiva solo in materia di MGF<sup>228</sup>. Per quanto riguarda le pratiche di lesione, non è da escludere che alcune di essere possano produrre una diminuzione non permanente dell'integrità fisica: ne consegue che, nonostante discordanze in dottrina<sup>229</sup>, tali pratiche possano ritenersi suscettibili di applicazione dell'art. 50 c.p.

Probabilmente è più rispettosa della libertà di autodeterminazione e coerente da un punto di vista logico la scelta effettuata dagli

---

<sup>228</sup> A proposito di un caso di circoncisione maschile rituale, il giudice (Tribunale di Padova, sentenza 9 novembre 2007) chiarisce che, accogliendo una nozione di salute intesa come raggiungimento della massima integrazione possibile tra benessere fisico e psichico, una lesione dell'integrità personale può apparire volta al raggiungimento di uno stato preferibile per la singola persona, anche alla luce di una propria idea di identità etnica o culturale. Cfr. PLANTAMURA V., *Brevi note in tema di circoncisione maschile rituale, esercizio abusivo della professione e lesioni*, nota a Trib. Padova, sentenza 09 novembre 2007, in *Giur. merito*, 2008, 10, 2590 ss.

<sup>229</sup> Tra tutti, MANTOVANI F., *Diritto penale: parte speciale*, I, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2012, 155, ritiene che neppure le lesioni in questione possano essere scriminate dal consenso perché, seppur temporanee, sono da ritenersi contrarie all'ordine pubblico, *rectius* ai principi costituzionali. In senso analogo: VIGANÒ F., sub *art. 50 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 514. MANTOVANI esclude anche la possibilità per i genitori quali rappresentanti legali di esprimere tale consenso, perché si tratta di interventi non necessari alla salvaguardia del minore. Sulla necessaria distinzione tra MGF su minori, nel qual caso l'operatività di un'esimente culturale è insostenibile, e MGF su adulti consenzienti vedi SALCUNI G., *Multiculturalismo e forme di democrazia: il fenomeno delle mutilazioni genitali femminili*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 109 ss.

USA di sanzionare soltanto le MGF effettuate a danno di minorenni, per quanto esse siano la maggioranza dei casi statisticamente acclarati. Sebbene sia corretto lasciare alle donne adulte, capaci di intendere e di volere, la possibilità di sottoporsi volontariamente a MGF - per quanto, ripetiamolo, si tratti più probabilmente di una disquisizione astratta, visto che nella prassi il reato ha ad oggetto minori<sup>230</sup> - il vero nodo è rappresentato dalla prova della libertà del consenso. I detrattori di una possibile efficacia scriminante del consenso in relazione alle MGF ritengono impossibile un consenso libero ad una lesione così profonda della propria persona: ma l'argomento sembra una petizione di principio venata da profondo etnocentrismo, dal momento che non ci si chiede quanto sia libero il consenso di donne che, bombardate dai *mass media* con immagini e modelli di bellezza irraggiungibili, si sottopongono a radicali interventi di chirurgia estetica o scivolano in patologie sfibranti come l'anoressia o la bulimia. Che la libertà del consenso sia qualcosa di difficile da provare, come qualsiasi entità del pensiero, è innegabile: ma invertire la presunzione di libera autodeterminazione che deve regolare la disposizione del proprio corpo allorquando ci troviamo di fronte a implicazioni culturali estranee sembra erroneo e sintomatico di un doppio *standard* legislativo. La cultura è un fenomeno pervasivo a tal punto che porsi l'interrogativo sull'assenza o meno di condizionamenti culturali in un individuo è quanto meno fallace e aporetico.

---

<sup>230</sup> Ciò sposterebbe il fulcro del problema sulla questione, ancora più spinosa, dei limiti entro i quali i genitori possono prestare consenso per interventi non strettamente necessari alla salute dei figli, ma espressivi del loro diritto ad educarli in un determinato modo. V. PLANTAMURA V., *op. cit.*

Uno sguardo conclusivo sulla fattispecie in esame ci permette di esprimere un giudizio decisamente negativo, alla luce dei principi costituzionali che dovrebbero orientare il legislatore. La netta propensione alla generalprevenzione negativa, rintracciabile nell'elevato *range* sanzionatorio e nell'abbondanza delle pene accessorie, nel principio di extraterritorialità, nonché in qualche accennata tendenza ad un linguaggio normativo volutamente estensivo, conduce ad una norma dannosa e criminogena, che mina le basi per un'adeguata offerta di risocializzazione e provoca la fuga dall'assistenza sanitaria, condannando il fenomeno alla clandestinità. La deterrenza nella gestione dei conflitti culturali, come è stato accennato in precedenza, esacerba i gruppi minoritari, stigmatizzandoli, oltre a non fare molta presa su di essi, vista la netta prevalenza dei valori tradizionali nel conflitto. Il principio di autodeterminazione della donna viene sacrificato dalla letture restrittive della dottrina e della giurisprudenza in merito alla scriminante del consenso<sup>231</sup>, e dalla palese discriminazione tra circoncisione maschile e MGF a cui si assiste ad ogni livello, da quello legislativo a quello giudiziale. Una presa d'atto del principio di sussidiarietà avrebbe comportato una azione integrata: la soluzione della legalizzazione del rito simbolico - anziché la sua schizofrenica pseudo - ricezione sottoforma di un trattamento sanzionatorio alleviato - andrebbe rimessa al centro del dibattito,

---

<sup>231</sup> Allo stato sembra che nulla osti, dal punto di vista del testo normativo, a che il consenso possa scriminare alcune delle pratiche ex. art. 583 *bis* c.p., non essendoci alcun riferimento espresso. Tuttavia è poco realistico immaginare che ciò accada a breve, visto l'atteggiamento conservatore della giurisprudenza in tematiche così socialmente sensibili come quella dei reati culturalmente orientati.

dal momento che le critiche che si oppongono sono sul piano dell'obiezione di principio, per la quale la pratica simbolica incarnerebbe comunque il simulacro della subordinazione femminile, piuttosto che sul principio costituzionale dell'offensività: in realtà, probabilmente, i casi di subordinazione delle donne sono altri, anche nel mondo occidentale. Piuttosto, tale opzione avrebbe il merito di dare un volto più mite all'ordinamento, aprendo al dialogo interculturale e alla spontanea assimilazione di valori comuni<sup>232</sup>, e limiterebbe le complicità mediche legate a scarsa igiene e incompetenza degli addetti. A ciò dovrebbe aggiungersi la possibilità di riconoscere lo *status* di rifugiate alle donne che emigrano per evitare forme ben più brutali di MGF invalse presso contesti tribali, in quanto esse formano un gruppo sociale di individui perseguitati per il loro genere.<sup>233</sup>

In un'ottica residuale, e più strettamente penalistica, l'introduzione di una fattispecie *ad hoc* non sembra giustificata<sup>234</sup>: se proprio si fosse sentito il bisogno di intervenire, sarebbe stato più opportuno

---

<sup>232</sup> ZANETTI G., *Argomenti normativi in tema di escissione*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A., Milano, 2008, 247.

<sup>233</sup> BRUNELLI G., *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A., Milano, 2008, 223.

<sup>234</sup> Non tanto perché il fatto non rivesta un disvalore sociale in astratto, che è innegabile soprattutto nelle forme più estreme di MGF, ma perché non vi era nessuna lacuna nell'ordinamento: si è visto come il problema più sottile è la modulazione della reazione a tale disvalore, dal momento che per eventi volontari e liberi o simbolici l'intervento sanzionatorio si presenta controproducente. Ancor meno giustificato il profluvio di sanzioni accessorie e la responsabilità della persona giuridica per il reato in questione.

effettuare un mero intervento esplicativo - ricognitivo dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario, che puniva gli sparuti casi di MGF facendo riferimento alle lesioni gravi (art. 583, 1° co., n. 2) o gravissime (art. 583, 2° co., n. 3), aggiungendo la fattispecie all'elencazione casistica prevista dall'articolo<sup>235</sup>, per ottenere una maggiore determinatezza.

Si può concludere condividendo l'affermazione di quella parte della dottrina che ritiene l'escissione come uno dei banchi di prova principali per il multiculturalismo<sup>236</sup>, per i diritti fondamentali che pone in gioco e per la reazione che provoca nell'immaginario collettivo. Pur nella consapevolezza dell'impossibilità di offrire una risposta univoca e assoluta al dilemma, non possiamo che affidarci alla guida rappresentata dai valori costituzionali per validare o meno un'alternativa piuttosto che l'altra: la soluzione italiana, improntata alla repressione *tout court* e alla chiusura di ogni spiraglio di comprensione del fenomeno, ci sembra del tutto insoddisfacente.

### *1.3. Un esempio di legislazione penale assimilazionista (II): impiego di minori nell'accattonaggio (art. 600 octies c.p.).*

La frequente propaganda allarmistica, facente leva su una presunta "emergenza sicurezza" nelle nostre città, è tra le ragioni di un recente e turbinoso intervento del legislatore nella materia penale:

---

<sup>235</sup> Questa è la soluzione prescelta da alcuni Paesi, tra cui la Francia, che ha il maggior numero di casi giurisprudenziali a proposito, a prova del fatto che non è necessario coltivare l'idea di un diritto penale ipertrofico per perseguire l'efficienza.

<sup>236</sup> ZANETTI G., *op. cit.*, 232.



sotto l' etichetta "Pacchetto sicurezza 2009" sono infatti confluite le leggi di conversione dei decreti legge 23 febbraio 2009, n. 11 e 15 luglio 2009, n. 94, aventi ad oggetto fenomeni eterogenei, accomunati soltanto dal senso di insicurezza sociale provocato, come l'immigrazione clandestina, la criminalità organizzata e la delinquenza di strada. In questo insieme di norme ha trovato spazio anche l'articolo in commento. L'incriminazione della mendicizia non è un fenomeno innovativo nel nostro codice, ma la nuova formulazione presenta un indiscusso rilievo nella tematica dei reati culturalmente motivati<sup>237</sup>.

Già il codice penale per gli Stati del Re di Sardegna e per l'Unità d'Italia del 1859 prevedeva un'ipotesi specifica di impiego di minori nella mendicizia, sanzionando con la pena detentiva fino a tre mesi i genitori o i tutori che prestassero i loro figli o li impiegassero essi stessi per mendicare. Il codice Zanardelli si distinse rispetto ai codici preunitari perché, pur prevedendo accanto all'incriminazione della mendicizia generica l'impiego di minori nell'accattonaggio, espulse dal codice penale le norme relative agli oziosi e ai vagabondi, riservando la disciplina di tali categorie alle leggi di pubblica sicurezza; inoltre, precisò con maggiore rigore tecnico che la vittima del reato non era il fanciullo in generale, ma il minore infraquattordicenne. L'art. 456 puniva

---

<sup>237</sup> Per riferimenti più dettagliati, cfr. BIANCHI M., *Impiego di minori nell'accattonaggio (art. 600 octies)*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di CADOPPI A. - CANESTRARI S. - MANNA A. - PAPA M., Roma, 2011, VIII, 573 ss.; ERONIA O., sub *art. 600 octies c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., II, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 4220 ss.; VALSECCHI A., *Due ulteriori delitti a tutela della vittima minorenne*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009: (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di MAZZA O. - VIGANÒ F., Torino, 2009, 274 ss.

chiunque permettesse che un minore di quattordici anni, soggetto alla sua potestà o affidato alla sua custodia o vigilanza, andasse a mendicare o che altri se ne giovassero per mendicare.

L'immediato precedente dell'art. 600 *octies* c.p. è rappresentato dalla disciplina della mendicITÀ contenuta nel codice Rocco, all'interno delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica. L'art. 670 c.p. puniva la mendicITÀ in luogo pubblico o aperto al pubblico e, in misura aggravata, quella che il codice Zanardelli disciplinava come mendicITÀ insolente.<sup>238</sup> L'art. 671 c.p. incriminava l'impiego nell'accattonaggio non solo del minore di anni quattordici ma anche della persona non imputabile per ragioni diverse dalla minore età.

Unica forma di mendicITÀ rimasta penalmente rilevante, l'art. 671 c.p. è stato recentemente abrogato e sostituito, in termini pressoché analoghi, con l'art. 600 *octies* c.p., dalla l. 15 luglio 2009, n. 94.

Un cambiamento sostanziale si è avuto a proposito del bene giuridico tutelato: la contravvenzione mirava a tutelare, come dal titolo della rubrica, la moralità pubblica e il pubblico decoro, lasciando sullo sfondo la difesa del minore; anche per tale ragione, la dottrina<sup>239</sup> sottolinea una sostanziale disapplicazione della norma da parte della giurisprudenza, che preferiva inquadrare le fattispecie concrete in ipotesi più adeguate a far risaltare il

---

<sup>238</sup> L'art. 670 c.p. è stato dapprima dichiarato parzialmente illegittimo da Corte Cost. 28 dicembre 1995, n. 519 a proposito della mendicITÀ non invasiva, ritenuta non lesiva del principio di offensività; l'accattonaggio ripugnante, divenuto fattispecie di reato autonoma, fu abrogato dalla l. 25 giugno 1999, n. 205 (*Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*).

<sup>239</sup> DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 49 ss.

disvalore sociale della condotta, come i maltrattamenti o la riduzione in schiavitù. La nuova formulazione inserisce il reato di impiego di minori nell'accattonaggio nel novero dei delitti contro la libertà personale<sup>240</sup>, triplica nel massimo la pena, mutata da arresto a reclusione: al seguito della dottrina maggioritaria, che già ipotizzava una rilettura della norma alla luce dei principi costituzionali (artt. 30, 31, 34 Cost.), il legislatore trasla il bene giuridico di riferimento nella salvaguardia dei diritti dei minori<sup>241</sup> e, solo di conseguenza, nell'ordine pubblico. D'altronde, nella casistica giurisprudenziale, le condotte in questione si

---

<sup>240</sup> La trasformazione comporta anche l'applicazione delle regole generali dell'art. 34, 2 co. c.p., ai sensi del quale in caso di condanna per delitti commessi con l'abuso della potestà genitoriale consegue sempre l'applicazione della pena accessoria della sospensione dall'esercizio di tale potestà per un periodo di tempo pari al doppio della pena inflitta.

<sup>241</sup> Il bene giuridico tutelato riguarda la tutela del minore come individuo particolarmente fragile, la cui personalità è in pieno sviluppo: la norma vuole punire le condotte che distolgono i fanciulli dalle attività predisposte ad un migliore sviluppo psicofisico. Tuttavia, dal momento che la norma conserva l'estensione alla persona non imputabile ereditata dal codice Rocco, in quest'ultimo caso l'individuazione del bene giuridico è più problematica. La dottrina ha fatto riferimento alla dignità umana, che, come è noto, è un bene giuridico evanescente e spesso esposto a critiche per l'uso inflazionistico cui è soggetta. Nel caso di soggetti non imputabili, e come tali privi di quella capacità di autodeterminazione imprescindibilmente connessa al concetto di dignità soggettiva, è più consono riferirsi ad un concetto di dignità in senso oggettivo, ovvero legata alla comune percezione e valorizzazione dell'uomo in quanto tale. Gli individui sfruttati verrebbero degradati a meri strumenti economici, discriminandoli rispetto alla loro condizione di umanità. Tuttavia anche gli infanti vanno tutelati dalla norma indipendentemente dalla loro consapevolezza di essere sfruttati in tali attività, dal momento che in simili circostanze il delitto si porrebbe a tutela della dimensione esteriore e materiale dello sviluppo del minore, restando intatta la dimensione psicologica di colui che non è ancora in grado di percepire l'abuso della sua persona. V. BIANCHI M., *Impiego di minori nell'accattonaggio (art. 600 octies)*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di CADOPPI A. - CANESTRARI S. - MANNA A. - PAPA M., Roma, 2011, VIII, 581.

inquadravano in forme molto più brutali di deprivazione della libertà e sfruttamento dei minori.

La dottrina riteneva l'art. 671 c.p. una fattispecie di pericolo astratto, dal momento che non era necessario che si verificasse e che venisse provato l'effettivo pregiudizio al benessere evolutivo del minore. Questa discutibile lettura della norma si rivela particolarmente efficace proprio alla luce della motivazione culturale che spesso permea tali condotte: allorquando, infatti, una cultura non percepisca la mendicizia come un qualcosa di umiliante, risulterebbe una *probatio diabolica* la prova dell'evento del reato, ovvero della lesione. La struttura del pericolo astratto evita, ad un ordinamento ispirato alla repressione della diversità culturale, le problematiche tipiche di altre norme, come l'art. 572 c.p., per le quali la giurisprudenza richiede tuttora l'accertamento in concreto della sofferenza morale e materiale a carico del minore, e la sua consapevolezza di esserne vittima.<sup>242</sup> Possiamo quindi definire lo spazio di applicazione della norma - d'altronde, ciò è importante vista la clausola di sussidiarietà espressa dall'inciso iniziale dell'art. 600 *octies* c.p. - come un'intercapedine tra il più grave reato di riduzione o mantenimento in schiavitù<sup>243</sup> e

---

<sup>242</sup> La prassi giurisprudenziale spesso allarga le maglie dell'art. 572 c.p., anche in fattispecie definibili come culturalmente orientate, prendendo in considerazione non soltanto la sofferenza morale e materiale ma anche i riflessi impliciti di un'omissione dai doveri educativi della genitorialità. V. Cass. pen. sez. VI, 26 giugno 2002, n. 920; Cass. pen., sez. VI, 9 novembre 2006, n. 3419.

<sup>243</sup> L'art. 600 c.p. oggi condivide anche la tutela del medesimo bene giuridico dell'art. 600 *octies* c.p. Tuttavia, la riduzione in schiavitù richiede uno stato di soggezione continuativa e assorbe anche la tipicità dell'accattonaggio. Secondo alcuni, infatti, la norma delinea un reato complesso che includerebbe tra i suoi elementi costitutivi non solo l'impiego nella mendicizia

il reato di maltrattamenti, con cui non condivide la natura di reato di evento e, quindi, la percezione della sofferenza da parte della vittima.

L'art. 600 *octies* c.p. comprende tre modalità di condotta per realizzare l'azione: è un reato comune l'avvalersi del minore per mendicare, mentre consiste in un reato proprio il permettere che il soggetto passivo mendichi o consentire che altri se ne avvalgano, giacché in questi due ultimi casi le violazioni possono essere commesse soltanto da chi si trovi in una posizione di autorità, di custodia o di vigilanza rispetto al minore o non imputabile. Si nota un ulteriore ampliamento rispetto alla abrogata contravvenzione, che configurava un reato proprio per tutte le tre fattispecie tipizzate dalla norma<sup>244</sup>. L'estensione incriminatrice si verifica soltanto per la prima fattispecie, l'avvalersi per mendicare, e non per le restanti due, le quali, per la qualifica rivestita dall'autore dell'atto, possono inoltre includere anche fattispecie omissive improprie.

La maggiore repressione connessa alla novella intervenuta nel 2009 presenta un malcelato intento assimilazionista nei casi in cui l'impiego dei minori nell'accattonaggio venga motivato da fattori culturali ed etnici. Il riferimento imprescindibile è alla pratica del

---

ma anche la costrizione attuata con violenze, inganno, abuso di autorità o quant'altro indicato dall'art. 600 c.p.

<sup>244</sup> VALSECCHI A., *Due ulteriori delitti a tutela della vittima minorenni*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009: (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di MAZZA O. - VIGANÒ F., Torino, 2009, 281, ritiene che i ritocchi apportati dalla novella siano di facciata, dal momento che già sotto il vigore della contravvenzione l'autorità, la custodia o vigilanza sul non imputabile erano interpretati come rapporto di mero fatto e non di stretto diritto.

*mangel*, in uso presso alcuni gruppi di etnia Rom e Sinti<sup>245</sup>. La presenza di tali gruppi etnici in Italia è risalente nel tempo e l'attenzione delle istituzioni è stata altalenante, spesso in un'ottica emergenziale. Basti pensare che, ad oggi, in Italia ma anche negli altri Paesi in cui la presenza di tali etnie è diffusa, le stime sulla loro condizione sono incerte<sup>246</sup>: Non esistono dati certi sul numero della popolazione Rom presente in Italia e in Europa, sul livello di istruzione e di disoccupazione, sull'aspettativa di vita e sulla mortalità infantile, sulla situazione abitativa e sul tasso di disoccupazione, sulla percentuale di stranieri e apolidi e sull'accesso ai servizi sociali, sanitari e di *welfare*, né tantomeno sul reddito medio o sul loro grado di integrazione. Alcune stime di *Amnesty International* sostengono che la presenza sul territorio italiano si attesti sullo 0,2 % della popolazione, in un *range* stimato tra le centotrentamila e centottantamila unità.

L'opinione pubblica spesso sovrastima la loro presenza effettiva, e da sempre i Rom vengono percepiti come stranieri, come diversi, nonostante la maggior parte di loro spesso sia dotato di cittadinanza italiana e spesso europea. In realtà, non sempre è facile discernere l'origine dei comportamenti sintomo di devianza, giacché alcuni di essi sono connaturati alla cultura Rom ma altri,

---

<sup>245</sup> DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 51 ss.; MANCINI L., *I Rom tra cultura e devianza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 6, 770 ss.

<sup>246</sup> SENATO DELLA REPUBBLICA, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto conclusivo dell'indagine sulla condizione di Rom, Sinti e caminanti in Italia*, 9 febbraio 2011, XVI legislatura.

come mostra il filone ecologico della criminologia<sup>247</sup>, sono dovuti al contatto persistente tra Rom e circuiti di vita marginali, soprattutto nelle periferie delle grandi città dove, a partire dagli anni '80, sono comparsi campi nomadi simili a vere e proprie *favelas*. Il popolo Rom è stato caratterizzato, per ragioni storiche e culturali, da una perdita progressiva della propria identità, trovandosi coinvolto in misura sempre maggiore in attività illegali: la cultura Rom è ormai una cultura per così dire «defunzionalizzata<sup>248</sup>».

Nonostante la diversificazione della cultura a seconda dei vari gruppi - l'impiego dei minori nell'accattonaggio, il *mangel*, è un caso emblematico, visto che viene praticato solo da alcune comunità ed è totalmente sconosciuto ad altre - vi sono almeno due conseguenze fondamentali dell'originario nomadismo di tali popolazioni. Innanzitutto la loro pressoché completa deterritorializzazione: per i rom il territorio nasce come qualcosa di estraneo, non simboleggia, come per le culture stanziali, la propria identità sociale. Lo spazio esterno spesso è ostile, e nella percezione dei Rom viene al più sfruttato nella misura in cui permetta il mantenimento dei propri valori. Tradizionalmente infatti le popolazioni Rom si sono occupate di mestieri itineranti, che permettevano loro di sopravvivere grazie ad un'economia di sussistenza senza che ciò comportasse l'integrazione con i

---

<sup>247</sup> PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di criminologia*, 5ª edizione, Milano, 2008, 80.

<sup>248</sup> MANCINI L., *op. cit.*, 771: «Non è azzardato sostenere che la cultura rom può essere pensata come ciò che resta di una cultura che era espressione del modo di vivere di un popolo nomade e che con il crescente processo di sedentarizzazione che interessa i rom ha perso i suoi caratteri di funzionalità.»

residenti autoctoni. La seconda conseguenza del nomadismo è rappresentata dalla centralità della famiglia, nucleare ed estesa, nella società Rom. L'unica forma strutturale conosciuta è la *kumpania*, un'aggregazione fluida di più famiglie, che rappresenta una comunità stanziata per un lasso di tempo in un determinato luogo; originariamente, le *kumpania* si formavano in occasione di eventi familiari di particolare importanza, o quando lo permettevano le possibilità lavorative del posto. L'appartenenza ad un clan familiare influenza lo *status* dell'individuo, ne determina i ruoli e i doveri. È proprio questo forte sentimento comunitario che caratterizza la capacità Rom di mantenere vivi i propri valori e la propria cultura, con atteggiamenti fieramente oppositivi nei confronti del mondo esterno, presentando tassi bassissimi di integrazione: è il caso della scuola, vista come istituzione disturbante e alienante per i propri fanciulli, che vengono educati dal gruppo di appartenenza alla solidarietà e all'aiuto reciproco nella *kumpania*. Le ragioni della devianza del popolo Rom si distinguono in due filoni: alcune sono adducibili alla originaria incompatibilità tra cultura rom e cultura sedentaria, altre sono riportabili al coinvolgimento dei Rom in attività illegali, anche a causa dei mutamenti socio - economici delle società ospitanti, variabile fondamentale nel rendere impraticabile o insufficiente la pratica dei mestieri tradizionali: le difficoltà e le restrizioni relative all'esercizio dei mestieri tradizionali<sup>249</sup>, nonché gli ostacoli imposti ad una vita pienamente nomade, sono concause importanti nello scivolamento dei Rom in attività marginali e illegali.

---

<sup>249</sup> L' art. 669 c.p. è emblematico di questa tendenza.



I reati che maggiormente coinvolgono i Rom sono furti, rapine e quelli relativi alla lesione della libertà individuale, tra cui l'art. 600 *octies* c.p.

Secondo la cultura Rom, il furto a danno dei sedentari (i *gadjé*) non costituisce un comportamento socialmente riprovevole, sulla base della considerazione che i *gadjé* sono ricchi a cui rubare per poter sopravvivere: sebbene effettivamente possa essere presente questo stato di necessità, tale filosofia di vita è icastica della lontananza tra stile di vita stanziale e rom. Tuttavia, una risposta esclusivamente penale, tra l'altro particolarmente severa viste l'attuale normativa in materia di reati contro il patrimonio, non offre alcuna speranza di riavvicinamento e integrazione tra le due culture. Anche relativamente al *mangel* può effettuarsi il medesimo ragionamento e concludere per la natura di reato culturalmente orientato dell'art. 600 *octies* c.p.: nella cultura Rom è imprescindibile che i minori partecipino al mantenimento economico della famiglia, anche attraverso la mendicizia, così come risulta assolutamente normale che le madri portino con sé i bambini durante tali attività. Ciò nonostante, la giurisprudenza, già sotto il vigore della abrogata contravvenzione, ha sempre negato al fattore culturale qualsiasi valore scusante, scriminante o attenuante, richiamando le norme costituzionali (art. 2, 3, 29, 30, 31 Cost.) a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e dell'infanzia.<sup>250</sup> D'altronde, è illusorio pensare che il diritto penale possa assottigliare tale lontananza e favorire un progressivo riavvicinamento ai modelli culturali e normativi della società

---

<sup>250</sup> Vedi Cass. pen., sez. III, 26 ottobre 2006, n. 2841; Cass. pen., sez. VI, 9 novembre 2006, n. 3419; Cass. pen., 17 settembre 2008, n. 44516.

ospitante. Un legislatore consapevole, poco incline al fascino della legislazione simbolica, avrebbe dovuto considerare i rischi di ineffettività di una norma del genere e, anzi, il pericolo di un'ulteriore chiusura e ostilità da parte della comunità Rom. Il tentativo dovrebbe essere, piuttosto, quello di promuovere le condizioni che permettano ai Rom di mantenere in vita quei valori non pienamente incompatibili con la cultura ospitante, con interventi diversificati per i singoli gruppi e multidirezionali<sup>251</sup>, in una piena ottica di sussidiarietà. Anche in questo caso, come già segnalato a proposito dell'art. 583 *bis* c.p., l'intervento penale non risponde alla necessità di colmare una lacuna (i reati di maltrattamenti e di riduzione in schiavitù possono ugualmente tutelare i casi di abuso della pratica del *mangel*, laddove esso da pratica culturalmente invalsa diventi sistematica mortificazione e degradazione della persona umana) ma concretizza la volontà del legislatore di usare la sanzione penale contro il diverso, il deviante, l'invasore.

---

<sup>251</sup> MANCINI L., *op. cit.*, 775, suggerisce innanzitutto di permettere la convivenza di famiglie appartenenti alla stessa *kumpania*, e non a gruppi differenti, cercando di preservare la struttura naturale del popolo rom; in questo modo si eviterebbero conflitti e malcontenti spesso forieri di reazioni violente. Altrettanto, come suggerito dalla moderna criminologia, si potrebbe evitare la realizzazione di campi alle periferie delle metropoli e favorire la costruzione all'interno di piccole realtà sociali, dove i rapporti sono meno alienanti e potenzialmente meno conflittuali. Infine, provvedere ad opere di riqualificazione professionale dei Rom, in modo da offrire loro concrete opportunità di inserimento nel tessuto sano della società.

*1.4. Le derive di una politica assimilazionista: la questione dell'abbigliamento rituale e il reato di immigrazione clandestina.*

La tendenza evidenziabile nell'ordinamento italiano ha condotto negli ultimi anni ad eccessi alimentati dalla forte demagogia nello scontro politico su questioni così sensibili.

Un esempio palese, sintomatico di un atteggiamento di chiusura aprioristica alla diversità anche in Paesi di più lunga tradizione assimilazionista, è relativo alla questione circa l'abbigliamento rituale. C'è da dire, ad onor del vero, che nella casistica italiana in materia la giurisprudenza ha svolto una funzione per così dire «disinnescante» della tensione sopita sotto il conflitto penale.

La manifestazione attraverso gli indumenti e gli accessori della propria fede religiosa è un caso particolare dell'espressione della propria cultura: i legami con la divinità ed il modo di esternarli rappresentano indubbi vincoli culturali e possono agire da motivatori di un reato culturalmente orientato. Come è stato recentemente sottolineato, si potrebbe delineare all'interno del *genus* reati culturalmente orientati un sottoinsieme rappresentato dai reati religiosamente orientati.<sup>252</sup>

---

<sup>252</sup> PROVERA A., *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, nota a Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 2, 966. Tuttavia, dal momento che, come è stato analizzato in precedenza, il problema congenito della categoria dei reati culturalmente orientati è rappresentato dalla sua potenzialmente infinita espansione, fino ad una volatilizzazione della stessa, si ritiene condivisibile l'assunto soltanto laddove la manifestazione della religione sia connessa intrinsecamente ad una cultura etnicamente caratterizzata. Ciò ovviamente non preclude la possibilità di intervenire sui reati commessi per motivi religiosi, ma riteniamo controproducente inserirli *tout court* nella categoria dei reati culturalmente orientati che, come detto più volte, si occupa di minoranze etniche e immigrati - anche laddove la cultura d'origine abbia componenti religiose - e non semplicemente di persone appartenenti a qualsiasi credo religioso. Comunque sia, le tendenze relative a reati motivati

La norma incriminatrice che viene in gioco in relazione ad imputate che indossino il *burqa* o veli analoghi è l'art. 5 della l. 22 maggio 1975, n. 152, che punisce chiunque ostacoli con caschi o qualunque altro mezzo la propria riconoscibilità, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. Nata per fronteggiare le emergenze legate al terrorismo nazionale, la norma è stata talvolta piegata al più modesto compito menzionato. Recentemente un aumento di pena per il reato in questione è stato introdotto con la l. 31 luglio 2005, n. 155 con il malcelato scopo di vietare più severamente la pratica culturale. Un caso del genere è stato archiviato dal GIP del Tribunale di Treviso il 3 marzo 2005 perché, secondo il P.M., il copricapo in questione non era un mezzo per occultare la propria presenza, bensì un indumento indossato per finalità diverse da quelle perseguite dalla norma; nel caso concreto, inoltre, non vi era stato alcun ostacolo nelle procedure di riconoscimento e, argomento ancora più rilevante, sussisteva il giustificato motivo previsto dalla norma, ovvero la libertà di espressione religiosa, tutelata dalla Costituzione e da fonti sovranazionali (art. 9 CEDU). In un caso analogo, deciso dal Tribunale di Cremona il 27 novembre 2008, l'imputata fu assolta per ragioni preliminari all'analisi del giustificato motivo<sup>253</sup> della

---

dalla religione, più invalsi anche nel contesto italiano, rappresentano una sorta di linea guida per il tema dei reati culturalmente orientati.

<sup>253</sup> La lettura del giustificato motivo in un'ottica multiculturale, sia nel caso dell'art. 5 della legge Reale sia a proposito della normativa sul porto d'armi, fa di questo elemento normativo un veicolo di autoresponsabilizzazione, senza imposizioni paternaliste: il soggetto ha la possibilità di realizzare se stesso e la propria identità, dovendo in cambio comportarsi in maniera conforme all'ordinamento (ad es. evitando di rendere difficoltoso il riconoscimento da parte degli agenti addetti). Sembra un *modus operandi* improntato ad una dialettica e ad un giusto temperamento tra il riconoscimento del fattore

manifestazione della propria cultura, ossia perché il fatto non sussisteva: la donna non oppose alcuna resistenza a scoprirsi il volto nell'atto del riconoscimento, annullando ogni possibile riferimento alla condotta astrattamente prevista dalla norma.<sup>254</sup>

Una presa di posizione più generale in merito alla non riducibilità dell'uso del *burqa* al fatto integrante reato ex art. 5 è stata effettuata dal Consiglio di Stato, con la sent. 19 giugno 2008, n. 3076, con la quale il giudice amministrativo ha sancito che soltanto nel caso in cui esigenze effettive di ordine pubblico impongano il riconoscimento della donna velata e questa si rifiuti di sottoporsi all'identificazione è possibile la configurazione del reato in questione<sup>255</sup>. In quest'ultima circostanza l'abbigliamento rituale non sarebbe giustificato, dal momento che le clausole generali quali sicurezza e ordine pubblico assumono un senso solo laddove esse rappresentino le condizioni necessarie alla tutela di beni di indiscusso rilievo costituzionale, come la vita e l'incolumità personale. Quest'interpretazione costituzionalmente orientata, per la quale sicurezza e ordine pubblico possono limitare la libertà ex art. 19 Cost. soltanto allorquando nel caso concreto tendano a proteggere beni di rilievo costituzionale, sembra trovare

---

culturale e la tutela delle esigenze della società; il che getta le basi per una migliore e spontanea adesione ai valori espressi dall'ordinamento giuridico. PROVERA A., *op. cit.*, 967. Del tutto controversa la natura del giustificato motivo: per l'Autrice è possibile configurarlo come elemento del fatto, per altri opera in sede di antigiuridicità.

<sup>254</sup> GATTA G., *Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale* (rivista telematica), giugno 2009.

<sup>255</sup> Cfr. cap. II, par. 2.2, per un'analisi più approfondita del caso.

conferma anche negli orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.<sup>256</sup>

Nonostante questo condivisibile orientamento, la tematica del velo rappresenta un campanello d'allarme circa l'approccio del nostro ordinamento ai conflitti culturali. Un tentativo ancora più radicale, fortunatamente rimasto allo stadio di progetto di legge, fu rappresentato dal disegno n. 2769 presentato il giorno 8 ottobre 2009, che proponeva la seguente modifica dell'art. 5 della legge Reale: «è vietato l'uso di caschi protettivi o di qualsiasi altro mezzo atto a rendere impossibili o difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, intendendosi per difficoltoso ogni mezzo che non renda visibile l'intero volto, inclusi gli indumenti indossati in ragione della propria affiliazione religiosa». La proposta di legge, dal violento contenuto ideologico, mostrava un'ignoranza del legislatore nella tematica multiculturale, laddove faceva riferimento ad una mera affiliazione religiosa e non alla manifestazione della propria cultura; un dispregio del principio di eguaglianza, dal momento che il fattore culturale avrebbe continuato a scriminare il porto di coltelli rituali<sup>257</sup>, ad esempio, e non il velo. Inoltre, privare la pratica del

---

<sup>256</sup> GATTA G., *op. cit.*

<sup>257</sup> Il porto del *kirpan*, il coltello rituale che i fedeli *sikh* devono portare sempre con sé, è un ulteriore caso di abbigliamento rituale potenzialmente integrante una fattispecie di reato, ovvero l'art. 4, 2° co. L. 18 aprile 1975, n. 110 secondo il quale «Senza giustificato motivo, non possono portarsi, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, bastoni muniti di puntale acuminato, 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. Il contravventore è punito con l'arresto da un mese ad un anno e con l'ammenda da lire 100.000 a lire 400.000. Nei casi di lieve entità,

velo del suo potenziale fattore scriminante non tiene conto del fatto che comunque il giudice, nell'interpretazione della fattispecie, potrebbe ritenere che in concreto non sia stato reso impossibile o difficoltoso il riconoscimento, vanificando l'intento repressivo della norma. La mancata approvazione di tale norma non può dunque che destare sollievo ed è prova del fatto che i problemi delle società multiculturali non si risolvono con un semplice tratto di penna.

Finora abbiamo analizzato fattispecie di reato che, per loro natura originaria o per la loro interpretazione, inquadrano comportamenti permessi, tollerati o inculcati da culture minoritarie, deducendo da ciò una certa propensione assimilazionista dell'ordinamento italiano, pur in un contesto generale di ibridazione dei modelli. Emblematica di questa tendenza è la recente introduzione del reato di immigrazione clandestina: nonostante non sia da considerarsi

---

riferibili al porto dei soli oggetti atti ad offendere, può essere irrogata la sola pena dell'ammenda.» Nei casi giurisprudenziali in proposito è stata sostenuta la natura del *kirpan* quale semplice coltello, e non arma bianca, come tale non intrinsecamente e univocamente teso ad offendere; secondariamente, è stato ritenuto che l'utilizzo di questa arma impropria possa essere finalizzato ad un uso legittimo rappresentato dalla finalità culturale, integrante il giustificato motivo, come interpretato nel caso concreto. Da notare che in tali casi il verificarsi del giustificato motivo ha escluso già la realizzazione del fatto tipico. Cfr. Tribunale di Cremona, sentenza 19 febbraio 2009, n. 15, *Singh*. Il caso rappresenta anche un primo tentativo di procedimentalizzazione dell'accertamento giudiziale dei reati culturalmente motivati, come auspicato dalla dottrina dominante: il giudice ha dapprima perimetrato il gruppo etnico di riferimento (i *sikh*); secondariamente ha analizzato, o meglio, spiegato, il motivo culturale, depurandolo da presunte influenze psicologiche proprie dell'autore e argomentando la coincidenza di reazione, ovvero il risvolto oggettivo della motivazione. Infine, ha confrontato il divario esistente tra la cultura minoritaria e quella espressa dall'ordinamento, cercando una soluzione ragionevolmente conforme. DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 143 ss.

un reato culturalmente orientato in senso stretto<sup>258</sup>, si ritiene necessario qualche breve cenno perché esso è espressivo di una vera e propria deriva assimilazionista, dal momento che non stigmatizza semplicemente il fattore culturale, ma fa discendere conseguenze negative da un semplice *status* personale<sup>259</sup>. In realtà la legislazione a tal proposito si è mossa in una duplice direzione, mostrando scarso coordinamento: dapprima il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 poi convertito con l. 24 luglio 2008, n. 125 ha aggiunto all'art. 61 c.p. il numero 11 *bis*, che aggravava qualsiasi reato commesso da un soggetto che illegalmente si trovava sul territorio nazionale. Tale aggravante è stata poi dichiarata incostituzionale dalla Cost. costituzionale con sent. 5 luglio 2010, n. 249<sup>260</sup>. Con il d.l. 15 luglio 2009, n. 94 è stato invece introdotto nel nostro ordinamento il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10 *bis* d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 altresì noto come T.U. immigrazione).

L'aggravante soggettiva rispondeva ad una chiara impostazione di diritto penale del nemico: il termine «soggetto» ha voluto estendere l'ambito di applicabilità non solo agli extracomunitari e agli apolidi ma anche a tutti gli altri cittadini degli altri Stati

---

<sup>258</sup> Neanche la dottrina che adotta criteri di identificazione più ampi di quello relativo alla cultura intesa in senso etnico annovera il reato di immigrazione clandestina fra i reati culturalmente orientati. V. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 159 ss.

<sup>259</sup> BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 78.

<sup>260</sup> DE DONNO A., *La circostanza aggravante della clandestinità*, in *Diritto penale dell'immigrazione: aspetti sostanziali e processuali*, a cura di CENTONZE S., Torino, 2010, 105 ss.



aderenti all'Unione Europea. Un'interpretazione conservatrice della norma suggerì che l'aggravante in parola trovasse la propria *ratio* non nello *status* di clandestino dell'autore, ma nella sua volontaria disobbedienza ad un ordine di allontanamento impostogli nel rispetto della legge. Non sarebbe applicabile l'aggravante in questione al cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno ma non attinto da un provvedimento di allontanamento. Tuttavia, la lettera della norma fa espresso riferimento soltanto alla mera condizione di illegalità, a prescindere dall'esistenza di un provvedimento di allontanamento. Inoltre, l'interpretazione autentica fornita dall'art. 1, 1° co., l. 15 luglio 2009, n. 94, in base alla quale è esclusa l'applicazione dell'aggravante ai cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea, non sembra accogliere questa tesi interpretativa. La Corte Costituzionale nel 2010, dopo aver premesso che i diritti inviolabili spettano ai singoli in quanto esseri umani, ha ritenuto consequenziale l'illegittimità di trattamenti deteriori derivanti da elementi estranei all'offesa: l'aggravante in questione non rientra in una logica di maggiore danno o maggiore pericolo per il bene giuridico tutelato e, dunque, non supera il vaglio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. quale veicolo formale del giudizio di offensività. Inoltre, dopo l'introduzione di un'autonoma fattispecie di immigrazione illegale si pongono problemi di duplicazione sanzionatoria, dal momento che non può operare la figura del reato complesso, prerogativa del legislatore e non certo del giudice nell'applicazione di singole figure criminose e circostanze comuni. La presunzione generale e assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare viola l'art. 25, 2° co. Cost., che pone il fatto e non l'autore alla base della responsabilità penale.

Per quanto concerne la rilevanza penale attribuita all'ingresso illegale dello straniero<sup>261</sup>, essa rappresenta una scelta nelle politiche dell'immigrazione tesa alla repressione: l'immigrato non è più un soggetto a rischio crimine, ma un criminale in sé. La prima formulazione della norma, ancor più emblematica di un uso simbolico della legislazione penale, sanzionava il solo ingresso illegale con la reclusione da sei mesi a quattro anni, prevedendo altresì l'arresto obbligatorio e la celebrazione del rito direttissimo. Durante l'*iter* parlamentare la norma si è estesa anche al soggiorno illegale, ma ha assunto una natura contravvenzionale e la sua competenza è stata devoluta al giudice di pace. La nuova normativa rappresenta plasticamente il dispregio del legislatore italiano per il principio di sussidiarietà in materia penale: l'immigrato clandestino potenzialmente può subire una prima ipotesi di respingimento alla frontiera per mancanza dei requisiti per l'ingresso ex art. 10, 1° co. del T.U. sull'immigrazione (d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286); qualora si fosse sottratto ai controlli e non sia stato respinto può essere attinto da un ordine di espulsione per ordine del prefetto, così come negli altri casi previsti dall'art. 13, 2° co. Il T.U. prevede inoltre due ipotesi di respingimento differito con accompagnamento alla frontiera disposto dal questore quando l'immigrato si sia sottratto ai controlli di frontiera e sia fermato all'ingresso o subito dopo oppure quando sia stato temporaneamente ammesso per necessità di pubblico soccorso. Si affiancano al profluvio di provvedimenti amministrativi il

---

<sup>261</sup> TORIELLO M., *Il reato di clandestinità*, in *Diritto penale dell'immigrazione: aspetti sostanziali e processuali*, a cura di CENTONZE S., Torino, 2010, 69 ss.

trattenimento nei C.I.E, che può prolungarsi fino a sei mesi, e l'ordine allo straniero di lasciare il territorio entro cinque giorni.

La fattispecie oggi disciplinata dall'art. 10 *bis* è un reato proprio dello straniero, di natura contravvenzionale, ma non estinguibile con l'oblazione. L'ingresso illegale non si realizza allorché il soggetto venga immediatamente respinto alla frontiera: ciò perché la *ratio* della norma incriminatrice, di cui il respingimento assurge ad elemento negativo del fatto, è ottenere l'espulsione, che d'altronde solo formalmente assurge a sanzione sostitutiva ex art. 16, potendo sostituire non solo la pena detentiva ma anche quella pecuniaria ed essendo palesemente estranea a funzioni di risocializzazione. Il soggiorno illegale è un reato permanente, a carattere omissivo: lo straniero omette, in presenza delle condizioni dovute, di tenere l'azione dovuta, ovvero allontanarsi dallo Stato. Manca, tuttavia, nella nuova norma, il riferimento al giustificato motivo che potrebbe legittimare il soggiorno dello straniero, a differenza di quanto accade per la fattispecie di violazione dell'ordine di espulsione del questore, di cui all'art. 14 5° co. *ter*. Manca, tra l'altro, un termine entro il quale l'agente debba compiere l'azione dovuta: è proprio la presenza di un termine a rendere l'inertia dotata di rilevanza penale, così come accade nel delitto di cui all'art. 14, 5° co.

Le due figure di reato si pongono in un rapporto di alternatività tra loro, e presentano una clausola di sussidiarietà rispetto ad altri reati («Salvo che il fatto costituisca più grave reato»). Nonostante la sua recente entrata in vigore, la fattispecie di reato è già giunta al vaglio della Corte Costituzionale, che ha respinto le censure di illegittimità (sent. 5 luglio 2010, n. 250) sostenendo che il legislatore non abbia incriminato un modo d'essere ma una

condotta posta in violazione dell'ordinamento, in un ambito come il controllo dell'immigrazione in cui lo Stato conserva inevitabilmente un margine di discrezionalità circa la rilevanza, penale o amministrativa, degli atti. Il bene giuridico è individuato dalla Corte nel controllo e nella gestione dei flussi migratori, quale bene funzionale per la tutela di altri beni di sicuro rilievo costituzionale, anche alla stregua di un'analisi comparata delle legislazioni europee vicine, come quella francese e quella tedesca. La seconda censura in merito alla quale la Cost. ha dovuto pronunciarsi riguardava la violazione del principio di uguaglianza, dal momento che la norma punisce indiscriminatamente situazioni potenzialmente diverse e non prevede il giustificato motivo per il soggiorno sul territorio nazionale, rispetto all'ipotesi delittuosa e più grave ex art. 14, 5° co. *ter*. La Corte ha ritenuto che la diversa gravità delle fattispecie possa essere apprezzata e valorizzata dal giudice in sede di commisurazione della pena e che la mancanza della clausola del giustificato motivo, lungi dall'impedire l'operatività delle scriminanti comuni, non configura di per sé un'ipotesi di responsabilità oggettiva, dal momento che è applicabile il principio generale delle fattispecie omissive proprie *ad impossibilia nemo tenetur*. La residuale differenza rispetto alla maggiore ampiezza della clausola del giustificato motivo si legittima in base alla non equiparabilità delle due fattispecie, dal momento che la fattispecie dell'art. 10 *bis* reprime la generica inosservanza delle disposizioni di legge e non un ordine amministrativo individualizzato, dotato di un ristretto termine di adempimento, come nel caso dell'art. 14, 5° co. *Ter*. Infine, l'istituto dell'improcedibilità per particolare tenuità del fatto offrirebbe un adeguato bilanciamento a tale mancanza.

L'atteggiamento del legislatore verso le politiche di immigrazione è omogeneo rispetto alla tematica dei reati culturalmente orientati: una netta chiusura, accompagnata da un uso ipertrofico e severo del diritto penale, i cui effetti collaterali in termini di perdita di garanzie individuali e scopi della pena sono maggiori rispetto ai presunti vantaggi.

L'ennesima espressione di un diritto penale simbolico e ineffettivo, rappresentata dal reato di ingresso e soggiorno illegale, non sembra badare neanche ai costi connessi a questa criminalizzazione a tappeto, sia in termini economici, per la mole di procedimenti instaurabili, sia in termini sociali, dal momento che la criminalizzazione dei migranti condurrà ancora di più nell'ombra il fenomeno migratorio, decimando le possibilità di integrazione e di corretta gestione dei flussi.

### *Ipotesi de jure condito per la rilevanza del fattore culturale*

#### *2.1. Scopo e variabili nella ricerca di una soluzione per i reati culturalmente orientati.*

Una volta individuate le tendenze maggiormente presenti nel sistema penale italiano circa la tematica dei conflitti culturali nell'alveo del modello assimilazionista - discriminatorio, non bisogna rinunciare ad una ricerca di soluzioni più in linea con i

principi costituzionali<sup>262</sup>, senza necessità di un intervento legislativo.

Un primo punto fermo è rappresentato dall'assenza di soluzioni dei conflitti culturali nella parte generale del diritto penale: se ciò sembra scontato nei Paesi di più lunga tradizione assimilazionista, occorre soffermarsi sul fatto che anche il modello multiculturale, in genere, disdegna tale intervento<sup>263</sup>, in quanto vettore di pericolose radicalizzazioni e rigidità.

Da un punto di vista strutturale, l'analisi dei reati culturalmente orientati pone dinnanzi ad una duplice opzione metodologica di fondo. Si può scegliere un approccio pluralistico, simile all'atteggiamento adottato dalla giurisprudenza, analizzando in maniera frammentaria le varie soluzioni casistiche. Quest'approccio, che ha il vantaggio di offrire un panorama più vasto e completo sulla tematica dei reati culturalmente orientati, sconta il difetto congenito di un'eccessiva frammentazione. Il giudice è chiamato ad operare nella contingenza di un particolare conflitto culturale e le molteplici soluzioni che gli si offrono dinnanzi sono normalmente influenzate dalla fenomenologia del reale, con una notevole perdita di sistematicità.

La dottrina, d'altro canto, ha in genere optato per un'analisi onnicomprensiva, maggiormente sistematica e, al contempo, suscettibile di generalizzazioni paradigmatiche: le sfumature del

---

<sup>262</sup> V. par. 1.1 del presente capitolo.

<sup>263</sup> La situazione è parzialmente diversa nelle società multiculturali di tipo multinazionale, ovvero nei Paesi in cui sono presenti minoranze autoctone, nei cui ordinamenti è possibile spesso rinvenire norme di parte generale esplicitamente dirette a disciplinare i reati culturalmente orientati commessi dalle suddette minoranze. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 355.

caso concreto possono sicuramente offrire, di volta in volta, una soluzione congeniale ma si ritiene doveroso, per esigenze di razionalizzazione e di maggiore stabilità, il tentativo di perseguire soluzioni dotate di un maggiore grado di astrattezza.

In realtà questa divergenza metodologica trova origine nell'interesse eminentemente pratico del problema dei conflitti culturali, per il quale la dottrina soltanto recentemente ha mostrato attenzione, trovandosi di fronte un materiale giurisprudenziale caotico, già a partire dalla definizione di reato culturalmente orientato. Come si è avuto modo di sottolineare, la categoria dei reati culturalmente motivati ingloba una pluralità di fattispecie, in cui probabilmente le variabili superano di gran lunga i tratti comuni. Ma sarà proprio su quei tratti comuni che bisognerà tentare di costruire, orientandoci con la sistematica della struttura tripartita del reato, una soluzione congruente al nocciolo duro di ogni reato culturalmente orientato, ovvero al conflitto tra il sistema penale e le norme valoriali che spingono il comportamento di un *cultural offender*.

Tuttavia, il tentativo di razionalizzazione non può tralasciare la varietà della categoria, pena la perdita di ogni appiglio con la realtà: alcune variabili vanno considerate anche in un'ottica olistica del problema<sup>264</sup>.

Una prima variabile è rappresentata dal bene giuridico tutelato dalla norma e dal grado di offesa: è palese l'irragionevolezza di una soluzione comune per i reati lesivi di beni giuridici fondamentali e per le fattispecie bagatellari o contravvenzionali. In

---

<sup>264</sup> BASILE F., *op. cit.*, 361 ss.

un'ottica di bilanciamento, è molto più plausibile che il fattore culturale porti ad una assoluzione in questi ultimi casi piuttosto che relativamente a reati ad elevata offensività. Tuttavia, la funzione di integrazione sociale della pena impone comunque una rilevanza del fattore culturale, quantomeno in sede di commisurazione della pena. D'altronde, la stessa giurisprudenza italiana sembra orientata nell'escludere rilevanza scriminante al fattore culturale in presenza di reati che destano notevole allarme sociale, per il bene giuridico tutelato (libertà, integrità personale, dignità umana) o per le modalità particolarmente efferate e crudele della lesione.

Una seconda variabile è rappresentata dalla natura della norma culturale che spinge alla violazione della legge penale: potrebbe essere un precetto religioso oppure una norma di diritto positivo vigente nell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza. Collegato a ciò è il punto relativo al terzo elemento da considerare, ovvero il grado di vincolatività della norma: secondo la definizione invalsa di reato culturalmente orientato il comportamento può essere imposto con cogenza oppure soltanto sollecitato dalla cultura di minoranza. Infine, la quarta variabile di rilievo è rappresentata dal grado di integrazione nella cultura del Paese d'arrivo da parte dell'attore e, di conseguenza, la perdurante adesione ai valori originari: è evidente come sia possibile invocare *pro reo* il fattore culturale soltanto allorquando il processo di integrazione non sia completato.<sup>265</sup>

---

<sup>265</sup> Si noti che il tempo di permanenza nel Paese ospitante è soltanto un indice presuntivo, dal momento che quello che occorre provare è l'assimilazione dei nuovi valori culturali. D'altronde, alcune comunità di immigrati - soprattutto



Nella dinamica dell'analisi che si propone - ovvero la ricerca nella sistematica del diritto penale di una soluzione quanto più generale possibile per il problema dei reati culturalmente orientati - riteniamo che debba essere presa in considerazione principalmente la prima variabile, ovvero il bene giuridico tutelato e le modalità dell'offesa. Si dovrà approntare, come sembra emergere negli orientamenti giurisprudenziali, una soluzione potenzialmente diversa a seconda del bene, o delle categorie di beni, offese dal reato culturalmente orientato. Le altre variabili (natura della norma culturale, vincolatività della stessa, grado di integrazione raggiunto) potranno rientrare, a vario titolo, nella personalizzazione dell'illecito in sede di giudizio di colpevolezza e di eventuale commisurazione della pena.

Nell'analisi delle possibili soluzioni enucleate dalla sistematica del diritto penale si privilegeranno quelle maggiormente idonee a risolvere i conflitti culturali su un piano quanto più astratto possibile, tralasciando le scelte, pur talvolta effettuate dalla giurisprudenza, che appaiono maggiormente contingenti, frutto della fisiologica dinamica processuale.

## *2.2. La scarsa incidenza del fattore culturale sugli elementi del fatto: tipicità.*

La categoria della tipicità offre pochi spunti per un'analisi generale ed è quella che risente maggiormente delle variabili contingenti, sia a livello di fattispecie astratta che di fattispecie concreta.

---

quelle asiatiche - sono note per l'atteggiamento di autosegregazione nonostante risiedano da tempo sul territorio del Paese ospitante.

Parte della dottrina<sup>266</sup> riflette sulla concezione realistica del reato come possibile soluzione al problema dei reati culturalmente orientati: secondo questo approccio il principio di offensività, riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale sia come criterio di politica criminale per il legislatore che come *regula juris* per l'interprete ex art. 49, 2° co. C.p., imporrebbe di considerare reato la condotta che non solo sia astrattamente sussumibile nella fattispecie astratta ma che si sostanzia nella effettiva lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato. Nonostante le obiezioni contro questo approccio, e la scarsa vincolatività percepita dal legislatore verso il corollario della teoria del bene giuridico, la giurisprudenza ordinaria mostra di accogliere il concetto della necessaria lesività del reato, cimentandosi nell'accertamento dell'offensività in concreto del comportamento dell'attore. In questo accertamento non si può prescindere dalla cultura dell'autore del reato: immaginiamo un atto che nel contesto culturale di maggioranza rivesta il carattere della sessualità, mentre non sia percepito come tale nell'universo culturale del *cultural offender*. Nonostante ciò, riteniamo che la soluzione prospettata non possa assurgere a rimedio generale in tema di reati culturali almeno per due ordini di motivi. Per ragioni pragmatiche, *in primis*: i reati culturali che presentano la possibilità di un contenuto inoffensivo non sono la maggioranza, e dunque la soluzione non ha i caratteri di generalità auspicati. Esistono reati, pur qualificabili come culturali, che ledono effettivamente il bene giuridico tutelato dalla norma: per questi la concezione realistica

---

<sup>266</sup> DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 166 ss.

del reato non offre alcun aiuto. Con ciò non neghiamo che, nel caso di specie, il fatto possa risultare inoffensivo: ma appunto si entra nel campo delle soluzioni contingenti<sup>267</sup>. Il secondo ordine di ragioni appartiene alle critiche classiche che si stagliano contro l'approccio realistico: pur condividendo l'importanza del requisito di offensività, in mancanza di una norma che chiaramente indichi criteri razionalmente giustificabili in base ai quali stabilire l'assenza di lesività, la teoria in questione consegna eccessiva discrezionalità al giudice. Piuttosto l'assenza già in astratto di offensività potrebbe legittimare la depenalizzazione di fattispecie *lato sensu* riconducibili ai reati culturali (es. bigamia, incesto).

Una soluzione di più ampio respiro del problema dei reati culturali sembra emergere nella cosiddetta tipicità soggettiva ed è un corollario della teoria del reato come fatto necessariamente lesivo: l'oggetto del dolo è l'evento in senso giuridico, ovvero la lesione del bene giuridico tutelato. Nei reati culturalmente orientati spesso l'agente non ha la consapevolezza del disvalore del proprio comportamento e ciò a prescindere dall'*ignorantia legis*. Si può ben dire che spesso il *cultural offender* è in errore di fatto, ovvero non prevede e vuole la lesione del bene giuridico, proprio a

---

<sup>267</sup> Per lo stesso motivo, ovvero per il grado di scarsa generalità della soluzione approntata, non si ritengono idonee le tesi che, in seno alla categoria della tipicità, veicolano il fattore culturale attraverso gli elementi normativi del fatto, con l'obiettivo di negare già la realizzazione del fatto tipico. Tra l'altro, in alcuni casi la natura di elemento costitutivo del fatto non è unanime in dottrina (ad es. per il "giustificato motivo" in tema di porto d'armi rituali e abbigliamento rituale) mentre in altri spesso non si tratta di reati culturalmente orientati. Vedi DE MAGLIE C., *op. cit.*, 173 ss; PROVERA A., *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, nota a Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 2, 964 ss.

causa del fattore culturale<sup>268</sup>. Anche dall'antropologia americana giungono conferme in tal senso, attraverso le parole della celebre studiosa Kay L. Levine, secondo la quale il fattore culturale, nel contribuire a spiegare in maniera alternativa il fatto, spesso dimostra che l'autore non è stato mosso dall'intento di ledere o nuocere, ma da una ragione soggettiva e culturalmente apprezzabile (*cultural reason strategy*)<sup>269</sup>. La rilevanza di tale ragionamento si spiega perché in relazione ad individui provenienti da culture diverse cade la storica distinzione tra reati naturali, il cui disvalore dovrebbe essere talmente percepibile da rendere nota non solo la produzione dell'offesa ma addirittura la coscienza dell'antigiuridicità, e reati artificiali, in cui la conoscenza della norma, disciplinata dall'art. 5 c.p. è prodromica a quella dell'offesa. Reati pacificamente considerati naturali possono risultare artificiali per individui di altre culture: l'autore potrebbe addirittura essere consapevole che il suo comportamento è contrario ad una norma dell'ordinamento, ma non che esso sia lesivo, proprio perché spinto dal fattore culturale. In realtà, la tesi

---

<sup>268</sup> «People from a foreign culture may perceive reality so differently from those raised in the majority culture that their assessment of a situation may be tantamount to a mistake of fact» ANONIMO, *The Cultural Defense in the Criminal Law*, in *Harvard Law review*, vol. 99 n. 6, 1986, 1294, in nota.

<sup>269</sup> Secondo Levine il fattore culturale, oltre a spiegare la mancanza di intento lesivo, può alternativamente dimostrare che l'autore ha agito nel pieno convincimento della rilevanza penale dell'atto ma considerandolo una giusta risposta ad un comportamento o atteggiamento della vittima (*cultural tolerance strategy*) oppure dimostrare che l'autore è stato costretto dai propri dettami culturali (*cultural requirement strategy* o *cultural obligations*). Cfr. GILOTTA P., *Multiculturalismo e diritto penale nell'esperienza canadese e statunitense. Spunti per una riflessione sul tema della cultural defense*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 53 ss.

che punta sulla mancata coscienza dell'offesa, per quanto affascinante, non è pienamente soddisfacente. Innanzitutto, la giurisprudenza e parte della dottrina<sup>270</sup> spesso escludono che l'offesa rientri nell'oggetto del dolo e ancora non accolgono convintamente l'esistenza di un *Tatbestand* soggettivo. Inoltre, la parziale declaratoria di illegittimità dell'art. 5 c.p. ha spostato il fulcro del problema nel caso concreto in sede di colpevolezza. La soluzione apprestata da un lato non raggiunge il grado di generalità voluto - in molti reati culturali è difficile dimostrare che il soggetto non abbia voluto la lesione, come nel caso di abuso di *jus corrigendi* o di maltrattamenti - dall'altro sarebbe destinata ad uno scarso esito concreto nella prassi giurisprudenziale.

Nei casi decisi dalle Corti italiane la possibilità che la matrice culturale dell'imputato potesse escludere il dolo è stata ritenuta inammissibile in relazione a fatti di elevata offensività<sup>271</sup>. Nei fatti di più scarsa lesività la giurisprudenza ha fornito risposta positiva, affermando che la diversità culturale può realmente inficiare la percezione della realtà da parte dell'autore. D'altronde, anche nella prassi giudiziale statunitense, che mostra maggiore consapevolezza del fenomeno dei reati culturalmente orientati, è frequente il richiamo al *mistake of fact*.

In definitiva, la categoria della tipicità non sembra predisporre soluzioni ampiamente condivisibili per far risaltare il fattore

---

<sup>270</sup> FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009, 357 ss.

<sup>271</sup> BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 408 ss.; PIQUÉ F., *La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo*, commento a Cass. pen., sez. VI, sent. 26 aprile 2011, n. 26153, in *Cass. pen.*, 9, 2012, 2960 ss.

culturale. Piuttosto, dalla breve disamina effettuata è possibile desumere una conferma del metodo che si rivelerà preziosa per il prosieguo del lavoro: la tematica dei reati culturali necessita di risposte differenziate quanto meno a seconda del bene tutelato e del grado di offensività dell'illecito.

### *2.3. Il luogo di risoluzione dei conflitti: l'antigiuridicità.*

«L'antigiuridicità è, invece, l'ambito delle soluzioni dei conflitti sociali, è il campo sul quale collidono i contrastanti interessi individuali o le esigenze sociali con le pretese del singolo (...) Con le cause di giustificazione la dinamica dei mutamenti sociali penetra dunque nella teoria del reato.»<sup>272</sup> La definizione del grande penalista tedesco Klaus Roxin testimonia la naturale propensione dell'antigiuridicità a risolvere, attraverso un bilanciamento di principi, il conflitto culturale alla base del reato culturalmente orientato.

Riteniamo che, per il suo ruolo in una dottrina rispondente ai principi di politica criminale, l'antigiuridicità sia dunque la categoria più adatta ad offrire una soluzione, sebbene parziale, del problema: i reati culturali, nella maggioranza dei casi, si presentano completi nella loro tipicità e vanno confrontati con l'insieme delle regole espresse dall'intero ordinamento.

Come è stato visto a proposito delle mutilazioni genitali femminili, il consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) potrebbe permettere una modulazione dell'intervento penale più rispettosa

---

<sup>272</sup> ROXIN K., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970, 2ª ed. 1973), trad. it. S. MOCCIA, Napoli 1986.

della diversità culturale. Tuttavia, esistono ragioni pragmatiche e sistematiche che riducono di molto l'astratta propensione di questo istituto.

La *ratio* dell'art. 50 c.p. e dell'esclusione dell'antigiuridicità<sup>273</sup> che ne consegue deriva dal fatto che l'autorizzazione all'effettivo pregiudizio del bene non turba la coscienza sociale e non è indice di necessaria risocializzazione. Inoltre, l'ottica di *extrema ratio* renderebbe ingiustificato l'intervento penale allorché la vittima, unica titolare del bene, rinunci alla tutela: ciò a seguito dell'insegnamento del liberalismo penale di matrice anglosassone, per il quale il bene dell'individuo che consente all'offesa non è idoneo a giustificare un intervento statale. Questo ragionamento dovrebbe valere a maggior ragione per i reati culturalmente orientati, giacché in questi casi il consenso potrebbe manifestare il libero sviluppo della persona umana, in specie, della sua cultura<sup>274</sup>. Per le ragioni che seguono, in parte sistematiche, in parte pragmatiche, si ritiene che l'art. 50 c.p. non possa svolgere appieno quanto astrattamente detiene in potenza. Innanzitutto l'ambito concreto di applicazione della norma riguarda soltanto i reati culturalmente orientati lesivi di beni a titolarità individuale:

---

<sup>273</sup> La dottrina non è concorde circa la natura dell'art. 50 c.p.: la scuola di matrice finalista ritiene il consenso dell'avente diritto come una causa di esclusione della tipicità in quanto l'azione consentita sarebbe non un limite bensì una libera esplicazione della persona umana, escludendo la lesività del bene giuridico a titolarità individuale. Secondo la dottrina maggioritaria l'art. 50 c.p. esulerebbe invece dai casi specifici nei quali il consenso escluda già la tipicità, in fattispecie nelle quali è esplicitamente previsto che l'offesa si realizzi contro la volontà del titolare del bene (es. art. 614 c.p.). VIGANÒ F., sub *art. 50 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 507 ss.

<sup>274</sup> Vedi DE MAGLIE C., *op. cit.*, 185 ss.

statisticamente sono rari i reati motivati dal fattore culturale lesivi di beni patrimoniali, per i quali l'applicazione dell'art. 50 c.p. pone minori problemi. Il consenso dell'avente diritto nella materia che qui interessa si interseca con l'annoso problema della disponibilità dei diritti della personalità<sup>275</sup>.

Inoltre, perché regga la costruzione liberalista è necessario che il consenso sia valida espressione di un libero possesso delle proprie facoltà mentali e fisiche: la dottrina a tal punto è divisa. Alcuni ritengono applicabile l'art. 2 c.c. e richiedono la maggiore età in senso civilistico; altri indicano nel compimento del quattordicesimo anno di età il requisito minimo per l'acquisto della capacità, sulla falsariga delle norme dettate dal codice penale in tema di imputabilità. Preferibile è il criterio che affida al giudice il compito di accertare la capacità naturale nel caso concreto. Il consenso deve inoltre essere immune da vizi e, ovviamente, libero: in un'ottica di *soft paternalism*, lo Stato ha il diritto di impedire una condotta autolesiva quando l'azione non è libera e volontaria. Senza voler ripetere quanto detto a proposito dell'analisi dell'art. 583 *bis* c.p., non esiste una risposta univoca al quesito circa la formazione libera o meno di un consenso influenzato da una matrice culturale. La volontarietà è un concetto di per sé variabile e sfuggente, dal momento che sarebbe illusorio immaginare un individuo assolutamente scevro da condizionamenti. Pertanto, il criterio della libertà del consenso va calato nella dinamica processuale e declinato secondo concetti limite: potrà ritenersi

---

<sup>275</sup> Si veda par. 1.2. del presente capitolo, circa l'ipotesi di un consenso scriminante della donna maggiorenne in relazione alla fattispecie prevista dall'art. 583 *bis*, 2° co. c.p.



libero quel consenso che, pur influenzato dalla cultura d'origine, sia sufficientemente volontario, essendo escluse forme di coartazione più o meno diretta. In altre parole, non sarà mai libero il consenso estorto con violenza o minaccia, ma potrà esserlo quello mosso dal senso del dovere e di appartenenza al gruppo.

Il secondo problema da affrontare in merito alla scriminante del consenso circa i reati culturalmente orientati riguarda la disponibilità dei diritti in questione. Vi sono beni di natura individuale, come la vita e l'integrità fisica, che l'ordinamento tutela in via oggettiva, a prescindere dal consenso, contro le conseguenze più gravi e irreparabili: si presume che la volontà di subire tali conseguenze, per quanto non viziata in senso tecnico, non sia mai incondizionata. Occorre dunque un bilanciamento tra le ragioni di tutela oggettiva del bene e la libertà di autodeterminazione del disponente: nel caso di una palese sproporzione tra gli interessi in conflitto, l'ordinamento interviene per tutelare il bene giuridico anche contro la volontà del suo titolare. Il diritto all'integrità personale è quello che maggiormente viene in gioco nella materia dei reati culturalmente orientati (MGF, *scarring* rituale, *coining*), ed è considerato disponibile nei limiti previsti dall'art. 5 c.c., ovvero con esclusione delle lesioni che comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o contrarie alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume. In realtà, un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma deve tendere a sostituire il concetto statico di integrità con quello dinamico di salute, comprensivo dell'aspetto psichico e fisico. Il principio personalistico su cui fonda la Costituzione dovrebbe spingere ad un riconoscimento della libertà di disporre del proprio corpo per raggiungere uno stato individuale migliore secondo

canoni individuali, anche attraverso manipolazioni - pur sempre ragionevoli - del proprio corpo giustificate dall'appartenenza ad un gruppo culturale ben definito.

L'art. 50 c.p. sconta il *deficit* che abbiamo visto presente nelle altre soluzioni prospettate: è una soluzione contingente, non estensibile a tutti i *cultural crimes*<sup>276</sup>. Inoltre, pure in relazione alle ipotesi in cui il consenso dell'avente diritto può astrattamente operare, l'interpretazione giurisprudenziale restrittiva e il tasso ineliminabile di etnocentrismo che permea l'approccio ai reati culturalmente orientati ne depotenzia enormemente le possibilità concrete.

La dottrina che si è occupata della materia dei reati culturalmente orientati ha sottolineato la versatilità dell'istituto dell'esercizio del diritto ex art. 51 c.p. La *ratio* della norma, da alcuni reputata superflua o addirittura fuorviante<sup>277</sup>, è comunemente indicata nel principio di coerenza o non contraddizione dell'ordinamento, che non può vietare una condotta e simultaneamente configurarla

---

<sup>276</sup> Esistono reati culturalmente orientati lesivi di beni giuridici a titolarità non individuale, o quanto meno a titolarità non soltanto individuale; esistono inoltre reati culturali a danno di minori, con ulteriore restrizione dell'ambito di operatività della norma. D'altro canto, esistono reati culturalmente orientati lesivi di diritti pacificamente indisponibili, per i quali non è prevista l'operatività dell'esimente (es. diritto alla vita), o di diritti che la giurisprudenza strenuamente tutela contro l'imbarbarimento che deriverebbe da un uso spregiudicato dell'art. 50 c.p. (si veda, per tutti, il caso *Bajrami*, risolto in tal senso dalla Cassazione: *Bajrami*, Cass. pen., 24 novembre 1999, n. 3398, circa una fattispecie di maltrattamenti attuati dal capofamiglia albanese, non scriminabile dal consenso tacito prestato dai membri a relazioni familiari culturalmente improntate a ferree gerarchie.)

<sup>277</sup> VIGANÒ F., sub *art. 51 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 537, sottolinea come la norma crei la falsa impressione che il conflitto sia automaticamente risolto con la prevalenza del diritto, mentre spesso è la norma penale a delimitare l'ambito di una facoltà.

come diritto. L'art. 51 c.p., spesso definito esimente in bianco<sup>278</sup>, fungerebbe da filtro affinché norme extrapenali esplicino funzione scriminante rispetto a norme incriminatrici.

Pur volendo accogliere la tesi tradizionale, è innegabile constatare come l'art. 51 c.p. nulla dica in relazione al conflitto di norme che presuppone e ai criteri per risolverlo. Nel silenzio della norma, la dottrina e la giurisprudenza hanno adottato i criteri ermeneutici classici, ovvero il criterio gerarchico, di specialità, quello cronologico ed altri, per rintracciare la *voluntas legis* e determinare se è la norma extrapenale ad avere un contenuto autorizzativo oppure se è la norma incriminatrice ad assolvere una funzione derogatoria.

In relazione ai reati culturali, l'interrogativo più fecondo<sup>279</sup> consiste nel chiedersi se il diritto fondamentale alla manifestazione della propria cultura possa scriminare condotte previste dalla legge come reato. La dottrina e la giurisprudenza adottano, come è noto, un concetto estensivo di diritto nel quale rientrano *in primis* le libertà fondamentali. Vi è sufficiente concordia nel ritenere il

---

<sup>278</sup> FIORE C., FIORE S., *Diritto penale: parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2008, 308.

<sup>279</sup> Di scarso rilievo pratico è l'aspetto, pur sottolineato dalla dottrina, relativo ad una funzione scriminante di un diritto codificato dalla legislazione di appartenenza dell'autore del reato. La dottrina fornisce tradizionalmente risposta negativa, nonostante l'opinione assolutamente minoritaria che spinge per un riconoscimento di diritti codificati da altri ordinamenti in applicazione analogica dell'art. 10 Cost., limitatamente ad ordinamenti che lo Stato riconosce e rispetta. Anche la giurisprudenza, in relazione ad un caso di impiego di minori nell'accattonaggio, ha negato che usi consuetudinari - che già di per sé pongono problemi di legalità - di popoli allogeni possano scriminare condotte previste dall'ordinamento come reato. (Cass. pen., sez. III, sent. 26 ottobre 2006, n. 2841). Vedi BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 372.

diritto alla manifestazione culturale un diritto fondamentale, come riconosciuto dall'art. 27 del PIDCP, entrato in vigore in Italia il 15 dicembre 1978, che prevede che negli Stati in cui esistono minoranze etniche<sup>280</sup>, religiose, o linguistiche, i membri appartenenti non possano essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del gruppo; l'art. 22 della Carta di Nizza, che con il Trattato di Lisbona ha assunto il medesimo rango dei trattati, stabilisce che l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica. Oltre ciò, sono ben fondati anche riferimenti interni: il diritto a mantenere la propria cultura d'origine e a comportarsi in conformità ad essa, quand'anche non connessa alla libertà religiosa ex art. 9 CEDU, art. 18 PIDCP, art. 19 Cost., può sicuramente essere connesso all'interpretazione estensiva che la giurisprudenza costituzionale fa dell'art. 21 Cost., nonché alla clausola generale dell'art. 2 Cost. Nonostante, dunque, il riconoscimento del diritto alla cultura come diritto costituzionalmente tutelato, non bisogna dimenticare che l'art. 51 c.p. veicola diritti non assoluti, ma limitati sia in via interna che in via esterna. I limiti interni riguardano la definizione stessa del diritto ed entrano in gioco quando, come nel caso che ci

---

<sup>280</sup> Il Comitato dei Diritti Umani, organo preposto a rendere effettivo il Patto, in un *General Comment* del 6 aprile 1994 ha esplicitamente annoverato i migranti tra i beneficiari del diritto ex art. 27 PIDCP. Il *General Comment* 23 interpreta il diritto alla cultura come norma che richiede agli Stati atti positivi per essere implementata. V. RENTELN A., *The Cultural Defence: Challenging the Monocultural Paradigm*, in *Cultural Diversity and the Law: State Responses from around the World*, a cura di FOLETS M. C., GAUDREAU - DESBIENS J. F., RENTELN A., 2010, 797. Per un'attenta disamina delle fonti internazionali vd. MEZZETTI L., *Cultura e culture: paradigmi di tutela e protezione multilivello*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L., - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 13 ss.

interessa, la norma scriminante riconosce genericamente un diritto senza descrivere le condotte rese lecite. Viene affidato all'interprete il compito di circoscrivere l'estensione materiale del diritto stesso e, in questo accertamento, la delimitazione dei limiti interni spesso si confonde con quella dei limiti esterni, ovvero controinteressi di rilievo superiore o pari, quand'anche concretizzati in norme incriminatrici che, in quanto leggi ordinarie, riposano su un grado gerarchico inferiore rispetto a quello costituzionale. Strettamente connesso a ciò è il tema relativo all'abuso del diritto: l'attività realizzata, in ipotesi coincidente con un reato, deve essere una corretta estrinsecazione delle facoltà desunte dal diritto. Non basta il mero fine di esercitare il proprio diritto per rendere lecita l'azione, ma occorrerà un'analisi oggettiva circa la reale funzionalità di una condotta all'espletamento di tale diritto.<sup>281</sup>

Tenendo presente tali criteri, riteniamo che la scriminante dell'esercizio del diritto possa esprimere una soluzione condivisibile benchè parziale per i reati culturalmente orientati, in via generale e sussidiaria rispetto alla contingente presenza nel caso concreto di altre forme di esclusione *lato sensu* della punibilità.

Restano esclusi dall'ambito di operatività della scriminante i reati offensivi di beni di elevato rango costituzionale<sup>282</sup>, essendo questi

---

<sup>281</sup> DEL CORSO S., sub *art. 51 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., II, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 438 ss; VIGANÒ F., sub *art. 51 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 546.

<sup>282</sup> BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 373; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 209. Si è soliti

destinati inesorabilmente a prevalere rispetto alla libertà culturale, come ci insegna la corposa giurisprudenza in merito alla libertà religiosa, che rappresenta nient'altro che una *species* del genere più ampio «cultura»<sup>283</sup>.

Tuttavia, l'art. 51 c.p. presenta una funzionalità maggiore in relazione a quei reati, spinti dal fattore culturale, che non offendono beni giuridici di rilievo fondamentale o che, pur in astratto dotati di un forte disvalore, manifestano in concreto una scarsa carica di lesività. Ancora una volta, la giurisprudenza in materia di libertà religiosa offre notevoli conferme<sup>284</sup>. Punire,

---

definire questo atteggiamento come «dottrina dello sbarramento invalicabile»: i diritti fondamentali dell'individuo e il principio di eguaglianza impongono un rifiuto netto rispetto alla possibilità di sovvertire i risultati conseguiti dalle democrazie occidentali. Cfr. Cass. pen., sent. 16 dicembre 2008, n. 46300.

<sup>283</sup> VIGANÒ F., sub *art. 51 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 553. La libertà religiosa non può essere limitata alle sole facoltà di professione, propaganda e culto, ma deve estendersi alla libertà di coerenza pratica, ovvero di vivere secondo le proprie credenze. In quest'ottica i limiti in questione sono essenzialmente esterni, ovvero sono rappresentati da interessi prevalenti nell'ottica del bilanciamento.

<sup>284</sup> La giurisprudenza in tema di reati culturali sembra accogliere la tesi in oggetto, circa casi relativi all'abbigliamento rituale (*burqa, kippah, turbanti*) e al porto d'armi rituale (es. il *kirpan*): cfr. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; GATTA G., *Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale* (rivista telematica), giugno 2009; PROVERA A., *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, nota a Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 2, 964 ss. Riteniamo che la soluzione dell'art. 51 c.p. possa estendersi anche a casi di possesso di modiche quantità di stupefacenti per motivi rituali (es. il *khat*) e alla maggior parte delle fattispecie contravvenzionali. Parte della dottrina, per esigenze di certezza, propone l'introduzione di specifiche fattispecie autorizzative di condotte dotate di un modesto contenuto offensivo, sulla falsariga di quanto avvenuto con il d.m. 11 giugno 1980, attuativo della l. 2 agosto 1979 n. 439, che autorizza la macellazione degli animali senza il preventivo stordimento a favore delle comunità ebraiche e islamiche in ossequio alle loro tradizioni culturali, rendendo inapplicabile la

spesso con la reclusione, soggetti afflitti da un conflitto culturale porterebbe ad effetti desocializzanti e contrari ad una sana generalprevenzione positiva, disgregando consensi intorno all'ordinamento e conducendo a separatismi ancora più profondi. La soluzione approntata dalla scriminante risponde all'esigenza di non punire questi soggetti e di riservare ad altre branche dell'ordinamento, meno repressive, il compito di curare l'integrazione culturale. Allo stesso tempo si dota il sistema della giusta elasticità, dal momento che una depenalizzazione generalizzata per questi reati non sempre è auspicabile: qualora non vi fosse alla base una motivazione culturale, debitamente provata in giudizio, forme di sanzione criminale - detentive o meno - non possono essere escluse *a priori*, dal momento che non vi è sempre una libertà costituzionalmente tutelata da bilanciare con le esigenze di difesa sociale.

#### *2.4. La personalizzazione dell'illecito: la colpevolezza/responsabilità.*

Secondo la concezione normativa della colpevolezza, essa rappresenta l'elemento dell'illecito in cui si manifesta

---

fattispecie di maltrattamenti di animali (originariamente art. 727 c.p., oggi art. 544 *ter* c.p.). Vedi GRANDI C., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, 273; RENTELN A., *The Cultural Defence: Challenging the Monocultural Paradigm*, in *Cultural Diversity and the Law: State Responses from around the World*, a cura di FOLETS M. C., GAUDREAU - DESBIENS J. F., RENTELN A., 2010, 800 ss. sostiene che esenzioni legislative possano deflazionare il contenzioso processuale e contenere la congenita discrezionalità di soluzioni giurisprudenziali. Per una soluzione improntata all'art. 51 c.p. opta anche TASSINARI D., *"Motivi culturali" e struttura del reato*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 136 ss.

l'atteggiamento di disobbedienza e rivolta contro l'ordinamento, consistente nell'agire, dolosamente o colposamente, in modo difforme da come l'ordinamento voleva che si agisse<sup>285</sup>; è un giudizio individualizzante, relativo al singolo autore di un fatto tipico e antiggiuridico. Traduzione dommatica del principio *nulla poena sine culpa*, la colpevolezza è sicuramente la categoria più discussa e criticata della teoria del reato: nonostante ciò, accorta dottrina la ritiene ancora un concetto insostituibile<sup>286</sup>. Per il suo

---

<sup>285</sup> Vedi SANTAMARIA D., voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, VII,1960, 646 ss; VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, VI, 1988, 15. Per una sintetica definizione di questa tormentata categoria vd. BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 75: «(...) la colpevolezza, fondandosi sulla presunzione della libertà dell'atto della decisione e sulla conoscenza di una sola parte del procedimento motivazionale orientato a conformarsi alla norma, può essere definita come l'insieme di tutte quelle condizioni attinenti al procedimento motivazionale, empiricamente accertabili, in presenza delle quali (imputabilità e *scientia legis*) o in assenza delle quali (scusanti) l'ordinamento ipotizza che il soggetto avrebbe potuto volere (liberamente) in modo conforme alla norma. Con la conseguenza che la colpevolezza è un dato empirico - normativo, in quanto empiricamente accertabili sono proprio tali condizioni, mentre viene attribuita in modo normativo la possibilità, derivata dalla presenza delle singole condizioni, di una volontà conforme alla norma.»

<sup>286</sup> ROXIN K., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970, 2<sup>a</sup> ed. 1973), trad. it. S. MOCCIA, Napoli 1986, 149 ss. L'illustre penalista esamina le eredità positive del principio di colpevolezza e i suoi punti dolenti, compresa la possibilità di una ipotetica sostituzione con le esigenze di prevenzione. Infine, opta per un concetto di colpevolezza depurato dalle idee retribuzioniste e dal conseguente principio di bilateralità, dall'aporia della libertà del volere e da spunti eticizzanti. Portando a compimento germi già presenti nella teoria roxiniana, parte della dottrina italiana ha proposto un generale ripensamento della categoria della colpevolezza: infatti, si ritiene che per limitare la misura della pena, seppure unilateralmente, la colpevolezza debba contribuire a fondarla. Inoltre, nel concetto depurato di Roxin sembra residuare sostanzialmente la funzione garantista di proporzionalità della pena rispetto al fatto. A questo punto, risulterebbe più congeniale elaborare una categoria deeticizzata già nel nome - responsabilità anziché colpevolezza - composta da elementi eterogenei, come il titolo di imputazione soggettiva, la gravità del fatto, le esigenze di prevenzione, coordinati in una prospettiva assiologica; in questa categoria rientrerebbe anche l'imputabilità, non più come presupposto ma come indice di



stretto legame con il concetto di esigibilità in concreto del dovere e di motivabilità attraverso norme, gli istituti che la compongono si riconnettono all'esigenza di un patto democratico tra legislatore e consociati, affinché la pena non venga percepita come un sopruso e possa svolgere una corretta funzione di integrazione sociale<sup>287</sup>. Proprio per tali motivi, parte della dottrina che si è occupata del problema dei reati culturalmente orientati ritiene che la colpevolezza possa svolgere in modo soddisfacente la auspicata funzione di equilibrio tra esigenze di difesa sociale e *right to culture*<sup>288</sup>.

In realtà il problema fondamentale resta quello di capire se, in sede di giudizio di colpevolezza, possa risolversi il dilemma relativo alla funzione della pena nei reati culturalmente orientati lesivi di beni fondamentali. Da un lato la colpevolezza può fungere da argine nei confronti di una pena sproporzionata, alimentata da tendenze assimilazioniste, dall'altro la «dottrina dello sbarramento invalicabile» perde parte della sua forza persuasiva in relazione alla terza categoria nella struttura del reato.

---

predisposizione verso specifiche offerte di recupero sociale nei confronti del non imputabile, che verrebbe coperto in modo anche formale dalla garanzia della proporzionalità, desunta in via generale dall'art. 3 Cost. Vedi MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 91 ss.

<sup>287</sup> BARTOLI R., *op. cit.*, 26; MOCCIA S., *op. cit.*, 95, ritiene che il fondamento giuridico - razionale dell'intervento punitivo sia l'art. 54 Cost.

<sup>288</sup> BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 382 ss. Secondo l'Autore, riprendendo le parole di Hassemer, è più facile che l'ordinamento non imputi violazioni di norme penali a colui che sia estraneo al sistema normativo e culturale, piuttosto che non registri affatto quella violazione come tale.

Ciononostante, riteniamo di non condividere un eccessivo slancio di fiducia nelle soluzioni basate sulla colpevolezza. *In primis*, è palpabile un rischio di iper - valutazione del fattore culturale, giungendo ad accettare un'idea di determinismo culturale non condivisibile, dal momento che il principale motore di vitalità ed evoluzione dei sistemi culturali risiede in un margine irriducibile di libera autodeterminazione del soggetto, che alimenta il noto processo antropologico di acculturazione. Inoltre, si autorizzerebbe implicitamente uno slittamento del giudizio dalla responsabilità individuale alla valutazione della responsabilità del gruppo.

La dottrina ha ipotizzato diverse soluzioni in sede di colpevolezza<sup>289</sup>: maggiormente fondata risulta essere quella che fa

---

<sup>289</sup> Un'ipotesi di lavoro risalente ma talvolta proposta dalla dottrina è quella che vede il fattore culturale come una causa di esclusione dell'imputabilità, *ope legis* secondo alcuni, attraverso l'influenza esercitata sulla capacità di intendere e di volere (una sorta di vizio di mente) per altri. Sebbene questa soluzione accompagni la nascita stessa della categoria dei reati culturalmente orientati (negli USA un *leading case* in materia, il caso *People vs. Kimura*, è stato risolto attraverso istituti di questo genere) e nonostante la Cassazione, abbandonando la vetusta nozione nosografica del concetto di infermità, lasci un campo relativamente sgombro, non si ritiene di condividere tale tesi. In *primis*, la giurisprudenza italiana è fortemente restia a valorizzare le condizioni socio - ambientali nell'analisi dell'imputabilità. Inoltre, ne deriverebbero conseguenze di politica criminale non accettabili: trattare colui che appartiene ad una cultura diversa alla stregua di un malato di mente rafforza gli stereotipi negativi e mina le basi di un eventuale processo di integrazione e avvicinamento ai valori dell'ordinamento. È quindi un'espressione etnocentrica e velatamente assimilazionista che d'altronde, non bisogna dimenticarlo, in sistemi come quelli italiani basati ancora sul doppio binario non assicura sempre una esenzione del soggetto da trattamenti sanzionatori diversi dalla pena ma ugualmente afflittivi, come le misure di sicurezza. Ciò veicola ancora di più il messaggio per il quale la cultura (estranea) è un fardello di cui liberarsi. Vedi BASILE F., *op. cit.*, 385 ss.; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 214; FOGLETS M. C., *Cultural delicts: the repercussion of cultural conflicts on delinquent behaviour. Reflections on the contribution of legal anthropology to a contemporary debate*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim.*

leva sull'istituto della *ignorantia legis*. Con la celebre sentenza 24 marzo 1988, n. 364 la Corte Costituzionale riconobbe che l'art. 5 c.p. rendeva incostituzionale tutto il sistema in materia di colpevolezza per contrasto con l'art. 27, 1° e 3° co. Cost. La punizione di fatti che non sono espressione di consapevole e rimproverabile contrasto o indifferenza non può tendere ad alcuna rieducazione. La personalità della responsabilità, filtrata attraverso la chiave di lettura del finalismo rieducativo, viene vista come appartenenza del fatto all'autore, sia nella causazione materiale che nel profilo psichico: prima ancora che di colpevolezza, abbiamo un esplicito riconoscimento della tipicità soggettiva, come necessario presupposto, distinto dalla valutazione e dalla rimproverabilità del fatto stesso.<sup>290</sup>

Un punto fermo, tuttavia, è rappresentato dal fatto che la Corte Costituzionale introduce la parziale scusabilità dell'*error juris*, argomentando in termini di possibile conoscenza della norma. Da un lato incombono sullo Stato doveri di feuerbachiana memoria, relativi alla formulazione, alla struttura e ai contenuti della norma penale, che deve essere chiara e non controversa.<sup>291</sup> Ma anche sul

---

*J.*, vol. 6, 1998, 203. D'altronde, gli studi criminologici mostrano come i gruppi di minoranza spesso siano vittima di nevrosi, psicosi e altri disturbi (cd. *racism - related disorders*) che si possono ripercuotere effettivamente sulla capacità di intendere e di volere, ma ciò esula dal tema dei reati culturali: non è più il conflitto culturale esterno tra diversi sistemi normativi a fomentare la devianza, ma il conflitto interno che, a partire dagli studi di Sellin, viene studiato come concausa frequente della criminalità degli stranieri.

<sup>290</sup> MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 144 ss.

<sup>291</sup> Si parla di principio di riconoscibilità delle norme penale, implicante a sua volta il principio di sussidiarietà: un diritto penale ipertrofico e alluvionale non può essere conoscibile. Vedi BINDA M., sub *art. 5 c.p.*, in *Codice penale*

cittadino incombono doveri strumentali di informazione e conoscenza, dal momento che la Corte Costituzionale non ha introdotto una scusabilità generalizzata, bensì subordinata all'inevitabilità dell'*error juris*. L'evitabilità funge da baricentro tra l'istanza garantista e le esigenze di difesa sociale. La sent. 24 marzo 1988, n. 364 si occupa di indicare i parametri in base ai quali va stabilita l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale, considerando criteri soggettivi puri, criteri oggettivi puri e criteri misti. Bisogna considerare se il fattore culturale abbia agito in concreto sull'autore in modo tale da indurlo in un errore di diritto: in seconda battuta, considerare se e quando quest'errore possa dirsi inevitabile o meno. Qualora l'errore sia ritenuto inevitabile, secondo criteri nel caso di specie sostanzialmente soggettivi, la soluzione, priva di ogni gradualità, sarebbe quella dell'assenza di colpevolezza. Nonostante questa strada sia seguita spesso sia dalla giurisprudenza estera che da quella italiana, e riceva notevole accoglimento anche in dottrina<sup>292</sup>, essa conduce a soluzioni insoddisfacenti e aporetiche. È unanime, innanzitutto, l'opinione per la quale non vi è alcuna presunzione di ignoranza per gli stranieri, nemmeno per coloro che provengano da sistemi culturali molto diversi dal nostro. I criteri elaborati dalla giurisprudenza per stabilire l'inevitabilità dell'errore da parte dello straniero sono i più

---

*commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 123.

<sup>292</sup> BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 391 ss.; D'IPPOLITO E., *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*, commento a Cass. pen., sez. VI, sent. 22 giugno 2011, n. 43646, in *Cass. pen.*, 11, 2012, 3706 ss.

vari: quello più seguito e vetusto è relativo alla distinzione tra reati artificiali e reati naturali che, come è stato sottolineato in precedenza, perde di significato nella materia dei reati culturalmente orientati proprio perché questa qualificazione esige profonde condivisioni valoriali che, per definizione, nelle *cultural offences* non esistono; vi è poi il criterio del grado di eterogeneità delle norme culturali in conflitto, oppure quello della durata del soggiorno, indice alquanto impreciso di socializzazione dell'immigrato; infine, vi è il criterio dell'esistenza o meno nel Paese d'origine di una norma penale analoga a quella italiana, benché i fenomeni di pluralismo normativo tipici della globalizzazione non assicurino affatto la predominanza del rispetto della legge anziché delle *Kulturnormen* (basti pensare alle MGF, rigorosamente vietate anche nei Paesi in cui hanno la maggiore diffusione). Generalmente, la leva adoperata per riconoscere l'inevitabilità dell'errore nella materia dei reati culturalmente orientati è rappresentata dalla incolpevole carenza di socializzazione, già menzionata nella sentenza della Corte Costituzionale<sup>293</sup>.

È sicuramente condivisibile l'opinione secondo la quale il problema della coscienza dell'illiceità è tanto più pregnante quanto più disomogeneo e frammentato è il quadro di valori della società; tuttavia sembra corretto dover discernere la corretta applicazione delle regole in materia di errore di diritto degli stranieri dalla

---

<sup>293</sup> Per le voci a favore di tale impostazione vedi BASILE F., *op. cit.*, Milano, 2010, 407; BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 160; BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006, 112; GIUNTA F., sub *art. 5 c.p.* in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., II, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 62 ss.

tematica più ristretta dei reati culturalmente orientati. La stessa casistica presentata da Basile<sup>294</sup> non riguarda esclusivamente reati commessi da membri di minoranze culturali sotto la spinta di un conflitto di norme risolto a favore della propria cultura d'origine, ma anche reati commessi da chi semplicemente non conosceva le leggi del luogo. Adottare questa soluzione porterebbe ad un'eterogenesi dei fini non condivisibile, estendendo in maniera innaturale una categoria come quella delle *cultural offences* che merita invece di essere ben delimitata, giacché non tutta la criminalità degli immigrati è motivata dal fattore culturale.<sup>295</sup>

Inoltre, per quanto concerne reati culturali offensivi di beni giuridici fondamentali, inquadrabili in parte nella vetusta categoria dei reati naturali, la soluzione ex art. 5 c.p. si presenta aporetica: se ci si conforma all'orientamento, risalente ma ancora dominante, dell'evitabilità *tout court* dell'errore su tali precetti, resta fuori dalla disciplina un gran numero di reati culturalmente orientati, tra i quali quelli che maggiormente scuotono la coscienza sociale; se si tenta di superare questo orientamento, alla luce del fatto che la categoria dei reati naturali risulta evanescente proprio in relazione a soggetti culturalmente estranei, si finisce per scivolare quasi in una presunzione di ignoranza dello straniero, lasciando privi di una risposta penale fatti spesso lesivi e fortemente perturbanti, con tutto ciò che ne deriva in termini di aggregazione di consensi e pace sociale. D'altronde, una soluzione che predica l'*ignorantia*

---

<sup>294</sup> BASILE F., *op. cit.*, 391 ss.

<sup>295</sup> FOLETS M. C., *Cultural delicts: the repercussion of cultural conflicts on delinquent behaviour. Reflections on the contribution of legal anthropology to a contemporary debate*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 6, 1998, 187 ss.

*legis*<sup>296</sup> sembrerebbe attagliarsi maggiormente agli immigrati di prima generazione che, tuttavia, secondo gli studi dell'etnocriminologia sono in misura minore suscettibili di devianza<sup>297</sup>. Gli immigrati di seconda generazione, che maggiormente risentono del conflitto culturale, non necessariamente ignorano la norma incriminatrice: anzi, spesso hanno atteggiamenti ribelli e sono consapevoli di violare una legge dello Stato ma ugualmente attribuiscono un peso maggiore alle istanze provenienti dalla propria cultura.

Infine, per ragioni di politica criminale si concorda con quella dottrina che non considera soddisfacente la soluzione ex art. 5 c.p.<sup>298</sup>: infatti essa porta ad un'equiparazione tra il soggetto insufficientemente socializzato e il soggetto culturalmente diverso. Tradisce un'impostazione velatamente assimilazionista e paternalista, che guarda allo straniero come ad un *rusticus* poco civilizzato, riprendendo esempi e espressioni dalla manualistica più risalente. Certamente l'*error juris* è una condizione che frequentemente potrebbe essere accertata nel caso concreto, applicando i principi in materia, ma non può essere automaticamente connessa alla problematica dei reati culturalmente orientati. Per quanto concerne i reati culturalmente

---

<sup>296</sup> Intesa sia come ignoranza pura, in cui l'autore commette il reato non prefigurandosi affatto l'esistenza della norma, sia come ignoranza - errore, in cui alla mancata rappresentazione dell'illiceità si accompagna l'erronea persuasione di porre in essere un comportamento lecito.

<sup>297</sup> FOLETS M. C., *op. cit.*, 191 ss.; SELLIN T., *Culture conflict and crime*, New York, 1938.

<sup>298</sup> DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 235 ss.; GRANDI C., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, 277 ss.

orientati offensivi di beni giuridici non primari, o scarsamente offensivi *tout court*, la soluzione prospettata in sede di colpevolezza sconta un prezzo più elevato, in termini di stereotipizzazione negativa e scarsa fruibilità, rispetto alla tesi che vuole scriminare i medesimi reati alla luce dell'esercizio del diritto alla propria cultura ex art. 51 c.p.

Non riteniamo, altrettanto, che l'art. 5 c.p. possa risolvere il dilemma relativo ai reati culturali offensivi di beni giuridici primari: per quanto il diritto penale non abbia lo strumentario necessario e sufficiente per risolvere i problemi dell'integrazione, esentare da pena il *cultural offender*, come una sorta di *minus habens*, da un lato negativizza le altre culture e interi gruppi minoritari, dall'altro inculca astio razziale nella maggioranza, ostacolando la funzione general - preventiva positiva della pena e la susseguente coesione sociale.

### *2.5. Reati culturali e commisurazione della pena.*

Laddove gli sbocchi assolutori menzionati non sia accessibili, perché il bene giuridico leso è prevalente rispetto al diritto alla cultura, perché non si riesce a dimostrare l'inevitabilità dell'*error juris* o per altre ragioni, si ritiene plausibile che il fattore culturale possa - e debba - venire in considerazione in sede di commisurazione della pena. Secondo la dottrina<sup>299</sup> l'azione del fattore culturale in tal campo è multipolare, inserendosi nella commisurazione in senso stretto tesa ad individuare la pena - base

---

<sup>299</sup> BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 115 ss.



nella cornice edittale, nella commisurazione in senso lato concernente la scelta della pena in concreto, influenzata da aggravanti e attenuanti<sup>300</sup>, e infine nella discrezionalità giudiziale circa le molteplici conseguenze sanzionatorie del reato (es. misure alternative, pene sostitutive, riti premiali).

Ad una certa concordia in via di principio<sup>301</sup> fanno da contraltro problematiche concrete, alcune congenite alla tematica della commisurazione della pena in generale, altre specifiche dei reati culturalmente orientati.

---

<sup>300</sup> Sebbene riscuota un discreto successo in dottrina, una soluzione del problema dei reati culturalmente orientati attraverso la valorizzazione delle circostanze appare poco fortunata. Innanzitutto per un atteggiamento poco relativista della giurisprudenza, assestata su un orientamento maggioritario che filtra i motivi di particolare valore morale o sociale ex art. 62 c.p. o le altre circostanze ex art. 62 *bis* c.p. attraverso le *Kulturnormen* della maggioranza. Anche l'orientamento minoritario, che mira a valorizzare la cultura del gruppo di appartenenza, pone l'inderogabile requisito della compatibilità con la Costituzione. BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 131; BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 433 ss. Vi è inoltre, un problema di sovraffollamento di situazioni valorizzabili ex art. 62 *bis* c.p., che invece va valutato come un'unica circostanza, come evidenziato da BASILE F., *op. cit.*, 459. Tuttavia un atteggiamento culturalmente più aperto al pluralismo potrebbe essere un'ideale barriera alla accentuazione, in chiave deterrente e assimilazionista, del fattore culturale tramite l'uso di aggravanti, come quella dell'art. 61 n. 1 c.p.: il motivo del reato culturalmente orientato dovrebbe essere definito futile o abietto anche alla luce delle considerazioni del gruppo di origine, cui appartiene anche la vittima nella maggioranza dei casi. Cfr. POLI P., *Aggravante dei motivi abietti e reati culturalmente motivati*, nota a Cass. pen., sez. II, sent. 18 febbraio 2010, n. 6587, in *Diritto penale contemporaneo* (rivista telematica), novembre 2010; POLI P., *Aggravante dei futili motivi e reati culturalmente motivati: un ulteriore tassello nella determinazione dei rapporti tra diritto penale e multiculturalismo*, nota a Cass. pen., sez. I, sentenza 21 dicembre 2011, in *Diritto penale contemporaneo* (rivista telematica), aprile 2012.

<sup>301</sup> Riconoscono la possibilità per il fattore culturale di agire a livello di commisurazione BASILE F., *op. cit.*, 425 ss; GRANDI C., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, 283.

In relazione alle prime, mirabilmente analizzate da accorta dottrina<sup>302</sup>, non si può negare che la giurisprudenza sia poco propensa a seguire elaborazioni - per la verità sparute - dottrinali in materia e sia piuttosto arroccata su intuizionismi irrazionali, inesorabilmente sottratti ad un concreto vaglio motivazionale. Inoltre, l'art. 133 c.p. non è mai riuscito ad arginare tale discrezionalità dilagante per il vuoto teleologico di cui è affetto, non essendo desumibile, nemmeno in via implicita dai criteri fattuali elencati, il fine della pena, quale metro di razionalità dell'arbitrio del giudice. È un esempio di scuola il dimostrare come ciascun indice della norma sia capace di imporre aggravamenti o attenuazioni di pena a seconda che si opti per una concezione retributiva o special - preventiva della pena. A ciò bisogna aggiungere la resistenza giurisprudenziale<sup>303</sup> a conferire al dettato dell'art. 27 Cost., sintesi emblematica di tutti i principi fondamentali della Costituzione in relazione alla funzione della pena, una reale portata cogente, tale da imporre un'univoca linea interpretativa all'art. 133 c.p.

Al di là di questi ostacoli, che esulano per larga parte dall'oggetto del lavoro, sembra corretto ritenere indice di individualizzazione della pena - prodromo necessario per un'offerta di risocializzazione - il fattore culturale del reo.

I problemi specifici della commisurazione della pena relativa a reati culturalmente orientati riguardano gli indici da valorizzare e

---

<sup>302</sup> DOLCINI E., *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Padova, 1979.

<sup>303</sup> MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 102.

il modo in cui valorizzarli. Nell'ambito di una funzione della pena costituzionalmente desunta quale integrazione sociale, che miri ad eliminare o attenuare i fattori di criminalità, creando o intensificando controfattori diversi dal mero timore dell'inflizione<sup>304</sup>, concordiamo con chi ritiene che il fattore culturale possa soltanto attenuare la colpevolezza<sup>305</sup>. Inoltre, la categoria dei reati culturalmente orientati rispecchia chiaramente quelle tendenze criminologiche che, in un'ottica comprensiva anche dei fattori esogeni della devianza, propugnano una «rieducazione della società» come passaggio obbligato per il recupero sociale dell'individuo: la necessità di un rapporto diverso, di corresponsabilità tra società e singolo - in questo caso straniero - trova risposte razionali soltanto in una funzione della pena risocializzante e, più a monte, in condizioni sociali e strutturali tese ad una migliore coesione di consensi intorno all'ordinamento<sup>306</sup>. Leggere gli indici ex art. 133 c.p. come appiglio normativo per giustificare pene più severe per i *cultural offenders* rispetto agli autori non motivati da un fattore culturale è, sostanzialmente, una palese propensione verso una funzione della pena deterrente e, dunque, verso un modello assimilazionista. Una netta affermazione di una funzione della pena general - preventiva negativa è criticabile per due ordini di ragioni.

---

<sup>304</sup> DOLCINI E., *op. cit.*, 158.

<sup>305</sup> Per tutti, BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 86 ss.

<sup>306</sup> BARATTA A., *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *La questione criminale*, 1976, 237 ss; DOLCINI E., *op. cit.*, 165; MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 108.

*In primis*, per ragioni di legittimità, dal momento che i principi costituzionali, tra cui la dignità umana e la personalità della responsabilità penale, vietano la strumentalizzazione dell'individuo per ottenere l'intimidazione altrui. Tra l'altro, ciò consisterebbe in un trattamento contrario al senso di umanità vietato dall'art. 27 Cost. e minerebbe fortemente sia quell'offerta di recupero sociale cui deve tendere la pena sia l'aggregazione di consensi frutto di una pena avvertita come giusta<sup>307</sup>. In secondo luogo, è poco più che una pia illusione credere che pene terroristiche ottengano l'effetto di trattenere gli altri dal commettere un reato: sebbene le analisi empiriche non siano molte, è ragionevole credere che pene elevate disorientino i consociati, rendano poco credibile il sistema e livellino il rischio penale, spingendo a commettere reati, magari più gravi, dai quali è possibile ottenere un profitto più elevato a parità di pena. Pene troppo severe esacerbano gli animi, fomentando atteggiamenti ostili nei confronti dello Stato (*defiance theory*<sup>308</sup>) e solidaristici nei confronti dei delinquenti.

Nei reati culturalmente orientati non solo questi effetti collaterali sono acuiti dal naturale diaframma che vi è tra Stato e immigrati, ma viene meno lo stesso postulato alla base della general - prevenzione negativa: i reati culturali non sono quasi mai il frutto di una ponderazione criminale, di un calcolo tra il beneficio ottenibile delinquendo e il dolore inflitto dalla pena, di modo che

---

<sup>307</sup> Sull'illegittimità e inefficacia di scelte fondate sulla general - prevenzione negativa DOLCINI E., *op. cit.*, 115 ss; MOCCIA S., *op. cit.*, 97 ss.

<sup>308</sup> Sulla teoria di L. W. Sherman si veda PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di criminologia*, 5<sup>a</sup> edizione, Milano, 2008, 117.

la minaccia e l'inflizione non fungono affatto da contropinta capace di trattenere il reo. Andranno, dunque, rigettate quelle interpretazioni che vedono nei reati culturali un'elevata capacità di delinquere, sia intesa come attitudine del soggetto verso il fatto commesso sia come elevata propensione a commettere ulteriori reati, foriere di un'elevazione di pena: altrettanto per gli altri indici andranno valorizzate le interpretazioni che lasciano trasparire una minore rimproverabilità per il fatto, causata dal conflitto culturale di cui l'autore è vittima. L'intensità del dolo o il grado della colpa possono essere attenuati dal fattore culturale<sup>309</sup>, che può abbassare il grado di consapevolezza del disvalore o il *quantum* di esigibilità della condotta doverosa pretermessa. In questo modo sarebbe già la gravità del fatto - indice primario ex art. 133 c.p. - ad abbassarsi e, con essa, anche la colpevolezza, quale limite invalicabile *in peius* di una pena funzionale ad esigenze di prevenzione. Ancora più congeniali a tal proposito sono gli indici di concretizzazione della capacità a delinquere. Il motivo a delinquere, quale causa psichica della condotta umana, potrebbe servire al giudice per valorizzare la motivazione culturale dell'attore in funzione di attenuante: il *cultural offender* ha delinquito perché scarsamente integrato, perché spinto da valori ancestrali percepiti come cogenti, perché una sua omissione gli avrebbe provocato una pena sociale e uno stigma molto più effettivi di una attesa o meno pena statale. Ovviamente nel caso di specie il motivo deve corrispondere alla cosiddetta coincidenza di reazione, che

---

<sup>309</sup> BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 117.

rappresenta uno dei elementi caratterizzanti l'esistenza di un reato culturalmente orientato: non certo un'aspirazione personale o uno sprazzo di subcultura criminale, ma un movente astrattamente idoneo a spingere a quella determinata azione tutti i membri di quel dato gruppo etnico - culturale.

Nella materia dei reati culturalmente orientati non si può prescindere dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo: l'ambiente rappresentato dal gruppo etnico di appartenenza è in profonda osmosi con il reo, che spesso si sente vincolato in misura maggiore di quanto non si sentisse in madrepatria, attraverso il meccanismo sociologico del rinforzo<sup>310</sup>.

Infine, le condotte antecedenti, contemporanee e susseguenti al reato possono illuminare aspetti del comportamento del reo sintomatici di un conflitto culturale in atto (es. sorpresa circa le conseguenze del reato, scarso rimorso), benché ciò contrasti con l'orientamento dominante in giurisprudenza, che assegna valore attenuante all'indice in questione soltanto quando si concretizzi in un atteggiamento di pentimento e spontaneo adeguamento alla legge: un ulteriore esempio di come, nella tematica dei reati culturalmente orientati, vadano ripensati gli schemi tradizionali.

Nonostante quanto detto, non sembrano facilmente rinvenibili in Italia sentenze nelle quali il fattore culturale abbia inciso in modo esplicito sulla commisurazione della pena, anzi, nell'eterogeneità che contraddistingue il tema, sono più note le posizioni che

---

<sup>310</sup> VAN BROECK J., *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 9, 2001, 31 ss.

vedono nel movente culturale un fattore di aggravamento della responsabilità<sup>311</sup>.

La commisurazione della pena rappresenta, al netto delle difficoltà generali in cui versa, l'ambito naturalmente deputato ad accogliere l'espressione del fattore culturale del reo, in un'ottica individualizzante e risocializzante della pena. Ci riferiamo, ovviamente, a quelle fattispecie che, astrattamente o nel caso concreto, sono orientate dal *background* dell'autore ma per le quali l'elevato grado di offensività o il rango primario dei beni giuridici lesi non giustificherebbe razionalmente, alla luce soprattutto delle istanze general - preventive, un trattamento esente da pena.

---

<sup>311</sup> Emblematica la posizione del GUP Trib. Padova, sent. 9 giugno 2006, n. 446, oppure del GUP Trib. Bologna, sent. 30 novembre 2006, citata da BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 217. Esula dalla tematica dei reati culturalmente orientati il problema del delinquente per convinzione: laddove il soggetto ponga in essere una violazione della legge penale per motivi eversivi, terroristici, di lotta politica e simili, non siamo in presenza di un movente etnico - culturale che pone il reo in un conflitto di coscienza meritevole di un trattamento sanzionatorio attenuato.

## *Capitolo IV*

### Reati culturalmente orientati e prospettive *de jure condendo*

SOMMARIO: 1. POSSIBILI SOLUZIONI DE JURE CONDENDO: L'IPOTESI DELL'INESIGIBILITÀ - 1.1. Inopportunità e rischi di un intervento legislativo. - 2. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.



### *1.1. Possibili soluzioni de jure condendo: l'ipotesi dell'inesigibilità*

L'idea di innovare il sistema penale vigente per rispondere alle istanze provenienti dalle società multiculturali è presente da tempo in contesti, come quello statunitense, fortemente caratterizzati dalla presenza di minoranze etnico - culturali.

Tuttavia, anche in quei Paesi il dibattito è acceso dal momento che introdurre un istituto *ad hoc* comporta rischi sia per la tenuta del sistema che per la buona realizzazione degli intendimenti che sono alla base<sup>312</sup> dell'innovazione legislativa.

La dottrina italiana si è diffusamente interrogata sulla possibilità di soluzioni *de jure condendo* rispetto al fenomeno dei reati culturalmente orientati. Tra le soluzioni che raccolgono maggiori consensi vi è quella in sede di punibilità<sup>313</sup>, una categoria negletta nel sistema penale odierno ma che riesce ad inquadrare una scelta politico - criminale di «non pena». Sebbene la formulazione letterale del codice penale parli, in modo neutro ma promiscuo, di non punibilità a proposito delle ipotesi più disparate, oscurando in tal modo l'essenza di un'apposita categoria, dal punto di vista sistematico l'impostazione prevalente ritiene la punibilità un carattere ontologico e, pertanto, necessario del reato. Secondo un orientamento minoritario, invece, la punibilità rappresenterebbe un

---

<sup>312</sup> In argomento, v. diffusamente *supra*, Cap. II del presente lavoro.

<sup>313</sup> BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006, 127 ss.; DE FRANCESCO G., *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 153 ss.; DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 247 ss.

quarto elemento del reato, da collocare accanto a tipicità, anti giuridicità e colpevolezza<sup>314</sup>.

Qualunque sia la posizione condivisa, la punibilità assolve alla medesima funzione: scindere il binomio reato - pena, dando valore alle esigenze di opportunità di astensione dalla sanzione criminale. La soluzione ipotizzata dalla dottrina che si è dedicata al problema dei reati culturalmente orientati è quella di introdurre una causa di non punibilità originaria, sulla falsariga dell'art. 649 c.p.: questa norma preclude l'intervento penale, sia pure di fronte a fattispecie pienamente rispondenti a norme incriminatrici a tutela del patrimonio, onde evitare irreparabili alterazioni nelle relazioni familiari. Si rende, dunque, parzialmente impermeabile all'intervento penale un ordinamento infrastatuale come la famiglia, legittimandone in tal modo l'autonomia e la dignità di esistenza. Allo stesso modo, secondo tale dottrina, il legislatore potrebbe decidere di lasciare impunito un fatto oggettivamente e soggettivamente costituente reato, in modo da evitare l'esacerbazione dei conflitti culturali latenti nella società, senza mettere in discussione il disvalore criminale della fattispecie. In breve, le esigenze di relativistica apertura alle minoranze sopravanzerebbero quelle connesse all'inflizione della pena.

Nonostante le cautele con cui la dottrina circonda questa proposta<sup>315</sup>, non la si ritiene pienamente condivisibile.

Innanzitutto, l'adesione ad un concetto di cultura etnicamente definito, la stringente prova in giudizio dei requisiti necessari

---

<sup>314</sup> Quest'orientamento è sostenuto da MARINUCCI G. - DOLCINI M., *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2012.

<sup>315</sup> DE MAGLIE C., *op. cit.*, 253 ss.

perché si possa parlare di reato culturalmente orientato, l'esclusione dall'ambito della futuribile causa di non punibilità delle violazioni dei beni giuridici fondamentali sono fattori che depotenziano di molto la portata della norma già in astratto. Essa finirebbe per coprire quei reati motivati dal fattore culturale annoverabili tra i delitti senza vittima, come l'incesto, la bigamia, l'uso di abbigliamento rituale, i delitti contro la pietà dei defunti o contro il sentimento per gli animali. Riteniamo che tali reati, alla luce dei principi costituzionali e internazionali, possano già subire un trattamento di esenzione da pena attraverso l'istituto dell'esercizio del diritto, dal momento che ledono beni giuridici equivalenti o inferiori rispetto al diritto di manifestare la propria cultura, quando non sia per essi consigliata una radicale abrogazione, stante un'assenza di disvalore anche al di fuori del movente culturale. La soluzione *de jure condito* ex art. 51 c.p. - da un lato più radicale, escludendo *in nuce* l'esistenza del reato - dall'altro appare meno problematica, perché elimina a monte i problemi di eguaglianza di trattamento e di incertezza del diritto connessi all'introduzione di una norma come quella in sede di punibilità che, di fatto, delegherebbe al giudice scelte di politica criminale che invece spettano al legislatore. Inoltre, la causa di non punibilità culturale lascerebbe inevasa la ricerca di una soluzione per i reati culturali lesivi delle immunità fondamentali, equiparandoli, di fatto, a quelli che non hanno alla loro radice un conflitto culturale di cui la società è corresponsabile, con ulteriore violazione del principio di eguaglianza.

Altra dottrina si muove invece nell'ambito della commisurazione della pena, in senso stretto e in senso lato<sup>316</sup>, per fondare una soluzione innovativa al problema dei reati culturalmente orientati. Un punto in comune agli approcci della dottrina, che è possibile già sottolineare, è quello relativo al fatto che non si vuole porre in discussione l'esistenza di un reato, evitando di agire sulle classiche categorie della costruzione tripartita, ma si preferiscono soluzioni più compromissorie. Fermo restando l'insopprimibile tasso di discrezionalità del giudice connesso alla commisurazione della pena, riteniamo che la mera introduzione di un'attenuante culturale non possa arginare i sempre più numerosi casi in cui imputato è un *cultural offender*: da un lato il fumoso meccanismo del bilanciamento di circostanze e lo scarso rilievo attribuito al controllo giurisdizionale sulla commisurazione finirebbero per concedere alla giurisprudenza l'ennesimo strumento di arbitrio; dall'altro, istituti che si prestano, a torto o a ragione, a veicolare tale giudizio già esistono nel nostro sistema - ci riferiamo all'art. 62 *bis* c.p. - e non sembrano aver contribuito egregiamente alla soluzione del problema dei reati culturalmente orientati.

Probabilmente sarebbe più opportuno riformulare l'art. 133 c.p. esplicitando i fini che il giudice deve seguire nella

---

<sup>316</sup> GRANDI C., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, 283, ipotizza l'introduzione di una circostanza attenuante culturalmente orientata, sulla scia della dottrina anglosassone della *cultural mitigating circumstance*: la *ratio* della norma sarebbe quella di un moderato multiculturalismo, che non rinuncia in nessun caso all'inflizione ma che riduce l'intensità sanzionatoria alla luce del fatto che la colpevolezza è diminuita dall'anormalità del conflitto culturale cui l'autore è esposto. La positivizzazione di tale attenuante, secondo l'Autore, avrebbe il vantaggio di instradare la discrezionalità giudiziaria maggiormente rispetto agli indici dell'art. 133 c.p. e di rendere più manifesta la scelta politico - criminale del legislatore.

commisurazione della pena e inserendo, al secondo comma, anche l'eventuale movente etnico - culturale dell'autore. Ma, com'è noto, le contingenze politiche e sociali sono ben lungi dal permettere una rifondazione complessiva del codice penale nella cui cornice possa trovare spazio questo intervento.

Probabilmente la tematica dei reati culturalmente orientati potrebbe contribuire ad ampliare il dibattito circa la categoria dell'inesigibilità: corollario di una concezione normativa della colpevolezza, l'esigibilità della condotta viene già menzionata da Frank nel triplice accertamento della stessa<sup>317</sup>, nelle forme di una situazione di normalità delle circostanze in cui il soggetto agisce: se esistono circostanze concomitanti anormali capaci di agire sulla volontà del reo in maniera così irresistibile da annichilire l'efficacia motivante del precetto penale, la pena non è giustificata. L'inesigibilità è generalmente poco accolta dalla dottrina italiana<sup>318</sup> nella sua valenza di scusante generale sovralegale, per le ovvie frizioni con le esigenze di legalità, e si preferisce considerarla il principio che permea le varie scusanti tassativamente presenti nel nostro ordinamento. Tra queste, probabilmente nessuna si attaglia al conflitto culturale vissuto dai

---

<sup>317</sup> SANTAMARIA D., voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, VII,1960, 653; VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, VI, 1988, 20 ss.

<sup>318</sup> Per questa ragione si è preferito trattare il tema dell'inesigibilità in sede di prospettiva *de jure condendo* e non come soluzione già possibile allo stato degli atti, sebbene alcuni Autori, come DE MAGLIE C., *op. cit.*, 229 ss., ritengano l'inesigibilità della condotta nei reati culturalmente orientati già valorizzabile nel sistema vigente, per i reati colposi, omissivi, ma anche per i reati dolosi non lesivi di beni giuridici primari.

*cultural offenders*: eppure, già nella letteratura anglosassone<sup>319</sup> è ben chiara l'idea che l'appartenenza culturale ad un gruppo possa essere così intensa - e intensificata dai meccanismi di rigetto alle dinamiche omogeneizzanti - da rendere ragionevolmente probabile che i membri di quel gruppo siano disposti ad affrontare un rischio penale pur di rispettare il proprio codice di comportamento. È fuori di ogni dubbio che i *cultural offenders* vivano un moderno dilemma di Antigone, perché all'imperativo proveniente dall'ordinamento giuridico esterno fa da contraltro quello che l'antropologia anglosassone chiama *ingroup value*, ovvero il codice morale che funge da collante e ragion d'essere del gruppo stesso. Appare quindi calzante a tali fattispecie la *ratio* stessa dell'istituto dell'inesigibilità ma riteniamo pienamente condivisibile l'assunto della dottrina e giurisprudenza maggioritaria che esclude l'ipotesi di una causa di esclusione della responsabilità non codificata.

Probabilmente una norma che codifichi una sorta di scusante culturalmente orientata risolverebbe i problemi connessi al rispetto formale del principio di legalità, ma costituirebbe comunque un alto rischio di arbitrarietà da parte dei singoli giudici<sup>320</sup> che, forse, neanche una costruzione precisa e determinata dell'istituto potrebbe arginare, dal momento che è inesorabilmente materia giudiziale l'accertamento in concreto del processo motivazionale.

---

<sup>319</sup> Per tutti, cfr. FOLETS M. C., *Cultural delicts: the repercussion of cultural conflicts on delinquent behaviour. Reflections on the contribution of legal anthropology to a contemporary debate*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 6, 1998, 187 ss.

<sup>320</sup> GRANDI C., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, 280.

Inoltre, una scusante di tal genere renderebbe meno praticabile la soluzione bipartita sulla base del bene giuridico offeso dal reato culturale, potendo potenzialmente portare a scusare anche condotte lesive di beni primari. Ma il vero *vulnus* in una scusante di tal genere sarebbe rappresentato dall'elemento normativo extragiuridico imprescindibile: il termine «cultura» dovrebbe necessariamente essere presente nella fattispecie e la sua problematica definizione ritorna come un vero e proprio assillo nella tematica dei reati culturalmente orientati. Da un lato bisognerebbe fare emergere il significato penalmente rilevante di cultura in senso etnico, tagliando fuori le subculture giovanili, quelle criminali, quelle eversive o meramente individuali. Ciò nonostante, in un giudizio individualizzato come quello relativo alle cause di esclusione della responsabilità probabilmente anche la sussunzione del movente concreto nel termine cultura potrebbe risultare più agevole: si tratterebbe di evidenziare se quel dato individuo, appartenente a quel dato gruppo etnico - culturale, in quelle date condizioni, possa ritenersi vittima di un conflitto culturale che l'ha portato a delinquere.

D'altro canto, perché la norma mantenga una propria ragion d'essere, bisognerebbe fare riferimento obbligato a concezioni culturali «altre» rispetto ai valori apprezzabili dalla cultura maggioritaria e dall'ordinamento giuridico quale sua espressione<sup>321</sup>. Si travalica la naturale essenza del criterio di

---

<sup>321</sup> BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006, 124, proprio in ragione di ciò sottolinea la scarsa praticabilità della soluzione in sede di inesigibilità. Ancora più radicale la posizione di DE FRANCESCO G., *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 146, che ritiene veicolabile attraverso l'inesigibilità soltanto i valori della maggioranza, svuotando del

inesigibilità, che opera classicamente rispetto a scelte motivazionali non apprezzate dall'ordinamento, ma neanche disapprovate in talune situazioni concrete: la futura scusante culturale, invece, dovrebbe veicolare scelte culturali per definizione antitetiche a quelle dell'ordinamento ed è notorio l'atteggiamento di chiusura della giurisprudenza in tal senso.

Quantunque si persegua l'ipotesi di una causa di inesigibilità culturalmente orientata, resterebbero comunque esclusi dal suo ambito di operatività i reati offensivi delle cd. immunità fondamentali per i quali, come esposto in precedenza, il fattore culturale non può giustificare nessun trattamento esente da pena.

### *1.2. Inopportunità e rischi di un intervento legislativo.*

Parte della dottrina non ritiene condivisibile l'introduzione di norme *ad hoc* per il problema dei reati culturalmente orientati<sup>322</sup>.

Esistono svariati ordini di ragioni che militano a sostegno di questa tesi.

*In primis*, vista la maggiore esperienza di altri Paesi nel trattare casi analoghi, è d'obbligo uno sguardo comparatista: nonostante i dibattiti, ad oggi, in nessun Paese di tradizione multiculturalista, compresi USA e Regno Unito, è formalizzata la *cultural defense*, ma sono presenti leggi speciali che disciplinano singole fattispecie (ad. es. la macellazione rituale o l'abbigliamento tradizionale) e vi

---

tutto l'istituto della sua potenzialità applicativa circa i reati culturalmente orientati.

<sup>322</sup> Per tutti, v. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 466 ss.



è un'apertura maggiore della giurisprudenza - con tutto ciò che ne consegue in sistemi di *common law* - a leggere gli istituti tradizionali in un'ottica relativistica. Il discorso cambia a proposito degli Stati multinazionali, in cui la differenza culturale è endogena, dipesa dalla presenza di minoranze autoctone<sup>323</sup>, ma questo non è il caso dell'Italia.

In secondo luogo, in un'ottica di sano realismo, non vi sono le condizioni politiche e culturali per avviare un dibattito non ideologizzato sul tema, anzi, vi è l'alto rischio che il legislatore rincorra un consenso facile valorizzando *contra reum* il fattore culturale: indici di questa tendenza si evincono dalla recente introduzione del reato di mutilazione genitale femminile e dal più generale atteggiamento verso la criminalità degli immigrati. E, seppure il legislatore trovasse la saggezza di intervenire *pro reo* - come, si è visto precedentemente, la Costituzione impone - non sarebbero da sottovalutare le reazioni di rigetto connesse alla sovraesposizione mediatica dei *cultural offenders*: l'introduzione di una norma *ad hoc* rischierebbe di fomentare quei separatismi e stereotipi che mira ad estirpare, dal momento che l'opinione pubblica è spesso assestata su posizioni filo - assimilazioniste, soprattutto in periodi di crisi economica e sociale.

In terzo luogo, da un punto di vista sistematico una formula legislativa rigida abdicerebbe alla funzione di baricentro che l'intervento statale deve assolvere nella tematica dei reati

---

<sup>323</sup> In questi Stati è molto più frequente trovare istituti *ad hoc* per valorizzare il fattore culturale: si veda l'art. 15 c.p. peruviano, rubricato «*Error de comprension culturalmente condicionado*», o il fenomeno dei *sentencing circle* di tipo sanzionatorio - riconciliativo presenti in Australia. Per riferimenti BASILE F., *op. cit.*, 49.

culturalmente orientati; la grande varietà casistica di fattispecie annoverabili in questa categoria, che ne rappresenta da un lato la straordinaria vitalità e dall'altro il suo congenito *deficit*, rende arduo immaginare la praticabilità di una soluzione univoca che tenga conto di tutte le variabili.

In un'ottica di costi - benefici probabilmente non è dunque conveniente formulare un istituto «culturalmente orientato»: appare più proficuo sottolineare la possibilità nel sistema vigente di una risposta giudiziaria calibrata diversamente quanto meno a seconda del bene giuridico tutelato e dell'offensività in concreto. A chi obietta che ciò rappresenterebbe l'ennesima delega in bianco alla magistratura, è possibile rispondere che la discrezionalità del giudice in tale contesto non sfocia in pieno arbitrio perché esistono dei limiti invalicabili: innanzitutto, dalla funzione della pena di integrazione sociale desunta dalla Costituzione discende l'assunto per il quale il fattore culturale può agire soltanto *pro reo*. Ciò comporta l'impossibilità per un giudice che voglia aggravare la pena di un *cultural offender* di motivare la sua decisione in tal senso. Inoltre, esigenze di determinatezza e tassatività - nonché una buona dose di realismo - impongono di adottare, nella categoria dei reati culturalmente orientati, un concetto di cultura ristretto all'ambito etnico, relativo alle minoranze immigrate o autoctone. Un giudice non potrebbe estendere, in via indulgenziale, il trattamento sanzionatorio più favorevole a chi, pienamente integrato nel contesto sociale, commetta il reato per una qualsivoglia motivazione culturale non maggioritaria. Piuttosto che una premoderna *clementia iudicis* si chiede alla giurisprudenza un'applicazione della legge orientata al principio costituzionale dell'eguaglianza sostanziale, giustificando la

differenza di trattamento in base ad un giudizio, razionalmente controllabile, di ragionevolezza.

La necessità di una giurisdizione sensibile alla diversità culturale<sup>324</sup> si sposa con una tendenza evidente negli odierni sistemi giuridici: dalla legge quale regola di supremazia della volontà del sovrano, del tiranno, ma anche della maggioranza parlamentare, si trapassa in alcune materie ad una regola di compatibilità, che tende a comporre gli interessi in gioco, quantunque minoritari, e non li faccia del tutto venire meno. Illustre dottrina<sup>325</sup> ha, a tal proposito, ricollegato il cosiddetto diritto flessibile al nuovo arcipelago delle fonti del diritto, ben lontano dalla piramide di kelseniana memoria. In un quadro in cui la gerarchia delle fonti perde vigore, a vantaggio del diritto internazionale, comunitario e dell'ingente congerie di *soft law*, la *regula juris* non può limitarsi ad imporre una scelta univoca tra interessi e valori in gioco, valevole ora e sempre, ma deve sforzarsi di abbandonare i radicalismi che delegittimano alcune delle posizioni in campo e cercare di coniugarle nel modo più ragionevole possibile.

---

<sup>324</sup> Vedi CAPUTO A., *La giurisdizione e i conflitti culturali*, in *Questione Giustizia*, 2005, 4, 724.

<sup>325</sup> RODOTÀ S., *Il diritto e i diritti nell'epoca dello «scontro delle civiltà»*, in *Questione Giustizia*, 2005, 4, 726 ss.

## 2. *Considerazioni conclusive.*

La tematica dei reati culturalmente orientati si rivela un campo di tensione tale all'interno del diritto penale che, probabilmente, un'analisi costante svela punti di domanda più numerosi delle accertate risposte. Ma, al termine della presente analisi, è possibile trarre qualche conclusione preliminare, utile per ulteriori approfondimenti.

Se si escludono soluzioni contingenti, il «nocciolo duro» dei reati culturalmente orientati è un problema di eguaglianza e della prevalenza che si attribuisce al suo senso formale o sostanziale: alla luce di ciò, il principio più strettamente penalistico di personalità della responsabilità penale, insieme con la precisa opzione politico - criminale in merito alla funzione della pena effettuata dalla Costituzione, impongono di prendere in considerazione l'effettivo grado di esigibilità di una condotta prevista come reato da leggi espressive delle *Kulturnormen* della maggioranza dei consociati. La funzione di integrazione sociale della pena rappresenta il perno sul quale trovano una base di ragionevolezza trattamenti sanzionatori attenuati - o, come si è visto, con le dovute cautele, vere e proprie esenzioni di pena - per autori di reati motivati da un fattore culturale. A tal proposito, non si può negare un riferimento a quello che rappresenta il vero «tallone d'Achille» dei reati culturalmente orientati: sebbene siano innegabili le ricche implicazioni teoriche, pratiche, comparatiste delle *cultural offences* la categoria sconta la sua formazione anglosassone: l'elemento extragiuridico «cultura» si presenta evanescente e suscettibile di interpretazioni estensive. Nel lavoro

si è scelto - quanto è lontano il ruolo dell'interprete mera *bouche de loi!* - di selezionare il termine cultura in senso etnico e collettivo, tralasciando stili di vita individuali, culture e subculture di gruppo non dotate di un grado di pervasività simile a quelle etnicamente caratterizzate, subculture criminali che, sebbene orientanti l'intera vita di un individuo, come i codici di condotta mafiosi o terroristici, non meritano tutela alla luce dei valori costituzionali. Con ciò non si vuole negare la congenita e aporetica ampiezza di significati del termine cultura, ma adottarne un'accezione più in linea con i principi di precisione, tassatività e determinatezza del diritto penale. Si è trattato di una scelta, come tale opinabile per quanto razionale e in linea con la maggiore dottrina, che risponde anche alle esigenze pratiche di una giurisprudenza, quella italiana, sempre più alle prese con conflitti culturali acuiti dalle dinamiche globalizzanti, al pari di quella di Paesi di più radicata immigrazione. Sicuramente anche un'accezione in senso etnico pone difficoltà nell'individuazione della cultura di appartenenza del singolo, essendo questo processo un'interpretazione piuttosto che un'esplicazione oggettiva, tra il rischio sempre presente di approcci etnocentrici e stereotipizzanti, e la variabilità causata dai processi di acculturazione, che vanificano ogni schematizzazione astratta. Questi inconvenienti, per quanto arginabili attraverso una minuziosa prova in giudizio del fattore culturale secondo il triplice accertamento menzionato nel lavoro, conducono alla terza riflessione conclusiva: i problemi del multiculturalismo sono una tematica in cui la giurisprudenza ha una forte prevalenza. Ciò si spiega sia per l'avvicinamento costante, ma finora incompleto, a sistemi in cui la giurisprudenza è fonte del diritto, evidente in qualsiasi branca dell'ordinamento, sia

perché il reato culturalmente orientato è scontro tra principi fondamentali dell'ordinamento: un classico «caso difficile» in cui il bilanciamento non può essere effettuato una volta per tutte dalla legge, giacché nessuno dei principi in questione può soccombere inesorabilmente, ma il giudice è chiamato ad effettuare una ponderazione, tenendo presente il caso concreto. La naturale propensione casistica della categoria è un'ulteriore segnale della sua formazione estranea al nostro sistema giuridico ma sembra essere stata pienamente metabolizzata dalla nostra giurisprudenza: ne è prova la varietà di soluzioni desunte dal diritto vigente per risolvere i vari casi di reati culturalmente orientati presentati dinanzi le Corti italiane. Tuttavia, l'effetto meno legittimante e meno delegittimante dell'intervento giurisprudenziale e la sua flessibilità, che elegge il giudice a referente principale di tutela nella società globalizzata, non arginano i difetti di questa concezione: una categoria già vulnerata dalla vaghezza del concetto di cultura diventa predominio pressoché assoluto della discrezionalità giudiziale e di scelte di politica criminale, non sempre razionalmente fondate e comunque non di competenza degli organi giurisdizionali.

Vanno nella direzione di un tentativo di razionalizzazione e sistematizzazione delle risposte giudiziarie le soluzioni qui proposte, ovvero ritenere che il fattore culturale possa avere valore attenuante nel caso di reati culturalmente orientati lesivi di beni giuridici primari e valore esimente - assenti soluzioni alternative più congeniali al caso concreto, in sede di tipicità o ex art. 5 c.p. per esempio - nel caso di messa in pericolo o offesa a beni di minore rilievo, sui quali prevale il diritto alla propria manifestazione culturale, nonché una prospettiva *de jure*

*condendo*, qualora ritenuta preferibile, che operi in sede di causa di non esigibilità.

Il rapporto tra diritto penale e culture diverse da quella maggioritaria, di cui esso è braccio armato, funziona come cartina di tornasole per valutare il grado di pluralismo dell'ordinamento: parafrasando Beccaria, se il livello di civiltà di un Paese si misura dalle sue carceri, altrettanto può desumersi dall'analisi dei trattamenti per il culturalmente diverso, soprattutto nel momento tipico dell'infrazione dei valori incarnati nelle norme penali.





## Bibliografia:

- ABBADESSA G., *Le mutilazioni genitali femminili (art. 583 bis e 583 ter)*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di CADOPPI A. - CANESTRARI S. - MANNA A. - PAPA M., Roma, 2011, VII, 507 ss.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- ANONIMO, *The Cultural Defense in the Criminal Law*, in *Harvard Law review*, vol. 99 n. 6, 1986, 1293 ss.
- BARATTA A., *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *La questione criminale*, 1976, 237 ss.
- BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.
- BASILE F., sub art. 583 bis c.p., in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006.
- BASILE F., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 04, 1296 ss.
- BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.
- BAUMAN Z., *Modernità liquida*, 17<sup>a</sup> ed., Bari, 2011.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene (1764)*, a cura di VENTURI F., 10<sup>a</sup> ed., Torino, 2011.
- BELLOMO F., *Nuovo sistema del diritto penale*, I, Bari, 2012.
- BERNARDI A., *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004.

- BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006.
- BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010.
- BIANCHI M., *Impiego di minori nell'accattonaggio (art. 600 octies)*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di CADOPPI A. - CANESTRARI S. - MANNA A. - PAPA M., Roma, 2011, VIII, 573 ss.
- BINDA M., sub *art. 5 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 121 ss.
- BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, 491 ss.
- BRICOLA F., sub *art. 25, 2° e 3° comma*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 24-26: Rapporti civili*, Bologna/Roma 1981, 227 ss.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973.
- BRICOLA F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, 3 ss.
- BRUNELLI G., *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A., Milano, 2008, 203 ss.
- C.N.B., *La circoncisione: profili bioetici*, parere, 28 settembre 1998.
- CAPPITELLI R., sub *art. 583 bis c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., II, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 4010 ss.

- CAPUTO A., *La giurisdizione e i conflitti culturali*, in *Questione Giustizia*, 2005, 4, 710 ss.
- CONFALONIERI A., *Delitti contro la libertà personale*, in *Diritto penale parte speciale*, a cura di PULITANÒ D., I, Torino, 2011.
- DE BENEDICTIS A., *Mutilazioni genitali femminili*, in *Diritto penale dell'immigrazione: aspetti sostanziali e processuali*, a cura di CENTONZE S., Torino, 2010, 313 ss.
- DE DONNO A., *La circostanza aggravante della clandestinità*, in *Diritto penale dell'immigrazione: aspetti sostanziali e processuali*, a cura di CENTONZE S., Torino, 2010, 105 ss.
- DE FRANCESCO G., *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 136 ss.
- DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010.
- DE SANCTIS F. M., *Diritti umani e globalizzazione*, in *Tra antico e moderno*, Roma, 2004.
- DEL CORSO S., sub *art. 50 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., II, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 428 ss.
- DEL CORSO S., sub *art. 51 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., II, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 435 ss.
- DI GIOVINE O., *Conclusioni (ovvero: Is Multiculturalism bad for criminal law?)*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 171 ss.
- D'IPPOLITO E., *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*,

commento a Cass. pen., sez. VI, sent. 22 giugno 2011, n. 43646, in *Cass. pen.*, 11, 2012, 3706 ss.

- DOLCINI E., *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Padova, 1979.
- DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 11 ss.
- ERONIA O., sub *art. 600 octies c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., II, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 4220 ss.
- FANCHIOTTI V., voce *Processo penale statunitense*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. II, tomo I, 808 ss.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, 22 ss.
- FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, 541 ss.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009.
- FIORE C., *il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 275 ss
- FIORE C., FIORE S., *Diritto penale: parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2008.
- FOGLETS M. C., *Cultural delicts: the repercussion of cultural conflicts on delinquent behaviour. Reflections on the contribution of legal anthropology to a contemporary debate*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 6, 1998, 187 ss.
- FORNASARI G., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A., Milano, 2008, 179 ss.

- GATTA G., *Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale* (rivista telematica), giugno 2009.
- GENTILOMO A. - KUSTERMAN A. - PIGA A., *Mutilazioni genitali femminili: la risposta giudiziaria*, in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 1, 13 ss.
- GILOTTA P., *Multiculturalismo e diritto penale nell'esperienza canadese e statunitense. Spunti per una riflessione sul tema della cultural defense*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 44 ss.
- GIUNTA F., sub art. 5 c.p. in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., II, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 62 ss.
- GRANDE E., voce *Justification and excuse (le cause di non punibilità nel diritto angloamericano)*, in *Dig. Disc.Pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 309 ss.
- GRANDI C., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, 269 ss.
- GRANDI C., *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale*, nota Corte d'Appello Bologna, sentenza 09 ottobre 2006 n. 2433, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 4, 498 ss.
- GROSSO E., *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione Italiana*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 109 ss.
- HÖFFE O., *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001.

- LONGOBARDO C., *Le mutilazioni genitali femminili*, in *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, a cura di CILARDO A., Napoli, 2011.
- MANCINI L., *I Rom tra cultura e devianza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 6, 770 ss.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Padova, 2011.
- MANTOVANI F., *Diritto penale: parte speciale*, I, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2012.
- MARINUCCI G. - DOLCINI M., *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2012.
- MARTINI A., sub *art. 133 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., II, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 1031 ss.
- MEZZETTI L., *Cultura e culture: paradigmi di tutela e protezione multilivello*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 13 ss.
- MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv .it .dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv .it .dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.

- MOCCIA S., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.
- MONTICELLI F., *Le "Cultural defenses" (esimenti culturali) e i "reati culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. Pen.*, 2003, 2, 540 ss.
- MONTICELLI F., *La Cultural defense*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 148 ss.
- PALIERO C. E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.
- PAVARINI M., *Criminalità e pena nella società multiculturale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 165 ss.
- PECORELLA C., *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 853 ss.
- PIQUÉ F., *La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo*, commento a Cass. pen., sez. VI, sent. 26 aprile 2011, n. 26153, in *Cass. pen.*, 9, 2012, 2960 ss.
- PLANTAMURA V., *Brevi note in tema di circoncisione maschile rituale, esercizio abusivo della professione e lesioni*, nota a Trib. Padova, sentenza 09 novembre 2007, in *Giur. merito*, 2008, 10, 2590 ss.
- POLI P., *Aggravante dei motivi abietti e reati culturalmente motivati*, nota a Cass. pen., sez. II, 18 febbraio 2010, n. 6587, in

*Diritto penale contemporaneo* (rivista telematica), novembre 2010.

- POLI P., *Aggravante dei futili motivi e reati culturalmente motivati: un ulteriore tassello nella determinazione dei rapporti tra diritto penale e multiculturalismo*, nota a Cass. pen, sez. I, sentenza 21 dicembre 2011, in *Diritto penale contemporaneo* (rivista telematica), aprile 2012.
- PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di criminologia*, 5<sup>a</sup> edizione, Milano, 2008.
- PROVERA A., *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, nota a Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 2, 964 ss.
- PULITANÒ D., *Lesioni personali e percosse*, in *Diritto penale parte speciale*, a cura di PULITANÒ D., I, Torino, 2011.
- RENTELN A., *The Cultural Defence: Challenging the Monocultural Paradigm*, in *Cultural Diversity and the Law: State Responses from around the World*, a cura di FOGLETS M. C., GAUDREAU - DESBIENS J. F., RENTELN A., 2010.
- ROBERTSON R., *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity in Global Modernities*, a cura di FEATHERSTONE M. - LASH S. - ROBERTSON R., Londra, 1995.
- RODOTÀ S., *Il diritto e i diritti nell'epoca dello «scontro delle civiltà»*, in *Questione Giustizia*, 2005, 4, 726 ss.
- ROMANO M., *“Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.
- ROMANO M., *Introduzione*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004.



- ROMANO M., sub *pre-art.1 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004.
- ROMANO M., sub *art.1 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004.
- ROMANO M., sub *pre-art. 39 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004.
- ROXIN K., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970, 2<sup>a</sup> ed. 1973), trad. it. S. MOCCIA, Napoli, 1986.
- RUGA RIVA C., *Il lavavetri, la donna col burqa, e il Sindaco. Prove atecniche di diritto penale municipale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 133 ss.
- SALCUNI G., *Multiculturalismo e forme di democrazia: il fenomeno delle mutilazioni genitali femminili*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 100 ss.
- SANTAMARIA D., voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, VII,1960, 646 ss.
- SBRICCOLI M., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in VIOLANTE L., (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 14: Legge Diritto Giustizia*, 1998, Torino, 590 ss.
- SELLIN T., *Culture conflict and crime*, New York, 1938.
- SENATO DELLA REPUBBLICA, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto conclusivo dell'indagine sulla condizione di Rom, Sinti e caminanti in Italia*, 9 febbraio 2011, XVI legislatura.
- SHULMAN H. M., *Cultural Aspects of Criminal Responsibility*, in *The journal of criminal law, criminology and police science*, vol. 43 n. 3, 323 ss.

- SMITH J. - HOGAN B., *Criminal law*, 10<sup>a</sup> edizione, Londra, 2002.
- SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 326 ss.
- TASSINARI D., *"Motivi culturali" e struttura del reato*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di STORTONI L. - TORDINI CAGLI S., Bologna, 2013, 127 ss.
- TONRY M., *Ethnicity, crime and immigration*, in *Crime and Justice*, Vol. 21, *Ethnicity, Crime and Immigration: Comparative and Cross-National Perspectives*, 1997, 1 ss.
- TONRY M., *A comparative perspective on minority groups, crime and criminal justice*, in , in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 6, 1998, 60 ss.
- TORIELLO M., *Il reato di clandestinità*, in *Diritto penale dell'immigrazione: aspetti sostanziali e processuali*, a cura di CENTONZE S., Torino, 2010, 69 ss.
- VALSECCHI A., *Due ulteriori delitti a tutela della vittima minorenni*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009: (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di MAZZA O. - VIGANÒ F., Torino, 2009, 274 ss.
- VAN BROECK J., *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 9, 2001, 31 ss.
- VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, VI, 1988, 1 ss.
- VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1994, 278 ss.
- VIGANÒ F., sub *art. 50 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 507 ss.

- VIGANÒ F., sub *art. 51 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 536 ss.
- VIOLA F., *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di BERNARDI A., 2006, 37 ss.
- WHO, *Female Genital Mutilation, Report of a WHO Technical Working Group* in Geneve 1995, July 17 - 19, 1995.
- WHO, *An update on WHO's work on female genital mutilation (FGM), Progress report*, 2011.
- ZACCARIA G., *La comprensione del diritto*, Roma - Bari, 2012.
- ZANETTI G., *Argomenti normativi in tema di escissione*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A., Milano, 2008, 231 ss.
- ZUCCONI V., *I bianchi d'America che si scoprono minoranza*, in *La Repubblica*, 18 Maggio 2012, 25.

