



diritto & religioni

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

ISSN 1970-5301

22



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni

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

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

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

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale

Diritto canonico

Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico

Sociologia delle religioni e teologia

Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

M. d'Arienzo, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

M. Jasonni, L. Musselli (†)

G.J. Kaczyński, M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

Giurisprudenza e legislazione canonica

Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale

Giurisprudenza e legislazione penale

Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli

P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

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

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

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

Norme culturali e diritto penale

MARCO GAMBARDELLA

1. Norme culturali vs. reati culturali

Innanzitutto un chiarimento sul titolo dell'intervento: "norme culturali e diritto penale". Si è preferito, ritenendolo più appropriato, l'uso del sintagma "norme culturali" rispetto a quello di "reati culturali", come poi si cercherà di spiegare meglio.

L'espressione "norme culturali" si ricollega almeno a due ambiti di rilevanza nel diritto penale, che si enunciano subito sommariamente per poi analizzarli singolarmente in modo più dettagliato¹.

Il primo ambito di rilevanza è la teoria delle *Kulturnormen* elaborata dal giurista tedesco Max Ernst Mayer all'inizio del novecento, e concernente i beni giuridici tutelabili dal diritto penale: la teoria si interroga principalmente su quali beni il diritto penale è tenuto a proteggere; e se i beni giuridici dovrebbero essere solo quelli che la "coscienza sociale" ritiene degni di tutela².

Il secondo ambito di rilevanza è la teoria di matrice anglo-sassone delle c.d. "*cultural defenses*" (esimenti culturali), che si applicherebbero nelle attuali società multietniche e multiculturali in presenza di condotte che nel nostro ordinamento costituiscono reato (*cultural offence*), anche se si tratta di comportamenti in sintonia con la cultura o i costumi religiosi della comunità in cui i soggetti attivi del reato si trovano inseriti.

Prima di esaminare questi due ambiti di rilevanza, mi preme dire per-

¹ La letteratura sul tema è ormai molto vasta: si veda ad es. ALESSANDRO BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 3 ss.; CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, ETS, Pisa, 2010, p. 1 ss.; FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 13 ss.

² Cfr. ALBERTO CADOPPI-PAOLO VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, parte generale*, Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2015, p. 110 ss.

ché è preferibile parlare di norme culturali, invece che di reati culturali. Da penalista ritengo non del tutto corretto dal punto di vista dogmatico-metodologico, e anche sotto il profilo del diritto vivente, parlare nel nostro ordinamento di “reati culturali”: si tratta di una categoria che non è raffigurata nell’attuale sistema penale italiano. Non è possibile infatti attingere dal catalogo di reati, il quale è chiuso da una regola che sbarra il sistema e non permette il ragionamento analogico (art. 25, comma 2, Cost.); mentre è sul piano delle norme scriminanti che si può isolare una categoria di reati cui si applicano le esimenti culturali (*cultural defenses*).

Il sistema penale bisogna pensarlo, a differenza del sistema civile, come un sistema chiuso, ossia come un catalogo definito *hic et nunc* di reati – altrimenti non lo comprendiamo correttamente. Quindi, non abbiamo nel catalogo degli illeciti penali una pluralità di reati culturali, ma abbiamo in realtà una molteplicità di norme culturali che possono entrare nel dibattito penalistico, in forma di scriminanti o di esimenti in senso ampio. Le scriminanti e le esimenti in senso lato non sono inoltre soggette alla riserva di legge nel diritto penale. Non possiamo parlare di reati culturali, ma giustamente come ne parlano anche gli anglosassoni, di esimenti culturali. Pertanto, il problema non consiste nell’aver dei reati culturalmente orientati, bensì di vedere come dare rilevanza e se bisogna dare rilevanza a norme estranee alle norme incriminatrici, le quali hanno un impatto siccome norme (di cultura) che autorizzano o scriminano in senso lato comportamenti che normalmente costituiscono reato.

L’altra precisazione che mi preme fare, quando si parla di norme culturali, è quella di evitare l’ambiguità sintattica: il termine “norma” è infatti un termine polisemico. Bisogna stare attenti ad usarlo nel modo giusto e precisarlo, perché norma può designare sia ciò che normalmente accade (“di norma accade questo”) sia una regola che deve essere rispettata e che ha conseguenze giuridiche. Bisogna stare attenti a metterci d’accordo: col sintagma “norma culturale” parliamo di quello che normalmente accade o di una regola di diritto che deve essere rispettata? Perché le due significazioni hanno conseguenze completamente diverse.

Poi un’altra delucidazione indispensabile, è quella di distinguere la “disposizione” (o il testo) dalla “norma”: altrimenti non ci accordiamo più con tutta l’elaborazione compiuta dalla giustizia costituzionale e con tutti i discorsi dei giuristi. Giacché una cosa è il testo e un’altra cosa è la norma che è il contenuto di significato che si ricava da quel testo (o disposizione)³.

Un solo esempio: prendiamo in considerazione la contravvenzione di atti

³ Cfr. RICCARDO GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 35 ss.

contrari alla pubblica decenza (peraltro di recentemente depenalizzata) (art. 726 c.p.). Il testo del reato di atti contrari alla pubblica decenza non è mai stato cambiato, ma se voi andate a prendere la giurisprudenza degli anni '80, il "topless" in una spiaggia pubblica veniva reputato integrante questa tipologia di reato⁴. Il testo della disposizione non è mai variato, ma la norma, cioè l'attribuzione di significato che vi dà l'interprete, è mutata. Quindi attenzione a parlare di interpretazione delle norme, le norme non si interpretano perché sono l'oggetto di un procedimento di interpretazione che ha ad oggetto la disposizione o il testo, mentre la norma è il risultato del processo di interpretazione. L'art. 726 c.p. non è mai stato modificato come testo nella sua disposizione, il contenuto normativo ha tuttavia subito un grosso processo di diversificazione col mutamento sociale⁵.

2. Kulturnormen e beni da tutelare penalmente

Compiute queste premesse, veniamo al primo ambito delle *Kulturnormen* in funzione dei beni da tutelare. Qui può osservarsi che tale teoria può essere impiegata per affinare e completare la nota tesi di Franco Bricola sui beni costituzionali da proteggere. Individuando, in pratica, quali beni nell'ambito degli interessi costituzionalmente rilevanti siano da ritenersi particolarmente "significativi": i beni di rilievo costituzionale alla luce, dunque, del parametro del "consenso sociale".

Ebbene, nella "concezione costituzionale-culturale" del bene giuridico, il legislatore, una volta appurato che la coscienza sociale ritiene degno di repressione penale un certo fatto storico, sarebbe allora vincolato a prevederlo come reato⁶.

Il consenso sociale servirebbe ad individuare quei beni e quegli interessi che devono essere oggetto di tutela penale. Questa concezione costituzionale-culturale dei beni giuridici, secondo alcuni, è entrata esplicitamente nella giurisprudenza costituzionale. Viene individuato un (presunto) avallo di questa concezione del bene giuridico "costituzionale-culturale" da parte della storica sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988. Nella sentenza in un passaggio esplicitamente si afferma la «necessità che il diritto pe-

⁴ Cass., sez. II, 12 luglio 1982, Selmin, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1961; Cass., sez. VI, 8 marzo 1974, Randazzo, in *Giust. pen.*, 1975, II, c. 46.

⁵ MARCO GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 258 ss.

⁶ In proposito, cfr. ERNESTO D'IPPOLITO, *Teoria della legittimazione e diritto penale*, Tesi dottorale, Università degli Studi di Parma, Cap. 3.

nale costituisca davvero l'*extrema ratio* di tutela della società, e sia costituito da norme non numerose, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da essere percepite anche in funzione di norme "extrapenali" di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare».

Dunque secondo questa teorica è proprio la Corte costituzionale che in tale celeberrima sentenza asserisce che bisogna tutelare quello che la coscienza sociale ritiene "valore" in quel certo momento. Ma allora se questo fosse vero, ci dobbiamo chiedere se sia possibile rivolgersi alla Corte costituzionale per colmare siffatte lacune assiologiche, laddove non vi fosse appunto una tutela di tali beni che la coscienza sociale vorrebbe protetti. Bisogna adire la Corte e chiedere una sentenza additiva per colmare la lacuna assiologica? È possibile farlo giacché abbiamo dei valori e degli interessi che sono costituzionalmente obbligati ad essere tutelati dal diritto penale?

Ne abbiamo un esempio importantissimo negli ultimi anni. La Corte costituzionale (sent. n. 5 del 2014) ha implicitamente "ripristinato" il reato di "associazione paramilitare" che ad un certo punto il Governo con un provvedimento stravagante aveva eliminato. Il decreto legislativo n. 66 del 2010 (art. 2268 comma 1 n. 297, codice dell'ordinamento militare) ha infatti espressamente abrogato il d.lgs. n. 43 del 1948 e, di conseguenza, si è prodotta l'abolizione della incriminazione ivi contenuta all'art. 1, la quale vieta "associazioni di carattere militare per scopi politici".

La Corte costituzionale ha affermato che il divieto di associazione paramilitare è un valore tutelato dall'art. 18 della Cost., al cui secondo comma è stabilito che "sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare". Ha chiarito la Corte che «*il d.lgs. n. 43 del 1948, infatti, è coevo alla Costituzione e costituisce l'immediata attuazione dell'art. 18, secondo comma, Cost. L'atto normativo in questione, in coerenza con la previsione della Carta costituzionale, si prefigge di impedire attività idonee a influenzare e pregiudicare la formazione democratica delle convinzioni politiche dei cittadini, anche se non riconducibili a violazioni delle comuni norme penali, il che implica la sussistenza di un effettivo contenuto normativo di rilevanza costituzionale [...] È da aggiungere che se, come si ritiene, la ratio dell'incriminazione delle associazioni di carattere militare per scopi politici, come anche quella dell'art. 18, secondo comma, Cost., risiede nell'esigenza di salvaguardare la libertà del processo di decisione politica*»⁷.

⁷ Corte cost., 23 gennaio 2014, n. 5, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1164 ss.

La Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale la norma che aveva abrogato le associazioni paramilitari, facendo così rivivere di fatto l'incriminazione del 1948 sulle associazioni paramilitari, e convalidando l'opzione di un obbligo costituzionale di penalizzazione⁸. Di obblighi costituzionali di penalizzazione ne abbiamo almeno un altro all'art. 13 comma 4 Cost., secondo cui è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. Quindi se il legislatore abrogasse l'art. 608 c.p. ("abuso dell'autorità contro detenuti o arrestati") vi sarebbe una violazione dell'obbligo costituzionale di incriminazione, e si potrebbe adire la Corte costituzionale per far valere la lacuna assiologica al fine di ripristinare l'incriminazione che il legislatore ha abrogato, annullando la norma abrogatrice⁹.

Ma è possibile attraverso le "Kulturnormen" rivolgersi alla Corte costituzionale e chiedere alla stessa di colmare le lacune assiologiche? A mio avviso, le lacune assiologiche non possono essere colmate attraverso il ricorso alla Corte costituzionale, perché la teoria delle "Kulturnormen", come si è cercato di argomentare da queste due disposizioni costituzionali, trova una sua limitata rilevanza all'interno della Costituzione. Si può forse dire, però, che le "Kulturnormen" possono funzionare solo in negativo, unicamente in funzione limitativa della potestà legislativa. Il legislatore non può sanzionare penalmente quei fatti che, in base alle norme di civiltà, non sono meritevoli di protezione penale. In forma limitativa dunque e non propositiva, in quanto circoscrivono l'intervento del legislatore che non potrebbe tutelare penalmente fatti che non sono sentiti dalla coscienza sociale come meritevoli di tutela penale.

In definitiva, va accolta la visione teorica che propugna un funzionamento solo "in negativo" della tesi basata sulle *Kulturnormen*. Nel senso che essa sia soltanto in funzione inibente della potestà normativa del legislatore. Non sanzionando, quindi, penalmente quei fatti che in base alle norme di civiltà non sono recepiti come meritevoli di tutela penale.

⁸ Corte cost., 23 gennaio 2014, n. 5, cit., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2268 d.lgs. n. 66 del 2010 (codice dell'ordinamento militare), nella parte in cui, al n. 297 del comma 1, ha abrogato la disposizione relativa al reato di associazione di carattere militare per scopi politici (d.lgs. n. 43 del 1948).

⁹ MARCO GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 126 ss.

3. Esimenti culturali e globalizzazione

E veniamo adesso al secondo ambito di rilevanza delle norme culturali: quello delle c.d. esimenti culturali (*cultural defenses*)¹⁰.

La questione si pone con riferimento a comportamenti e abitudini sociali di persone appartenenti ad altri contesti, che vengono trapiantate nella nostra Nazione a seguito di fenomeno immigratorio.

Ora, come è noto, nel mondo i diritti umani non sono affermati dovunque allo stesso modo, non riconoscendosi ad esempio in alcuni Paesi la parità tra uomo e donna, né escludendosi l'uso della violenza come metodo educativo.

Cosicché, si pone il problema – in sostanza – di stabilire se le tradizioni culturali (o religiose) altrui, in presenza dell'adesione dell'autore a tali modelli socio-culturali o religiosi abbia un rilievo nell'ordinamento penale.

La questione è conosciutissima, ma a mio avviso va ribaltata. Non dobbiamo muovere dalla presenza di reati culturali, dobbiamo muovere dalla domanda: in che modo possiamo dar rilievo a comportamenti tenuti da soggetti appartenenti ad altre culture o altre religioni o, se sono la stessa cosa, a culture e religioni come concetto unico? Possiamo darne rilevanza all'interno del sistema penale?

Come può astrattamente avere un qualche rilievo nel nostro ordinamento il fatto che l'autore di un reato previsto nel nostro sistema penale, si sia in realtà conformato a regole culturali o religione condivise o accettate nella sua cultura o nel suo Paese di origine?

Si tratta di comportamenti, cioè, in sintonia con la cultura e i valori religiosi della comunità in cui i soggetti attivi del reato si trovano inseriti.

In realtà, è molto scemata la possibilità di poter parlare di casi di mancata conoscenza delle regole giuridiche di base di un certo Paese. E pertanto di collegarsi all'istituto dell'errore di diritto. Vi è stato un superamento del legame esclusivo tra territorio e potere politico, tipico dell'ordine internazionale fondato sugli Stati (e la sovranità statale).

Il comportamento "deviante" dovrebbe stimarsi consapevole almeno nella c.d. "sfera parallela laica" proprio in considerazione del fenomeno della "globalizzazione". Globalizzazione intesa come «*intensificazione di relazioni sociali mondiali che collegano tra loro località molto lontane, facendo sì che gli eventi locali vengano modellati da eventi che si verificano a migliaia di chilometri di distanza e viceversa [...] La globalizzazione è dunque essenzialmente una espansione della modernità dall'ambito europeo-occiden-*

¹⁰ Cfr. in proposito, nella dottrina italiana, CRISTINA DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 105 ss.; FABIO BASILE, *op. cit.*, p. 13 ss., p. 325 ss.

tale al mondo intero: è la modernità su scala globale»¹¹.

4. La rilevanza delle norme di cultura nel sistema penale

Per quanto concerne nello specifico la teoria degli esimenti culturali rispetto alle condotte penalmente illecite, va subito notato come la giurisprudenza italiana continui ad essere molto rigorosa e soprattutto restia nel riconoscere la sussistenza di una *cultural defenses*.

Dal punto di vista penale, è possibile provare a fare una specie di catalogo degli eventuali affioramenti penalistici delle norme culturali¹². Gli istituti che sembrano venire in rilievo sono i seguenti.

In primo luogo, dobbiamo chiederci se la norma culturale può operare nel senso di eliminare la “imputabilità”, cioè la capacità di intendere e di volere del reo (art. 85 c.p.)¹³. Nel nostro sistema la pena non si applica al non imputabile, il quale è assoggettabile solo a misure di sicurezza quando sia “pericoloso” e abbia commesso un fatto che astrattamente costituisce reato. Qui la strada mi sembra veramente impervia, perché bisognerebbe battere sul concetto di capacità di intendere. Per capacità di intendere si ritiene comunemente (anche in giurisprudenza) che sia la capacità di percepire il significato delle proprie azioni, cioè il valore che esse assumono in rapporto agli altri¹⁴. Mi sembra che dalla definizione giurisprudenziale non abbiamo spazi per poter introdurre le norme culturali, in chiave scriminante o in chiave di non punibilità, all’interno del nostro sistema.

In secondo luogo vengono in considerazioni le c.d. “cause di giustificazione”. Si tratta di “contronorme” che autorizzano o permettono ciò che di solito è reato¹⁵. Le norme culturali-religiose escluderebbero così, imponendosi nel conflitto (antinomia), l’antigiuridicità penale della condotta conforme al fatto tipico, così “tipica” ma non illecita nell’ordinamento.

Chi concorre alla realizzazione di un fatto tipico commesso in presenza

¹¹ Così ANTHONY GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 71 ss.

¹² Si veda in proposito FABIO BASILE, *op. cit.*, p. 354 ss.; CRISTINA DE MAGLIE, voce *Reati culturalmente condizionati*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Giuffrè, Milano, 2014, p. 879 ss.

¹³ Cfr. ALESSANDRO BERNARDI, *op. cit.*, p. 108 ss.

¹⁴ Ad esempio, per Cass., sez. I, 15 febbraio 1982, n. 7327, in *C.E.D. Cass.*, n. 154729, ai fini dell’imputabilità, l’espressione capacità di intendere indica l’idoneità del soggetto a valutare il significato e gli effetti della propria condotta, mentre quella di volere indica l’attitudine dello stesso ad autodeterminarsi in relazione ai normali impulsi che motivano l’azione.

¹⁵ Cfr. in questo senso, per tutti, GIORGIO MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, in G. Marinucci-E. Dolcini, *Studi di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 97 ss.

di una causa di giustificazione non è punibile, perché concorre in un fatto lecito; la condotta del partecipe deve essere considerata lecita.

Le cause di giustificazione rendono lecito il sacrificio di un bene giuridico, per salvaguardare un bene che l'ordinamento ritiene preminente. Si parla, a tal proposito, di un giudizio di liceità a carattere oggettivo¹⁶. La rilevanza oggettiva delle cause di giustificazione trova esplicito e vincolante riconoscimento nel codice penale: l'art. 59 comma 1 c.p. stabilisce che le circostanze che escludono la pena – tra cui rientrano le cause di giustificazione – sono valutate a favore del soggetto agente anche se da lui non conosciute, o per errore ritenute inesistenti.

Per cause di giustificazione in senso stretto possono intendersi quelle contronorme che è possibile trarre da tutto l'ordinamento (quindi non sono norme strettamente penali e non sono soggette alla riserva di legge penale) che autorizzano o impongono rendendo lecito un certo comportamento che di regola è sanzionato penalmente¹⁷. Quindi le norme culturali giocherebbero come norme scriminanti che autorizzerebbero o consentirebbero comportamenti che normalmente sono sanzionati penalmente. Talvolta come consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), talaltra come esercizio di un diritto (art. 51 c.p.).

Se qualificassimo le norme culturali come norme scriminanti in senso stretto, dovremmo trarre anche tutte le conseguenze del diritto penale. Le conseguenze sono che un comportamento che non è antigiuridico perché giustificato, è lecito in tutto l'ordinamento. Quindi se si concorresse con una persona che sta tenendo un comportamento tipico (artt. 110 e ss. c.p.), e cioè conforme alla fattispecie legale, ma non antigiuridico, perché opera sulla base di una causa di giustificazione (qui la norma culturale), il coautore non risponderebbe di nulla né in chiave penale né in chiave civile e comunque in nessun settore dell'ordinamento, in quanto egli concorrerebbe con una persona che sta tenendo un comportamento lecito (artt. 118 e 119 c.p.).

Diversamente, se si qualificasse le norme di cultura alla stregua di una causa di esclusione della colpevolezza, quindi come scusante o esimente, il concorrente risponderebbe del reato anche se il soggetto che tiene la condotta è scriminato perché è configurabile l'esimente. Sono due situazioni diverse, che operano oltretutto nel sistema in modo diverso: le cause di giustificazione non operano come le scusanti sul piano soggettivo della colpe-

¹⁶ V. anche in chiave critica, di recente MASSIMO DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 698 ss.

¹⁷ Cfr. GIORGIO MARINUCCI, *op. cit.*, p. 97 ss.

volezza penale, ma operano su un piano oggettivo in tutto l'ordinamento.

A livello giurisprudenziale, il consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) è normalmente escluso dall'orizzonte delle norme culturali. La massima giurisprudenziale ricorrente è quella che la causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto non opera nel reato di maltrattamenti in famiglia.

Invero, per la Corte di cassazione, quest'ultimo delitto non può essere scriminato dal consenso dell'avente diritto, sia pure affermato sulla base di opzioni *sub*-culturali relative ad ordinamenti diversi da quello italiano. Dette *sub*-culture, infatti, ove vigenti, si porrebbero in assoluto contrasto con i principi che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, in particolare con la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 Cost., i quali trovano specifica considerazione in materia di diritto di famiglia negli articoli 29-31 Cost. E nel caso di specie la scriminante del consenso dell'avente diritto era stata fondata sull'origine albanese dell'imputato e delle persone offese per le quali varrebbe un concetto dei rapporti familiari diverso da quello vigente nel nostro ordinamento¹⁸.

Ora, si prende in esame un *obiter dictum* di un'importante sentenza della Corte di cassazione del 2011, in cui si è data rilevanza all'errore sulla liceità del fatto determinato da "fattori culturali". In questa pronuncia si è affermato che la circoncisione rituale ebraica è scriminata a seguito della legge n. 101 del 1989, escludendo sia il reato di lesioni personali che quello di esercizio abusivo della professione (art. 348 c.p.)¹⁹.

La Corte di cassazione in sostanza ha asserito che se si fosse trattato di una circoncisione nell'ambito delle pratiche religiose ebraiche, la circoncisione sarebbe stata coperta dalla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto. Perché si è affermato ciò? La ragione è la vigenza della legge 8 marzo 1989, n. 101, che ha dato attuazione all'Intesa del 27 febbraio del 1987, contenente la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane; tale normativa contiene un implicito riconoscimento della conformità della pratica circoncisoria ebraica ai principi dell'ordinamento giuridico italiano.

Quello che è interessante dal punto di vista del diritto penale (sicuramente proprio perché è un *obiter*, la Corte di cassazione non approfondisce tuttavia il tema), è il fatto che bisogna stare attenti nel ricordarsi che l'art.

¹⁸ Cass., sez. VI, 20 ottobre 1999, n. 3398, Bajrami, in *C.E.D. Cass.*, n. 215158; nello stesso senso, successivamente, Cass., sez. VI, 19 marzo 2014, n. 19674, *ivi*, n. 260288.

¹⁹ Cass., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3706 ss., con nota di ERNESTO D'IPPOLITO, *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*.

50 c.p., sul consenso dell'avente diritto, è una scriminante che ha un ambito di applicazione molto ristretto: serve, ad esempio, quando vado dal dentista a togliermi un dente, non serve per l'attività medica in senso stretto, per l'operazione medico-chirurgica. Non serve perché trova il limite nell'art. 5 del codice civile. Invero, le lesioni personali sono scriminate dal consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), nei limiti in cui il consenso sia dato su un atto che rientra tra quelli consentiti di disposizione del proprio corpo, ai sensi dell'art. 5 c.c.; ossia un atto che non determina una diminuzione permanente dell'integrità fisica.

Certo, qui la Cassazione va un po' veloce, non approfondisce l'argomento, ma trattandosi di un *obiter* non era un problema da risolvere ai fini della decisione del caso di specie. Ci dobbiamo però chiedere: ha determinato, quell'atto, la diminuzione permanente dell'integrità fisica? Perché se l'avesse determinata – personalmente non sono in grado di dare una risposta poiché non sono un esperto di circonscisione –, allora sicuramente non sarebbe possibile fare operare la scriminante dell'art. 50 c.p., che ha un ambito di applicazione molto ristretto; e si dovrebbe far operare (e normalmente nell'attività medica si fa) la scriminante dell'esercizio del diritto di cui all'art. 51 c.p.

Per quanto concerne poi la scriminante dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.), si è affermato, ad esempio, che lo straniero imputato di un delitto contro la persona o contro la famiglia (nella specie: maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale, violazione degli obblighi di assistenza familiare) non può invocare, neppure in forma putativa, la scriminante dell'esercizio di un diritto correlata a facoltà asseritamente riconosciute dall'ordinamento dello Stato di provenienza, qualora tale diritto debba ritenersi oggettivamente incompatibile con le regole dell'ordinamento italiano, in cui l'agente ha scelto di vivere, attesa l'esigenza di valorizzare –in linea con l'art. 3 Cost.– la centralità della persona umana, quale principio in grado di armonizzare le culture individuali rispondenti a culture diverse, e di consentire quindi l'instaurazione di una società civile multietnica²⁰.

Quanto alla “colpevolezza”, nel diritto penale essa si sostanzia nella possibilità di muovere un rimprovero all'autore di una condotta tipica e anti-giuridica. La colpevolezza è esclusa in mancanza dell'elemento soggettivo, in particolare per la carenza del dolo. Ovvero perché la condotta è “scusata” per la presenza di una situazione peculiare al cospetto della quale non è possibile pretendere che il soggetto determini la propria condotta in con-

²⁰ Cass., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 14960, in *C.E.D. Cass.*, n. 263122.

formità del divieto: cause di inesigibilità di un comportamento conforme alla legge incriminatrice. Come ad esempio, l'errore inevitabile sul precetto penale, che scusa ex art. 5 c.p. nella riformulazione per effetto della sentenza costituzionale n. 364 del 1988: anche se il fenomeno della "globalizzazione" riduce lo spazio di tale errore.

Nella giurisprudenza di legittimità si è sostenuto che non rileva sotto il profilo del dolo, per l'integrazione del reato di maltrattamenti in danno della moglie, il credo religioso dell'autore delle condotte, non potendo ritenersi che l'adesione ad un credo, che non sancisca la parità dei sessi nel rapporto coniugale, giustifichi i maltrattamenti in danno della stessa²¹.

Inoltre, ad avviso della Corte di cassazione l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti in famiglia, integrato quest'ultimo dalla condotta dell'agente che sottopone la moglie ad atti di vessazione reiterata, non può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta nei rapporti interpersonali²².

Si è affermato poi nello stesso senso che l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti in famiglia non può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, considerato che la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (art. 2 Cost.), nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3, commi 1 e 2 Cost.) costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili²³.

Ora riprendendo il discorso sul caso della "circoncisione rituale", in realtà la decisione prima citata fa operare l'art. 5 c.p. all'interno della categoria delle cause di esclusione della colpevolezza, secondo l'opzione sistematica tracciata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988²⁴. Sulla scorta della quale non può essere mosso un rimprovero al soggetto, perché

²¹ Cass., sez. VI, 26 marzo 2009, n. 32824, in *C.E.D. Cass.*, n. 245185. In dottrina, cfr. FABIO BASILE, *op. cit.*, p. 408 ss.; CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 218 ss.

²² Cass., sez. VI, 26 novembre 2008, n. 46300, in *C.E.D. Cass.*, n. 242229.

²³ Cass., sez. VI, 8 novembre 2002, n. 55, Khouider, in *C.E.D. Cass.*, n. 223192.

²⁴ Cass., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646, cit.

ha operato in una situazione in cui è presente una c.d. causa scusante. In questo modo, si potrebbe porre tuttavia il problema del concorso di persone, in quanto il soggetto che concorre nel reato non è privo della colpevolezza e potrebbe rispondere del reato.

Proprio perché la Corte di cassazione ha inquadrato l'art. 5 c.p. quale causa di esclusione della colpevolezza, la formula di assoluzione è "il fatto non costituisce reato" e non "il fatto non sussiste" (formula quest'ultima completamente diversa): il fatto effettivamente sussiste, ma non può essere rimproverato. In definitiva, la Cassazione vuole far notare come il fatto sussista, ma ciò che viene a mancare è la colpevolezza in capo alla singola persona la quale ha commesso un fatto tipico e antigiuridico, ma non anche colpevole, poiché vi è un'ipotesi di ignoranza inevitabile.

Altri ambiti di emersione delle norme culturali, potrebbero essere le circostanze attenuanti: possiamo applicare delle circostanze che attenuano la pena in presenza di norme culturali?²⁵

A tal proposito, è difficile applicare l'art. 62 n. 1 c.p.: la circostanza attenuante comune di aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale; giacché la giurisprudenza univoca ritiene che in questo caso i valori debbano essere avvertiti dalla prevalente coscienza collettiva e debbano corrispondere alla morale o etica corrente, in modo da rendere ontologicamente inconfigurabile la circostanza attenuante in parola.

Potrebbe forse applicarsi la circostanza attenuante generica di cui all'art. 62-bis c.p., in quanto essa ha un contenuto indefinito; si tratta in pratica di uno strumento per il giudice di perequazione sanzionatoria. Qui potrebbe rilevare la minore colpevolezza del reo.

Sicuramente poi il giudice potrebbe operare nella fase di commisurazione della pena, all'interno della forbice edittale ex artt. 132 e 133 c.p. Il giudice potrebbe in queste ipotesi prescegliere come pena-base il minimo edittale nella cornice sanzionatoria (il lato-basso della cornice del trattamento sanzionatorio previsto dal reato)²⁶.

Mentre, ci dobbiamo chiedere: si può applicare, viceversa, la circostanza aggravante dei motivi futili? La Cassazione si è posta tale problema in una sentenza poco nota, nella quale ha annullato la parte di pena inflitta sulla base dell'aggravante dei futili motivi, affermando che non si applica la circostanza dei motivi futili (art. 61 n. 2 c.p.), nell'ipotesi di tentato omicidio in

²⁵ Sul punto, cfr. ALESSANDRO BERNARDI, *op. cit.*, p. 75 ss.; FABIO BASILE, *op. cit.*, p. 430 ss.; CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 241 ss.

²⁶ Cfr. ALESSANDRO BERNARDI, *op. cit.*, p. 114 ss.; CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 233 ss.

presenza di una motivazione ricollegabile ad un fattore culturale²⁷.

Il caso riguarda un padre che, sentitosi disonorato dalla figlia minorene la quale aveva avuto rapporti sessuali senza essere sposata con un giovane di fede diversa violando i precetti dell'Islam, aveva provato ad uccidere la figlia, cercando di soffocarla. La figlia fortunatamente era riuscita a scappare e il padre veniva accusato di tentato omicidio aggravato dalla circostanza aggravante dei motivi futili. La Cassazione ha annullato la sentenza di secondo grado con la quale il padre era stato condannato per omicidio aggravato dai motivi futili, limitatamente alla porzione di pena irrogata sulla base di quest'ultima aggravante. La motivazione della Corte di cassazione è stata la seguente: «*per quanto i motivi che hanno mosso l'imputato non siano assolutamente condivisibili dalla moderna società occidentale, gli stessi non possono essere definiti futili, non potendosi definire né lieve né banale la spinta che ha mosso l'imputato ad agire*»²⁸. Qui dunque la Cassazione, escludendo i futili motivi, sembra, in qualche modo dare rilevanza alle norme culturali all'interno del giudizio di applicazione delle circostanze aggravanti.

Un ultimo ambito di rilevanza è quello del requisito di illiceità speciale del "senza giustificato motivo". Il "senza giustificato motivo" è una clausola molto importante che troviamo, ad esempio, in tutto il sistema dei reati contro l'immigrazione clandestina. Si tratta certamente di una clausola di illiceità, ma bisogna stare attenti a approfondirla dal punto di vista del diritto penale, perché la stessa è stata presa in considerazione ben due volte dalla Corte costituzionale per spiegare che tale clausola non appartiene al "fatto tipico" (Corte cost. sent. n. 5 del 2004, confermata dalla successiva Corte cost. sent. n. 250 del 2010). Se appartenesse al fatto tipico l'onere della prova sarebbe tutto a carico del pubblico ministero, mentre attiene al piano della antiggiuridicità in senso lato; e, pertanto, l'imputato deve allegare il fatto integrante il giustificato motivo, poi spetta al pubblico ministero dimostrare che non c'è stato il giustificato motivo. Tale soluzione ha salvato l'Italia da un cataclisma, nel senso di un'ingestibile massa di procedimenti penali, perché quando gli immigrati clandestini arrivano sul nostro territorio, nessuno è in possesso dei documenti di identificazione; quindi, almeno fino alle recenti modifiche della l. n. 94 del 2009, si sarebbe dovuto contestare la mancanza di tale documento, ai sensi del reato previsto dall'art. 6 t.u. immigrazione (d.lgs. n. 286 del 1998): in questo senso allora la clausola di illiceità ha valore.

²⁷ Cass., sez. I, 18 dicembre 2013, n. 51059.

²⁸ Cass., sez. I, 18 dicembre 2013, n. 51059.

5. Riflessioni finali

Ma cerchiamo di capire meglio verso quale direzione si muove il nostro ordinamento a livello legislativo, in merito al valore da assegnare alle norme culturali.

Ebbene dobbiamo chiederci se il legislatore abbia dato in qualche modo rilievo, al fine di una attenuazione o esclusione della risposta sanzionatoria penale, ai casi in cui presso gruppo di persone nelle attuali società multietniche e multiculturali sopravvivono, fortemente radicati, costumi in conflitto con le *Kulturnormen* della maggioranza degli abitanti di quel Paese.

Il legislatore sembrerebbe prediligere la strada opposta: ossia in questi casi di inasprire la risposta sanzionatoria penale²⁹.

Si pensi, infatti, all'introduzione del nuovo delitto di "mutilazioni genitali femminili" (art. 583-*bis* c.p.). Qui il legislatore ha adottato una soluzione che invece di attenuare in qualche modo la risposta penale, tenendo conto della "esimente culturale" in capo a questi soggetti che seguono le regole della loro tradizione o religione, ha previsto una fattispecie *ad hoc* punita con una pena più elevata rispetto alle comuni lesioni personali volontarie qui in precedenza applicabili (art. 583 c.p.)³⁰.

Per concludere, torniamo infine all'impatto delle norme culturali sulla funzione promozionale del diritto penale; nel senso che il diritto penale attraverso le norme culturali dovrebbe spingersi fino ad inoculare nuovi valori nella collettività, allo scopo di rendersi utile per il progresso della società.

Ma quando la coscienza sociale reputa che un certo comportamento debba essere punito, perché viola le *Kulturnormen* di riferimento in quel certo ambito. Quando vi sono condotte che la gente vorrebbe veder punite. Il legislatore è obbligato a farlo? Si pensi alla nuova incriminazione dell'omicidio stradale: il legislatore si è sentito costretto a introdurle, ma era veramente necessario?

Ebbene, senza una "democrazia critica" come posto in luce tempo addietro da Hans Kelsen, e ripreso da Gustavo Zagrebelsky più di recente, il legislatore non riuscirebbe a scegliere; e il "crucifige" della folla che decide *per* la morte di Gesù e non *per* quella di Barabba (lo scandalo di quel grido), assurgerebbe allora a prova inconfutabile della insensatezza della "democrazia".

²⁹ Cfr. le ampie argomentazioni di CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 35 ss.

³⁰ A differenza, per esempio, di quanto avvenne nel 1981 con l'abrogazione dell'omicidio per causa di onore (art. 587 c.p.), che attenuava la risposta sanzionatoria nell'ambito di un perimetro già tracciato dal legislatore, facendo riespandere il delitto di omicidio comune.