

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo

FRANCESCO PARISI

CULTURA DELL'«ALTRO» E DIRITTO PENALE



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

Giovanni Fiandaca - Enzo Musco - Tullio Padovani - Francesco Palazzo

Dove va il diritto penale, quali sono i suoi itinerari attuali e le sue prevedibili prospettive di sviluppo? Iperτροφία e diritto penale minimo, affermazione simbolica di valori ed efficienza utilitaristica, garantismo individuale e funzionalizzazione politico-criminale nella lotta alle forme di criminalità sistemica, personalismo ed esigenze collettive, sono soltanto alcune delle grandi alternative che l'attuale diritto penale della transizione si trova, oggi più di ieri, a dover affrontare e bilanciare.

Senza contare il riproporsi delle tematiche fondamentali relative ai presupposti soggettivi della responsabilità penale, di cui appare necessario un ripensamento in una prospettiva integrata tra dogmatica e scienze empirico-sociali.

Gli itinerari della prassi divergono peraltro sempre più da quelli della dogmatica, prospettando un diritto penale "reale" che non è più neppure pallida eco del diritto penale iscritto nei principi e nella legge. Anche su questa frattura occorre interrogarsi, per analizzarne le cause e prospettarne i rimedi.

La collana intende raccogliere studi che, nella consapevolezza di questa necessaria ricerca di nuove identità del diritto penale, si propongano percorsi realistici di analisi, aperti anche ad approcci interdisciplinari. In questo unitario intendimento di fondo, la sezione Monografie accoglie quei contributi che guardano alla trama degli itinerari del diritto penale con un più largo giro d'orizzonte e dunque – forse – con una maggiore distanza prospettica verso il passato e verso il futuro, mentre la sezione Saggi accoglie lavori che si concentrano, con dimensioni necessariamente contenute, su momenti attuali o incroci particolari degli itinerari penalistici, per cogliere le loro più significative spezzature, curvature e angolazioni, nelle quali trova espressione il ricorrente trascorrere del "penale".

FRANCESCO PARISI

CULTURA DELL'«ALTRO»
E DIRITTO PENALE



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2010 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-9885-7

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

A Chiara

Questo volume deve la sua realizzazione al sostegno delle persone a me più vicine. Ringrazio, in ordine sparso, il Prof. Giovanni Fiandaca, per la dedizione e la cura che mi ha sempre offerto, per il taccuino aperto, perché si sente anche quello che non si dice, il Prof. Ferdinando Albeggiani, perché la sua umiltà e la sua sensibilità non si giustificano ma si assorbono, il Prof. Sandro Tesauro, perché sentire è ascoltare e anche viceversa, il Prof. Costantino Visconti, le idee circolano, i progetti si creano, alla fine è la storia ad unire, il Prof. Ignazio Giacona, che non c'è bisogno di rumore per contare, Andrea, Dario, Gianluca, Silvia, Fernanda, Maria Giovanna, Paolo, Emanuele, Giancarlo, Lea e tutto il dipartimento, la mia famiglia, che il piede non affonda se non può, Shik, Chiara, perché non basta una dedica ma non basta neanche il resto, gli amici e chi non pensa di esserci ed invece è lì.

INDICE

	<i>pag.</i>
PREMESSA	1
 CAPITOLO I IL TRATTAMENTO PENALE DELL'ESTRANEO TRA CULTURA, INDIVIDUO E ORDINAMENTO	
1. La nozione di cultura giuridicamente rilevante	7
2. Le influenze della cultura sulla condotta dell'individuo	17
3. Prospettive politico-filosofiche sul "riconoscimento culturale"	21
4. Le politiche immigratorie adottate nelle società multiculturali e i loro risvolti penalistici	33
 CAPITOLO II I REATI CULTURALMENTE ORIENTATI, TRA CONDIZIONAMENTO CULTURALE E CONFLITTO NORMATIVO. I DUBBI SU UNA CATEGORIA AD HOC E LA CASISTICA	
1. Nozione di <i>cultural offence</i> e tipologia dei casi	43
2. Caratteri comuni ai reati culturali	49
2.1. L'influenza cognitivo-precettiva della cultura sull' <i>actus reus</i>	49
2.2. Conflitto di doveri improprio e pluralismo normativo	51
2.2.1. <i>Segue</i> : le differenze con la delinquenza per convinzione	54
2.2.2. <i>Segue</i> : un caso particolare. La <i>sub-cultura</i> mafiosa	56
2.2.3. <i>Segue</i> : il pluralismo normativo	58
2.3. Thorsten Sellin e i "conflitti culturali"	60
3. <i>Cultural offense</i> e <i>cultural defense</i> : i reati culturali nella dottrina e nella giurisprudenza anglo-americana	65
3.1. La <i>cultural defense</i> nella casistica giurisprudenziale	65
3.2. Argomenti contrari alla <i>cultural defense</i>	82
3.3. Argomenti a favore della <i>cultural defense</i>	85
3.4. Le limitazioni alla <i>cultural defense</i>	88
3.5. Rilievi conclusivi	89

	<i>pag.</i>
4. La rilevanza del fattore culturale nella giurisprudenza tedesca	90
4.1. La casistica	90
4.2. Valutazione critica degli orientamenti giurisprudenziali	98
5. La giurisprudenza italiana alle prese con la società multiculturale, tra diritti inviolabili dell'uomo e rispetto della diversità culturale	103
5.1. La casistica	103
5.2. Valutazione critica degli orientamenti giurisprudenziali	120

CAPITOLO III

QUALE COLPEVOLEZZA PER I REATI CULTURALI? DA JAKOBS A ZAFFARONI, TRA INFEDELTÀ STRUTTURALE AL DIRITTO E VULNERABILITÀ

1. La “colpevolezza dello straniero” secondo Günther Jakobs	129
2. Il minor “sforzo in direzione della vulnerabilità”. Applicazione della concezione della colpevolezza di Zaffaroni ai reati culturali	134

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Il ruolo del legislatore	142
2. Il ruolo del giudice	143
2.1. Nei reati culturali senza vittima	144
2.2. I residui spazi per il riconoscimento del fattore culturale nei casi c.d. di restrizioni interne	146
2.2.1. Gli elementi normativi culturali	147
2.2.2. I riflessi del condizionamento culturale sul principio di colpevolezza	154
3. Un diritto penale sensibile alle specificità culturali	158

BIBLIOGRAFIA	161
--------------	-----

PREMESSA

Uno degli elementi che più caratterizzano le odierne società globalizzate è senza dubbio la presenza di una molteplicità di gruppi culturali all'interno degli Stati. Se derivi da recenti fenomeni del nostro tempo che sembrano favorire un aumento esponenziale del fenomeno dell'immigrazione (come la rivoluzione nel mondo dei trasporti, il progresso tecnologico, il mutamento dei concetti stessi di confine e di distanza, l'esistenza di contesti economici sempre più disuguali), o se invece trovi origine nelle più consolidate realtà degli Stati multinazionali (in cui nel medesimo territorio si sono sovrapposte comunità storiche e linguistiche differenti), la società multiculturale, oggi, appare comunque un dato incontestabile¹.

Il consenso sul *fatto* della multiculturalità² non è però accompagnato da un analogo accordo sulle modalità di organizzazione di siffatte società nell'ambito dei sistemi politici democratico-liberali occidentali. Se è vero che l'esistenza di una congerie di popoli, razze e religioni nel medesimo territorio non è di certo una novità, ma, al contrario, può essere definita una «condizione storica permanente»³, è anche vero, tuttavia, che emergono nuove e delicate questioni organizzative nel caso in cui l'ordinamento recettore di tali flussi umani si fondi su principi democratico-liberali – come uguaglianza, tolleranza e rispetto dei diritti indi-

¹ Che la fonte delle società multiculturali possa risiedere negli Stati multinazionali ovvero negli Stati multietnici di recente immigrazione è un aspetto ben segnalato dal fondamentale lavoro in tema di multiculturalismo di W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, (trad. it.) *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, p. 21 ss., che evidenzia l'importanza di tale distinzione per un efficace approccio delle politiche pubbliche nei confronti dei gruppi culturali. Sul fenomeno dell'immigrazione e la creazione delle società multiculturali in Europa v. M. DELLE DONNE-U. MELOTTI, *Immigrazione in Europa. Strategie di inclusione-esclusione*, Roma-Bari, 2004, *passim*. Riguardo invece al modello di immigrazione affermatosi negli USA, anche in una prospettiva storica, cfr. A. SEMPRINI, *Il Multiculturalismo*, Milano, 2000, *passim*.

² Sulla differenza tra il termine multiculturale – che indica il mero fatto della diversità culturale – ed il termine multiculturalismo – che invece rileva come strategia di integrazione, sulla base del riconoscimento politico quale forma di inclusione – cfr. M. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, Roma-Bari, 2005, p. 3 ss.

³ A. SEMPRINI, *Il multiculturalismo*, cit., p. 28.

viduali –, che appaiono spingere verso scelte politiche non sempre univoche. È nel rispetto di questi principi invero che diviene spesso problematico decidere come trattare quei soggetti appartenenti a gruppi culturali che possiedono visioni del mondo, tradizioni e regole di comportamento diverse e talora confliggenti con quelle che il gruppo culturale di maggioranza adotta e pone a fondamento della convivenza sociale: dovranno applicarsi regole uniformi sul territorio nazionale, ovvero si potrà legittimamente consentire il riconoscimento di diritti differenziati in funzione dell'appartenenza etnica, magari attribuendo la titolarità di alcuni diritti direttamente in capo ai vari gruppi minoritari (c.d. diritti collettivi di gruppo)? In altri e ben noti termini, lungo quella linea di tendenza che si sviluppa tra i due estremi, da un lato, del modello assimilazionista dell'egualitarismo formale (il modello francese c.d. *de la République*) e, dall'altro, di quello multiculturalista radicale (il modello c.d. *Londistan*), quali sono le politiche pubbliche che riescono a fornire una più adeguata risposta normativa al fatto della multiculturalità?

L'argomento investe di certo ambiti assai variegati del sapere, presupponendo l'analisi di temi e concetti molto controversi, quali la nozione stessa di cultura, la relazione tra individuo e comunità culturale di appartenenza (sotto il profilo delle influenze che la cultura esercita nelle condotte dell'individuo), il rapporto tra tolleranza e autonomia sulla base del rispetto dei diritti individuali.

Peraltro, non essendo questa un'indagine di natura filosofica, né sociologica, né antropologica, i contributi e le suggestioni delle scienze umane saranno presi in considerazione al solo fine di ricercare le possibili strategie da mettere in atto nell'organizzazione delle società multiculturali e, in particolare, nella regolazione dei c.d. casi difficili dell'integrazione sociale, laddove più emergono i problemi del trattamento giuridico dell'«altro».

Sotto questo profilo, una delle questioni più spinose poste dalla compresenza di plurime specificità culturali nel medesimo contesto territoriale è rappresentata dal tipo di trattamento da riservare a quelle fattispecie di reato definibili “culturalmente orientate” – in cui il reo, cioè, pone in essere una condotta imposta, richiesta, o comunque approvata, dal suo gruppo etnico d'appartenenza, la quale però, al contempo, integra una fattispecie penale tipizzata dall'ordinamento vigente nello Stato d'accoglienza. Queste peculiari forme di reato, infatti, sollecitano il diritto penale a porre in discussione la propria tradizionale vocazione “localistica” e ad individuare il proprio modo di atteggiarsi nei confronti della “cultura dell'altro”. Si tratta di scelte che richiedono la valutazione di esigenze potenzialmente in conflitto – come, ad esempio, uguaglianza e diversità, autonomia e tolleranza, tutela della vittima e garanzie del reo –, dovendosi scongiurare, da un lato, il rischio di mortificare l'identità culturale dell'individuo, dall'altro,

quello di eccedere nel riconoscimento della diversità culturale e di ingenerare i c.d. “paradossi della vulnerabilità multiculturale”⁴, *id est*, il pericolo che tutele accordate ai vulnerabili gruppi culturali minoritari possano finire per legittimare forme di aggressione ai danni dei soggetti a loro volta più vulnerabili all’interno del singolo gruppo.

È fondato il timore, infatti, che la considerazione delle differenze culturali in siffatti casi si spinga al di là di ciò che rende possibile un accordo ragionevole tra convinzioni contrastanti, ed è comprensibile pertanto che si richieda la definizione di un limite alla tolleranza interculturale. Ciò non vuol dire, tuttavia, che quest’opera di attenta regolamentazione debba essere effettuata dal gruppo sociale maggioritario in via unilaterale e in senso irrevocabile. Da una parte, solo la partecipazione democratica degli interlocutori al processo decisionale può contribuire all’accettazione di comuni regole interculturali; dall’altra, anche una volta definiti i confini entro cui possono legittimamente svolgersi certe pratiche culturali, non si deve poi escludere che la soglia astratta di tolleranza sia in concreto ancora suscettibile di rinegoziazioni e adattamenti, volti a dar conto delle specificità culturali del reo nella valutazione della condotta delittuosa.

Sotto quest’ultimo aspetto, dunque, una via privilegiata per applicare efficaci modelli di trattamento della diversità potrebbe essere proprio quella giudiziale; ed è questa la ragione per cui appare necessaria un’indagine della giurisprudenza relativa ai reati c.d. culturalmente orientati, che consenta, intanto, di comprendere le tipologie dei casi in cui le specificità culturali possono avere un ruolo influente nella realizzazione di condotte penalmente rilevanti, di comparare poi le soluzioni giuridiche in proposito adottate da giudici di diversi ordinamenti e, infine, di valutare l’opportunità di attribuire rilievo in sede penale al fattore culturale. *Sub specie*, merita particolare attenzione l’interesse mostrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza angloamericana per il ruolo esercitato dall’eredità culturale nella realizzazione del reato, tale da ingenerare un articolato dibattito circa la possibilità di dare spazio in sede applicativa alla peculiare figura giuridica della c.d. *cultural defense*. Un richiamo altresì alla giurisprudenza tedesca si giustifica perché, pur senza configurare una categoria speciale per le ipotesi dei reati culturali, i giudici tedeschi hanno talvolta riconosciuto un trattamento penale più favorevole al reo culturalmente condizionato, evidenziando i riflessi della motivazione culturale sugli aspetti soggettivi della condotta delittuosa. Infine, l’analisi si rivolge alle decisioni della giurisprudenza italiana, la quale, a onta di una tendenziale indif-

⁴ A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdiction. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, 2001, p. 3 ss.

ferenza nei confronti del condizionamento culturale, ammette talora qualche significativa eccezione.

Nel complesso, ad ogni modo, le principali ragioni dell'interesse mostrato in dottrina e in giurisprudenza per i reati culturali sono da ricercare nelle relazioni tra condizionamento culturale e principio di colpevolezza, giacché, nell'ottica di una puntuale personalizzazione del rimprovero soggettivo, è soprattutto sul piano della colpevolezza – sia come componente fondante dell'illecito, sia come criterio di graduazione della pena – che può apprezzarsi in sede penale il valore della motivazione culturale nella realizzazione del reato. È però sin da ora da evidenziare che le posizioni dottrinali al riguardo sono talora giunte a conclusioni opposte, passandosi dall'opinione di chi considera il condizionamento culturale quale sintomo di una colpevolezza aggravata – rispecchiando in termini funzionalistici una particolare lontananza dalla fedeltà al diritto e, quindi, un'accentuata capacità a delinquere del soggetto agente⁵ – a quella di chi, invece, elaborando una peculiare concezione di “colpevolezza per la vulnerabilità”, sembrerebbe lasciare ampissimi spazi per una valutazione *pro reo* del condizionamento culturale⁶.

Al di là dei profili inerenti al principio di colpevolezza, esistono poi ulteriori filtri interpretativi per un possibile adeguamento alle nuove realtà multiculturali, tra i quali, in primo luogo, i c.d. elementi normativi culturali. Rispetto a quest'ultimi, però, si tratta di comprendere se – ed eventualmente con che limiti – queste valvole di respirazione del sistema penale si prestino legittimamente ad essere interpretate secondo criteri culturalmente orientati.

Il presente lavoro, pertanto, persegue essenzialmente l'obiettivo di vagliare gli strumenti di cui il diritto penale può servirsi, sul piano legislativo e su quello giurisdizionale, per affrontare le tematiche che emergono in seno alle odierne società multiculturali, nel rispetto di un ragionevole bilanciamento tra diritto alla cultura e diritti individuali e nella prospettiva di un'interazione dialettica tra uguaglianza e diversità.

⁵ G. JAKOBS, *Die Schuld der Fremden*, in *ZStW*, 118, 2006, p. 831 ss.

⁶ E.R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 339 ss.

CAPITOLO I

IL TRATTAMENTO PENALE DELL'ESTRANEO
TRA CULTURA, INDIVIDUO E ORDINAMENTO

SOMMARIO: 1. La nozione di cultura giuridicamente rilevante. – 2. Le influenze della cultura sulla condotta dell'individuo. – 3. Prospettive politico-filosofiche sul "riconoscimento culturale". – 4. Le politiche migratorie adottate nelle società multiculturali e i loro risvolti penalistici.

1. *La nozione di cultura giuridicamente rilevante*

Un'analisi volta ad indagare, nell'ambito del diritto penale, i nodi problematici sollevati dalle società multiculturali non può sottrarsi, in primo luogo, dal compito di fornire una spiegazione della nozione di cultura giuridicamente rilevante, essendo tutte le successive speculazioni strettamente collegate e talvolta dipendenti da questa. Espressioni come "gruppi culturali", "diritto alla cultura", "riconoscimento di diritti culturali di gruppo", "reati culturali" o "esimenti e attenuanti culturali", infatti, non possono correttamente essere intese senza aver preliminarmente chiarito che cos'è la cultura, come vale a identificare un individuo rispetto ad un altro, in che senso e in che grado essa influenza le condotte umane.

Che si tratti di un concetto incerto e di difficile apprezzamento concreto è dimostrato, se non altro, dalla circostanza che gli autori accostatisi a tale tematica ne hanno individuato una miriade di significati⁷,

⁷ Come evidenzia C. GEERTZ, *The Interpretation of Culture*, New York, 1973, (trad. it.) *Interpretazione di culture*, Bologna, 1987, p. 40, nelle pagine dedicate da CLYDE KLUCKHOHN al concetto di cultura nel suo *Specchiati uomo. L'antropologia e la vita moderna*, Milano, 1952, l'autore è riuscito a definire la cultura di volta in volta come a) complessivo modo di vivere di un popolo; b) eredità sociale che un individuo acquisisce da un suo gruppo; c) un modo di pensare, sentire e credere; d) un'astrazione derivata dal comportamento; e) una teoria formulata dall'antropologo sul modo in cui effettivamente si comporta un gruppo di persone; f) un deposito del sapere posseduto collettivamente; g) una serie di orientamenti standardizzati nei riguardi di problemi ricorrenti; h) un comportamento appreso; i) un meccanismo per la regolamentazione normativa del comportamento; l) una serie di tecniche per adeguarsi sia all'ambiente sia agli altri uomini; m) un precipitato di storia. Cfr. anche C. KLUCKHOHN-W.H. KELLY, *The Concept of Culture*, in RALPH LINTON (a cura di), *The Science of Man in the World Crisis*, New York, 1980, pp. 78-106.

tanto che oggi, come taluno ha rilevato⁸, esistono più di cento definizioni di cultura.

Volendo procedere ad una prima delimitazione del campo d'indagine, tuttavia, è possibile individuare una *summa divisio* del significato di "cultura", potendo essa essere intesa in senso *valutativo* ovvero in senso *descrittivo*. Nel primo caso la cultura rileva in un'accezione umanistica, individuando un processo di crescita dell'individuo o della società; nel secondo, invece, indica, in preliminare via approssimativa, un insieme di pratiche condivise e seguite da un gruppo umano, che valgono a contraddistinguerlo. È questo secondo aspetto, rispondente ad una concezione antropologica della cultura, che ha un'importanza decisiva ai nostri fini.

La nascita del concetto di cultura⁹ si fa risalire alla crisi di quella concezione illuministico-uniformista dell'uomo che, richiamandosi ad una visione egualitaria e universale dell'individuo, considerava le varietà di differenze tra gli uomini insufficienti a definirne la natura identitaria e riteneva, invece, che quest'ultima sarebbe emersa una volta depurato l'individuo dalle variabili contingenti.

La presa d'atto dell'illusorietà dell'esistenza di una natura costante, indipendente da tempo, luogo e circostanze portò, in realtà, alla rielaborazione delle differenze in funzione costitutiva dell'identità umana e alla convinzione diffusa dell'antropologia moderna secondo cui «uomini non modificati dalle usanze di luoghi particolari non esistono, non sono mai esistiti e, cosa assai importante, non potrebbero esistere per la natura stessa del caso»¹⁰.

⁸ V. C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 187, che rinvia a M. FISHER, *The Human Rights Implications of a "Cultural Defense"*, in *S. Cal. Interdisc. L.J.*, 1998, p. 668. La stessa autrice, più di recente, approfondisce il tema in C. DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1088 ss.

⁹ In merito alla genesi del concetto di cultura, al suo sviluppo storico e alle implicazioni di questa sull'individuo si rinvia al magistrale lavoro, cui spesso si farà qui riferimento, di C. GEERTZ, *Interpretazione*, cit., *passim*.

¹⁰ C. GEERTZ, *Interpretazione*, cit., p. 75. Come afferma C. GEERTZ, *Interpretazione*, cit., p. 84 ss., una volta affermata l'importanza della cultura nella natura umana, le attenzioni si indirizzarono verso l'analisi dell'elemento culturale e delle sue implicazioni sull'uomo. Una teoria che in passato riscosse particolare fortuna fu la concezione c.d. stratigrafica dei rapporti tra i fattori biologici, psicologici, sociali e culturali della vita umana, secondo cui l'uomo sarebbe un composto di questi livelli, che si disporrebbero in piani sotto e sovrapposti. Analizzando, poi, i c.d. punti invariabili di riferimento tra i popoli (metodo c.d. del *consensus gentium*), si potrebbe comprendere quali tratti culturali siano essenziali all'esistenza umana e quali semplicemente causali, periferici ed ornamentali. In realtà, tale teoria fu messa a dura prova da Clifford Geertz, il quale contestò non solo la possibilità di ricomporre le varie componenti prima isolate dalla concezione stratigrafica, eviden-

Una volta compresa l'importanza che la cultura riveste nella formazione dell'identità individuale, rimaneva però il problema di chiarirne l'essenza concettuale, di individuare quindi una categoria generale capace di includere tutte le particolari istanze in cui un fenomeno culturale si manifesta e di differenziare tale concetto da altri aspetti che, analogamente, interessano la dimensione sociale dell'individuo¹¹.

Com'è noto, la prima definizione di cultura, al singolare, come categoria generale, risale a Edward Tylor, che nella sua opera "*Primitive culture*" caratterizza la cultura come «quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo come membro di una società»¹².

Siffatta nozione è stata per lungo tempo accolta dalle scienze antropologiche e sociologiche, tanto da essere considerata una sorta di archetipo del concetto olistico di cultura e «un punto di riferimento per tutti coloro che pensano in termini culturali»¹³. Gli studi successi-

ziando le incertezze e la vaghezza del metodo del *consensus gentium*, ma anche l'idea che «l'essenza di ciò che significa essere umani si rivela molto più chiaramente in quei tratti della cultura umana che sono universali piuttosto che in quelli che sono specifici a un popolo» qualificando tale pretesa come «un pregiudizio che non siamo costretti a condividere»; al contrario, sarebbe «nelle peculiarità culturali dei popoli che si possono trovare alcune delle rivelazioni più istruttive su cosa significa essere genericamente umani». Per tali ragioni, Geertz accede ad una visione sintetica e non stratigrafica delle varie componenti umane, in cui queste (e quindi anche la cultura) possono essere trattate come variabili entro sistemi di analisi unitari.

¹¹ Come spiegano P.P. GIGLIOLI-P. RAVAIOLI, *Bisogna davvero dimenticare il concetto di cultura? Replica ai colleghi antropologi*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 2004, 2, p. 267 ss., è necessario differenziare il livello della "cultura" al singolare, come categoria analitica, da quello delle "culture" al plurale, come istanze particolari del concetto di cultura: è sul primo livello che occorre concentrarsi quando si vuole indagare la capacità euristica del concetto di cultura, la sua «facoltà si spiegare fenomeni che realmente "stanno insieme" e di suggerire prospettive analitiche illuminanti circa i loro rapporti con altri fenomeni».

¹² E. TYLOR, *Primitive Culture*, in P. BOHANNAN-M. GLAZER, *High Points in Anthropology*, New York, 1988, p. 6.

¹³ U. FABIETTI, *Il destino della "cultura" nel "traffico delle culture"*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 2004, p. 38. Il contributo di Fabietti fa parte di una serie di interventi di alcuni antropologi pubblicati nel volume n. 1/2004 della *Rassegna italiana di sociologia del diritto*, sul tema "*pensare la cultura*". In linea generale, l'idea di fondo che anima i diversi contributi è quella di abbandonare almeno in parte il concetto di cultura, ove questo tenda a trascurare l'aspetto volontaristico-riflessivo della condotta individuale.

Non aderiscono, invece, a questa impostazione i sociologi P.P. GIGLIOLI-P. RAVAIOLI, *Bisogna davvero dimenticare*, cit., p. 299 ss., i quali evidenziano l'importanza essenziale che la cultura, nonostante i fenomeni della globalizzazione e delle tendenze verso l'ibridismo, continua ancora ad esercitare sull'individuo.

vi si orientarono essenzialmente sulla caratterizzazione delle singole culture – analizzate talvolta come ibridi instabili, talaltra come sistemi organici legati ad una determinata comunità¹⁴ –, ma, quanto alla nozione a monte di cultura accolta, restarono ancorati a quella Tyloriana, fondata sulla netta differenziazione tra cultura e natura e sull'idea che gli elementi identificativi della cultura sarebbero accomunati dal fatto di non essere connaturati all'uomo (ovvero biologicamente trasmessi), bensì umanamente appresi¹⁵.

Un decisivo cambiamento nel modo di intendere la cultura come genere autonomo è invece dovuto a Talcott Parsons¹⁶ e ad altri autori successivi come Clifford Geertz¹⁷.

Secondo Parsons, infatti, la cultura costituisce un *sistema strutturato e ordinato di simboli e di significati*, che agisce insieme ad altre componenti nel dirigere l'azione umana nella società – come la personalità dell'individuo ed i modelli istituzionalizzati dei sistemi sociali –, ma che da queste ultime si distingue. Il riconoscimento di uno spazio autonomo alla dimensione simbolico-culturale, all'interno di una concezione multidimensionale dell'agire sociale, permette così di isolare gli aspetti più specificamente culturali dell'azione umana e di circoscrivere l'analisi delle condotte culturalmente condizionate non ad ogni modo d'agire dell'individuo che trovi rispondenza in prassi umane condivise da gruppi più o meno definiti, ma solo a quelle pratiche che rientrano in un sistema simbolico-culturale. A differenza della definizione di Tylor che, limitandosi alla coppia concettuale cultura/natura, finiva per equiparare fenomeni sociali e fenomeni *lato sensu* culturali, l'attenzione mostrata da Parsons sugli aspetti simbolici di una condotta consente quindi di intendere il rapporto tra fenomeni sociali e fenomeni culturali in termini di connessione, ma non d'identità.

Un aspetto importante della nozione di cultura di Parsons, dunque, è rappresentato dalla struttura sistematica dei simboli culturali. L'esistenza di un vero e proprio sistema di segni di riconoscimento, infatti, presuppone che questi non operino all'interno del gruppo in modo isolato ma che siano organizzati, o almeno in una qualche relazione tra loro. Ciò comporta che tra i membri (o utenti) del sistema vi sia un condiviso *consenso cognitivo* sui simboli e sul significato da essi espresso, il quale può invece risultare incomprensibile all'estraneo¹⁸.

¹⁴ Cfr. GIGLIOLI P.P.-RAVAIOLI P, *Bisogna davvero dimenticare*, cit., p. 270 ss.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ T. PARSONS, *The Social System*, London, 1951, (trad. it.), *Il sistema sociale*, Milano, 1965.

¹⁷ C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, cit., *passim*.

¹⁸ La tesi di Parsons, peraltro, non nasce dal nulla, ma sembra porsi in conti-

Il rapporto tra cultura e simbolo fu poi approfondito da Clifford Geertz, che precisò come il sistema di simboli significanti non solo agirebbe sul piano cognitivo, ma anche su quello volizionale, operando come meccanismo di controllo per dirigere il comportamento. La cultura – e i simboli attraverso cui essa si manifesta –, quindi, avrebbe una funzione di decodificazione della realtà e di orientamento nella scelta dell'azione dell'individuo¹⁹.

Accanto a questi tentativi di elaborazione del concetto unitario di cultura vi è tuttavia chi²⁰, più di recente, ne pone in dubbio la capacità euristica, segnalando che una siffatta nozione correrebbe il rischio, da un lato, di sottovalutare il volontarismo dell'autore, dall'altro, di trattare le singole culture come entità olistiche, come insiemi omogenei e chiusi al loro interno: anche alla luce del fenomeno della globalizzazione, allora, questa impostazione teorica tende a interpretare la cultura in senso "fluidico", disperdendo l'unità dei simboli nel creolismo e nella frammentazione.

L'immagine di una libertà non condizionata dal patrimonio culturale e di uno scenario liquido in cui tutto è ibridazione e assenza di confini è stata però contestata da altri autori²¹. In particolare, si è sottolineato in senso critico che, intanto, la platea dei soggetti capaci di svincolarsi dagli schemi simbolici culturali non è indifferenziato, ma strettamente dipendente da una pluralità di condizioni di natura eco-

nuità con le famose teorie di Durkheim sul rapporto tra simbolo e coesione sociale. D., infatti, ritiene che ogni società ha la capacità di permanere solo se si costituisce come comunità simbolica. Le rappresentazioni collettive – quell'insieme di norme e credenze condivise da un gruppo sociale, sentite dagli individui come obbligatorie – sono considerate da Durkheim vere e proprie istituzioni sociali che costituiscono il cemento della società e che consentono la comunicazione tra i suoi membri. Sul punto cfr. P.P. GIGLIOLI-P. RAVAIOLI, *Bisogna davvero*, cit., p. 272.

¹⁹ C. GEERTZ, *Interpretazione*, cit., p. 86 ss.

²⁰ Cfr. U. HANNERZ, *Cultural Complexity. Studies in the Social Organization of Meaning*, New York, 1992, (trad. it.) *La complessità culturale. L'organizzazione sociale del significato*, Bologna, 1998; A. APPADURAI, *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization*, Minneapolis-Londin, 1996, (trad. it.) *Modernità in polvere*, Roma, 2001; U. FABIETTI, *Il destino della cultura*, cit.; M. CALLARI GALLI, *Cultura e contemporaneità. Nuovi scenari per un concetto compromesso*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 2004, pp. 21-36; A. RIVERA, *La cultura fra locale e globale: sei frammenti*, *ibidem*, pp. 49-62; V. MATERA, *Affianco alla cultura: l'"altro termine"*, *ibidem*, pp. 63-78.

²¹ Si esprime in termini di "liquidità", ma in senso critico, Z. BAUMAN, *Liquid Life*, Cambridge, 2005, (trad. it.), *Vita liquida*, Roma-Bari, 2008, p. 21 ss. In riferimento alla liquidità delle culture, infatti, il sociologo polacco sostiene che «la cultura ibrida cerca la propria identità nella non appartenenza (...). L'identità degli ibridatori resta irrimediabilmente dipendente da tutte le altre. Essa non ha un proprio modello determinato da seguire ed emulare. È soprattutto un impianto di rigenerazione e riciclaggio, vive a credito e si lamenta dei prestiti».

nomica, sociale, di genere, ecc.; e, d'altra parte, che il concetto di cultura non sarebbe smentito dalla possibilità del soggetto di contestare il sistema simbolico ereditato e dalla sua facoltà di scelta tra più comportamenti, ma rimarrebbe fermo anche in tali casi, costituendo comunque il sistema di riferimento simbolico (il c.d. ruolo) da cui prendere le distanze²².

Le teorie sopra riportate costituiscono chiaramente soltanto le principali forme in cui si è espresso il dibattito antropologico e sociologico sul concetto di cultura. L'opportunità del loro richiamo sta nell'individuare quegli elementi utili per la ricostruzione di un concetto di cultura da assumere come base per tutte le successive teorie sull'analisi dei rapporti tra diritto penale e "cultura dell'altro", nel tentativo di trovare una nozione che riesca meglio a soddisfare gli interessi e le esigenze del diritto penale.

Sotto questo aspetto, la dottrina penalistica finora occupatasi dei reati culturalmente motivati²³ ha per lo più accolto una concezione di cultura volutamente restrittiva – in ragioni delle esigenze di certezza che l'ambito penalistico impone –, recependo la nozione proposta da Kymlicka, nella sua ormai nota monografia dal titolo "*La cittadinanza multiculturale*"²⁴. Quest'ultimo autore segnala come si possa parlare di cultura in termini più o meno ampi: potendo essa rilevare, secondo una versione molto localizzata, come «insieme delle consuetudini, dei punti di vista e dell'*ethos* di un gruppo o di un'associazione» (concetto questo ben adattabile ad esempio alla cultura degli omosessuali, delle donne, degli atei, degli ambientalisti, ecc.); ovvero, in un'accezione più estesa, come macrosistema fondato su elementi di somiglianza, quali l'industrializzazione, la laicità e l'urbanizzazione (facendo riferimento, ad esempio, alla comune cultura delle democrazie occidentali). La nozione di cultura rilevante per l'analisi della questione multiculturale, tuttavia, è per Kymlicka inevitabilmente ricollegata all'idea di etnia: nella sua impostazione, pertanto, «la "Cultura" è sinonimo di "nazione" o "popolo", cioè di una comunità intergenerazionale, più o meno

²² Nel seguire quest'impostazione P.P. GIGLIOLI-P. RAVAIOLI, *Bisogna davvero*, cit., p. 282 ss. richiamano emblematicamente l'idea di E. GOFFMAN, *Role Distance*, in *Encounters: Two Studies in the Sociology of Interaction*, Indianapolis, 1961 pp. 85-132 (trad. it.) *Distanza dal ruolo*, in *Espressione e identità*, Bologna, 2003, pp. 101-174, secondo cui gli attori sociali avrebbero la capacità di distanziarsi dal loro ruolo sociale proprio nel momento in cui lo eseguono.

²³ Così C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., p. 188; F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv.it. dir. proc. pen.* 2007, p. 1296 ss.

²⁴ W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, (trad. it.) *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999, p. 34 ss.

compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e condivide una lingua e una storia distinte»²⁵.

Una volta assunto tale concetto di cultura in senso etnico come punto di partenza per un'analisi dei reati culturali, si è²⁶ poi anche fatto riferimento ai criteri (c.d. "*Mandla criteria*") elaborati da una nota sentenza della *House of Lords* britannica per rendere afferrabile il significato dell'espressione "gruppo etnico"²⁷: questo si caratterizzerebbe per una serie di elementi quali una lunga storia condivisa, una propria tradizione culturale (inclusi costumi e tradizioni sociali e familiari), un'origine geografica, una lingua, una letteratura o una religione comuni, ovvero per il fatto di costituire una minoranza, un gruppo oppresso o, al contrario, un gruppo dominante all'interno di una comunità più ampia²⁸.

Orbene, pur nella meritoria intenzione di restringere l'estensione del concetto di cultura in sede penalistica, per facilitarne un suo utilizzo in ambito processuale, sembra che siffatto concetto di cultura (c.d. etnicamente qualificato) vada in parte rimeditato almeno per due ordini di motivi.

In primo luogo, questa nozione, pur se ha il pregio di delimitare il campo di applicazione di un eventuale trattamento differenziato della disciplina penale in ragione dell'etnia dell'individuo, sembra non rendere effettivamente conto dei motivi per cui il diritto penale può interessarsi e farsi sensibile alla molteplicità delle etnie, i quali sono pur sempre da ricercare in valutazioni inerenti al singolo individuo appartenente al gruppo e non già al gruppo in quanto tale. L'attenzione verso la cultura del reo e, caso mai, la preoccupazione per una possibile risposta sanzionatoria differenziata in funzione dell'appartenenza culturale, infatti, possono giustificarsi solo ove si ritenga, in una prospet-

²⁵ W. KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., p. 34.

²⁶ Così F. BASILE, *Società multiculturali*, cit., p. 1299.

²⁷ *House of Lords in Mandla v. Dowell Lee*, 1983, 2 AC 548. Il caso riguardava la questione (risolta positivamente dalla Corte) se la comunità sikh potesse essere considerata un gruppo etnico e se, nella specie, potendo godere delle disposizioni legislative a tutela dei gruppi etnici, i suoi membri avessero diritto a portare il turbante a scuola. La sentenza è ampiamente discussa da BELLUCCI, *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, in *Sociologia del diritto*, 2001, p. 150 ss.

²⁸ Altri autori (C. DE MAGLIE, *Culture e diritto penale*, cit., p. 1113 ss.), invece, adottando gli schemi di Margalit e Raz, individuano i requisiti di riconoscimento del gruppo d'appartenenza, al fine della definizione di un reato come «culturalmente motivato», in elementi come : a) una cultura comune, in un senso etnico; b) il collegamento tra la cultura del gruppo e la formazione del singolo; c) il riconoscimento dell'appartenenza comunitaria del singolo da parte del gruppo di riferimento; d) l'autoidentificazione dell'identità del singolo con i valori espressi del gruppo, ecc.

tiva particolarmente sensibile al principio della personalizzazione della responsabilità penale, che i modelli culturali del gruppo etnico abbiano un'influenza sulla capacità di orientamento e d'azione del reo. Ecco, allora, che la nozione di cultura penalmente rilevante deve necessariamente riferirsi non a qualsiasi caratteristica, consuetudine e *modus vivendi* di un'etnia, ma solo a quegli aspetti che hanno la capacità di influenzare le condotte del singolo individuo nel senso già precisato. In altre parole, sembra che un concetto di cultura realmente funzionale alle esigenze del diritto penale debba partire dalla considerazione che, per usare le parole di Geertz, «la *cultura* è vista meglio non come complessi di modelli concreti di comportamento – costumi, usi, tradizioni, gruppi di abitudini –, ma come una serie di *meccanismi di controllo* – progetti, prescrizioni, regole, istruzioni (quello che gli ingegneri informatici chiamano “programmi”) – *per dirigere il comportamento*»²⁹. Una cultura, quindi, intesa come *sistema di simboli significanti*, che vale come riferimento cognitivo-volitivo del pensiero e delle azioni dell'individuo.

In secondo luogo, nella definizione suggerita da Kymlicka sembra emergere, forse inconsapevolmente, un'idea statica, geograficamente confinata di cultura, che non tiene in adeguata considerazione il fenomeno della c.d. *acculturation*, e cioè il confronto tra le culture e tra gli appartenenti ad esse. Nell'incontro tra gruppi etnici, infatti, è del tutto naturale assistere ad ibridazioni e spostamenti dei confini culturali, con assimilazioni di pratiche e tradizioni, e ciò non solo a favore della cultura dominante, ma anche di quelle minoritaria.

Per comprendere come l'equazione cultura-nazione rischi talvolta di portare a risultati eccessivamente rigidi, non sempre in linea con le esigenze del diritto penale, si può ad esempio pensare al caso di un soggetto di religione³⁰ rastafariana che, al fine di assolvere i riti religiosi previsti da quella tradizione, detenga una quantità di marijuana sensibilmente superiore a quella normalmente considerata sufficiente per un uso personale. In casi di questo genere, una totale accettazione del concetto di cultura etnicamente qualificato finirebbe per riconoscere l'esistenza di un reato culturalmente motivato soltanto qualora il soggetto appartenga a popoli tradizionalmente seguaci di questa religione (escludendo, ad esempio, che la medesima condotta commessa da un soggetto europeo convertitosi al rastafarianesimo e interiormente obbligato al rispetto degli stessi rituali possa rientrare nel cam-

²⁹ C. GEERTZ, *Interpretazione*, cit., p. 86.

³⁰ Sulla religione come sistema di simboli significanti e perciò culturale, cfr. C. GEERTZ, *Interpretazione*, cit., p. 137. Sulla funzione e sulla logica dei simboli nel fenomeno religioso v. altresì M. ELIADE, *Traité d'histoire des religions*, Paris, 1948, (trad. it.), *Trattato di storia delle religioni*, Torino, 1976, p. 452 ss.

po di applicazione dei reati culturali). In realtà, sotto il profilo della rimproverabilità della condotta antidoverosa del soggetto, ciò che conta è che talune pratiche simbolico-culturali creino un meccanismo influente sulla capacità cognitivo-volitiva del reo. Certo, è di gran lunga prevalente il caso in cui tale effetto sia quasi irreflessivamente prodotto nei confronti di un soggetto sin dalla nascita abituato a condividere certe tradizioni e i riti da queste previsti, ma apparirebbe lesivo del principio di uguaglianza – sotto il profilo di una irragionevole disparità di trattamento tra casi simili – escludere a priori che lo stesso effetto possa prodursi nei confronti di un soggetto che abbia sinceramente assimilato talune concezioni culturali o religiose che, pur se estranee alla propria terra d'origine, egli avverte come moralmente vincolanti³¹.

D'altra parte, non è detto che esista sempre (a maggior ragione nell'ambito degli attuali processi di deterritorializzazione, di circolazione di merci, di persone e di simboli) una coincidenza tra cultura e delimitazione spaziale, ovvero tra sistemi di simboli da un lato e sistemi sociali e politici dall'altro³². Non è infrequente, invece, che talune pratiche tradizionali simboliche siano condivise da più gruppi etnici e coinvolgano aree geografiche talmente vaste da non potere essere ricondotte all'equazione cultura = popolo o nazione, se non con un'estensione di questi ultimi concetti tale da smarrirne l'intento delimitativo ed il significato stesso³³.

Il concetto di cultura qualificato in senso etnico, pertanto, potrebbe avere un ruolo forse soddisfacente per l'esame dei problemi – sui cui effettivamente Kymlicka incentra la sua attenzione – delle rivendica-

³¹ Sul punto, cfr. anche Cass. 3 giugno 2008, su un caso avente come imputato un cittadino italiano trovato in possesso di una notevole quantità di marijuana, motivata – secondo quanto dallo stesso dedotto e non contestato – dalla sua volontà di esercitare i culti della religione rastafari (*amplius infra*, cap. II, nt. 266).

Chiaramente, in siffatti casi si tratterà di valutare di volta in volta la sincerità dell'adesione ad una determinata cultura tramite il sistema delle corroborazioni esterne delle dichiarazioni dell'imputato, per evitare che quest'ultimo possa strumentalmente invocare tradizioni culturali in realtà non recepite per ottenere, eventualmente, un trattamento di favore. Il rischio del richiamo ad una cultura straniera in senso utilitaristico, quindi, non deve scoraggiare dal ricercare soluzioni più consone ad una giustizia individualizzata, essendo il processo penale in possesso di strumenti idonei per accertare l'attendibilità delle dichiarazioni dell'imputato.

³² Cfr. RIVERA, in *Rassegna italiana di sociologia*, 2004, 1, pp. 55-56; P.P. GIGLIOLI-P. RAVAIOLI, *Bisogna davvero dimenticare il concetto di cultura? Replica ai colleghi antropologi*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 2004, 2, p. 287.

³³ Come, avviene, ad esempio, nel caso delle c.d. mutilazioni genitali femminili, pratica consuetudinaria che attraversa diversi Stati del continente africano, con tradizioni e concezioni religiose spesso differenti.

zioni multiculturali e delle tutele dei gruppi minoritari contro la società (nell'ambito, quindi, delle politiche di "lotta per il riconoscimento", che mirano alla creazione di una *cittadinanza multiculturale*, in seno a quelle che Kymlicka chiama "tutele esterne" dei gruppi minoritari³⁴), ma non è del tutto adattabile agli interessi del diritto penale, specie sotto il profilo del principio di personalità della responsabilità penale.

Un concetto di cultura più funzionale alle esigenze del diritto penale, invece, deve necessariamente essere integrato a partire dal ruolo che il fattore culturale svolge sulla capacità d'orientamento del singolo e sulle motivazioni a delinquere, sulla base di quanto affermato da quelle correnti sociologiche che, a partire da Talcott Parsons, hanno individuato l'essenza della cultura nella sua dimensione simbolica e nella sua capacità di incidere sulla prospettiva cognitiva-valutativa del soggetto agente; una nozione di cultura, quindi, da intendere come «struttura di significati trasmessi storicamente e incarnati in simboli, come sistema di concezioni ereditate, espresse in forme simboliche, per mezzo delle quali gli uomini comunicano, perpetuano e sviluppano la loro conoscenza e i loro atteggiamenti verso la vita»³⁵ e che «agisce come sistema di controllo per la direzione del comportamento umano»³⁶.

³⁴ Nell'impostazione seguita da Kymlicka nel suo *La cittadinanza*, cit., p. 63 ss., l'autore distingue due tipi di rivendicazioni che il gruppo può portare avanti per mantenere la stabilità della comunità: da un lato, le c.d. tutele esterne nei confronti della società dominante (che mira a paralizzare o ad attenuare gli effetti delle decisioni di maggioranza nei confronti del gruppo minoritario), dall'altro, le restrizioni interne (che intendono eliminare il dissenso interno alla comunità, rivolgendosi quindi contro i membri stessi del gruppo). K. segnala come le restrizioni interne si risolvono spesso in una limitazione delle fondamentali libertà civili e politiche dei membri del gruppo e che, pertanto, non potrebbero trovare riconoscimento pubblico, a differenza delle tutele esterne. Le posizioni di Kymlicka, tuttavia, hanno incontrato spesso notevoli critiche, incentrate sulla difficoltà di tenere ben distinti gli ambiti delle due sfere di tutela che, in realtà, almeno in taluni casi, tenderebbero a sovrapporsi: cfr., in particolare, S. BENHABIB, *The Claims of culture. Equality and diversity in the Global Era*, Princeton, 2002, (trad. it.), *La rivendicazione dell'identità culturale: Eguaglianza e diversità nell'era globale*, (2002), Bologna, 2005, p. 89 ss.

³⁵ C. GEERTZ, *Interpretazione*, cit., p. 139.

³⁶ È questa una nozione di cultura non dissimile, per certi versi, da quella richiamata da parte della dottrina angloamericana formatasi sulle *cultural defenses*. Ad esempio, JEREON VAN BROECK, nel suo *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, p. 8 – traducendo la formulazione proposta da E. ROOSSENS, *Sociale en Culturele Antropologie. Een kritische belichting van enkele hoogtepunten*, Leuven, 1997 pp. 32-33, sulla base del lavoro di J. TENNEKENS, *Anthropology, Relativism and Method. An Inquiry into the Methodological Principles of a Science of Culture*, Assen, Van Gorcum, p. 228 ss. – definisce la cultura come «an intersubjectif system

È partendo da questa idea di cultura che il diritto penale, utilizzando gli strumenti di cui è già in possesso, può riuscire ad adeguarsi alla pluralità delle culture senza rimanere ibernato nella sua tradizionale dimensione localistico-culturale³⁷ – che, nelle odierne società multiculturali, sembrerebbe condurre verso una politica criminale “*a random*” (tra la scomoda alternativa di punire tutti i soggetti fedeli ad una tradizione culturale penalmente rilevante e quella non meno aberrante di colpire soltanto quei soggetti che vengono per ventura scoperti nel seguire una pratica culturale comunemente condivisa) – e senza al contempo smarrire la propria identità.

2. Le influenze della cultura sulla condotta dell'individuo

Una volta definito il concetto di cultura assunto come punto di partenza, occorre adesso valutare come la cultura possa interagire con l'individuo, se ed eventualmente in che grado essa possa influenzarne la condotta; ciò al fine di comprendere i possibili margini di apprezzamento del fattore culturale in sede penalistica.

In realtà, parte della tematica è già stata trattata, incidentalmente, laddove si è precedentemente accennato: al crollo del paradigma illuministico di un'essenza umana libera e scevra di condizionamenti culturali, al contrario assunto dell'antropologia moderna circa l'esistenza di un vincolo più o meno intenso della cultura sull'individuo e, infine, alla crisi della nozione stessa di cultura, con la conseguenziale tendenza a favore dell'ibridismo e della libertà di scelta tra più modelli d'azione.

Si tratta ora di considerare più in dettaglio il dibattito relativo alle

of symbols which offers the human being an orientation toward the others, the material world, him-or herself and the non-human. This symbolic system has a cognitive as well as an evaluative function. It is handed over from one generation onto a next generation and subject to constant transformation. Even when it never achieves complete harmony, there is a certain logic and structure that binds the system together». Anche ALISON DUNDEE RENTELN, l'autrice di quello che appare essere il lavoro più completo sulle *cultural defenses*, in *The Cultural Defense*, New York, 2004, p. 10, non sembra allontanarsi troppo da questo concetto di cultura, richiamando la definizione della commissione UNESCO canadese, secondo cui «*culture is a dynamic system of learned elements, with assumptions, conventions, beliefs and rules members of a group to relate to each other and to the world, to communicate and to develop their creative potential*».

³⁷ Sul localismo del diritto penale nelle nuove società multiculturali, cfr. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, p. 56 ss.

influenze che la cultura esercita sulla condotta individuale, per poi desumerne le opportune conseguenze in ambito penalistico³⁸.

Orbene, partendo da quelle posizioni che riconoscono alla cultura il potere di condizionare in varia guisa il modo di ragionare, le percezioni e le condotte dell'individuo, è necessario precisare che, pur svelando un fenomeno difficilmente contestabile, queste impostazioni teoriche rischiano talvolta di ingenerare il convincimento organicistico che le culture creino dei mondi reciprocamente inaccessibili, delle entità chiuse e prefissate all'interno delle quali l'individuo scopre la propria identità.

Un siffatto metodo di spiegazione delle relazioni umane, spesso alla base di opinioni fortemente connotate in senso ideologico sulle modalità di trattamento delle differenze culturali³⁹, sembra viziato da quello che Amartya Sen ha definito un «approccio solitarista all'identità umana», tendente a trascurare le c.d. «affiliazioni concorrenti» (*competing affiliations*)⁴⁰: *id est*, le ulteriori forme identitarie che l'individuo possiede insieme a quella religiosa o culturale – legate ad esempio alla classe sociale, al genere, alla professione, alla lingua, alla scienza, alla morale o alla politica – e che, in relazione al contesto, contribuiscono in vario modo ad influenzarne le decisioni⁴¹. Con ciò non si intende disconoscere l'importanza fondamentale della cultura nella percezione dell'individuo e nella direzione del comportamento umano, bensì con-

³⁸ Sull'influenza cognitivo-precettiva della cultura sulla condotta criminale nell'ambito specifico dei reati culturalmente motivati, v. *infra*, cap. II, par. 2.2.

³⁹ Secondo S. BENHABIB, *La rivendicazione*, cit., p. 17 ss., ad esempio, sia alla base delle politiche dei conservatori alla Huntigton (S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*, New York, 1996, (trad. it.) *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, 1997) – che sperano di scongiurare lo scontro di civiltà rafforzando alleanze politiche ferme nell'accogliere le fratture identitario-culturali, affinché i tentativi di colmarle non producano eterogeneità e confusione –, sia di quelle dei progressisti – che invece pensano di preservare le culture al fine di rimediare a modelli di egemonia e offesa simbolica che implicano disconoscimento e oppressione di alcune culture da parte di altre –, vi sarebbero le medesime premesse epistemiche erronee di considerare le culture come totalità nettamente descrivibili e inaccessibili. Tale approccio, quindi, si fonderebbe su una sociologia riduzionistica della cultura che, «considerando le culture alla stregua di distintivi dell'identità di gruppo, tende a farne dei feticci posti al di là della portata dell'analisi critica»: T. TURNER, *Anthropology and Multiculturalism: What is Anthropology that Multiculturalism Should Be Mindful of it?*, in *Cultural Anthropology*, 8, (4), 1993, pp. 411-429.

⁴⁰ Cfr. A. SEN, *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, London, 2006, (trad. it.) *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006, pp. 5, 46 ss.

⁴¹ Sulla necessità di considerare le c.d. affiliazioni concorrenti al fattore culturale, sia consentito rinviare a F. PARISI, *Colpevolezza attenuata in un dubbio caso di motivazione culturale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1441 ss.

testare il modo di considerare la cultura come il determinante centrale, inesorabile e assolutamente indipendente dalle altre direttrici sociali. Come sostiene Sen, infatti, una valutazione equilibrata e bilanciata della rilevanza della cultura per l'individuo deve sempre tener conto del fatto che «1) le nostre identità culturali possono essere estremamente importanti ma non governano in solitudine sulle nostre priorità, potendo assumere un ruolo molto importante altri elementi come la classe, la razza, il genere, la professione, la politica; 2) la cultura non è un attributo omogeneo; 3) la cultura non rimane immobile; 4) la cultura interagisce con altri determinanti della percezione e dell'agire sociale»⁴².

Analogamente, anche da una diversa prospettiva più attenta alla dimensione psicologica, chi si è occupato di esaminare il peso della cultura sulle emozioni umane ne ha rilevato il ruolo influente ma non autonomamente determinante⁴³. Alludiamo in particolare a Martha Nussbaum, la quale, partendo da una concezione c.d. cognitivo-valutativa delle emozioni individuali, pur attribuendo alla cultura un ruolo essenziale per interpretare il significato delle emozioni umane, sottolinea come le emozioni che “promanano” dal proprio vissuto culturale possano essere tuttavia valutate in senso critico e superate dallo stesso individuo che le vive: ecco perché, in realtà, grazie ai differenti modelli di comportamento individuale si possono creare importanti spazi di diversità all'interno della medesima cultura; la quale, di conseguenza, può meglio essere rappresentata non come gabbia di ogni possibile emozione, bensì come «scenario di intenso dibattito e di grande diversità, in cui (...) l'individuo ha quanto meno una certa libertà di movimento»⁴⁴.

Sotto altro profilo, la questione della relazione tra condizionamento culturale e libertà di scelta dell'individuo sembra richiamare il dibattito sulle logiche di azione che, più in generale, si è sviluppato in ambito filosofico tra determinismo e indeterminismo e che, applicato al diritto penale, si è specificato nell'esame dei rapporti tra libertà del volere e responsabilità penale. Ora, non si intende qui ricordare la perenne disputa sulla libertà del volere sviluppatasi soprattutto in seno alla dottrina tedesca⁴⁵, ma è anche vero che l'attenzione riposta da Sen

⁴² A.K. SEN, *Identità e violenza*, cit., p. 113.

⁴³ M. NUSSBAUM, *Upheavels of Thought. The Intelligence of Emotion*, Cambridge, 2001, (trad. it.) *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2004, p. 212 ss.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 212.

⁴⁵ Dell'ampia letteratura sul tema mi limito a rinviare al lavoro di J. TIEMEYER, *Der "relative Indeterminismus" und seine Bedeutung für das Strafrecht*, in *ZStW*, 1993, p. 483 ss.

sulla priorità della ragione sull'identità⁴⁶ o dalla Nussbaum sulla capacità di critica delle emozioni sembra potersi armonizzare con l'idea – emersa proprio nella letteratura sulla dialettica determinismo/inde-terminismo – di una libertà non inconciliabile con il condizionamento: pur non essendo immaginabile senza quest'ultimo, la libertà gode tut-tavia di un residuo spazio d'azione (c.d. *Spielraum*) che, ai fini penali- stici, è ciò che basta affinché la scelta del soggetto agente possa essere considerata libera e da lui stesso dominabile⁴⁷.

La condotta del soggetto agente, allora, non va considerata come il prodotto aritmetico che segue le leggi di un modello culturale incon- scio (prospettiva riduzionistica di natura legalista), ma neanche come il frutto di una scelta del tutto libera dal patrimonio culturale in cui il soggetto si è formato e dal sistema di simboli che ha ereditato (pro- spettiva volontaristico-essenzialista). Del concetto di cultura come «si- stema di significati ... e di concezioni ..., che agisce come sistema di controllo per la direzione del comportamento umano», va in realtà ac- colta l'idea di un condizionamento interno alla libertà dell'individuo, purché non si escluda *sic et simpliciter* la possibilità di muovere al sog- getto agente un rimprovero per la condotta realizzata, essendo ancora presente un margine di libertà per determinarsi verso una condotta al- ternativa.

In ultima analisi, quindi, al di là delle posizioni ideologiche sul ruo- lo della cultura sulle condotte individuali, sembra potersi affermare che il fattore culturale fa parte di una di quelle «logiche di azione che si differenziano proprio per il grado di riflessività del rapporto che il soggetto intrattiene con il proprio agire e che possono essere collocate su un *continuum* che va dal polo dell'azione totalmente cosciente a quello dell'azione totalmente irriflessiva»⁴⁸.

⁴⁶ Come si evince già dal titolo di una delle sue opere, A. SEN, *Reason before iden- tity*, Oxford, 1999.

⁴⁷ P. BIERI, *Das Handwerk der Freiheit*, München, 2001. Secondo l'autore, «non è senza soppesare le alternative d'azione che l'attore arriva al decisivo giudizio prati- co su come deve agire. È vero che queste alternative di azione gli si presentano nel quadro di un campo di possibilità che è limitato da capacità, carattere e circostan- ze, ma, nel considerare le alternative ancora da valutare, egli deve ritenersi ancora in grado di poter agire così o diversamente. Infatti, per l'autore che riflette, le ca- pacità, il carattere e le circostanze si trasformano in altrettante ragioni del suo "po- tere" limitato dalla specifica situazione. In questo senso egli non è incondiziona- tamente libero di agire così o diversamente. La libertà non è inconciliabile con il con- dizionamento, ... ma lo esige e non sarebbe immaginabile senza di esso» (passo ri- portato dalla versione in italiano di J. HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Reli- gion. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main, 2005, (trad. it.), *Tra scienza e fe- de*, Roma-Bari, 2008, p. 59.

⁴⁸ P.P. GIGLIOLI-P. RAVAIOLI, *Bisogna davvero*, cit., p. 277.

Una volta ritenuto che tutti gli individui, pur mantenendo la libertà di agire altrimenti, sono psicologicamente predisposti ad agire conformemente alle norme e ai precetti della propria cultura, rimane da stabilire come deve comportarsi il diritto penale quando sulla base di questa vengano realizzate fattispecie di reato. Come valutare in questi casi il grado di influenza del condizionamento culturale sulla condotta del soggetto e come trarne le conseguenze sotto il profilo punitivo?

Con riserva di un maggiore approfondimento nel prosieguo del lavoro, si può già anticipare che la questione del grado del condizionamento culturale sulla condotta criminale va esaminata considerando un duplice profilo di possibile influenza sulla *mens rea*: in primo luogo, distinguendone i riflessi, rispettivamente, sulla componente intellettuale-rappresentativa e su quella volitiva; in secondo luogo, tenendo presente che non sembra possibile stabilire a priori, con precisione, quale sia il peso dei modelli culturali sulla condotta. Non si può valutare una volta per tutte, in via generale, se il soggetto agente sia «uno stratega libero da condizionamenti o un idiota culturale», dovendosi invece procedere ad uno studio delle «condizioni empiriche che favoriscono il prevalere dell'una o dell'altra di queste due caratterizzazioni del rapporto tra cultura e azione»⁴⁹. È necessario seguire, pertanto, un approccio «caso per caso»⁵⁰, che tenga conto di circostanze quali il tempo trascorso nel Paese ospitante, la conoscenza della lingua, il grado di assimilazione o di esclusione del reo dalla società, per desumerne il grado di condizionamento culturale subito al momento del fatto di reato e per valutare se e in che misura si giustifichi in ragione di ciò un trattamento penale differenziato.

3. Prospettive politico-filosofiche sul «riconoscimento culturale»

Chiarito il concetto di cultura giuridicamente rilevante e l'esigenza di sfuggire dagli opposti estremismi di una visione essenzialista o riduzionista delle influenze culturali sulla condotta umana, appare ora opportuno dar sinteticamente conto dei principali modelli elaborati dalla filosofia e dalla politica del diritto per individuare le regole della convivenza interculturale e delle soluzioni concretamente adottate a tal proposito dalle politiche pubbliche.

All'interno del dibattito filosofico-giuridico volto alla ricerca di soluzioni moralmente accettabili e politicamente praticabili per fronteg-

⁴⁹ P.P. GIGLIOLI-P. RAVAIOLI, *Bisogna davvero*, cit., p. 280.

⁵⁰ In questo senso, v. A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, New York, 2004, p. 10.

giare i problemi sollevati dalla diversità culturale all'interno delle democrazie liberali contemporanee appare opportuno richiamare, in primo luogo, pur se per grandi linee, la polemica tra comunitaristi e liberali.

Il comunitarismo⁵¹ si fonda tendenzialmente su una visione olistico-organicistica della realtà – tutta incentrata sull'importanza dei valori della comunità d'appartenenza –, in base alla quale l'individuo è riconosciuto tale in quanto membro di una comunità: quest'ultima agirebbe in funzione costitutiva dei fini del singolo, il quale, specularmente, anziché formarsi autonomamente e volontariamente un'identità, la “scoprirebbe” in base al proprio patrimonio culturale. Pur tenendo conto delle sue molteplici sfaccettature, il pensiero comunitarista sembra caratterizzarsi⁵², in positivo, per il fatto di essere una prospettiva filosofica che enfatizza l'importanza etica e psico-sociale dell'appartenenza alla comunità (postulando che nella formulazione del giudizio etico siano comprese la cultura e le tradizioni della comunità cui appartiene il soggetto giudicato); in negativo, invece, per il fatto di costituire una variante dell'anti-liberalismo, volta a criticare, sul versante dei diritti e dell'uguaglianza, l'indifferenza del pensiero liberale nei confronti della comunità⁵³.

Proprio dal possibile conflitto tra il principio dell'egualitarismo liberale del pari trattamento (basato sul rispetto della potenzialità umana universale) e la necessità del riconoscimento⁵⁴ delle specifiche identità culturali (in ragione del nesso indissolubile tra queste e il ca-

⁵¹ Sul pensiero comunitarista cfr, per tutti, la breve ma lucida analisi di A. BUCHANAN, *Community and communitarianism*, in E. CRAIG (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, London-New York, 1998, pp. 464-471.

⁵² I riferimenti più comuni riguardano A. MACINTYRE, *After Virtue: A study in Moral Theory*, London, 1982; M. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1998; C. TAYLOR, *The Politics of Recognition*, Princeton, 1992, (trad. it.) *La politica del riconoscimento*, in *Multiculturalismo: Lotte per il riconoscimento* J. Habermas e C. Taylor, Milano, 1998; per certi versi M. WALZER, *Spheres of Justice*, New York, 1983; ID., *Sulla tolleranza*, Roma-Bari, 2003.

⁵³ A. BUCHANAN, *Community*, cit., p. 464.

⁵⁴ In relazione all'importanza del riconoscimento come componente formativa dell'identità e del disconoscimento come forma di odio collettivo di se stessi, Taylor richiama l'analisi di FRANTZ FANON, *Les damnés de la Terre*, Paris, 1961, (trad. it.), *I dannati della terra*, Torino, 1975. Secondo Fanon una delle principali armi utilizzata dai colonizzatori nelle loro strategie di assoggettamento sarebbe stata quella di imporre l'immagine avvilita di colonizzati ai popoli sottomessi, come se essi fossero in un certo qual modo colpevoli della loro condizione di sfruttamento; una via fondamentale per conquistare la libertà sarebbe, quindi, quella di liberarsi da questa immagine avvilita di sé. Quest'idea è stata poi ripresa da certe correnti del movimento femminista e da quello omosessuale e, per certi versi, sta al centro del dibattito sul multiculturalismo.

rattere dialogico dell'identità individuale), ad esempio, prende le mosse il pensiero di Charles Taylor, autore di uno dei più citati lavori ricondotti alla corrente comunitarista. Taylor, partendo dall'attribuzione di un valore presuntivamente egualitario alle culture⁵⁵, sostiene che per porre rimedio al cieco e livellante universalismo dovrebbe sostenersi una politica della differenza (o meglio del riconoscimento) culturale, la quale dia adeguato spazio alle rivendicazioni dei gruppi minoritari, consentendo a questi di coltivare le loro specifiche tradizioni. Nel seguire tale prospettiva di fondo, l'autore finisce per riconoscere la titolarità di autonomi diritti ai gruppi culturali (c.d. diritti collettivi), in certi casi (e fino ad un determinato grado) anche contro alcuni diritti di libertà del singolo⁵⁶. In questo modo, però, è evidente che le tesi comunitariste incontrano forti difficoltà di compatibilità con gli ordinamenti liberal-democratici: pretendere di accordare, in un ipotetico conflitto, una preferenza ai diritti collettivi di gruppo anziché a quelli individuali vuol dire dimenticare che la tutela dei diritti individuali (a prescindere dalla loro natura di limite imposto alla sovranità stessa ovvero di precondizione della democrazia) costituisce il fondamento stesso delle democrazie liberali⁵⁷.

Se è vero però che il pluralismo sociale ed il pluralismo culturale (o multiculturalismo)⁵⁸ non sono fenomeni apparenti ma una realtà evidente, allora gli interrogativi sul ruolo della diversità culturale nelle attuali società non possono essere lasciati esclusivamente alla filosofia comunitarista, ma devono costituire oggetto di dibattito anche all'interno del mondo liberale.

Proprio dalla considerazione del "fatto del pluralismo", ad esempio, muove la rivisitazione della famosa teoria della giustizia come equità di John Rawls, laddove egli sottolinea la natura non già morale-com-

⁵⁵ C. TAYLOR, *La politica*, cit., p. 55.

⁵⁶ In realtà, Taylor fa riferimento ad un solo caso concreto. Si trattava di un caso canadese, in cui la minoranza francofona del Quebec avanzava il diritto di tutelare localmente la propria cultura attraverso regole che, ad esempio, vietavano alla popolazione francofona e agli immigrati di iscrivere i propri bambini alle scuole inglesi. Taylor finisce per legittimare una società con fini collettivi sostenendo che «il perseguimento di tutti questi obiettivi genererà, sicuramente, tensioni e difficoltà, ma non è impossibile e, in linea di principio, i problemi non sono più gravi di quelli a cui va incontro qualsiasi società liberale che debba conciliare, per esempio, la libertà e l'uguaglianza, o la prosperità e la giustizia». V. C. TAYLOR, *La politica*, cit., p. 47.

⁵⁷ Sui vari modelli di democrazia liberale teorizzati ed applicati in ambito europeo e negli Stati Uniti, cfr., anche in una prospettiva storica, la breve ma chiara analisi di M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006, p. 52 ss.

⁵⁸ Sulla necessaria distinzione tra pluralismo e multiculturalismo, cfr. F. BARBANO, *Pluralismo. Un lessico per la democrazia*, Torino, 1998, p. 8 ss.

preensiva, bensì più propriamente politica (e, quindi, con un valore esclusivamente pubblico) della sua proposta. Nel suo noto “Liberalismo politico”⁵⁹, infatti, il filosofo americano ridimensiona la portata della sua teoria della giustizia⁶⁰, passando dall’idea di una condivisione morale dei principi di giustizia (per il cui tramite ottenere la stabilità sociale) ad una visione che, prendendo più compiutamente atto delle molteplici accezioni di vita buona (c.d. teorie comprensive) all’interno della medesima comunità giuridica, distingue, da un lato, il necessario consenso (definito per intersezione – c.d. *overlapping consensus*) di dottrine comprensive ragionevoli⁶¹ sui valori politici della società⁶² e, dall’altro, la legittima divergenza dei valori e delle credenze nella sfera morale privata.

Il pensiero di Rawls, tuttavia, non sembra del tutto confacente ai nostri fini, giacché sembra fondarsi su una distinzione tra cultura di base (privata) e cultura politica pubblica che appare precaria⁶³, specie nell’ambito dei casi difficili dell’integrazione culturale, laddove forte è il rischio che i valori privati interferiscano con quelli pubblici (come avviene per molte delle fattispecie dei c.d. reati culturalmente motivati, caratterizzate da condotte violente o degradanti nei confronti dei soggetti più deboli all’interno dei gruppi familiari).

Per certi versi analoga alla tesi di Rawls appare la risposta che Jürgen Habermas offre a Taylor nel suo “Lotta di riconoscimento nello Stato democratico di diritto”⁶⁴. Il filosofo tedesco, per un verso, assumendo come punto di partenza una concezione intersoggettiva dell’identità, è favorevole ad una politica di riconoscimento della cultura dell’individuo – in quanto essa rappresenta uno dei luoghi princi-

⁵⁹ Cfr. J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, (trad. it.), *Liberalismo politico*, Milano, 1994.

⁶⁰ Cfr. J. RAWLS, *A theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, (trad. it.), *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982.

⁶¹ Sulle caratteristiche dell’ *overlapping consensus*, v. J. RAWLS, *Liberalismo*, cit., p. 131 ss.

⁶² È l’idea della concezione politica della giustizia presentata come un modulo per quanto possibile indipendente da ogni dottrina comprensiva, religiosa, filosofica o morale, ma ad esse adattabile: cfr. J. RAWLS, *Liberalismo*, cit., p. 29 ss.

⁶³ Per queste critiche, cfr. S. BENHABIB, *La rivendicazione*, cit., p. 151 ss.

⁶⁴ J. HABERMAS, *Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt a. M., 1996 (trad. it.) *Lotte di riconoscimento nello Stato democratico di diritto*, in J. HABERMAS-C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998. Dello stesso autore cfr., anche con riferimenti ai rapporti tra democrazia deliberativa e pluralismo culturale, J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M., 1996, (trad. it.) *L’inclusione dell’altro. Studi di teoria politica*, Milano, 1998, soprattutto p. 235 ss.

pali in cui dal dialogo interpersonale l'individuo costruisce la propria identità –, ma, per altro verso, sottolinea con forza che per fare questo non è necessario adottare un contro-modello *à la Taylor*, essendo sufficiente invece realizzare fino in fondo il sistema dei diritti. La strategia a tal uopo proposta da Habermas è allora quella di far convivere il pluralismo culturale negli ordinamenti liberali attraverso la distinzione dei due diversi livelli dell'integrazione etica e dell'integrazione politica: lo Stato non potrà richiedere ai cittadini di una società multiculturale un consenso sostanziale sui valori – *integrazione etica* – (dovendo su tale aspetto assumere una posizione di neutralità), ma solo sulle procedure relative a una legittima produzione giuridica e a un legittimo esercizio del potere – *integrazione politica*. Habermas offre quindi un modello analogo a quanto già proposto in terra americana da Rawls, ma esplicita in cosa consista questa comune cultura politica, individuandola nel c.d. “*patriottismo costituzionale*”: si tratta cioè di una certa interpretazione dei valori costituzionali storicamente determinata – e per questo non neutrale –, su cui una data società instaura le fondamenta del vivere comune e sui cui dovrebbe convergere il consenso di ogni gruppo culturale. Sarebbe quindi il “*patriottismo costituzionale*” il criterio in base al quale attribuire la cittadinanza politica e definire i confini di tolleranza tra le culture.

All'interno del pensiero liberale, tuttavia, non sono mancati i tentativi di superare il limite del “*patriottismo costituzionale*” e di garantire maggiori spazi al riconoscimento pubblico della differenza culturale, tanto che si è anche parlato dell'esistenza di un “*multiculturalismo liberale*”. A ben vedere, infatti, se il multiculturalismo costituisce una risposta normativa alla differenza culturale, che si fonda sul riconoscimento politico come forma di inclusione, allora, non è solo partendo dall'adozione di tesi comunitariste che esso può scaturire. Si può parlare di multiculturalismo liberale, quindi, nel momento in cui una teoria respinga la neutralità del diritto innanzi alla diversità culturale, ma ponga sempre all'origine di ogni riflessione sui rapporti tra le culture il concetto di individuo e di autonomia personale.

Una delle più note applicazioni del c.d. multiculturalismo liberale è dovuta al pensiero di Kymlicka, cui già in precedenza⁶⁵ si è accennato e sul quale ci si sofferma in quanto talune coppie concettuali da questi elaborate (ci si intende riferire *sub specie* al binomio “*tutele esterne/restrizioni interne*” e a quello “*tolleranza/autonomia*”) possono suggerire utili distinzioni e stimolare approfondimenti anche nell'ambito penalistico.

⁶⁵ V., in particolare, par. 1 del presente capitolo sul concetto di cultura e nt. 34.

Kymlicka ammette la possibilità di riconoscere diritti differenziati in ragione dell'appartenenza di gruppo, purché ciò avvenga in modo compatibile con il rispetto dei diritti individuali. A tale scopo distingue tra due tipi di rivendicazioni che un gruppo etnico o nazionale può avanzare: da un lato, le rivendicazioni contro la società dominante (c.d. tutele esterne) – le quali intendono difendere il gruppo dalle decisioni della cultura di maggioranza che si ripercuotono, direttamente o indirettamente, sulle comunità minoritarie; dall'altro, quelle contro i suoi membri (c.d. restrizioni interne) – dirette invece a proteggere il gruppo dall'effetto destabilizzante del dissenso interno. Nella prospettiva liberale seguita da Kymlicka potrebbero ottenere un riconoscimento giuridico solo le c.d. tutele esterne, le quali non sembrano costituire una reale minaccia per i diritti individuali dei membri interni al gruppo, ma soltanto una legittima richiesta d'inclusione nell'ordinamento giuridico e sociale⁶⁶. Riguardo alle c.d. restrizioni interne, invece, si impone il limite fondamentale di consentire agli individui la libertà di porre in discussione le pratiche tradizionali della loro comunità, essendo una caratteristica essenziale dell'ideologia liberale – al contrario delle tesi comunitariste sulla “scoperta” dell'identità e sulla comunità come entità costitutiva dei fini dell'individuo – il principio dell'autonomia e della reversibilità dei fini: le persone, quindi, devono avere il diritto di criticare ed eventualmente di sconvolgere i ruoli sociali che hanno ereditato secondo le logiche del proprio gruppo familiare o culturale e l'ordinamento, dal canto suo, deve garantire questa possibilità di scelta.

A questo punto, però, è lecito chiedersi se il valore dell'autonomia, così interpretato, non rischi di entrare in conflitto con un altro valore fondamentale del liberalismo come la tolleranza, laddove, non ammettendo alcuna forma di restrizione interna, si pretenda di forzare una minoranza a riorganizzare la sua comunità secondo i nostri principi di libertà⁶⁷.

D'altra parte, è bene ricordare che l'idea di tolleranza⁶⁸ non è una

⁶⁶ W. KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., p. 63 ss.

⁶⁷ Ipotesi diversa questa dalla questione dell'uso della forza contro uno Stato straniero per obbligarlo ad applicare principi liberali (su tale aspetto cfr. invece M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, 2001, (trad. it.) *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, 2003, nonché gli interventi pubblicati nella traduzione italiana di S. VECA, *I diritti umani e la priorità del male*, *ivi*, p. 101 ss. e di D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, *ivi*, p. 13 ss. Sul successivo dibattito generato dall'adesione di tale autore all'intervento militare, anche se in presenza di specifiche condizioni cfr., inoltre, i contributi consultabili sul sito internet <http://www.juragentium.unifi.it/it/forum/ignatieff/index.htm>.

⁶⁸ Sul concetto di tolleranza letteratura amplissima, cfr., tra i recenti contribu-

conquista, né un'esclusiva del liberalismo. Al contrario, vi sono state anche proficue applicazioni storiche di altre forme di tolleranza religiosa di origine non liberale, tra le quali si può richiamare l'esperienza del c.d. sistema delle Millet. Si trattava di una federazione di teocrazie, sperimentata dall'impero ottomano tra il XIV e il XVI sec., che riconosceva ai gruppi di musulmani, cristiani ed ebrei lo *status* di "unità autonome" (Millet), alle quali veniva garantito il diritto di organizzarsi a loro piacimento, consentendo l'eventuale imposizione di restrizioni interne ai loro membri. Ne derivava, quindi, un modello di tolleranza religiosa tutto incentrato sulla volontà della religione dominante di coesistere con le altre e disinteressato, invece, all'esigenza di garantire la libertà di coscienza dell'individuo in quanto tale.

Il sistema Millet è riportato da Kymlicka quale esempio di convivenza interculturale particolarmente sensibile alla tolleranza verso la diversità culturale e come possibile risposta al pluralismo culturale qualora si assumesse, come sostengono i comunitaristi, che l'identità degli individui sia davvero legata a determinati fini immutabili e culturalmente determinati.

In una prospettiva liberale che parte dall'idea della libera revisione dei fini dell'individuo, però⁶⁹, si impone la necessità di tutelare non solo la tolleranza di gruppo, ma anche l'autonomia individuale, tutelando la libertà dell'individuo di seguire principi anche contrari a quelli abitualmente accolti presso il gruppo culturale d'origine e di comportarsi di conseguenza⁷⁰.

Una soluzione attenta ad entrambi i principi, secondo Kymlicka, sarebbe pertanto quella di dare riconoscimento alle c.d. tutele esterne – in nome del principio di tolleranza – e di negare invece l'ammissibilità delle restrizioni interne – in ossequio al principio dell'autonomia personale.

Effettivamente, è proprio in questo difficile temperamento tra tolleranza ed autonomia interna al gruppo che risiedono i maggiori

ti, M. WALZER, *On toleration*, Yale, 1997, (trad. it.) *Sulla tolleranza*, Roma-Bari, 1998; R. FORST, *I limiti della tolleranza*, in *Teoria politica*, 17 (2), 2001, pp. 3-16; Id., *Toleranz im Konflikt*, Frankfurt a.M., 2003.

⁶⁹ W. KYMLICKA, *ibidem*, p. 268, sottolinea, tuttavia, come anche da parte liberale vi sia stato chi, ponendo in evidenza la tolleranza a danno dell'autonomia, finisce per essere indulgente rispetto alle richieste dei gruppi culturali di imporre restrizioni interne ai propri membri. Il riferimento è diretto a C. KUKATHAS, "Are There Any Cultural Rights?", in W. KYMLICKA, *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, 1995, che riconosce alle minoranze nazionali un ampio potere anche all'interno della comunità purché sia garantito il diritto di abbandonarla (c.d. diritto di *exit*). Sul diritto di *exit* cfr. *amplius infra*, in "Considerazioni conclusive".

⁷⁰ Cfr. W. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, 1991, p. 58 ss.; Id., *La cittadinanza*, cit., p. 270 ss.

dubbi sul riconoscimento pubblico delle differenze culturali, tanto che si è anche parlato di «paradosso della vulnerabilità multicultural»⁷¹ o di «dilemma liberale»⁷², per indicare come una tutela rafforzata dei gruppi culturali minoritari (con l'eventuale riconoscimento di diritti collettivi direttamente in capo alle comunità) rischi talvolta di tradursi in un consolidamento della subordinazione gerarchica dei ruoli familiari, ai danni dei soggetti più vulnerabili all'interno del singolo gruppo (generalmente donne e bambini)⁷³.

Il punto essenziale che qui si intende sottolineare, quindi, è che la disciplina giuridica legata all'incontro tra culture, pur essendo questo fenomeno tutt'altro che sconosciuto ad altre fasi storiche, assume caratteri particolarmente problematici ove si debbano tenere in considerazione le ineludibili categorie liberal-democratiche dell'uguaglianza e della diversità, della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, del rapporto tra tolleranza ed autonomia. Ecco perché è in particolare nell'ambito di una prospettiva liberale aperta al pluralismo culturale – e non necessariamente in altri sistemi politici del passato – che il rapporto tra rivendicazioni multiculturali e restrizioni interne suscita serie difficoltà, tanto da far parlare di *liberal's dilemma*, di paradossi multiculturali o da far pensare al monito di Böckenförde secondo cui «lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che esso stesso non può garantire»⁷⁴.

Di fronte allo scomodo dilemma sulla preferenza da accordare alla

⁷¹ Cfr. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, 2001.

⁷² Cfr. COLEMAN, *Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, in *Columbia Law Review*, 1996, p. 1136 ss.

⁷³ Come scrive Shachar, infatti, «le stesse misure che sembrano attraenti in una prospettiva *intergruppo* possono operare sistematicamente a svantaggio di certi membri del gruppo da una prospettiva *intragruppo*» (corsivo mio): A. SHACHAR, *Multicultural*, cit., p. 3.

⁷⁴ Cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, 1967, ora in Id., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt a.M., 1991, p. 91 ss. (trad. it.) *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, in P. PRODI-L. SARTORI (a cura di), *Cristianesimo e potere*, Bologna, 1986, p. 121 ss. Il «teorema» di Böckenförde, in particolare, è espresso nel suo *Recht*, cit. pp. 112-113 con le parole: «*Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann... Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischer Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges ein autoritativen Gebots, zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierten Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat*».

tutela dei diritti individuali o alle identità etnico-culturali, il dibattito si è pertanto radicalizzato attorno all'opinione di chi considera un "costo inevitabile" del multiculturalismo il rispetto *tout court* delle tradizioni dei gruppi minoritari – negando a chicchessia il diritto di intervenire nelle loro pratiche – e a quella di chi, invece, incoraggia l'abbandono di ogni velleità multiculturalista, schierandosi a favore di una visione egualitaria-universalista della cittadinanza e sostenendo un liberalismo interventista, volto a porre fine al controllo dei gruppi tradizionali sulle donne e sui bambini. In particolare, se taluno riconosce alle minoranze culturali un potere quasi illimitato verso i propri membri, purché questi – e in ciò risiederebbe il pur labile radicamento nel mondo liberale – abbiano il diritto di lasciare la comunità (c.d. *diritto di exit*) e di accedere ad una società aperta e di mercato⁷⁵, altra parte della dottrina, specie di derivazione femminista, ha rigettato *in toto* la distinzione operata da Kymlicka – con critiche analoghe a quelle indirizzate al liberalismo politico di Rawls –, giudicando illusoria e per certi versi ingenua la tesi di riconoscere diritti speciali solo a quelle rivendicazioni culturali che non ledano diritti fondamentali: secondo quest'ordine di critiche, infatti, vi sono ipotesi, come nel caso della subordinazione femminile infragruppo – che non viene esplicitata o rivendicata dai gruppi minoritari in modo palese, ma che vive nella dimensione informale della vita privata e domestica –, in cui una rigida distinzione tra sfera pubblica e sfera privata appare fuorviante. È da questo tipo di obiezioni, ad esempio, che trae spunto l'ormai famoso interrogativo «*is multiculturalism bad for women*»? di Susan Okin⁷⁶ per avvertire che nelle culture risiedono i germi della subordinazione femminile, della disuguaglianza e della violenza e che, pertanto, proprio attraverso un abbattimento degli orizzonti culturali passerebbe la strada per una reale applicazione dell'uguaglianza di genere⁷⁷.

Accanto a queste posizioni più intransigenti, tuttavia, si registrano anche sforzi volti a trovare strade diverse e più concilianti nei confronti del pluralismo culturale.

⁷⁵ Cfr. C. KUKATHAS, "Are There Any Cultural Rights?", cit., *passim*.

⁷⁶ Cfr. OKIN S. MOLLER, *Is Multiculturalism Bad for Woman*, Princeton, 1999, (trad. it.), *Diritti delle donne e Multiculturalismo*, Milano, 2007, pp. 3-22. Sul pensiero di Susan Okin v., di recente, P. PAROLARI, *Femminismo liberale e multiculturalismo. Susan Okin e le forme della diversità culturale*, in *Ragion Pratica*, 1, 2008, p. 231 ss.

⁷⁷ Al di fuori di una prospettiva femminista, diversi sono gli autori che, sottolineando i conflitti tra diritti culturali e diritti di libertà, sostengono un'incompatibilità tra multiculturalismo polietnico e liberalismo. Per un approccio egualitarista liberale, cfr. B. BARRY, *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge, 2001, *passim*.

Ayelet Shachar, ad esempio, suggerisce l'idea della creazione di giurisdizioni multiculturali multiple, con l'istituzione di un'amministrazione e di una giurisdizione condivisa (*joint governance*) tra Stato e gruppi culturali, che superi ogni forma di monopolio nella giurisdizione⁷⁸. La proposta, tuttavia, come è stato segnalato, sembra istituire un'eguaglianza tra autorità le cui fonti sono in realtà molto diverse tra loro; essa, inoltre, provocando una «rifeudalizzazione della legge», entrerebbe in conflitto con il principio di uguaglianza giuridica dei cittadini⁷⁹.

Una tesi che appare di particolare interesse e che verrà spesso richiamata nel presente lavoro è invece quella sostenuta da Seyla Benhabib⁸⁰. La studiosa americana, nell'aderire ad un modello di democrazia deliberativa à la *Habermas*, distingue il metodo multiculturalista da quello democratico-deliberativo (da lei prescelto). Anche quest'ultimo sostiene le lotte per il riconoscimento dei gruppi culturali minoritari, nella misura in cui esse aiutano lo sviluppo del dialogo democratico attraverso la denuncia del carattere escludente e gerarchico degli assetti culturali esistenti. La differenza significativa rispetto al metodo multiculturalista, tuttavia, risiede nella circostanza che il fine non è rappresentato dalla volontà di preservare culture minoritarie all'interno dello Stato, bensì dalla necessità di ampliare il circuito dell'inclusione democratica, affinché l'assimilazione politica di nuovi gruppi entro le società costituite si traduca nell'ibridazione, su entrambi i fronti delle tradizioni culturali⁸¹.

Segnatamente, l'approccio democratico-deliberativo della Benhabib, che si fonda sulle norme del rispetto universale e della reciprocità ugualitaria – da lei considerati i principi-guida dell'interazione umana –, è volto a creare un *dialogo culturale complesso*, basato sul principio dell'inclusione nei processi decisionali di tutti coloro che sono investiti dalle conseguenze che le decisioni politiche comportano (c.d. *universalismo interattivo*⁸²) e, quindi, nell'ambito specifico del multiculturalismo,

⁷⁸ Come scrive l'autrice si tratterebbe di «un'architettura totalmente nuova per dividere e condividere l'autorità all'interno dello Stato multiculturale, che incoraggi una forma di governo costituita dal dialogo tra diversi *centri di potere non monopolistici* (corsivo mio), piuttosto che un'imposizione da parte di uno Stato o di un gruppo di funzionari onnicompetenti»: A. SHACHAR, *Multicultural*, cit., p. 88.

⁷⁹ Per questa critica, cfr. S. BENHABIB, *La rivendicazione*, cit., p. 171.

⁸⁰ S. BENHABIB, *The Claims of culture. Equality and diversity in the Global Era*, Princeton, 2002, (trad. it.), *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, (2002), Bologna, 2005.

⁸¹ *Ibidem*, p. 9 ss.

⁸² La Benhabib, (*ibidem*, p. 30 ss.) in particolare, distingue un *universalismo interattivo* (da lei seguito) da un *universalismo sostituzionalista*. Quest'ultimo si fon-

sul coinvolgimento dei gruppi culturali – e delle loro rappresentazioni di sé⁸³ – nel procedimento di decisione pubblica che li riguarda. A tal fine, è essenziale secondo la Benhabib adottare un modello di democrazia partecipata, che non limiti il coinvolgimento degli attori sociali nell'ambito della sfera pubblica al solo binario delle istituzioni formali della società civile, ma che passi anche per il binario delle associazioni informali dei cittadini, dei gruppi d'interesse pubblico e dei movimenti sociali (c.d. *concezione binaria della democrazia deliberativa*)⁸⁴.

Rimane da chiedersi, tuttavia, se il modello della Benhabib legittimi un sistema politico multiculturalista, che ammetta una molteplicità di assetti istituzionali e la coesistenza di giurisdizioni differenti per cultura e tradizioni. La risposta della Benhabib a questo interrogativo è di particolare interesse e ritornerà in questo studio, giacché può suggerire taluni spunti anche per la valutazione del fattore culturale in sede penale⁸⁵. Invero, la Benhabib individua nel rispetto delle *tre condizioni normative* della *reciprocità egualitaria*, dell'*autoiscrizione volontaria al gruppo* e della *libertà d'uscita e di associazione* il presupposto minimo perché il riconoscimento di queste strutture plurali sia compatibile con un modello universalista di democrazia deliberativa. In primo luogo, infatti, ai membri di minoranze culturali non devono essere riconosciuti, sulla base della loro appartenenza, diritti politici,

da su una determinata definizione dell'agire e della razionalità dell'uomo e limita pertanto l'oggetto dei discorsi pratici a ciò che ognuno, insieme a tutti gli altri, può volere o decidere che sia una legge universale, oppure a quei principi di società giusta che approverebbero agenti razionali posti al di là delle limitazioni epistemiche di un «velo d'ignoranza» (Rawls). Rispetto al modello discorsivo tali teorie presentano il vantaggio di essere in grado di fornire alla scelta e alla deliberazione un contenuto più determinato o più concreto. Questa determinatezza contenutistica, tuttavia, viene conseguita al prezzo di una limitazione dell'agenda della conversazione e di una visione degli individui non come "altri concreti", bensì come "altri generici". Sarebbe da preferire, allora, specie nelle società pluriculturali, un *universalismo interattivo*, che miri a conoscere l'identità altrui solo attraverso le narrazioni con cui i soggetti oggetto di analisi identificano se stessi e che consideri tutti gli esseri umani capaci di sentire, parlare e agire come potenziali interlocutori morali di una conversazione, senza riconoscere privilegio alcuno a osservatori e filosofi.

⁸³ La studiosa, infatti, sostiene l'importanza che il giudizio su una cultura distingua la prospettiva dell'osservatore sociale da quello dell'agente sociale, secondo una prospettiva narrativa delle azioni e della cultura. Se l'ottica dell'osservatore esterno impone unità e coerenza alle culture, in quanto entità oggetto di osservazione, al contrario, il punto di vista dell'agente sociale interno fornisce delle descrizioni narrative della cultura cui partecipa, come «orizzonte che recede ogniqualvolta uno gli si approssimi»: *ibidem*, p. 22.

⁸⁴ Sulla democrazia deliberativa cfr., inoltre, J.L. MARTÌ, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid, 2006, *passim*.

⁸⁵ V. soprattutto, *infra*, cap. *Considerazioni conclusive*, par. 2.2.1.

economici e culturali inferiori a quelli della maggioranza (c.d. *reciprocità egualitaria*). In secondo luogo, nelle società multiculturali un individuo non dovrebbe venire automaticamente ascritto a un gruppo culturale, religioso o linguistico sulla base della sua origine, ma, a un certo momento della vita adulta, dovrebbe essergli chiesto (in senso lato) se accetta o meno di mantenere la propria appartenenza alla comunità d'origine (c.d. *autoascrizione volontaria*). Infine, si deve consentire all'individuo una libertà illimitata di uscire dal gruppo ascrittivo, sebbene l'uscita possa accompagnarsi alla perdita di certi tipi di privilegi formali e informali (c.d. *libertà d'uscita e associazione*)⁸⁶.

Sono queste le condizioni, quindi, che la Benhabib considera necessarie perché il pluralismo giuridico di uno Stato liberaldemocratico consegua gli obiettivi tanto della diversità culturale quanto della parità democratica, senza compromettere i diritti dei bambini e delle donne appartenenti a culture minoritarie.

La posizione della Benhabib – come già anticipato e come meglio si vedrà nel prosieguo del lavoro – può offrire utili spunti anche per individuare possibili aperture del sistema penale alle differenze culturali. È bene chiarire sin da subito tuttavia che, mentre la Benhabib non sembra escludere – nel rispetto delle menzionate condizioni normative – l'idea di giurisdizioni multiple o comunque di fenomeni variamente inquadrabili nel pluralismo giuridico, nella prospettiva qui seguita non si arriverà a proporre l'accettazione di giurisdizioni differenziate in ragione dell'etnia, apparendo questa una strada forse incline ad un'eccessiva frammentazione del sistema penale⁸⁷. Le suggestioni della Benhabib, invece, come si vedrà, verranno esaminate all'interno di un *sistema penale sensibile alle specificità culturali*, ma che rimane unitario e coerente a se stesso e non già differenziato sotto il profilo sostanziale o processuale.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 41 ss., 174 ss. Specie gli ultimi due requisiti rimandano a quelle concezioni dell'individuo come essere in grado di giudicare se stesso e, quindi, anche la propria cultura che abbiamo già avuto modo di esaminare *supra*. Del diritto di *exit* parla anche J. Raz, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, 1994, pp. 166, 172 ss. Come si è già indicato (v. note 50 e 56), peraltro, autori come Kukathas hanno fatto riferimento al rispetto di tale diritto per giustificare una tutela in senso forte delle differenze culturali.

⁸⁷ L'istituzione di giurisdizioni penali *ad hoc* o di normative speciali in base alla cultura d'origine del reo sembra giustificarsi, invece, in base a dinamiche socio-culturali d'origine storica. È quanto avviene, ad esempio, per quegli Stati multinazionali (secondo la definizione di Kymlicka) in cui i gruppi minoritari sono concentrati su un territorio storicamente proprio, spesso conquistato con la forza dagli attuali gruppi maggioritari.

4. Le politiche immigratorie adottate nelle società multiculturali e i loro risvolti penalistici

Dopo questo sommario accenno a quelle teorie filosofico-politiche relative al pluralismo culturale che sembrano offrire utili spunti anche in una prospettiva penalistica, è ora necessario guardare brevemente ai modelli politici che sono stati concretamente adottati dai vari ordinamenti per disciplinare le odierne realtà multiculturali.

Com'è noto⁸⁸, due sono i principali modelli che si è soliti distinguere⁸⁹. Da un lato, infatti, riscontriamo una strategia *assimilazionista*⁹⁰, volta all'uniformazione delle culture minoritarie a quella maggiorita-

⁸⁸ Proprio in ragione dell'ormai ampia letteratura riportata e ben analizzata, soprattutto ai fini delle implicazioni penalistiche, da A. BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1193 ss.; ID., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006; ID., *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 1 ss.; ID., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, ci si limita qui a richiamare le linee essenziali del tema affrontato da questo autore. Con particolare chiarezza nell'analisi del modello francese e di quello britannico v. però, oltre a Bernardi, L. BELLUCCI, *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, in *Soc. dir.*, 2001, p. 131 ss.

⁸⁹ Accanto a tali modelli si è anche parlato di un sistema precarista tedesco. La politica immigratoria tedesca si caratterizzerebbe cioè per un'integrazione strettamente connessa alla dimensione lavorativa, non accompagnata da un'analoga integrazione socio-culturale. L'immigrato, quindi, verrebbe visto più come un lavoratore-ospite (*Gastarbeiter*), provvisoriamente residente in Germania, che come un cittadino tedesco. In realtà, la politica immigratoria tedesca dell'ultimo decennio sembra indirizzata verso una più efficace integrazione sociale, come dimostrerebbe, ad esempio, la legislazione di favore per l'acquisto della cittadinanza. Riguardo agli altri paesi europei, le politiche immigratorie si pongono generalmente lungo le linee ideali dei due modelli assimilazionista/multiculturalista: se paesi come l'Olanda e la Svezia, ad esempio, si caratterizzano per politiche tendenzialmente multiculturaliste, l'Italia e la Spagna sembrano invece seguire una politica più vicina al modello assimilazionista. Per un approfondimento delle politiche immigratorie in Europa cfr. M. DELLE DONNE-U. MELOTTI, *Immigrazione in Europa. Strategie di inclusione-esclusione*, Roma, 2004, *passim*.

⁹⁰ Come sottolinea A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 224, l'*assimilazione* – da intendere come l'abbandono della propria specifica identità culturale minoritaria a favore di quella della società maggioritaria – è solo uno dei risultati possibili quando delle minoranze etniche si incontrano con nuove culture. Altri possono essere quelli dell'*integrazione*, che implica il mantenimento dell'integrità culturale e al tempo stesso un processo per diventare parte integrante di una struttura sociale più ampia, ovvero della *segregazione* (talvolta anche auto-imposta). Riguardo all'assimilazione, peraltro, vi sono anche autori che distinguono quattro sub-processi di assimilazione: a) un processo biologico (*amalgamation*); uno psicologico (*identification*); uno più strettamente culturale (*acculturation*); uno strutturale (*integration*): v. J.M. YINGER, *Toward a Theory of Assimilation and Dissimilation*, in *Ethnic and Racial Studies*, 1981, pp. 249-264.

ria, in nome dei principi dell'universalismo della cittadinanza e della neutralità e laicità dello Stato: secondo il c.d. modello de *la République* – così denominato perché è in Francia che ha avuto le applicazioni più convinte –, quindi, lo Stato dovrebbe rimanere indifferente al fenomeno culturale, relegandolo nella sfera privata e nelle scelte più intime degli individui. Dall'altro, al contrario, un sistema viene definito *multiculturalista* quando la politica statale è diretta a salvaguardare le differenze culturali dei singoli gruppi, in nome del riconoscimento della loro diversità culturale e identitaria (in questo caso si parla anche di modello *Londistan*, perché è in Gran Bretagna che più si è inteso valorizzare le differenze culturali, con il riconoscimento talora di diritti culturali specifici a favore di minoranze religiose)⁹¹.

Entrambi i modelli, tuttavia, non sono esenti da profili problematici. Se una politica immigratoria assimilazionista sembra scontrarsi con le accuse di una falsa neutralità dello Stato – in realtà incline a seguire la prospettiva della cultura nazionale maggioritaria e a screditare le culture minoritarie con effetti discriminatori –, nonché con le difficoltà pratiche che l'idea di un'integrazione coatta comporta, quella multiculturalista, invece, può andare incontro a obiezioni di segno contrario ma non meno incisive: il riconoscimento pubblico delle differenze culturali, infatti, è accusato di portare ad una reciproca chiusura e ad un'autoghettizzazione dei gruppi culturali – con la creazione anche di stereotipi culturali negativi –, nonché alla balcanizzazione dell'ordinamento giuridico, con ricadute negative sul piano dell'uguaglianza giuridica⁹².

Anche sotto un profilo più strettamente penalistico, i contrapposti modelli di una politica criminale orientata in senso assimilazionista o multiculturalista sembrano presentare diversi nodi critici⁹³. Una politica criminale favorevole ad un rigido rispetto del principio di uguaglianza formale, senza alcuna concessione alle differenze culturali, infatti, rischia di non tenere in adeguata considerazione un aspetto centrale della personalità dell'autore (la sua cultura) – così come invece richiederebbero il principio di colpevolezza ed il principio di proporzione delle pene –, né appare soddisfacente sul piano delle funzioni della

⁹¹ Riguardo al modello di immigrazione affermatosi negli Usa dal sogno assimilazionista del *melting pot* alle rivendicazioni dei gruppi culturali segregati ed alle correlative aperture multiculturaliste, passando per il c.d. *salad bowl*, cfr. C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale*, cit., p. 184; A. SEMPRINI, *Il Multiculturalismo*, Milano, 2000, *passim*.

⁹² Cfr. A. BERNARDI, *Modelli penali*, cit., p. 59 ss. e bibliografia ivi riportata.

⁹³ Per un'analisi più approfondita delle ragioni *pro/contra* il riconoscimento del fattore culturale in sede penale cfr., specie in riferimento alla dottrina americana, *infra*, cap. II, par. 2.4.

pena – sia sotto il profilo della prevenzione generale, sia sotto quello della prevenzione speciale⁹⁴.

Allo stesso modo, l'idea di un'accentuata valorizzazione del fattore culturale in sede penale, con la previsione di discipline talora differenziate in ragione dell'etnia⁹⁵, va incontro ad obiezioni altrettanto rile-

⁹⁴ A. BERNARDI, *Modelli penali*, cit., pp. 68-69. Sotto il profilo della prevenzione generale, infatti, sia l'effetto deterrente della pena, sia quello d'orientamento sarebbero compromessi dall'intima adesione a valori culturali differenti rispetto a quelli tutelati dall'ordinamento; l'indifferenza nei confronti delle peculiarità culturali, invece, sembrerebbe enfatizzare la prevenzione generale c.d. integratrice, volta a rinsaldare la fiducia dei cittadini nei valori dell'ordinamento, attraverso una cristallizzazione della società e delle sue tradizioni. Anche il piano della prevenzione speciale sembra incontrare difficoltà all'interno di una prospettiva assimilazionista: la pena, infatti, rischierebbe di assumere l'erronea pretesa etnocentrica di riacculturare il reo a valori differenti rispetto a quelli propri della sua comunità originaria.

⁹⁵ Sul punto, cfr. l'indagine comparatistica di A. BERNARDI, *Modelli*, cit., p. 45 ss. e relativa bibliografia. L'autore, in particolare, segnala come le maggiori aperture siano riscontrabili in quegli ordinamenti che presentano minoranze native culturalmente diverse nel loro territorio, con un riconoscimento delle peculiarità culturali che agisce sia a livello processuale (con procedure *ad hoc* per i membri di tali gruppi), sia a livello sostanziale (con leggi che consentono comportamenti culturali altrimenti vietati). Così, ad esempio, sotto il profilo processuale, in Canada è ormai frequente la risoluzione delle controversie degli *Inuit*, anche di natura penale, secondo un'antica forma di giustizia conciliativa che prende il nome di "sentencing circle" (cerchio magico); allo stesso modo, in Perù, con la *Ley de Comunidades Campesinas* del 1987, il codice di procedura penale riconosce alle popolazioni aborigene la legittimità di alcune giurisdizioni speciali, affidate alle autorità indigene, che applicano un diritto consuetudinario parallelo a quello ufficiale e che si basano anche su meccanismi processuali di carattere riconciliativo; analoghe forme di coinvolgimento delle comunità indigene nell'amministrazione della giustizia penale statale, inoltre, si verificano per le popolazioni aborigene in Australia, con il c.d. "aboriginal community justice", su cui cfr. C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive* de iure condendo, in *Ind. pen.*, 2007, p. 261 ss. Sotto il profilo sostanziale, invece, tra le politiche multiculturaliste che riconoscono non di rado trattamenti normativi speciali di rilievo penale per le comunità native, Bernardi cita il permesso dato ai gruppi Inuit e Pellerosse di cacciare specie animali altrimenti penalmente tutelate, ovvero l'art. 15 del nuovo codice penale peruviano del 1991, che prevede una specifica ipotesi di irresponsabilità penale in casi di «errore culturalmente condizionato».

Per quanto concerne invece i paesi in cui il pluralismo culturale dipende da fenomeni di immigrazione, invero, Bernardi segnala che l'elemento culturale, pur non arrivando a giustificare procedure speciali, ha comunque trovato parziale riconoscimento in sede legislativa e, con varietà di accenti, in sede giurisdizionale. L'autore, in particolare, cita, sul versante legislativo, il caso dello Stato americano del Rhode Island, in cui solo rispetto ai membri della comunità ebraica è considerato non incestuoso il matrimonio tra zio e nipote femmina, il famoso caso del *Road Traffic Act* del 1988 che consente agli indiani Sikh di non sottostare alla disciplina (penale) che prevede l'uso del casco in motocicletta purché portino il tur-

vanti: a) anche in questo caso, infatti, emergono delle perplessità sotto il profilo della funzione della pena⁹⁶; b) ciò che abbiamo definito «il paradosso della vulnerabilità multiculturale» si tradurrebbe, in termini penalistici, in un sacrificio di beni giuridici individuali sicuramente meritevoli di tutela penale – come vita, salute, libertà d'espressione, ecc. – e, quindi, in una tutela lacunosa del soggetto passivo del reato e dei suoi diritti fondamentali, in spregio alle esigenze che il principio d'uguaglianza richiede di rispettare; c) la valorizzazione del fattore culturale in sede penale, infine, potrebbe avere infelici ricadute sul principio di tassatività e determinatezza della norma, giacché il riferimento al carattere culturale di una condotta rischierebbe di assumere un significato piuttosto oscuro e foriero delle più variegate oscillazioni giurisprudenziali, come mostrerebbe, peraltro, l'atteggiamento ondivago assunto in argomento dalla giurisprudenza⁹⁷.

Le difficoltà di tali modelli, inoltre, sono state evidenziate anche ad un livello più strettamente pratico, il che ha pertanto giustificato ripensamenti e mutamenti di rotta⁹⁸. Così, la politica immigratoria inglese ha già mostrato “cedimenti” a favore di taluni interventi di natura assimilazionista e pare guardare, di recente, dopo gravi fatti di sangue come quelli del 7 luglio del 2005, con maggiore severità al dissenso culturale. Anche la strategia assimilazionista francese ha dovuto fare i conti con un aumento esponenziale della criminalità all'interno delle comunità immigrate – come il famoso caso delle *banlieus* – che ha fatto sorgere forti interrogativi sulla bontà del modello de *la République*.

È bene sottolineare, tuttavia, che la portata del riconoscimento del fattore culturale in sede penale non dipende solo ed esclusivamente⁹⁹

bante, lo *Slaughter of Poultry Act* del 1967 e il successivo *Slaughterhouses Act* del 1974, che autorizzano gli ebrei e i musulmani a macellare gli animali secondo le loro tradizioni, nonostante ciò potrebbe integrare la fattispecie di maltrattamenti di animali.

⁹⁶ La consapevolezza di rimanere legittimamente esente da pena (o di potersi avvalere di una sensibile riduzione della stessa), in quanto membro di un gruppo culturale speciale, infatti, avrebbe risvolti negativi sia sulla funzione deterrente della norma penale, sia su quella di orientamento culturale, disincentivando inoltre tali soggetti ad informarsi sulla legislazione nazionale; anche sotto il profilo della prevenzione speciale, peraltro, sarebbe difficile immaginare una funzione di risocializzazione del reo.

⁹⁷ Cfr. A. BERNARDI, *ibidem*, pp. 63-65 e 67-70. Quest'ultimo argomento, in realtà, è stato utilizzato sia per argomentare contro il principio della differenziazione penale in ragione della cultura, sia, al contrario, per richiedere la tipizzazione di un'attenuante specifica di natura culturale che ne renda meno discrezionale l'applicazione (COSÌ A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., pp. 199-201).

⁹⁸ Cfr., anche per i riferimenti normativi, A. BERNARDI, *op. ult. cit.*, pp. 70-71.

⁹⁹ Sul punto cfr. anche A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza*, cit., p. 17 ss., secondo

da ragioni politico-ideologiche legate all'adozione di un modello assimilazionista o multiculturalista, potendo altresì assumere rilevanza elementi come l'*offensività della condotta di reato culturalmente motivata* e il grado di *soggettivizzazione dell'ordinamento penale*¹⁰⁰.

Sotto il primo profilo, invero, si deve riconoscere che fattori quali il rango dei beni giuridici offesi o l'allarme sociale suscitato da una determinata condotta influiscono in misura determinante sulla possibilità di riconoscere effetti attenuanti/aggravanti alla cultura del reo¹⁰¹.

Riguardo al secondo aspetto, invece, assume un rilievo per nulla trascurabile nella valutazione dell'elemento culturale lo spazio che un ordinamento penale riserva in generale ai profili soggettivi della condotta delittuosa. Non è infatti un caso che in un ordinamento come quello tedesco, non caratterizzato da politiche di natura multiculturalista¹⁰², la giurisprudenza abbia spesso tenuto conto della cultura del reo, sia nell'ambito della qualificazione giuridica delle condotte di reato, sia in quello della commisurazione della pena¹⁰³. Questa apparente discrasia tra politica legislativa d'immigrazione e prassi giurisprudenziale si spiega con la tradizionale apertura di tale ordinamento verso un'interpretazione delle categorie penalistiche in senso più marcata e soggettivo¹⁰⁴, che consente quindi una maggiore attenzione verso quelle componenti psicologiche – come il fattore culturale – che influenzano la condotta.

Analogamente, anche in altri Paesi che sul piano legislativo sem-

cui sarebbero da distinguere quattro ragioni in base alle quali viene riconosciuta una rilevanza penale al fattore culturale: quelle a sfondo politico-ideologico, quelle a carattere politico-criminale, quelle connesse al tipo di autore culturalmente diverso, quelle correlate al tipo di reato commesso.

¹⁰⁰ Che la struttura dell'illecito penale sia caratterizzata, nella sua costruzione sistematica, dal confronto dialettico tra un diritto penale oggettivo e un diritto penale soggettivo e come una tale distinzione sia di fondamentale importanza per consentire un «approfondimento degli istituti penalistici e quindi un arricchimento della teoria generale del reato» è un aspetto segnalato, tra gli altri, da NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1969, p. 152.

¹⁰¹ Cfr. A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza*, cit., p. 25 ss.

¹⁰² V. *supra*, nt. 89.

¹⁰³ Non si è mancato di sottolineare, infatti, che nonostante in Germania non sia mai parlato della categoria della *cultural defense*, tuttavia, di fatto, la giurisprudenza ne abbia fatto un ampio utilizzo: sul punto cfr. MAIER S., *Honor killings and the Cultural Defense in Germany* in M.C. FOBLETS-A.D. RENTELN, *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, 2009. Sull'orientamento della giurisprudenza tedesca sui reati culturali v. più diffusamente *infra*, cap. II, par. 2.5.

¹⁰⁴ V. *infra*, cap. II, par. 2.5.

brano per lo più insensibili alla valutazione dell'elemento culturale, non di rado una considerazione di tale fattore viene recuperata, con un certo *favor rei*, in sede giurisprudenziale. Persino in Francia, patria del principio di neutralità dello Stato, ad esempio, a fronte di un dato legislativo improntato ad un assoluto egualitarismo, non sono mancate pronunce giurisprudenziali che, valorizzando in modo più o meno implicito le motivazioni culturali della condotta di reato, hanno deciso di infliggere pene particolarmente miti, spesso soggette alla sospensione condizionale della pena ¹⁰⁵.

Oltre a questi fattori segnalati (politica legislativa ¹⁰⁶, livello di offensività della condotta criminale, grado di soggettivizzazione del sistema penale), vi sono poi ulteriori variabili capaci di incidere sull'intensità del riconoscimento del fattore culturale in sede penale.

Le *contingenze storico-politiche* (nel senso di un più o meno felice rapporto con le comunità immigrate sotto il profilo economico, sociale e criminale), infatti, giocano un ruolo decisivo sull'apertura del sistema penale verso le differenze culturali, assumendo rilevanza considerevole nella valutazione dell'allarme sociale di talune condotte culturalmente motivate e della soglia di tolleranza accettata nei confronti della diversità culturale. Già sul piano delle politiche legislative, d'altra parte, si è visto come gli astratti modelli multiculturalista/assimilazionista, nel fare i conti con gli insuccessi della segregazione economico-sociale e con l'esplosione di una violenta criminalità di origine straniera, siano stati spesso costretti a rivedere certe posizioni originarie. La sensibilità verso la lesione di beni giuridici di difficile apprezzamento concreto, o la percezione dell'allarme sociale di talune condotte, infatti, dipendono in larga misura da contingenze storiche e dal tipo di reazioni emotive che il contesto sociale avverte come preminente in un dato periodo, specie in società culturalmente eterogenee. Ciò si ripercuote non solo sulle politiche pubbliche e, in particolare, sugli interventi legislativi, ma ha anche notevoli ricadute sulle decisioni giurisprudenziali: non è infrequente, invero, che questioni decisamente controvertibili come quelle in esame siano decise in modo

¹⁰⁵ Cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2001, p. 92 ss.

¹⁰⁶ Come abbiamo già segnalato la politica legislativa tende ad assumere un atteggiamento tanto più pluralista quanto più le minoranze etniche presenti nel territorio siano storicamente radicate nel territorio. Ecco, allora, che un elemento fondamentale sul peso attribuito al fattore culturale nella genesi del reato dipende dal *tipo d'autore* (immigrato/ nativo). Tale elemento, pertanto, è qui considerato unitamente alla variabile della politica legislativa, dipendendo strettamente da quest'ultima: per una classificazione in parte diversa v. A. BERNARDI, qui riportato alla nt. 99.

diverso nelle aule di giustizia, pur a fronte di un medesimo quadro normativo.

Il potenziale spazio di rilevanza penale del fattore culturale, pertanto, costituisce uno degli ambiti più soggetti alle *variabili individuali dei giudici*, dal momento che gioca un ruolo determinante la c.d. precomprensione dei fatti da parte dell'organo giudicante¹⁰⁷. Se, infatti, si può sostenere già in generale che la ricostruzione del fatto di reato risente fortemente della visione del mondo del giudice, in quanto l'interpretazione-applicazione giudiziale delle norme si scrive sempre in un contesto che la condiziona anche in termini di influssi di ordine culturale¹⁰⁸, ciò accade a maggior ragione ove l'elemento culturale risulta così predominante nella spiegazione della condotta criminale da assumere un'intensità ancor più elevata.

Ecco allora che, nell'ambito di un'analisi sui rapporti tra diritto penale e "cultura dell'altro", è sempre da tener presente che un fattore determinante delle soluzioni applicative può essere rappresentato non solo dalla *cultura del reo*, ma anche dalla *cultura del giudice*. Ciò non al fine di neutralizzare questa variabile ineliminabile, bensì – al contrario – allo scopo di renderla esplicita, in modo da chiarirne i presupposti e le implicazioni, decifrarne gli eventuali caratteri di irrazionalità¹⁰⁹ e togliere a certe soluzioni quella falsa parvenza di oggettività sacramentale che avrebbe la presunzione di ergersi sulle "barbare" culture altrui¹¹⁰.

¹⁰⁷ Cfr. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli, 1983, *passim*. Cha la precomprensione influisca in vario modo sulle decisioni prese è ipotesi talvolta ammessa e approfondita anche dagli stessi magistrati. In un recente volume sul multiculturalismo B. PASTORE-L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008, infatti, lo stesso Lanza (magistrato) parla di nove variabili che incidono sulla decisione del giudice, tra le quali spicca quella della personalità del decidente: L. LANZA, *Sistema penale e cultura dell'immigrato: quale ruolo per il giudice?*, in B. PASTORE-L. LANZA, *Multiculturalismo*, cit., p. 93 ss.

¹⁰⁸ Cfr. G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 300 ss.

¹⁰⁹ Cfr. B. PASTORE, *Identità culturali, confini normativi e processo penale*, in B. PASTORE-L. LANZA, *Multiculturalismo*, cit., p. 50 ss.; F. VIOLA-G. ZACCARIA *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 427 ss.

¹¹⁰ È questo il termine utilizzato da talune pronunce giurisprudenziali alle prese con la problematica dei reati culturalmente motivati: v. *infra*, cap. II, par. 2.6.

CAPITOLO II

I REATI CULTURALMENTE ORIENTATI, TRA
CONDIZIONAMENTO CULTURALE E CONFLITTO
NORMATIVO. I DUBBI SU UNA CATEGORIA
AD HOC E LA CASISTICA

SOMMARIO: 1. Nozione di *cultural offence* e tipologia dei casi. – 2. Caratteri comuni ai reati culturali. – 2.1. L'influenza cognitivo-precettiva della cultura sull'*actus reus*. – 2.2. Conflitto di doveri improprio e pluralismo normativo. – 2.2.1. *Segue*: le differenze con la delinquenza per convinzione. – 2.2.2. *Segue*: un caso particolare. La *sub-cultura* mafiosa. – 2.2.3. *Segue*: il pluralismo normativo. – 2.3. Thorsten Sellin e i "conflitti culturali". – 3. *Cultural offense* e *cultural defense*: i reati culturali nella dottrina e nella giurisprudenza anglo-americana. – 3.1. La *cultural defense* nella casistica giurisprudenziale. – 3.2. Argomenti contrari alla *cultural defense*. – 3.3. Argomenti a favore della *cultural defense*. – 3.4. Le limitazioni alla *cultural defense*. – 3.5. Rilievi conclusivi. – 4. La rilevanza del fattore culturale nella giurisprudenza tedesca. – 4.1. La casistica. – 4.2. Valutazione critica degli orientamenti giurisprudenziali. – 5. La giurisprudenza italiana alle prese con la società multiculturale, tra diritti inviolabili dell'uomo e rispetto della diversità culturale. – 5.1. La casistica. – 5.2. Valutazione critica degli orientamenti giurisprudenziali.

1. Nozione di *cultural offence* e tipologia dei casi

Abbiamo esaminato i rapporti tra cultura, individuo e ordinamento, nonché le variabili che possono concretamente incidere sul grado d'apertura del sistema penale al fattore culturale. Appare ora necessario analizzare più da vicino quelle fattispecie di reato dove la cultura assume spesso un ruolo determinante nelle motivazioni delittuose del reo e per le quali, pertanto, si pone in concreto la questione dei rapporti tra diritto penale e pluralismo culturale.

In particolare, per indicare siffatte tipologie di reato si parla generalmente nella letteratura penalistica – mutuando un'espressione coniata dalla dottrina anglo-americana – di "reati culturalmente motivati (o orientati)" (*culturally motivated crime* o *Cultural Offence/Offense*¹¹¹): facendo così riferimento – secondo una definizione ormai ampiamente accolta in dottrina¹¹² – a quei comportamenti realizzati da un sog-

¹¹¹ Il termine *offence* è utilizzato dalla dottrina inglese; *offense* è invece il termine che si riscontra nell'ambito della dottrina americana. In questo lavoro si farà indifferentemente uso ora dell'una ora dell'altra versione.

¹¹² Cfr., tra gli altri, J. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, n. 1, p. 3 ss.

getto membro di una cultura di minoranza, che sono qualificati reati dall'ordinamento giuridico della cultura dominante, ma che, all'interno del gruppo culturale dell'agente, sono considerati normali, e quindi tollerati, se non addirittura approvati, incoraggiati o imposti.

La tipologia dei casi che rientrano in tale categoria è composita e concerne la lesione di vari beni o interessi oggetto di tutela penale.

In casi particolarmente gravi, la questione del condizionamento culturale riguarda reati che offendono beni della persona come la *libertà individuale*, *l'incolumità individuale* o la *vita*. Non mancano ipotesi, infatti, in cui in un certo contesto culturale si raccomandano addirittura azioni omicide come unica via per rimediare ad un torto subito ovvero per imporre un valore avvertito come essenziale. Ad esempio, secondo alcune concezioni tradizionali, l'omicidio può invero essere considerato un mezzo moralmente accettabile – o, talvolta, necessario – per ripristinare l'onore violato dall'uccisione di un proprio familiare (c.d. *Blutrache* – vendetta di sangue), oppure per reagire ad una vergogna insanabile in genere connessa al proprio onore coniugale (c.d. *spousal jealousy killings* – omicidi di gelosia matrimoniale). Analogamente, il crimine estremo viene talvolta realizzato come reazione finale ad un allontanamento dei figli dalle regole consuetudinarie vigenti nella comunità originaria, al fine di dimostrare alla comunità la fedeltà della famiglia ai precetti culturali e ristabilire così l'onore familiare (anche se, in questi ultimi casi, solo di rado le reazioni della famiglia giungono fino all'uccisione, arrestandosi il più delle volte allo stadio delle violenze).

In generale, possiamo dire che uno degli ambiti in cui le differenze culturali possono più frequentemente rilevare nel diritto penale riguarda la *dimensione familiare*, nella cui intimità e quotidianità esse trovano la loro massima espressione. Spesso, infatti, il richiamo al rispetto di un codice etico-culturale basato su una rigida divisione dei ruoli familiari e di una certa austerità nei costumi sociali, unitamente ad una concezione dei poteri del padre di famiglia fortemente orientata in senso autoritario, sono elementi dello scenario in cui, per ristabilire i valori violati, si realizzano condotte lesive di beni fondamentali della persona.

Una certa visione culturale del nucleo familiare o un'idea del rapporto genitori-figli incentrata su una sorta di proprietà dei primi sui secondi – potendosi tradurre nell'adozione di parametri educativi molto rigorosi o comunque distanti da quelli accolti e richiesti dall'ordinamento giuridico –, inoltre, sono tali da influire sulla realizzazione di taluni delitti contro la famiglia: i quali vengono compiuti per effetto di una concezione del matrimonio (*bigamia*), della morale familiare e dei vincoli parentali (*incesto*) o dell'assistenza familiare (in quest'ultima ipotesi soprattutto a danno dei *minori*, con l'integrazione di fattispecie

quali *abuso dei mezzi di correzione o di disciplina, maltrattamenti in famiglia, sottrazione consensuale di minorenni, inadempimento dell'obbligo d'istruzione scolastica*) diversa da quella propria del Paese di accoglienza; allo stesso modo, taluni costumi e stili di vita tradizionalmente seguiti all'interno di determinate culture, specie di origine nomade, come *l'abituale esercizio di mestieri girovaghi o l'impiego di minori nell'accattonaggio* sono oggetto di disapprovazione sociale e ritenuti meritevoli di pena da parte della cultura dominante nello Stato d'approdo.

Talvolta, il contesto culturale può influire anche sul modo di concepire la *libertà sessuale*, essendo questa spesso intesa in maniera differente tra le diverse culture. Già sotto il profilo del limite minimo d'età, previsto per poter prestare un libero e consapevole consenso all'atto sessuale, esistono differenze molto profonde. Il limite minimo di quattordici anni, ad esempio stabilito dall'attuale legislazione italiana e ribadito dal giudice delle leggi anche in relazione alla delicata questione relativa all'inescusabilità dell'ignoranza dell'età della persona offesa¹¹³, non solo trova riscontri difformi in altri ordinamenti giuridici (essendo tale limite talvolta spostato verso l'alto¹¹⁴, talaltra¹¹⁵ verso il basso): esso rischia anche di non essere compreso da soggetti appartenenti a talune culture in cui la possibilità di avere relazioni matrimoniali (e quindi sessuali) già ad un'età inferiore a quattordici anni, lungi dall'essere considerato un comportamento carico di disvalore (e, ad esempio, punibile nel nostro ordinamento ai sensi della fattispecie degli "atti sessuali con minorenni", di cui all'art. 609 *quater* c.p.), appare del tutto confacente alla natura biologica dell'uomo.

In altre ipotesi, ancora, la libertà sessuale deve fare i conti con *aspetti culturali fortemente maschilisti*: taluni rituali di matrimonio, che presuppongono l'uso di una qualche forma di violenza da parte dell'uomo per dimostrare alla donna il proprio apprezzamento fisico¹¹⁶, sono infatti tali da poter integrare una pluralità di fattispecie incriminatrici come il delitto di *sequestro finalizzato ad imporre un matrimonio* o di *violenza sessuale*.

Ancor più stridenti con una moderna concezione della libertà sessuale appaiono, poi, quelle condotte di violenza sessuale in cui le motivazioni dell'agente affondano le radici in un contesto culturale incli-

¹¹³ Sulla quale v. Corte Cost., 24 luglio 2007, n. 322, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 11, p. 1461 ss., con nota di L. RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error juris: una decisione "timida" o "storica" della Corte Costituzionale?*

¹¹⁴ Ad esempio, nell'ordinamento inglese, il *Sexual Offenses Act* del 1956, proibisce le relazioni sessuali con minore infrasedicenne.

¹¹⁵ Cfr. *infra*, nella parte relativa all'illustrazione dei casi giurisprudenziali.

¹¹⁶ Cfr. il noto caso Moua riportato *infra* (nt. 179).

ne a reagire con particolare clemenza a siffatte azioni – dove, talvolta, le conseguenze sociali di una violenza sessuale sono addirittura quelle di “obbligare” la vittima a sposare l’aggressore per riparare i danni della perdita della verginità¹¹⁷ –; ovvero in un contesto in cui le stesse regole dell’ordinamento penale di provenienza non prevedono in certe circostanze la punibilità della violenza sessuale (ad esempio, quando questa avviene all’interno del rapporto matrimoniale¹¹⁸).

Prevalentemente legate ad un particolare concetto di libertà sessuale sono anche quelle forme di ablazione degli organi sessuali femminili¹¹⁹, effettuate sul corpo di una parte delle donne minori immigrate in Europa, generalmente originarie del continente africano, che prendono il nome di *escissione rituale o di mutilazioni genitali femminili*¹²⁰.

Non diversamente, una peculiare concezione del *corpo umano* – che gli attribuisce una funzione simbolica pregnante nel cadenzare talune fasi evolutive dell’individuo –, può indurre a comportamenti come le c.d. *scarificazioni* o i *tatuaggi ornamentali* (o come le già menzionate mutilazioni genitali femminili), che appaiono ben giustificati tra gli

¹¹⁷ La logica qui richiamata, che oggi sembra riferibile soprattutto a culture a noi apparentemente estranee, era in realtà per niente sconosciuta ad esperienze nostrane di non molti decenni fa. Basti pensare, a tal proposito, al famoso caso siciliano di Franca Viola che suscitò tanto scalpore per il rifiuto della vittima di attersi alla morale del tempo, secondo cui la donna ormai violata nella sua verginità sessuale, anche se vittima di violenza, avrebbe dovuto sposare il proprio spasimante aggressore per salvare l’onore proprio e quello familiare. Questa sorta di obbligo morale era peraltro suffragato dalla legislazione del tempo che all’art. 544 c.p. (poi abrogato dall’art. 1 della legge 5 agosto 1981, n. 442) ammetteva come causa di estinzione dei delitti contro la libertà sessuale il c.d. matrimonio riparatore tra reo e persona offesa. Alla vicenda è ispirato anche il film “La moglie più bella”, di Damiano Damiani, del 1970.

¹¹⁸ Cfr. il recente caso di violenza sessuale intraconiugale realizzato da un immigrato marocchino ai danni della propria moglie (Cass., sez. III, 26 giugno 2007, in *Z.D.*, su cui *amplius infra*, par. 2.6.).

¹¹⁹ Sul fenomeno dell’escissione, sulle ragioni che ne stanno alla base e sulle varie problematiche che essa pone, v. *infra*, nt. 257.

¹²⁰ Sia l’espressione “mutilazione genitali femminili”, sia quella di “escissione rituale”, nonché quella di “circoncisione femminile” intendono fare riferimento a diverse forme di ablazione degli organi sessuali femminili legate a pratiche tradizionali diffuse soprattutto nel continente africano. Il diverso uso dei termini nasconde in realtà già un atteggiamento più o meno intransigente sulla portata degli effetti lesivi di tali pratiche. Se, infatti, l’espressione mutilazioni genitali femminili (che è la denominazione ormai più diffusa nella letteratura internazionale) sembra già esprimere un giudizio di condanna di tali pratiche, l’espressione “circoncisione femminile”, con un’assimilazione alla corrispondente pratica maschile, sembra invece sottostimare la diversa portata lesiva delle due tipologie d’intervento: sul punto, cfr. A. FACCHI, *I diritti*, cit., p. 78.

appartenenti a talune comunità culturali, ma che possono implicare lesioni permanenti dell'integrità fisica. Allo stesso modo, alcune forme di *contatto fisico* – specie tra genitori e figli –, considerate nell'ambito di talune etnie semplici manifestazioni d'affetto genitoriale, possono invece assumere rilevanza penale in quanto considerate lesive del bene del pudore o della libertà sessuale¹²¹.

Un altro ambito di reati che appaiono interessati dal condizionamento culturale è quello legato alla detenzione di *sostanze stupefacenti*. Com'è noto, infatti, la politica in materia di droghe varia da una società all'altra, dal momento che la disapprovazione verso il fenomeno delle sostanze droganti appare così fluttuante da risultare culturalmente e storicamente determinata¹²². Ed invero, non solo il catalogo delle sostanze droganti vietate non è uniforme in tutti gli ordinamenti, ma anche le politiche nei confronti del consumo di droga spaziano tra i due estremi del divieto assoluto e della piena liceità; parimenti, anche la disciplina dello spaccio di sostanze stupefacenti presenta sensibili diversità sotto il profilo sanzionatorio. Le differenze più profonde, però, si riscontrano quando la detenzione e l'uso di sostanze stupefacenti non solo non sono stigmatizzati, ma vengono addirittura approvati ed incoraggiati per ragioni religioso-culturali. In diverse parti del globo, infatti, l'uso di sostanze droganti, anziché essere oggetto di un giudizio di disapprovazione, costituisce parte integrante e spesso identitaria di talune culture, che ne incoraggiano l'uso come sostanze curative o, ancor più spesso, come componenti essenziali della loro visione religiosa e dei corrispondenti culti. Che si tratti delle foglie di *Khat* abitualmente masticate nello Yemen, della pianta del *pejote* dei nativi americani (considerata dalla Native American Church – NAC – come una sorta di sacramento capace di mettere in contatto l'uomo con la divinità), ovvero della marijuana dei rastafariani – c.d. *ganja* – (il cui utilizzo integrerebbe l'assolvimento di una funzione religiosa prescritta dalla bibbia), la questione rilevante per il diritto penale è in ogni caso quella di comprendere come trattare quei soggetti che, ai fini del consumo personale o della distribuzione tra gli adepti, detengono delle sostanze stupefacenti, pur sempre in ossequio alle prescrizioni dettate da un codice culturale-religioso di cui si ritengono seguaci.

Infine, esistono ipotesi in cui le differenze culturali riguardano aspetti solitamente non considerati di primaria importanza, come quelli che riguardano i rapporti tra l'uomo e gli animali. Ad esempio, le prescrizioni rituali previste dalla religione musulmana e da quella

¹²¹ V. il caso Kargar descritto alla nt. 187.

¹²² Cfr. A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 74.

ebraica per la macellazione lecita (c.d. *Halal*)¹²³ sarebbero tali da assumere rilevanza penale¹²⁴, ai sensi della fattispecie incriminatrice di *maltrattamento di animali*¹²⁵, a causa delle modalità particolarmente cruento di esecuzione e delle sofferenze (apparentemente gratuite) inferte all'animale. Analoghe considerazioni potrebbero farsi per forme di impiego di animali in competizioni sportive, in cerimonie religiose o comunque tradizionali, le quali sembrano corrispondere alla condotta tipizzata dall'art. 544 *ter* c.p. (che punisce chi «... senza necessità cagiona una lesione ad un animale ovvero lo sottopone a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche... o che comunque lo sottopone a trattamenti che procurano un danno agli stessi») o a quella meno grave di cui all'art. 544 *quater* c.p. (spettacoli o manifestazioni vietati).

In realtà, in questi casi, nel bilanciamento tra il bene-vita dell'animale e il diritto al rispetto della tradizione culturale dell'uomo non risulta finora che quest'ultimo abbia trovato soccombenza, tant'è che le legislazioni penali generalmente si preoccupano di escludere dall'area del penalmente rilevante proprio queste ipotesi di maltrattamenti culturalmente motivate¹²⁶. Anche qui, tuttavia, non sfugge come una si-

¹²³ Secondo tali prescrizioni, la carne, per potere essere lecitamente consumata dai fedeli, deve provenire da un animale macellato secondo regole precise, che non ne consentono lo stordimento ma che, al contrario, prevedono (qui la possibile frizione con la normativa penalistica) un taglio lungo la trachea e l'esofago dell'animale stesso, fino a provocarne la morte per dissanguamento. Si tratta di regole che intendono sottolineare il significato sacro che accompagna l'uccisione di ogni essere vivente e che in passato servivano ad assicurare il rispetto di alcune essenziali condizioni igieniche e sanitarie; non vi è dubbio, tuttavia, che esse implicino un incremento della sofferenza dell'animale.

¹²⁴ Fa riferimento ad un caso di sgozzamento rituale, nell'ambito della tematica dei rapporti tra diritto penale e libertà di religione e di coscienza, M. BÖSE, *Glaubens- und Gewissensfreiheit im Strafrecht (insbesondere §34 StGB)*, in *ZStW*, 2001, p. 44 ss.

¹²⁵ Sulla possibilità che il multiculturalismo sia un male non solo per le donne e per i soggetti deboli interni al gruppo ma anche per gli animali cfr., parafrasando il ben più noto testo di Susan Okin, P. CASAL, *Is multiculturalism bad for animals?* In *Journal of Political Philosophy*, 2003, pp. 1-22.

¹²⁶ Com'è avvenuto in Italia ad opera della legge 20 luglio 2004, n. 189, che, nell'introdurre il titolo nono *bis* sui «delitti contro il sentimento per gli animali», ha tuttavia previsto (all'art. 3, comma 1, della legge, che ha inserito gli artt. 19 *ter* e 19 *quater* nelle disposizioni di coordinamento e transitorie per il codice penale) che le disposizioni di tale titolo «non si applicano ai casi previsti dalle leggi speciali in materia di (...) macellazione degli animali», né alle «manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente». In particolare, la macellazione rituale per sgozzamento è consentita in Italia dall'art. 5 del d.lgs. n. 33/1998. In argomento, cfr. altresì A. ROCCELLA, *Macellazione rituale e diritto islamico*, in S. FERRARI (a cura

mile soluzione sia strettamente legata a ragioni storico-culturali più che logico-sistematiche, potendo ben immaginarsi in futuro un'ipotetica maggiore sensibilità dell'ordinamento verso la tutela degli animali, tale da prevalere sulle tradizioni culturali e da giustificare un intervento sanzionatorio. Al momento, tuttavia, *rebus sic stantibus*, non sono riscontrabili in proposito casi giurisprudenziali controvertibili e pertanto, apparendo trascurabile, tale aspetto non sarà ulteriormente approfondito.

Riguardo, invece, agli altri casi di reati culturalmente orientati, questa prima rassegna tipologica generale fin qui condotta appare utile per comprendere quali sono gli ambiti in cui l'elemento culturale può giocare un ruolo significativo nella condotta criminale. Com'è agevole notare, si tratta di ipotesi di vario genere, che ledono una pluralità di beni meritevoli di tutela. Spesso si tratta di fatti rientranti in quella categoria che abbiamo in precedenza definito "restrizione interne" (*intragruppo*), basate su logiche di supremazia di genere, che si rivolgono contro i membri deboli (come le donne e i minori) di certe comunità culturali. Il fenomeno, tuttavia, non si esaurisce qui, potendo anche riguardare offese nei confronti di soggetti non appartenenti allo stesso gruppo etnico del reo o verso interessi non necessariamente personali, bensì collettivi (come avviene nell'ipotesi della detenzione o diffusione di sostanze stupefacenti) o, ancora, di problematico apprezzamento sotto il profilo di una concreta offensività (come parrebbe avvenire, ad esempio, per le ipotesi dell'incesto o della poligamia).

2. Caratteri comuni ai reati culturali

2.1. L'influenza cognitivo-precettiva della cultura sull'*actus reus*

È ora opportuno evidenziare taluni aspetti che sembrano comuni all'interno del catalogo dei reati culturali per poi dar conto, invece, degli approcci utilizzati da ordinamenti con caratteristiche differenti, come quello anglo-americano, quello tedesco e quello italiano, nel decidere i casi giunti in giudizio.

In primo luogo, riprendendo il concetto di cultura giuridicamente rilevante analizzato in precedenza (cap. I, par. 1) – e ribadendo che l'esigenza penalistica di comprendere il ruolo del fattore culturale nel-

di), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica della comunità islamica in Italia*, Bologna, 2000; G.L. GATTA, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, art. 544 bis, p. 3681.

la determinazione a delinquere nasce ove si intenda la cultura quale sistema di simboli e serie di *meccanismi di controllo*, che *spiega* (in senso cognitivo) il contesto di riferimento e che *dirige* (in senso volitivo) il *comportamento* umano –, si può osservare che in tutte le tipologie illustrate di reati culturalmente orientati gli aspetti che più emergono del concetto multidimensionale di cultura riguardano appunto il profilo cognitivo e quello prescrittivo.

Ed invero, sotto *l'aspetto cognitivo*, la cultura sembra assumere un ruolo essenziale rispetto alla capacità di orientamento del reo, fornendo a quest'ultimo una peculiare immagine del mondo ed una determinata rappresentazione della società, le quali per certi versi spiegano e definiscono la realtà nella quale l'individuo agisce e in cui egli acquisisce informazioni e conoscenze. Si pensi, ad esempio, tra le ipotesi di reato richiamate, a quei casi di matrimonio rituale che contemplano una qualche forma di violenza¹²⁷ ovvero a quelle forme di contatto fisico su zone erogene del corpo tra genitori e figli, considerate dal soggetto agente semplici manifestazioni di affetto¹²⁸. Orbene, in questi casi l'elemento culturale opera alla stregua di un sistema di simboli e di significati che spiega la realtà e il contesto in cui si svolge l'azione in modo del tutto peculiare: l'autore, pertanto, non sembra effettivamente rendersi conto di realizzare un comportamento carico di disvalore, in quanto confida su un certo modo di comportarsi che è abituale nel contesto culturale di riferimento.

Analogamente, la cultura può influire sotto il *profilo* più strettamente *precettivo*¹²⁹, agendo sulla spinta motivazionale dell'autore del reato. Nella sua funzione di meccanismo regolatore dei rapporti tra i membri di una determinata collettività, la cultura ha la capacità di spingere ad azioni o a reazioni che sono tollerate o incoraggiate nell'ambiente culturale del reo, ma che possono invece apparire meritevoli di pena e, talvolta, particolarmente riprovevoli, secondo i parametri di giudizio dell'ordinamento dello Stato di accoglienza. Ad esempio, la pratica della c.d. *Blutrache* (vendetta di sangue)¹³⁰ – secondo cui

¹²⁷ V. però meglio il caso *Moua* descritto *infra*, nt. 179.

¹²⁸ V. caso *Kargar* in nt. 187.

¹²⁹ Che la cultura abbia una funzione prescrittiva di regole e di comportamenti e che questo aspetto sia stato spesso utilizzato, specie nel passato, come «dispositivo omeostatico che assicura la riproduzione uniforme della realtà sociale» è assunto sottolineato anche da Z. BAUMAN, *Liquid Life*, Cambridge, 2005, (trad. it.), *Vita liquida*, Roma-Bari, 2008, p. 54.

¹³⁰ Per i casi di *Blutrache* realizzati nell'ambito della numerosa comunità turca in territorio tedesco e per le soluzioni giurisprudenziali ivi adottate, v. *infra*, cap. II, par. 2.5.

l'uccisione di un proprio familiare richiederebbe di "riparare il sangue col sangue", infliggendo una sofferenza di ugual valore all'aggressore – sarebbe una condotta così usuale in Anatolia orientale da assurgere, presso alcune comunità immigrate non integrate con la popolazione locale, ad una sorta di precetto morale per riparare il torto subito.

Un secondo elemento di comunanza delle ipotesi di reato in questione riguarda poi la circostanza che la prospettiva culturale adottata dall'agente non solo diverge da quella della maggioranza della società, ma confligge in concreto con le regole del corrispondente ordinamento penale.

Sotto quest'ultimo profilo, è ora da chiedersi se le particolari difficoltà del reo ad adeguarsi al comportamento richiesto dal precetto penale riproducano una situazione analoga allo schema del c.d. conflitto di doveri, così da far accostare la tipologia dei reati culturali a quella del delinquente per convinzione; ovvero se, al contrario, pur in presenza di alcuni caratteri simili, i reati culturali siano connotati da elementi più specifici, che, a causa delle loro peculiarità e degli interessi ad essi sottesi, impongono di ricercare strumenti dogmatici autonomi.

2.2. *Conflitto di doveri improprio e pluralismo normativo*

Cominciamo dalla questione se nell'ambito dei reati culturali si realizzi un conflitto di doveri in capo al soggetto agente.

Quello del conflitto di doveri è un tema ben noto alla letteratura penalistica¹³¹, che in questa sede verrà trattato solo in via incidentale e per brevi cenni. Per conflitto di doveri si intende, genericamente, «il conflitto tra il dovere di astenersi dalla commissione di un fatto penalmente rilevante e l'opposto dovere di compiere il fatto medesimo, in presenza di particolari circostanze»¹³². Ora, generalmente la questione è affrontata in un ambito strettamente giuridico, nella misura in cui i doveri che confliggono in concreto trovano riconoscimento in precetti giuridici di uno stesso ordinamento¹³³: essenziale è che la norma in conflitto con quella incriminatrice abbia *natura giuridica*, appartenga

¹³¹ Tra i lavori più recenti e più completi sul tema cfr., nell'ambito della dottrina italiana, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

¹³² *Ibidem*, p. 476.

¹³³ Tra le diverse ipotesi che vi rientrano (per le quali v. sempre, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., *passim*) spesso la questione si è posta nell'ambito del rapporto medico-paziente per talune forme di intervento in presenza di un dissenso o di un mancato consenso del paziente.

al medesimo ordinamento e sia valida¹³⁴. In questi casi si tratterà di valutare a quale dei due doveri dare prevalenza (in base ai criteri di specialità, gerarchia e posteriorità prima e ad un giudizio di bilanciamento degli interessi poi) per poi decidere se l'adempimento del dovere imposto da una norma giuridica possa valere da esimente della responsabilità penale ovvero da scusante¹³⁵.

Un'ipotesi particolare di conflitto di doveri, tuttavia, si può avere anche nel caso di norme che non appartengano al medesimo ordinamento (quello giuridico), ma che ugualmente pongano un vincolo alla condotta del soggetto agente.

Sotto questo aspetto, sembra opportuno richiamare anche solo per brevi cenni il pensiero di Alessandro Baratta¹³⁶, il quale intese distinguere – recuperando le indicazioni di una parte della dottrina tedesca¹³⁷ –, da un lato, i conflitti interni all'ordinamento giuridico (c.d. *conflitti propri*), dall'altro, le antinomie che possono invece verificarsi tra ordinamento giuridico e norme di un diverso ordinamento – ad esempio quello morale (c.d. *conflitti impropri*).

In quest'ultima ipotesi, che è quella che appare più attinente al tema dei reati culturali e che sarà pertanto l'unica trattata in questa se-

¹³⁴ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 484.

¹³⁵ Cfr. in particolare F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 475 ss. L'autore – contrariamente all'opinione forse prevalente – che ritiene applicabile al tema del conflitto di doveri l'art. 51 c.p. solo nelle ipotesi in cui una norma di dovere imponga precisamente, in presenza di particolari circostanze (es. art. 380 c.p.p.), la commissione di un fatto vietato da una norma incriminatrice e configurabile invece lo stato di necessità per le altre ipotesi (es. art. 593 c.p.) – segnala l'opportunità di inquadrare in modo più soddisfacente il fenomeno dei conflitti di doveri nel sistema delle cause di giustificazione, ampliando il campo di applicazione dell'art. 51 c.p. La presenza di una norma *ad hoc* nell'ordinamento italiano – a differenza dell'ordinamento tedesco che distingue invece tra uno stato di necessità giustificante (§ 34 StGB) ed uno scusante (§ 35 StGB) –, rappresentata dall'art. 51 c.p., consentirebbe infatti di giustificare il reato commesso nell'adempimento di un dovere, se questo è *prevalente* su quello espresso dalla norma incriminatrice, senza incorrere nel rispetto dei presupposti dello stato di necessità; solo nel caso dei c.d. conflitti insolubili di doveri, invece, il fondamento della non punibilità andrebbe ricercato nell'ambito della colpevolezza. Sul giudizio di prevalenza, oltre che sui principi di specialità, gerarchia e posteriorità della legge, sul bilanciamento degli interessi in conflitto e sulla nozione di conflitto insolubile di doveri come ipotesi residuali in cui non soccorrono i suddetti criteri cfr., oltre a F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 500 ss., già A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, p. 92.

¹³⁶ A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, *passim*.

¹³⁷ Cfr. M. JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, Breslau, 1930, p. 11; W. GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldtauschlieungsgrund*, in *Festschrift für Mezger*, München-Berlin, 1954, p. 316 ss.

de, il comportamento del soggetto agente è realizzato in una situazione contemplata sia da una norma penale incriminatrice, sia da una norma di condotta appartenente a un diverso ordinamento che valuta la medesima situazione in senso opposto, prospettandosi così per il soggetto agente l'adempimento di comandi in contraddizione tra loro.

In particolare, un'ipotesi esaminata da Baratta riguarda il caso del c.d. *delinquente per convinzione o per coscienza*, e cioè del soggetto che è consapevole di agire contro l'ordinamento giuridico, ma si considera nel contempo obbligato a realizzare la sua condotta per una convinzione di natura morale o ideologica: a titolo esemplificativo si possono richiamare casi di obiezione di coscienza, terrorismo a scopo eversivo, eutanasia, ecc.¹³⁸. Baratta critica la tesi, sostenuta in passato, secondo cui le peculiarità di tali ipotesi giustificerebbero un trattamento penale differenziato¹³⁹, lamentando in tale impostazione una mancata distinzione tra ordinamento giuridico e ordinamento etico, da cui deriverebbe, in conseguenza di un'eccessiva soggettivizzazione delle categorie giuridiche, l'effetto di introdurre indebiti elementi assiologici di natura morale nel mondo del diritto¹⁴⁰. Si effettuerebbe insomma una sorta di "concessione" alle convinzioni morali del reo, per cui la volontà dell'ordinamento-giudice si piegherebbe innanzi a quella dell'imputato-giudicato, realizzando così un'autorelativizzazione dell'ordinamento che appare inconciliabile con il carattere vincolante del diritto¹⁴¹.

¹³⁸ Il tema della delinquenza per convinzione è stato approfondito soprattutto nell'ambito della dottrina tedesca. Tra i contributi più recenti v. C. ROXIN, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, in *Festschrift für Maihofer*, Frankfurt am Main, 1988, p. 389 ss.; H.J. HIRSCH, *Strafrecht und Überzeugungstäter*, 1996; M. BÖSE, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze*, cit., p. 40 ss.

¹³⁹ Baratta fa particolare riferimento all'impostazione relativistica sostenuta da G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, in *ZStW*, 1924, p. 34 ss., di cui riporta il pensiero: secondo Radbruch «a differenza del criminale comune di fronte al quale lo Stato punitore si impone come l'espressione del meglio di se stesso, il delinquente per convinzione agisce in accordo con la sua coscienza, in conformità ad un sistema di valori, di fronte ai quali quello affermato dallo Stato si relativizza. Poiché lo Stato non può rinunciare a difendere il suo sistema di valori e del resto non esiste un criterio oggettivo per stabilire l'invalidità per la coscienza dell'agente del suo sistema di valori, ne deriva la necessità di un diverso trattamento penale, ispirato al rispetto di questo leale avversario dello Stato che è il delinquente per convinzione».

¹⁴⁰ A. BARATTA, *op. ult. cit.*, p. 111.

¹⁴¹ Per le analoghe obiezioni mosse da Jakobs nei confronti però dello specifico tema dei reati culturali, cfr. *infra*, cap. III, par. 1.

2.2.1. Segue: le differenze con la delinquenza per convinzione

La questione ora da affrontare è se il tema dei *reati culturali* sia assimilabile a quello della *delinquenza per convinzione* o se, invece, presenti caratteristiche peculiari che valgono a distinguerlo da quest'ultimo.

Orbene, pur presentando alcuni punti di contatto (la realizzazione di una condotta criminale a causa dell'adesione ad un sistema di valori differente rispetto a quello dell'ordinamento giuridico in cui il soggetto agisce), le due tematiche sembrano in realtà differenziarsi per aspetti non indifferenti, che ne giustificano una trattazione separata.

In primo luogo, mentre il delinquente per convinzione è consapevole di agire contro le regole dell'ordinamento giuridico, in ossequio a valori che ha interiorizzato e che considera prevalenti rispetto a quelli che esprime la norma incriminatrice, il reo culturalmente condizionato non sempre possiede questa consapevolezza (*rectius*: convinzione) di ledere un interesse meritevole di tutela, specie quando il fattore culturale influenza sul piano cognitivo la sua condotta. In queste ipotesi, infatti, come si è già detto, l'autore non sembra effettivamente rendersi conto di realizzare un comportamento carico di disvalore, in quanto confida nella legittimità di un certo modo di comportarsi che è abituale nel suo contesto culturale di riferimento.

In secondo luogo, anche nella diversa ipotesi in cui la cultura eserciti sulla condotta del reo una funzione più strettamente prescrittiva – in quanto sistema di simboli significanti che controlla e regola i rapporti tra i membri di una determinata collettività per dirigerne il comportamento e che agisce, quindi, come spinta motivazionale al crimine – non possono tuttavia misconoscersi alcune differenze fondamentali tra le due problematiche in questione. Da un lato, infatti, nell'ambito dei reati culturali la formazione della volontà criminale matura in una situazione di “normalità” rispetto ai parametri di riferimento quotidiani del reo – il quale viene quindi a trovarsi in una situazione di particolare “vulnerabilità” (su tale concetto di vulnerabilità, cfr. *infra*, par. 2.7.) innanzi alla norma penale –, mentre il delinquente per convinzione agisce non solo nella piena consapevolezza di ledere le norme dell'ordinamento vigente, ma, generalmente, proprio al fine di porsi in opposizione a quest'ultimo e di modificarne le regole; dall'altro lato, in una dimensione più propriamente politico-criminale, appare necessario distinguere l'ipotesi dell'adesione singola, o di nicchia, a valori che, pur se non necessariamente deprecabili in se stessi, appaiono pur sempre contrari alle regole dell'ordinamento giuridico, da quella dell'esecuzione di precetti culturali fortemente radicati nell'individuo, in cui emergono invece problematiche di più ampio respiro concernenti appunto la regolamentazione della diversità culturale e della convivenza interculturale. Più in particolare, se i reati culturalmente motivati han-

no quindi come punto di riferimento il concetto di *cultura* o quello di *subcultura* (intesa quest'ultima come aggregato tendenzialmente omogeneo di conoscenze, valori, credenze, stili di vita e modelli normativi che contraddistingue un gruppo sociale e che, per diversi fattori come l'etnia, la religione, la lingua, si differenzia in modo evidente dalla cultura dominante), i reati commessi dal delinquente per convinzione, invero, sembrano determinati dall'adesione ad una *controcultura*, *id est*, ad una particolare forma di subcultura, che si caratterizza per il totale rifiuto dei valori e delle norme seguiti dalla cultura dominante e per una radicale e sistematica opposizione a quest'ultima¹⁴². La circostanza che nell'ambito della c.d. delinquenza per convinzione la condotta di reato sia realizzata in ragione della coscienza del reo o delle sue particolari opinioni – personali o comuni ad un gruppo sociale – non appare quindi sufficiente ad assimilare del tutto queste ipotesi di reato alla situazione-tipo dei reati culturali, in cui le motivazioni a delinquere si fondano su «strutture di significati e concezioni trasmessi storicamente in un dato contesto culturale e incarnati in simboli, per mezzo dei quali gli uomini comunicano, perpetuano e sviluppano la loro conoscenza e i loro atteggiamenti verso la vita»¹⁴³.

Possono pertanto escludersi dal nostro campo d'indagine talune tipologie di reato che parte della dottrina fa rientrare invece nell'ambito dei reati *lato sensu* culturali.

Alludiamo innanzitutto ai reati di terrorismo internazionale c.d. di matrice islamica, i quali presentano alcuni caratteri che sembrano meglio inquadrabili all'interno non già della categoria dei reati culturalmente motivati, bensì di quella della delinquenza per convinzione. In primo luogo, infatti, i concetti di *Jihad* (guerra santa), di martirio, ecc., posti a fondamento delle azioni terroristiche, più che corrispondere ad un insieme condiviso di simboli e di significati trasmessi storicamente in una data comunità culturale, sembrano invece il frutto di interpretazioni della religione musulmana strumentalmente invocate per legittimare rivendicazioni di natura politico-sociale, che costituiscono la reale spinta motivazionale al crimine; in secondo luogo, nell'assumere quale scopo e ragione della propria esistenza il vero e proprio abbattimento del sistema culturale altrui, i gruppi terroristici islamici accedono ad un sistema militante di simboli che, più che identificare un vero e proprio gruppo culturale, incarnano i segni di una «controcultura in senso assoluto»¹⁴⁴.

¹⁴² Sui concetti di subcultura e controcultura, cfr. la schematica ma chiara distinzione in V. CESAREO, *Sociologia*, cit., p. 34 ss.

¹⁴³ C. GEERTZ, *Interpretazione*, cit., p. 139.

¹⁴⁴ Includono invece la categoria dei reati di terrorismo internazionale di ma-

2.2.2. Segue: un caso particolare. La sub-cultura mafiosa

Il concetto di cultura qui adottato per l'esame dei reati culturalmente motivati, a prima vista, sembrerebbe poter includere al suo interno anche la criminalità mafiosa, specie se il fenomeno mafioso viene spiegato anche alla stregua di un sistema simbolico-normativo, strutturato sulla base di valori e codici etici, capaci di influenzare le attitudini cognitive-prescrittive dei suoi membri.

L'idea di una spiegazione in termini culturalisti del sistema mafioso, d'altra parte, non è una novità dell'ultima ora, ma è stata oggetto di diversificati approcci nell'ambito della letteratura sociologica, sin dall'Ottocento. Più di recente, è con il sociologo e criminologo tedesco Henner Hess¹⁴⁵ che viene proposto il concetto di "sistema normativo mafioso", per indicare che alcune delle norme e dei codici di comportamento vigenti all'interno dell'associazione mafiosa (come ad es. il concetto di onore o quello di omertà) fanno in realtà parte delle normali e generali aspettative che intercorrono tra amici, clienti e patroni nella tradizionale "subcultura" siciliana: per cui la mafia andrebbe spiegata non come semplice forma di criminalità organizzata, ma come modello di comportamento, come "preciso modo di agire" rispondente alla specifica subcultura della società locale. Il c.d. approccio culturalista alla mafia, fondato su di una ritenuta omogeneità culturale tra subcultura mafiosa e cultura siciliana, tuttavia, è andato incontro, specie negli ultimi anni, a crescenti critiche, che ne hanno contestato una sostanziale stereotipia ideologica e il carattere riduzionistico a livello epistemologico¹⁴⁶. Non sono mancate però più recenti opinio-

trice islamica tra le tipologie di reati culturalmente motivati A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 29 ss.; G. SALCUNI, *Libertà di religione e limiti alla punibilità. Dalla "paura del diverso" al dialogo*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 607 ss.; F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 149 ss. L'idea di lasciar fuori dal novero dei reati culturali *tout court* le ipotesi di terrorismo islamico, tuttavia, non esclude che nell'accertamento probatorio di siffatte tipologie di reato debba tenersi in adeguata considerazione il contesto religioso-culturale in cui vengono usate espressioni come *Jihad*, salafismo, ecc., apprese a seguito di attività d'indagine; ciò però non per svelare l'eventuale incidenza del fattore culturale nella realizzazione del reato, ma per esigenze di natura strettamente istruttoria, in modo da valutare efficacemente se le attività compiute dagli indagati siano finalizzate ad atti di terrorismo ovvero siano limitate al libero esercizio delle proprie convinzioni religiose.

¹⁴⁵ H. HESS, *Mafia. Zentrale Herrschaft und lokale Geennmacht*, Tübingen, 1970, (trad. it.) *Mafia*, Bari, 1973.

¹⁴⁶ Per queste critiche, cfr. M. SANTORO, *Mafia, cultura e subculture*, in *Polis*, vol. I, aprile 2000, p. 95 ss. e bibliografia ivi citata.

ni¹⁴⁷ che, meglio poste al riparo da pregiudizi ideologici, tendono a elaborare una nuova concezione subculturale della mafia, valorizzando la «capacità della mafia (in quanto insieme di norme, valori, simboli, istituti) di costituire la fonte di una specifica identità di gruppo¹⁴⁸» e distinguendo il fenomeno mafioso dalle altre forme subculturali solo ed esclusivamente in base alla sua ritenuta collocazione sociale non dalla parte della resistenza ma di quella delle strutture di dominio¹⁴⁹.

Ad ogni modo, al di là dei rilievi critici cui può continuare ad esporsi il c.d. approccio culturalista alla mafia, ove l'attenzione si incentri (non tanto sui rapporti d'omogeneità simbolico-culturale tra mafia e cultura locale, bensì) sul complesso sistema di simboli e codici comportamentali che avvince e lega in un rapporto fiduciario i partecipi all'associazione mafiosa¹⁵⁰, non sembra in realtà potersi negare che l'appartenenza a "cosa nostra" abbia anche il senso di una vera propria "ridefinizione d'identità" per i suoi membri: l'esistenza di riti iniziatici simbolici spesso intrisi di valenze religiose *sui generis*¹⁵¹, che a tutt'oggi¹⁵² presiedono all'ingresso nell'associazione mafiosa, vale a conferire

¹⁴⁷ Cfr., in particolare, M. SANTORO, *Mafia, cultura e subculture*, cit., p. 91 ss.; Id.-R. SASSATELLI, *La mafia come repertorio. Frammenti di analisi culturale*, in *Polis*, vol. II, agosto 2001, p. 407 ss.; M. SANTORO, *La voce del padrino. Mafia, cultura, potere*, Verona, 2007, *passim*; M. SANTORO-R. SASSATELLI, *Studiare la cultura. Nuove prospettive sociologiche*, Bologna, 2009, *passim*.

¹⁴⁸ M. SANTORO, *La voce del padrino*, cit., p. 187.

¹⁴⁹ Per una considerazione dei riflessi culturali e organizzativi sulla mafia che emergerebbe dall'uso dei c.d. "pizzini" da parte del boss Provenzano, quale modalità di comunicazione interna all'associazione, cfr. R. CATANZARO-M. SANTORO, *Pizzo e pizzini. Organizzazione e cultura nell'analisi della mafia*, in R. CATANZARO-G. SCIORTINO (a cura di), *La fatica di cambiare. Rapporto sulla società italiana*, Bologna, 2009, p. 171 ss.

¹⁵⁰ Che le norme di condotta interne alla mafia siano talmente strutturate da individuare un vero e proprio *corpus* normativo e, dal punto di vista teorico, un ordinamento giuridico autonomo è assunto accolto da G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995, V, p. 22 ss., il quale sottolinea, in risposta alle supposte implicazioni ideologiche che ne deriverebbero in termini di copertura giustificazionistica del fenomeno mafioso (così D. GAMBETTA, *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino, 1992), come l'adesione alla teoria della mafia come ordinamento giuridico non è comunque caratterizzabile in termini politicamente e ideologicamente univoci.

¹⁵¹ Sui molteplici rapporti tra mafia e religiosità, in cui il simbolo religioso assolve la doppia funzione di legittimazione esterna dell'organizzazione mafiosa innanzi alla comunità e di legittimazione interna del singolo partecipe nei confronti delle proprie azioni criminali, cfr. A. DINO, *La mafia devota. Chiesa, religione, Cosa Nostra*, Roma-Bari, 2008.

¹⁵² Riguardo alla simbologia religiosa, ad esempio, Alessandra Dino evidenzia come «non è da escludere (...) che tanto più avanza la secolarizzazione, tanto più

all'associato un nuovo "statuto mentale", una sorta di nuova identità, da cui deriva «un'immedesimazione assoluta dell'uomo d'onore con il collettivo Cosa Nostra»¹⁵³.

Posto che, in base a quanto fin qui assunto, sembrerebbe dunque emergere un rapporto da *genus ad speciem* tra la nozione di cultura da noi utilizzata nell'ambito dei c.d. reati culturali e la c.d. subcultura mafiosa che lega gli appartenenti a "cosa nostra", v'è in realtà da chiedersi se vi siano oggi ragioni che ostino ad una possibile estensione ai reati commessi dalla criminalità mafiosa dei presupposti e delle problematiche concernenti i reati culturali.

Se ostacoli sussistono, si tratta in realtà di impedimenti che operano più sul piano dei giudizi di valore e della meritevolezza degli interessi in gioco che non su quello strettamente concettuale. Al di là della nozione sociologica di cultura che abbiamo ritenuto di poter porre a premessa teorica della nostra indagine, rimane ferma infatti l'esigenza che il concetto di cultura giuridicamente rilevante sia integrato da valutazioni di natura "normativa", che diano senso e limite alle modalità con cui un "diritto alla cultura" può essere oggi concepito come oggetto di protezione. Se è vero, infatti, che il «diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione» viene consacrato in documenti internazionali, quale l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici¹⁵⁴, sarebbe allora contraddittorio riconoscere meritevolezza di tutela a culture che accedono a formazioni associative il cui complessivo operare – come nel caso paradigmatico delle associazioni mafiose – persegue obiettivi in contrasto con i valori tipici degli ordinamenti giuridici contemporanei. Si tratta di un'incompatibilità, dunque, che lungi dall'essere concettuale o teorica è di natura prevalentemente assiologica.

2.2.3. Segue: *il pluralismo normativo*

Esaminate le differenze con la delinquenza per convinzione e con il particolare caso del sistema subculturale mafioso, rimangono ancora

l'organizzazione si espone ad una crisi di identità (causata anche dai cambiamenti richiesti dalla internazionalizzazione e flessibilizzazione dei mercati), tanto più la dimensione simbolico-rituale mutuata da forme di religiosità esteriorizzate sarà strumentalmente utilizzata all'interno per consolidare forme di appartenenza e, all'esterno, per distinguere il sodalizio mafioso da altre associazioni criminali»: v. A. DINO, *ibidem*, pp. 227-228.

¹⁵³ Così G. FIANDACA-S. COSTANTINO, *Introduzione* in AA.VV., *La mafia, le mafie*, Roma-Bari, 1994, p. V ss.

¹⁵⁴ Sul riconoscimento giuridico del diritto alla cultura in ambito internazionale, v. *infra*, cap. *Considerazioni conclusive*, par. 2.1.

da chiarire alcuni specifici aspetti del conflitto di doveri nell'ambito dei reati culturali.

Come già anticipato, si tratta di un *conflitto di doveri c.d. improprio*, giacché interviene tra doveri che trovano la loro fonte in norme non del medesimo ma di diversi ordinamenti.

In particolare, il tema dei reati culturali si intreccia, sotto questo profilo, con il problema del *pluralismo normativo*¹⁵⁵: a differenza di ciò che avviene nei primi momenti di insediamento in un territorio straniero, infatti, la stabilizzazione degli immigrati (con la creazione di vere e proprie famiglie e di comunità all'interno dei confini della nazione d'accoglienza) tende a riprodurre in terra straniera quelle forme di controllo sociale esistenti nella comunità di provenienza, le quali si traducono in norme, consuetudini e pratiche tradizionali che determinano non solo regole ma anche corrispondenti sanzioni (generalmente di natura sociale) per i trasgressori¹⁵⁶. Il conflitto di doveri, evidentemente, nasce quando il dovere imposto da tali forme di controllo sociale entra in conflitto con quello prescritto da una norma dell'ordinamento giuridico vigente nella società d'accoglienza. Basti pensare ad esempio alla pratica dell'escissione rituale femminile, rispetto alla quale un genitore si trova nello scomodo dilemma di sottoporre la propria figlia minorenni ad interventi d'escissione ed incorrere così nella sanzione penale, ovvero decidere di non sottostare al rito e subire piuttosto la sanzione sociale dell'isolamento della propria figlia all'interno della comunità etnica nel cui ambito vive in terra straniera.

Ora, per affrontare adeguatamente il fenomeno del pluralismo normativo, occorre evidenziare che questo presenta un duplice profilo: in primo luogo, una dimensione oggettiva, che emerge ove nel medesimo contesto spaziale coesistano una pluralità di norme di condotta tra loro confliggenti; in secondo luogo, una dimensione soggettiva, che dà conto delle scelte che l'individuo è costretto ad operare tra fonti pre-cettive di natura e di contenuto diverso. Se il primo aspetto merita attenzione soprattutto sul piano legislativo o amministrativo, richiedendo l'elaborazione di strategie di natura sociale che favoriscano l'int-

¹⁵⁵ Non si intende in tale sede riprodurre la nozione di pluralismo giuridico che, sorta nella prima metà del '900, a partire dalla famosa opera di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, ha ricevuto diverse elaborazioni e obiezioni critiche. Nell'ambito dei reati culturalmente motivati, ad ogni modo, trattandosi di norme non sempre qualificabili in termini giuridici, appare preferibile l'espressione "pluralismo normativo", in luogo di "pluralismo giuridico"; sul punto, cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 47.

¹⁵⁶ Per l'analisi del pluralismo normativo nelle società multiculturali, cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 37 ss.

grazione interetnica, consentendo agli stranieri di vivere gli spazi comuni nel rispetto della propria diversità¹⁵⁷, l'approccio del pluralismo normativo di natura soggettiva, invece, interessa in misura prevalente il piano giurisdizionale, dal momento che la conoscenza da parte del giudice della sovrapposizione dei piani normativi cui è esposto il soggetto di cultura straniera costituisce un presupposto essenziale per comprendere la situazione effettiva che si presenta in giudizio e sulla quale si è chiamati a giudicare.

L'analisi del pluralismo normativo nell'ambito dei reati culturali, dunque, ha una valenza in primo luogo conoscitiva, in quanto fornisce una spiegazione più completa delle circostanze di fatto in cui si realizza il reato, nella convinzione che è solo a partire da una comprensione ampia e ragionevole del contesto che possono muoversi i passi per accedere ad una decisione il più possibile rispettosa dei criteri di giustizia, equità e ragionevolezza.

Allo stesso fine, bisogna anche osservare che, nell'ambito dei reati culturali, il rapporto di contraddizione tra norme di condotta può essere analizzato anche sotto una diversa prospettiva, che guardi al conflitto tra culture come forma di devianza in sé: si tratta di un aspetto ben segnalato dalle teorie del c.d. "conflitto culturale" che, sorte negli anni '30 dello scorso secolo in seno alla letteratura sociologica americana, hanno avuto il merito di approfondire alcuni fenomeni comuni all'incontro tra culture differenti e che quindi, ancora oggi, possono fornire utili strumenti di analisi a chi si propone di studiare le possibili forme di convivenza interculturale negli Stati liberal-democratici.

2.3. Thorsten Sellin e i "conflitti culturali"

Segnatamente, è Thorsten Sellin, nel suo "*Culture, Conflict and Crime*", del 1938, ad elaborare la teoria dei "conflitti culturali"¹⁵⁸. Sellin, specie nel capitolo sul "conflitto di norme di condotta"¹⁵⁹ del suo noto lavoro, spiega il conflitto culturale in un duplice senso: da una parte

¹⁵⁷ Rilevando a tal riguardo le differenti politiche adottabili dai poteri pubblici per l'organizzazione delle società multiculturali di cui si è già dato conto *supra* (cap. I, par. 4).

¹⁵⁸ Il lavoro di Sellin è spesso richiamato da chi si è interessato alla tematica dei reati culturali. Si sofferma in particolare su questo autore C. DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 1, Milano, 2006, p. 227 ss.

¹⁵⁹ T. SELLIN, *Culture Conflict and Crime*, New York, 1938, p. 57 ss.

esso rileverebbe come «sottoprodotto dello sviluppo della civilizzazione»¹⁶⁰, dall'altra come «conflitto di codici culturali»¹⁶¹.

Sotto il primo profilo, invero, il sociologo americano evidenzia come i conflitti di culture siano la conseguenza naturale di un processo di differenziazione sociale, che produce un'infinità di raggruppamenti, ciascuno con una propria interpretazione delle situazioni di vita e delle relazioni sociali e spesso disinteressati ai valori degli altri gruppi; la trasformazione di una cultura da un modello sociale omogeneo e ben integrato ad uno eterogeneo non integrato genererebbe un aumento di situazioni conflittuali, destinate a ricomporsi, o almeno a ridursi, a seguito di un processo d'integrazione delle differenze¹⁶².

Questo genere di conflitto, che si verifica nell'ambito di una stessa cultura in trasformazione (c.d. *conflitto secondario*), sarebbe da distinguere da quello che si verifica quando diversi sistemi culturali vengono in contatto tra loro (c.d. *conflitto primario*)¹⁶³.

Il *conflitto culturale primario*, infatti, si presenta come un conflitto di veri e propri codici culturali ed appare inevitabile quando le norme di un'area culturale o subculturale migrano o vengono in contatto con quelle di un'altra, potendo peraltro divergere a seconda dei casi la portata di una tale discrasia di codici. Il conflitto tra norme di divergenti codici culturali, più in particolare, può presentarsi secondo modalità differenti, distinguendosi:

- 1) il caso in cui diversi codici si scontrano al confine di aree culturali contigue;
- 2) l'ipotesi nella quale, come può avvenire per le norme giuridiche, il diritto di un gruppo culturale si estende a coprire il territorio di un altro;
- 3) infine, il caso in cui membri di un gruppo culturale migrano verso un altro¹⁶⁴.

Sellin presenta esempi riconducibili alle varie ipotesi menzionate, ma ciò che più interessa in questa sede è soprattutto l'ultimo aspetto segnalato, che sembra più attinere alle società multiculturali di recente formazione¹⁶⁵.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 58 ss.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 63 ss.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 58-62 e 66.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 66.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 63.

¹⁶⁵ Sulle diverse tipologie di società multiculturali, cfr. la più volte richiamata distinzione di Kymlicka tra multiculturalismo d'immigrazione e multiculturalismo

Il sociologo americano, infatti, chiarisce che il conflitto culturale può essere studiato sia come un *conflitto mentale*, sia come un *conflitto di codici culturali*. Nel primo senso, esso rileva come aspetto interno alla personalità dell'individuo (c.d. *conflitto interno*), sulla base degli effetti prodotti nella mente di una persona specifica e delle conseguenze sulle sue azioni – secondo un metodo d'indagine, quindi, proprio prevalentemente delle scienze psichiatriche o di quelle psicologiche¹⁶⁶, ma che può anche interessare il sociologo o il criminologo attenti alla storia di vita dell'individuo. Limitare l'analisi allo studio del conflitto interno significherebbe tuttavia ridurre il campo di indagine a talune personalità dalla cultura ibrida, dove le spinte in senso contrario dettate da più codici culturali verrebbero interiorizzate dal soggetto, generando così un conflitto mentale di norme (come avviene, ad esempio, nell'ambito delle seconde generazioni di immigrati, in cui all'interno della mente dell'individuo, in una data situazione, può avvenire uno scontro tra una norma di condotta della cultura di provenienza dei genitori immigrati – che raccomanda un certo comportamento – ed una norma di condotta della cultura in cui il soggetto vive ed abitualmente risiede – che invece prevede un comportamento del tutto opposto).

Vi sono, tuttavia, altre ipotesi in cui, pur mancando un conflitto mentale, emerge ad ogni modo un conflitto tra culture, che incide sulle motivazioni ad agire dell'individuo. Sellin, a tal riguardo, riporta il caso di un padre siciliano che, dopo avere ucciso in New Jersey un ragazzo di sedici anni seduttore della propria figlia, rimase stupito del proprio arresto in quanto, a suo dire, aveva solo difeso l'onore della sua famiglia in modo tradizionale. In casi di questo tipo, non sembra in realtà sussistere un conflitto mentale interno all'individuo (non essendovi nella mente del reo una volontà dicotomica), bensì un *conflitto esterno* tra il codice culturale seguito dal reo e quello della maggioranza da cui è giudicato. In conclusione, quindi, a parere di Sellin, si può sostenere che, laddove il conflitto concerna la violazione di norme di condotta, esso si presenta come *esterno* nel momento in cui persone che hanno assorbito le norme di un gruppo culturale migrano in un altro contesto culturale. Tale conflitto è destinato a permanere finché il processo di *acculturation* non sia stato completato; solo

nazionale, nonché le diverse conseguenze sul trattamento penale in ragione del tipo d'autore segnalate da Bernardi (nt. 99).

¹⁶⁶ Per gli psichiatri freudiani, ad esempio, (nota T. SELLIN, *Culture Conflict and Crime*, cit., p. 67) il conflitto culturale consiste in una lotta tra stimoli biologici profondamente radicati che richiedono di esprimersi e i ruoli culturali che, creando dei meccanismi inibitori, tentano di spingere tali stimoli nel livello subconscio della mente.

allora la violazione sarà trasponibile nei termini di un *conflitto mentale*¹⁶⁷.

La teoria dei conflitti culturali di Sellin, che per certi versi sembra precorrere le successive teorie criminologiche della disorganizzazione sociale della c.d. scuola di Chicago¹⁶⁸ e delle teorie *lato sensu* conflittuali¹⁶⁹, desta interesse in questa sede perché evidenzia come, dal fenomeno dell'incontro di codici culturali diversi, possano derivare forme di devianza che coinvolgono non solo il singolo individuo, ma l'intero gruppo culturale cui egli appartiene: si potrebbe dire che in queste ipotesi, in realtà, «non è (*rectius*: non è solo) *l'individuo* ad essere deviante rispetto alle norme della società ospitante, ma il *gruppo* cui lui fa riferimento»¹⁷⁰.

È dalla valorizzazione di quest'ultimo aspetto che sembra prendere le mosse la dottrina angloamericana nell'elaborazione delle c.d. *new excuses*¹⁷¹ – cause di non punibilità fondate su una sorta di correspon-

¹⁶⁷ T. SELLIN, *Culture Conflict and Crime*, cit., p. 69.

¹⁶⁸ Secondo le quali la principale causa della criminalità sarebbe la disorganizzazione sociale, intesa come incapacità dei residenti di un quartiere di convivere, associarsi e cooperare tra loro, a causa di un'assenza di legami e valori comuni che scoraggia l'identificazione col quartiere. Secondo gli studi di Park e Burgess prima e di Shaw e McKay poi sulla città di Chicago, infatti, la mancanza di relazioni sociali in certi quartieri della città, provocata dall'eterogeneità etnica, dalla povertà e dall'instabilità residenziale favoriva in modo rilevante l'espansione della criminalità. Sul punto cfr., anche per i necessari riferimenti bibliografici, M. BARBAGLI-A. COLOMBO-E. SAVONA, *Sociologia della devianza*, Bologna, 2003, p. 27 ss.

¹⁶⁹ Alla cui base vi è l'idea che l'ordinamento giuridico e le norme che lo compongono siano al contempo strumento e risultato del dominio di una classe sociale sulle altre. A tal riguardo cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 231 ss.

¹⁷⁰ C. DE MAGLIE, *Società multiculturali*, cit., p. 229.

¹⁷¹ Nel diritto angloamericano, com'è noto, il binomio "*justification and excuse*" è sinonimo di *defence*, intesa quest'ultima categoria di matrice processuale come insieme degli argomenti che l'imputato può addurre per contestare l'imputazione (in senso ampio) ovvero come causa di non punibilità sollevabile dall'imputato, che ha l'effetto di introdurre una nuova questione nel processo (in senso stretto). La distinzione tra *justification* e *excuse*, che in origine aveva conseguenze pratiche sul trattamento penale, è andata sfumando sin dalla fine del periodo medievale, dal momento in cui ne furono praticamente equiparati gli effetti (sentenza di proscioglimento). Sul piano sostanziale, tuttavia, la differenza permane e, grazie a soprattutto ad autori come Fletcher, può essere approssimativamente ricondotta alle categorie continentali di illiceità e colpevolezza: la *justification*, avendo l'effetto di eliminare la dannosità sociale della condotta, equivarrebbe alle nostre cause di giustificazione, l'*excuse*, invece, corrisponderebbe a tutte le altre cause di non punibilità fondate sull'assenza di una riprovevolezza personale del reo (implicando una negazione dello *state of mind* vietato o di una *negligence* o negando, comunque, che l'agente sia pienamente libero e responsabile). In argomento cfr., nella dottrina ita-

sabilità penale del sistema politico nel reato –, cui apparterebbe la *cultural defense* (v. *infra*, par. 2.4.)¹⁷². Come osserva De Maglie, infatti, dallo sfondo ideologico di quelle tendenze criminologiche che imputano alla c.d. tossicità dell'ambiente sociale¹⁷³ la produzione della condotta criminale sarebbero sorte un numero elevato di *new excuses*¹⁷⁴ (tra le quali sarebbe da inserire la *cultural defense*).

Nel caso dei reati culturali, invero, la teoria di Sellin sui conflitti culturali come forma naturale di devianza collettiva, potrebbe essere valorizzata per escludere l'ascrizione al reo di un rimprovero di colpevolezza, laddove si volesse enfatizzare la circostanza che il soggetto agente, nell'adeguarsi alle regole consuetudinarie vigenti nella subcultura in cui si riconosce, rimarrebbe vittima di un normale conflitto tra codici culturali. Sennonché, come si è già accennato in precedenza, un simile ragionamento, oltre a scontrarsi con le difficoltà in cui incorrerebbe la scelta di riconoscere una scusante extralegale basata sul principio di inesigibilità, sembra basarsi su quello che Amartya Sen definisce un «approccio solitarista alle azioni umane»: un metodo d'indagine, cioè, che non dà efficacemente atto delle c.d. affiliazioni concorrenti (*competing affiliations*) alla cultura che l'individuo possiede e che assumono un ruolo più o meno rilevante nella decisione sul comportamento da seguire, a seconda del contesto in cui l'azione si verifica. La dottrina delle *new excuses*, peraltro, è stata vivacemente criticata da altra parte della dottrina angloamericana, sul presupposto che tali *defenses* legittimerebbero forme di giustizia privata, negando la protezione necessaria alla vittima del reato e cedendo il passo all'anarchia¹⁷⁵.

liana relativa ai reati culturali, C. DE MAGLIE, *Società multiculturali*, cit., p. 217 ss. e, in senso più generale, E. GRANDE, *Justification and excuse (le cause di non punibilità nel diritto anglo-americano)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 309 ss.; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002, p. 202 ss.; nella dottrina di lingua inglese, invece, cfr. G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 1978, p. 759 ss., DUPONT-FISNAUT, *Justification and Excuse*, in BLANPAIN (a cura di), *International Encyclopedia of Laws*, IV, *Criminal Law*, The Hague, 1993, p. 55; WILLIAMS, *The Theory of Excuses*, in *Criminal Law Review*, 1982, p. 735 ss.

¹⁷² Sulla *ratio* della dottrina delle *new excuses* e sulle critiche ricevute cfr., anche per le indicazioni bibliografiche, C. DE MAGLIE, *Società multiculturali*, cit., p. 221 ss.

¹⁷³ Come afferma E. TURK, *Abuses and Syndromes: Excuses or Justifications?* in *Whittier Law Review*, 1997, p. 901 ss., uno dei più noti esponenti delle sopra menzionate teorie conflittuali.

¹⁷⁴ C. DE MAGLIE, *Società multiculturali*, cit., p. 222 ss. cita, tra queste, oltre alla *cultural defense* e alla *battered women defense*, quelle che riguardano i soggetti con retroterra sociale deteriorato (*rotten social background*) o gli imputati in stato di dipendenza da stupefacenti (*addiction*).

¹⁷⁵ Cfr. DERSCHOWITZ, *The Abuse Excuse*, 1994, p. 3 ss., il cui pensiero è più diffusamente riportato in C. DE MAGLIE, *Società multiculturali*, cit., p. 222.

In realtà, se i rilievi mossi da queste critiche appaiono spesso cogliere nel segno, ciò non esclude che le particolari caratteristiche dei reati culturali (conflitto di doveri improprio come forma di pluralismo normativo, determinato da un conflitto esterno tra codici culturali differenti) richiedono comunque all'interprete di conoscere e di interrogarsi sul peso da attribuire alle peculiari modalità di formazione della volontà criminale del reo culturalmente motivato e al contesto in cui la condotta di reato si realizza; ed è proprio ciò che è avvenuto nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza di taluni ordinamenti, laddove si sono trovati all'interno delle categorie giuridiche esistenti gli spazi per riconoscere una valenza giuridicamente rilevante al condizionamento culturale nella realizzazione del reato. Un esame di queste correnti di pensiero, pertanto, si impone su ogni ulteriore analisi che tenti di comprendere il possibile ruolo del diritto penale nelle attuali società multiculturali.

3. Cultural offense e cultural defense: *i reati culturali nella dottrina e nella giurisprudenza anglo-americana*

3.1. *La cultural defense nella casistica giurisprudenziale*

Nello studio dei reati c.d. culturali appare imprescindibile tenere in adeguata considerazione le analisi sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza degli ordinamenti di *common law*, essendo all'interno di tali sistemi giuridici che più si è discusso (e si continua a discutere) del riconoscimento in sede penale del movente culturale.

Le cause di questo interesse sono da ricercare in diverse ragioni: in primo luogo, le contingenze storico-politiche hanno fatto sì che questi ordinamenti siano stati ormai da tempo chiamati a misurarsi con le problematiche sollevate negli Stati liberali dal pluralismo culturale – anche con riferimento ai c.d. “casi difficili” (giacché potenzialmente integrano fatti di reato) dell'integrazione interculturale – e che abbiano, pertanto, sperimentato talune forme di apertura verso il riconoscimento di tradizioni culturali estranee a quella dominante; in secondo luogo, la prevalenza nei sistemi di *common law* del “formante giurisprudenziale” tra le fonti del diritto, con il conseguente riconoscimento di più ampi margini di creatività e flessibilità ai giudici rispetto a quanto avviene nel *civil law*, consente una maggiore valutazione dell'elemento culturale in sede processuale.

Entrando nel merito del pensiero giuridico anglo-americano sui reati culturali, si può subito evidenziare che è in seno ai corrispondenti ordinamenti che ha trovato elaborazione la specifica nozione di *cul-*

tural offense già menzionata (cap. I, par. 1), per indicare le tipologie di reato influenzate dall'elemento culturale. Speculare rispetto all'individuazione di una *cultural offense* è il riconoscimento di una *cultural defense*. Nel caso in cui vi siano i presupposti per individuare un reato culturale, infatti, parte della dottrina angloamericana è favorevole al riconoscimento di una causa di esclusione o di diminuzione della responsabilità (c.d. *cultural defense*), che peraltro non opera generalmente in via autonoma, bensì sempre all'interno, e quindi a fondamento, di altre esimenti o attenuanti. Si tratta di una figura riconducibile, come già anticipato, alle c.d. *new excuses*, che può essere invocata dal *defendant* qualora questi dimostri che il comportamento illecito è stato realizzato nel ragionevole convincimento di agire in buona fede, sulla base della propria eredità o tradizione culturale¹⁷⁶.

L'opportunità del riconoscimento della *cultural defense* trae origine dalla valorizzazione del pluralismo culturale – in modo coerente con l'approccio multiculturalista proprio della politica immigratoria prevalente nei paesi di *common law* –, nonché, sotto il profilo più marcatamente penalistico, dal rispetto del principio di colpevolezza¹⁷⁷.

Nell'ambito della dottrina anglo-americana, infatti, il riconoscimento del fattore culturale (c.d. *cultural evidence*) in sede penale deriva dalla valutazione di questo come elemento capace di limitare la signoria dell'agente sulla propria condotta e di ridurre, quindi, in tutto o in parte, il suo potere di motivarsi secondo diritto; l'influenza cognitivo-precettiva della cultura sulla condotta dell'individuo viene pertanto valorizzata – in queste impostazioni dottrinarie e, spesso, nelle soluzioni giurisprudenziali adottate – tramite l'applicazione di strumenti giuridici che valgono ad escludere o ad attenuare la responsabilità del reo¹⁷⁸. Sotto il profilo cognitivo, infatti, la considerazione del particolare retroterra culturale dell'autore, come elemento che limita la comprensione degli stessi elementi di fatto che integrano la fattispecie incriminatrice, potrebbe valere a configurare un errore di fatto idoneo ad escludere il dolo dell'azione¹⁷⁹, ovvero, a particolari condizioni, a

¹⁷⁶ Cfr. M. GOLDING, *The Cultural Defense*, in *Ratio Juris*, n. 15, 2002, p. 146 ss.

¹⁷⁷ Sui rapporti tra colpevolezza e condizionamento culturale, v. meglio *infra*, cap. III.

¹⁷⁸ Cfr., tra gli altri, A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, New York, 2004, *passim*.

¹⁷⁹ È l'ipotesi ad es. del caso *Moua (People v. Moua, 1986)*, in cui il reo commette un reato di sequestro di persona e di violenza sessuale in base all'erroneo convincimento di porre in atto una particolare forma di matrimonio tradizionale laotiano. Secondo questo rito (c.d. *zij poj niam*), l'uomo, dopo aver corteggiato la donna, la rapisce e la conduce nella propria abitazione per consumare il matrimonio; qui, di fronte alle finte resistenze della donna (che valgono a dimostrare la propria verginità), all'uomo spetta il dovere di affermare la propria virilità e non desistere

costituire il fondamento per il riconoscimento di un errore di diritto scusabile¹⁸⁰. Riguardo alla dimensione precettiva della cultura, invece, la circostanza che l'agente potrebbe anche essere ben consapevole dell'antigiuridicità della propria condotta, ma agire comunque perché costretto dalla forza imperativa della sua cultura d'origine, giustificherebbe l'applicabilità delle figure del vizio di mente (*insanity*), della semi-imputabilità (*Diminished Responsibility*)¹⁸¹, della *provoca-*

quindi dai suoi propositi. Nel caso prospettato, in cui il rifiuto opposto dalla donna era reale e non fittizio, il giudice prese atto di una mistificazione dei fatti per ragioni culturali e lasciò cadere le accuse di ratto e violenza carnale, condannando il reo ad una pena sensibilmente mite. In particolare si riconobbe a favore del reo un errore di fatto (*mistake of fact*) su uno degli elementi costitutivi del reato di violenza sessuale (la mancanza del consenso della vittima), causato dall'influenza cognitiva esercitata sul reo dalle tradizioni laotiane in ambito matrimoniale.

¹⁸⁰ Sui presupposti per l'applicazione dell'*error iuris*, v. meglio *infra*, cap. *Considerazioni conclusive*, par. 2.2.2.

¹⁸¹ Come avvenuto nel noto caso *Kimura (People v. Kimura, 1985)*, in cui una donna giapponese (la sig.ra Fumiko Kimura), a seguito del tradimento del marito, tentò di realizzare il tradizionale *oyako-shinju*, una particolare forma di suicidio-omicidio di madre e figli volta a porre fine ad una situazione disonorevole per la famiglia. La Kimura, infatti, turbata dai continui tradimenti del marito che avevano reso infelice il suo matrimonio, riteneva che la sua funzione di moglie e di madre si fosse risolta in un fallimento. Decise, pertanto, di praticare l'*oyako-shinju*, un atto che in certi contesti tradizionali del Giappone è considerato un modo legittimo di risolvere situazioni intollerabili (e che è trattato spesso con particolare mitezza dalle corti giapponesi). Nella specie, la donna decise di gettarsi nell'oceano pacifico insieme ai due bambini; i soccorsi riuscirono a salvare lei, ma non i due figli. La perizia psichiatrica certificò che la Kimura si trovava in uno stato di *infermità temporanea*, che non la rendeva capace di distinguere tra la propria vita e quella dei propri figli. L'isolamento culturale e sociale in cui viveva la donna (pur se residente a Los Angeles) le avevano impedito di recepire i valori locali e, in una particolare situazione di disonore e di difficoltà, l'avevano spinta a seguire questa dolorosa pratica tradizionale. La Kimura, imputata di omicidio di primo grado (*murder*), fu condannata ai sensi del meno grave *manslaughter* (omicidio di secondo grado), con applicazione della pena di un anno (che aveva già scontato) e con la mera sottoposizione a cinque anni di *probation* riabilitativo (dopo il quale, peraltro, si ricongiunse al marito!). In questo caso, in particolare, la Corte valutò l'influenza culturale-psicologica sullo stato mentale della Kimura, riconoscendo la sussistenza di un'*infermità cognitiva* sulla base di quanto addotto dalla perizia psichiatrica.

In un altro caso (Criminal Branch of the Supreme Court, 1° giugno 1906), che vedeva come imputato una donna di origine siciliana immigrata negli U.S.A., la giurisprudenza americana ha valorizzato la provenienza culturale come elemento in grado di precludere la comprensione della natura e della qualità della condotta realizzata. In particolare, si trattava del noto e ormai risalente caso *Josephina*, la quale, dopo aver ricevuto ripetuti abusi sessuali da parte dello zio che l'aveva ospitata a New York – dove era andata a vivere – ed aver subito il “rifiuto” da parte del marito a causa della “scoperta” della perdita della verginità prima del matrimonio, decise di uccidere lo zio. I giudici giudicarono la donna non colpevole, in ragione della mentalità siciliana e della vergogna subita secondo i parametri di valore di

tion¹⁸²; ovvero ancora, qualora la trasgressione di un imperativo culturale sia sanzionata con pene interne alla comunità, dello stato di necessità (sotto forma di costrizione – c.d. *duress*)¹⁸³, con conseguente

questa cultura, valutando tali elementi come fattori essenziali nella determinazione a delinquere: su questo caso v. F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 207 e gli autori europei ivi indicati che ne hanno esaminato i rilievi sotto il profilo dell'inesigibilità della condotta doverosa.

Secondo l'analisi di A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 25 ss., ipotesi del tipo predetto andrebbero distinte da quelle in cui il fattore culturale ha trovato rilevanza quale forma d'*infermità volitiva* ("volitional insanity"), intesa come impulso irresistibile dovuto al rispetto di un codice d'onore culturale. Come esempio di infermità volitiva la Renteln riporta il caso (*People v. Metallides*, 1974) di un immigrato greco (Kostas Metallides) in Florida, il quale, quando scoprì che sua figlia era stata violentata dal suo migliore amico, decise di ucciderlo. Kostas fu assolto perché giudicato momentaneamente infermo di mente a causa di un impulso irresistibile. Nel caso menzionato, la Corte, pur non applicando una vera e propria *cultural defense* (non avendo neanche consultato esperti antropologi sul punto), si sarebbe in realtà basata, secondo la Renteln, su un concetto culturale di onore, che la difesa aveva avanzato in sede di accertamento dell'*"irresistible impulse test"*: secondo una legge non scritta nel vecchio continente, infatti, «tu non aspetti la polizia se tua figlia è stata violentata» (*ibidem*, p. 26).

¹⁸² Viene in rilievo il caso di un cinese immigrato negli USA (c.d. *caso Chen*) che, dopo aver ucciso a martellate la moglie adultera, sostenne – confortato da perizie antropologiche – di avere agito a causa delle forti pressioni culturali del proprio gruppo d'appartenenza, secondo le quali il marito tradito che non reagisce all'affronto subito sarebbe ritenuto un debole, un fallito da escludere dalla comunità. Anche in ragione del breve lasso di tempo (circa un anno) di residenza in territorio americano e della limitazione delle frequentazioni sociali alla sola comunità cinese, la Corte Suprema dello Stato di New York, ritenendo configurabile una *provocation* (e quindi la degradazione dell'omicidio da *murder* a *manslaughter*) condannò il Sig. Chen a soli cinque anni di *probation*, con una sentenza che, più che concedere un'attenuazione della responsabilità, sembrò – specie in ragione della gravità dei fatti – assolvere il reo. Il caso Chen, nonché i due precedenti casi Moua e Kimura sono dei classici esempi di reati culturali riportati dagli studi sul tema. Nella dottrina italiana, tra gli altri, v. L. MONTICELLI, *Le cultural defenses (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 535 ss.; C. DE MAGLIE, *Società multiculturali*, cit., p. 229 ss. Riguardo agli sviluppi giurisprudenziali della *provocation* nel sistema australiano e, in particolare, in relazione alla definizione culturalmente orientata (secondo l'*aboriginal customary law*) del requisito della ragionevolezza cfr. C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 257 ss. In argomento, inoltre, v. l'*Australian Law Reform Commission*, che considerò la possibilità di adottare una specifica *defense* con effetti attenuanti (una "*partial customary law defense*"), ma il cui progetto, tuttavia, fu abbandonato già all'inizio degli anni '90: sulla questione cfr. altresì A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 313, nt. 16 e bibliografia ivi riportata.

¹⁸³ Fa riferimento all'*excuse* della *duress* in un caso riguardante un omicidio commesso da due aborigeni A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 30. In particolare, l'autrice riporta il caso australiano di Chimney Evans, in cui ad alcuni

applicazione in tutte queste ipotesi di un trattamento penale sensibilmente più mite¹⁸⁴.

giovani aborigeni fu attribuito dalla comunità il compito di strangolare un uomo che aveva rubato e venduto delle importanti pietre "corroboree". La Corte riconobbe che l'eventuale rifiuto avrebbe comportato serie conseguenze e decise, pertanto, di mitigare la pena. Il caso, in realtà, non fu risolto prendendo in considerazione direttamente il diritto tribale degli aborigeni, né facendo esplicita applicazione della *defense* della *duress*. Secondo la Renteln, tuttavia, esso dimostra che la cultura può essere interpretata come parte della *duress*, in presenza di talune circostanze.

A tal proposito, peraltro, si può anche ricordare che una peculiarità del sistema delle scriminanti del sistema americano rispetto a quello inglese è costituito dall'istituto della c.d. "*imperfect defenses*" (una sorta di "quasi scriminanti"), che si applicherebbe qualora in un'ipotesi specifica non siano presenti tutti gli elementi richiesti per la configurabilità di una causa di giustificazione. Ad esempio, pur non essendo applicabile la *duress* in caso di offesa al bene-vita, l'omicida-coartato, in presenza degli altri presupposti della scriminante *de qua*, non sarà chiamato a rispondere di *murder*, bensì del meno grave *manslaughter*: cfr. in proposito E. GRANDE, *Justification and Excuse*, cit., p. 328 ss.

¹⁸⁴ Nel diritto angloamericano, infatti, com'è noto, l'omicidio volontario può integrare la fattispecie di *murder* – punita generalmente con l'ergastolo (*life imprisonment*) – o quella meno grave di *manslaughter* – punita con la pena detentiva (*imprisonment*) e in misura variabile. L'applicazione di quest'ultima fattispecie di minore gravità dipende dalla presenza di taluni fattori di natura oggettiva e soggettiva che valgono a degradare l'illecito. Tale effetto, in particolare, può derivare dall'applicazione delle due figure della "*diminished responsibility*" e della "*provocation*", che operano – volendo rapportare tali fenomeni alla nostra comune terminologia penalistica – come elementi attenuanti (*mitigating factors*) rispetto al reato di *murder*. Nella *diminished responsibility* – prevista ad esempio nell'ordinamento inglese dall'art. 2, comma 1, dell'*Homicide Act* del 1957 – assumono rilievo fattori come l'impulso irresistibile o l'esclusione dei poteri di autocontrollo del soggetto agente che, pur non rilevando come infermità in senso clinico, evidenziano una "*abnormality of mind*", tale da compromettere la "*mental responsibility*" nel reato: in altri termini, il reo si trova, al momento della commissione del fatto, in condizioni tali da non essere in grado di comprendere appieno il valore e le conseguenze della propria condotta. Nella *provocation*, invece, la ragione della degradazione dell'illecito si fonda sull'idea che una persona che agisce in stato d'ira determinata dall'altrui provocazione non presenta quella malizia premeditata che è invece richiesta per il reato di *murder* (cfr. A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 31). La provocazione, tuttavia, deve presentare taluni elementi per poter avere tale effetto attenuante. Come prescrive ad es. l'art. 3 dell'*Homicide Act* del 1957, infatti, «quando in relazione ad una accusa di *murder* esiste la prova in base alla quale la giuria può ritenere che l'imputato sia stato provocato (con fatti, con parole, o con ambedue) sino a perdere l'autocontrollo, la questione se la provocazione fosse sufficiente a far sì che una persona ragionevole (*reasonable man*) agisse come egli ha agito verrà lasciata alla decisione della giuria; e nel decidere tale questione la giuria dovrà tener conto di ogni cosa fatta o detta in base all'effetto che, a suo giudizio, essa avrebbe su una persona ragionevole». Anche con riferimento ad altri ordinamenti di *common law*, come quello americano, si può quindi notare che è necessario effettuare una sorta di test (c.d. "*provocation test*"), basato essenzialmente sul requi-

Passando invece ad un'analisi della giurisprudenza di *common law* per tipologie di illecito, uno degli ambiti in cui più si è dato rilievo all'elemento culturale concerne i reati contro i minori, dove accade spesso che i genitori appartenenti a gruppi minoritari culturali e religiosi privilegino dei valori educativi che entrano in conflitto con quelli promossi dallo Stato.

In quest'ambito è possibile distinguere due tipologie di casi: 1) gli *abuse cases*; 2) i *neglect cases*. Negli *abuse cases* i genitori realizzano una condotta attiva, che lo Stato considera deleteria per il minore; nei *neglect cases*, invece, ciò che si contesta al genitore è l'omissione di una condotta che conservi o ristabilisca la salute o che, in generale, curi l'interesse del minore.

Tra gli esempi del primo tipo rientrano i tatuaggi ornamentali le-

sito dell'attualità della provocazione e della ragionevolezza (in relazione alla persona che reagisce e alla provocazione subita).

Nei due casi Kimura e Chen, in particolare, si è applicata la disciplina del *manslaughter*, sulla base del riconoscimento, nel primo caso, di una *diminished responsibility*, nel secondo, di una *provocation*. Quest'ultima, peraltro, può venire spesso in rilievo in quei casi di reati culturali che, come il caso Chen, rientrano nella categoria dei c.d. *spousal jealousy killings*, giacché il concetto di onore sessuale – come si avrà modo di vedere in seguito – sembra risentire fortemente di variabili culturali. Le soluzioni giurisprudenziali adottate, tuttavia, non sembrano seguire una linea del tutto coerente e uniforme. Come esempio di applicazione divergente in casi analoghi, ad esempio, la A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 33, riporta il caso (*People v. Aphaylath*, 1986) di un laotiano che uccide la moglie in una lite di gelosia, nel momento in cui lei riceve una chiamata da un antico fidanzato. In tale ipotesi, in primo grado non viene presa in alcun modo in considerazione la possibilità di effettuare una perizia antropologica sulla cultura laotiana (circostanza questa, peraltro, poi criticata dalla Corte d'Appello), con un'illegittima disparità di trattamento rispetto ad esempio al caso Chen.

In altri casi, sempre apparentemente condizionati dalle peculiari concezioni culturali del reo, si è escluso di riconoscere gli effetti attenuanti della *provocation* proprio in base ad una più rigorosa considerazione del presupposto della ragionevolezza, come nel caso *People v. Bonadonna*, 1990. Giacomo Bonadonna, un immigrato siciliano, in occasione di un diverbio con un altro italiano, Roberto Lucarini, viene da questi ingiuriato con l'epiteto di "cornuto". Qualche giorno dopo Bonadonna spara a Lucarini, uccidendolo. Durante il processo, Bonadonna chiede che gli venga riconosciuta la *defense* della *provocation*, in considerazione della gravità dell'offesa nel suo ambiente culturale di provenienza. La Corte, tuttavia, non è di tale avviso in quanto «*consideration of cultural context may be irrelevant to the jury's determination of how the reasonable person would react to the perceived insult*» e, conseguentemente, lo condanna per *murder* (su tale caso, cfr. A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 234, nt. 53, ripreso da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 209).

In generale, in relazione alla distinzione tra *murder* e *manslaughter* e ai presupposti della *diminished* e della *provocation*, cfr., per tutti, S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese*, cit., p. 387 ss., nonché, nella manualistica in lingua inglese, A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, V ed., Oxford, 2006, p. 256 ss.

sivi dell'integrità fisica come le c.d. scarificazioni¹⁸⁵, l'escissione femminile rituale, l'abuso dei mezzi di correzione e di disciplina¹⁸⁶, i con-

¹⁸⁵ Un'ipotesi del genere, sottoposta all'attenzione della giurisprudenza inglese, riguardò il caso *Adesanya (R. v. Adesanya, 1974)*, riportato da A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 49 ss. e ripreso da parte della dottrina italiana: cfr. L. MONTICELLI, *Le cultural defense*, cit., p. 553, F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 188. Un'immigrata nigeriana, durante la celebrazione del Capodanno, con una lama di rasoio, praticò piccole incisioni a scopo ornamentale sulle guance di entrambi i suoi figli maschi, di nove e quattordici anni, volendo così seguire un tradizionale rituale della sua tribù d'origine (Yoruba), tramite il quale si segnerebbe il senso d'appartenenza dei membri maschi alla comunità. L'Adesanya, dopo che alcuni educatori sociali si accorsero del fatto, fu accusata di lesioni corporali ai sensi della *section 47* dell'*Offences against the Person Act* del 1861. L'imputata si difese sostenendo che senza tali segni i suoi figli non avrebbero potuto partecipare in qualità di adulti alla comunità cui appartenevano e che il suo comportamento sarebbe stato considerato negligente o dannoso secondo le regole della tribù. La Corte giudicante, da un lato, sostenne che «*the existence of the Nigerian custom was no defense to the charge brought*», dall'altro, tuttavia, tenuto conto di diversi fattori (tra cui, il consenso espresso dai figli, la non eccessiva lesività delle cicatrici, la testimonianza di un rappresentante della *Nigerian High Commission* dalla quale era risultato che la comunità nigeriana presente in Inghilterra non era consapevole del carattere illecito delle scarificazioni ornamentali), applicò la condanna meramente formale del c.d. *absolute discharge*, limitandosi ad emettere un *warning* – contenente il monito, rivolto all'Adesanya e ai suoi connazionali, di rispettare la legge inglese e non le consuetudini della loro tradizione. La Corte, in particolare, precisò di avere trattato l'Adesanya con particolare clemenza in quanto si trattava di un "test case", ma che così non sarebbe stato per ulteriori eventuali casi.

¹⁸⁶ Chiaramente, come sottolinea A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 54, l'uso di punizioni corporali a fini educativi è diffuso in tutte le culture: ciò che è in discussione e che muta da cultura a cultura, quindi, è cosa si intende per "pena eccessiva". In particolare, l'autrice riporta il caso *R. v. Derrivier, 1969*. Il sig. Derrivier, originario delle Indie occidentali e residente nel Regno Unito è accusato di *assault* (aggressione) per due episodi di violenza realizzati contro i figli per supposti fini educativi, verificatisi nell'arco di un anno. Nel primo episodio egli aveva picchiato violentemente la figlia di 11 anni, tanto da fratturarle entrambi i polsi; nel secondo, invece, avvenuto circa un anno dopo, lo stesso autore picchiò brutalmente il figlio dodicenne, che si era mostrato indisciplinato nei confronti della madre e che non aveva voluto chiederle scusa. In relazione a tali fatti la Corte utilizza un metodo prudenziale. In un primo momento, infatti, pur riconoscendo Derrivier colpevole di *assault*, sospese la sentenza di condanna emettendo al contempo un *warning*, contenente l'ammonimento a non commettere più in futuro simili atti nei confronti dei figli. Trasgredito il monito, nel secondo caso la Corte lo condannò per *assault* a sei mesi di reclusione (senza sospensione).

A sottolineare la circostanza che l'aspetto culturale assume una rilevanza essenziale nell'idea di educazione e della legittimità dei mezzi correttivi la Renteln cita altri casi in cui si utilizzano pene eccessive a fini educativi (cfr. tra gli altri, il caso di un padre nigeriano che dopo aver saputo del comportamento negativo a scuola del proprio figlio lo sottopone a dure pene corporali e si giustifica richiamando gli usi della sua terra d'origine, che considerano un simile comportamento

tatti fisici che interessano la sessualità del minore¹⁸⁷; esempi di *neglect cases*¹⁸⁸, invece, sono rappresentati, solitamente, da casi di ri-

del figlio una grave vergogna per la famiglia: A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 55).

D'altronde, nella giurisprudenza americana, ipotesi del genere hanno avuto ad oggetto anche cittadini italiani. Abbastanza recente è, ad esempio, il c.d. *caso Giuseppe* (*Settecase children, minors*, 1997), sul quale cfr. L. MONTICELLI, *Le cultural defense*, cit., p. 543 ss.; F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 206. Presso la Contea di Cook (Chicago) viene tratto a giudizio un immigrato siciliano, sposato con un'altra immigrata italiana, per rispondere dei delitti di maltrattamenti in famiglia e abusi sessuali nei confronti del figlio di nove anni e della figlia di dodici anni. Il padre avrebbe spesso assunto comportamenti violenti nei confronti dei due bambini per supposti fini educativi, rimproverandoli con veemenza e picchiandoli a mani nude o con una cinghia; inoltre in più occasioni avrebbe dato dei "pizzicotti" sul seno e sulle natiche della figlia mentre questa faceva la doccia e avrebbe toccato i genitali del figlio. A sua difesa l'imputato sostenne che nel contesto socio-culturale siciliano in cui era cresciuto fosse usuale e legittimo maltrattare i figli a fini educativi. Lo stesso avvocato dell'imputato, a sostegno della tesi del suo assistito, affermò che «poiché io stesso sono cresciuto in una famiglia italiana e sono stato in Italia in diverse occasioni, ho constatato che gli Europei, e gli Italiani in modo particolare, hanno una diversa idea dell'educazione dei minori e della nudità». Il giudice accolse tali argomentazioni difensive e quindi assolse il padre in quanto, tenuto conto del suo *background* culturale, egli avrebbe inteso solo esercitare il suo *jus corrigendi* nell'unico modo da lui conosciuto, mentre i suoi "toccamenti" sui corpi dei figli non sarebbero stati espressione di libidine, ma di un «approccio differente da quello americano nell'accarezzare i figli» (virgolette riprese dal discorso del giudice Fernandez, riportato da L. MONTICELLI, *Le cultural defense*, cit.).

¹⁸⁷ Oltre al precedente caso Giuseppe, può qui richiamarsi l'emblematico caso Kargar (*State v. Kargar*, 1996) riportato da SIKORA, *Differing Cultures, Differing Capabilities? A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing*, in *Ohio State Law Journal*, v. 62, 2001, p. 1702, nonché da A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 58. Mohammad Kargar, un rifugiato afgano, fu accusato di aggressione sessuale grave per aver baciato il pene del figlio di diciotto mesi. La Corte lo condannò a due periodi di diciotto mesi in carcere, poi sospese tale periodo e lo sottopose a tre anni di *probation* alla condizione che imparasse l'inglese. Questa però non fu la decisione della Corte Suprema di Maine, che applicando il *Maine's de minimis statute* fece decadere l'accusa. Decisive a tal proposito furono le testimonianze di altri afgani, secondo cui baciare il pene del figlio è un gesto comune in Afganistan, che intende dimostrare l'amore genitoriale e non soddisfare la propria libidine.

¹⁸⁸ A tal proposito, cfr. i casi descritti da A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 61 ss. di cittadini americani provenienti dalla Mongolia che, per ragioni legate a determinate concezioni religiose, rifiutavano di sottoporre i propri figli a cure necessarie per la loro salute o per la loro vita. La questione è analoga a quella di casi discussi in Italia. Si ricordi in proposito il caso Oneda, in cui i genitori (testimoni di Geova) non intesero sottoporre la figlia alle necessarie emotrasfusioni per ragioni di natura religiosa: v. Ass. Cagliari, sent. 10 marzo 1982, in *Foro it.*, 1983, II, 27 ss. con nota di G. FIANDACA, *Nota a Corte d'Assise di Cagliari, sent. 10 marzo 1982*, Oneda, in *Foro it.*, 1983, II, p. 27 ss.; F. ALBEGGIANI, *Nota a Ass. App. Roma, 13 giugno 1986*, Oneda, in *Foro it.*, 1986, II, p. 606 ss.

fiuto di cure fondati su divieti di natura religiosa o culturale in senso ampio.

Orbene, nelle ipotesi di *abuse cases*, la giurisprudenza anglo-americana appare tendenzialmente sensibile alla diversità culturale, specie qualora si tratti della prima volta che il reo viene tratto in giudizio. Pur confermando anche in siffatte ipotesi il principio dell'*ignorantia legis non excusat* e ribadendo l'applicazione generale ed uniforme del diritto nazionale, tuttavia, la tendenza delle corti di *common law*, in prima battuta, è quella di emettere condanne meramente formali o di sospendere la pena, preoccupandosi al contempo – tramite un monito (*warrant*) al reo di astenersi dalla reiterazione del comportamento – di inviare un messaggio a quella comunità che segue una pratica culturale inconciliabile con i principi dell'ordinamento in questione. In altri casi, invece, si è inteso lasciare una più ampia autonomia alla sfera familiare e si è deciso, adottando una concezione estensiva dello *ius corrigendi*, di rinunciare del tutto a una sentenza di condanna¹⁸⁹.

Riguardo alle ipotesi di *neglect cases*, invece, se l'orientamento tradizionale era quello di non interferire nelle decisioni familiari, negli ultimi decenni sembra prevalere un approccio che giustifica l'intervento statale sulla base del criterio della "quality of life" o del "best interest" del minore¹⁹⁰. Peraltro, anche in passato, la tendenza a lasciare al nucleo familiare le questioni relative allo sviluppo dei figli cessava qualora, a causa della scelta dei genitori di curare le patologie dei loro figli con rimedi di carattere spirituale o fatalistico, si verificavano lesioni gravi o addirittura la morte¹⁹¹. In queste ultime ipotesi, ad ogni modo, l'elemento culturale ha talvolta influito sul piano della commisurazione della pena, per adeguare la risposta sanzionatoria ad un livello di rimproverabilità (*blameworthiness*) del genitore che è apparsa attenuata (soluzione questa che non sembrerebbe tuttavia praticabile quando la vo-

¹⁸⁹ È quanto sottolineato da L. MONTICELLI, *Le cultural defenses*, cit., p. 554 ss. in relazione al già citato caso Giuseppe. Secondo l'autore, la decisione appare «coerente con l'*idem sentire* e con diversi precedenti giurisprudenziali statunitensi che ampliano notevolmente i limiti entro cui può essere esercitato lo *ius corrigendi*». Sulla base di dati normativi e di elementi statistici, infatti, Monticelli ritiene che negli Usa vi sia una forte tutela del principio di riservatezza, che vuole lasciare alla famiglia il compito di decidere quale educazione impartire ai figli. Solo manifestazioni particolarmente lesive della dignità e dell'integrità fisica della persona varrebbero a giustificare un intervento esterno alla famiglia.

¹⁹⁰ Cfr. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 61 ss.

¹⁹¹ In taluni Stati americani, tuttavia, si sono introdotte delle esenzioni di natura religiosa per gli scienziati cristiani che incorrano in tali forme di reato, con evidente disparità di trattamento con i membri di altre comunità religiose. Cfr. A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 64 ss.

luntas legis sia proprio quella di proibire esplicitamente certe pratiche culturali – com'è avvenuto, ad esempio, nell'ambito degli *abuses cases*, con l'emanazione del *Female Circumcision Act* in Inghilterra)¹⁹².

Nella diversità di parametri e codici culturali/educativi può anche risiedere la causa di condotte violente o restrittive della libertà, realizzate all'interno della famiglia contro i figli o i parenti (generalmente di sesso femminile) che intendono allontanarsi dai canoni di comportamento consoni ad una certa tradizione culturale. In queste ipotesi, la giurisprudenza di *common law* appare piuttosto ondivaga, esprimendosi, talvolta, con pronunce di condanna che considerano irrilevante il fattore culturale¹⁹³, talaltra, giungendo a pronunce di “*conditional discharge*”, che valorizzano invece le concezioni culturali seguite dai genitori nell'individuare il miglior interesse per i figli¹⁹⁴.

Un altro settore in cui il fenomeno dell'*acculturation* crea uno scontro tra principi-guida delle condotte individuali è poi quello del rapporto matrimoniale e, più in generale, della sfera sessuale.

Abbiamo già menzionato¹⁹⁵, invero, il fenomeno di particolari forme rituali di matrimonio che integrano fattispecie di sequestro di persona e di violenza sessuale in cui il condizionamento culturale è stato interpretato come elemento capace di indurre in errore il reo sul fatto di reato. Vi sono poi ulteriori casi in cui la mancata percezione del disvalore penale da parte del soggetto agente, a causa di una diversa concezione culturale della maturità sessuale e dell'età matrimoniale, ha indotto alcune corti di *common law* a valutare la condotta dell'agente come non “*unlawful*”¹⁹⁶.

¹⁹² *Ibidem*, p. 71.

¹⁹³ Cfr. il caso *R v Ahmed Shah Moied and Others*, 1986, riportato da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 157, in cui un padre di religione musulmana ingaggia due detective che, dietro sua volontà, sequestrano la figlia dal college universitario (proprio tale frequenza era la causa del dissidio familiare) per condurla nell'abitazione del padre. La Corte, in tale ipotesi, riconosce il padre Moied e i complici colpevoli del delitto di sequestro di persona, avvertendo che la cultura o la religione non possono consentire di infrangere la legge.

¹⁹⁴ Cfr. il caso *R v Mohammed Habib*, 2002, anch'esso in F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 158, in cui un padre e due zii musulmani con l'uso di un'arma e mediante minacce, sequestrano per ventiquattro ore la figlia/nipote nel tentativo di persuaderla ad interrompere la sua relazione con un giovane non musulmano. Il caso viene deciso con una soluzione indulgente: pur riconoscendo gli imputati colpevoli di sequestro di persona, nei loro confronti viene emesso soltanto un *conditional discharge* per tre anni, nel presupposto che il sequestro sarebbe stato realizzato per l'intimo convincimento, scaturente dal loro *background* culturale, che la relazione sentimentale della ragazza fosse contraria al suo stesso interesse.

¹⁹⁵ V. il caso *Moua* alla nt. 179.

¹⁹⁶ Cfr. il caso *Alhaji Mohamed v Knott*, 1969 (su cui v. A.D. RENTELN, *The Cultu-*

La giurisprudenza anglo-americana, inoltre, ha talvolta riconosciuto l'esistenza di *cultural offenses* in relazione a fatti di reato avvenuti ad oggetto sostanze stupefacenti, laddove la detenzione o la distribuzione di droghe fosse motivata da ragioni di natura culturale o religiosa, come è frequentemente avvenuto per l'uso durante cerimonie religiose della pianta di *peyote*¹⁹⁷ da parte dei nativi americani o di quella di *marijuana* (c.d. *ganja*) da parte dei *Rastafariani*¹⁹⁸. In tali

ral Defense, cit., p. 116 ss.; F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 183) in cui un uomo nigeriano di venticinque anni e una ragazza nigeriana di tredici anni, entrambi appartenenti alla tribù Hausa, si sposano in Nigeria con un matrimonio perfettamente valido in base alla legge locale. Tre mesi dopo il matrimonio la coppia si trasferisce in Inghilterra. L'uomo viene imputato di abusi sessuali su minori e viene allontanato dalla moglie, ritenuta in stato di pericolo. Su ricorso del marito, la *Divisional Court* capovolge tale decisione e scagiona l'uomo, considerando i rapporti con la moglie non "unlawful". In particolare non si applicò il *Sexual Offenses Act* del 1956 – che proibisce le relazioni sessuali con donne infrasedicenni –, in quanto il fatto che le relazioni si svolgessero all'interno di un valido matrimonio escludeva la rilevanza dell'età della sposa. Peraltro, uno dei giudici (Lord Parker) volle sottolineare che la concezione culturale che consente il matrimonio tra una tredicenne e un venticinquenne non poteva essere qualificata barbara o orrida, anche alla luce del fatto che, fino al 1929, in Inghilterra non esisteva un limite minimo per l'età matrimoniale.

¹⁹⁷ Il *peyote* è una pianta (un cactus privo di spine – nome scientifico *Lophophora williamsii*) il cui uso, tramite l'ingestione dei semi, produce un effetto drogante-allucinogeno, tanto che – nonostante non ne siano ancora del tutto chiari gli effetti sulla salute – il governo americano la include tra le sostanze droganti nella tabella I, insieme all'eroina. Si trova solo in talune zone del deserto del Chichuauan (tra il Texas del sud e del Messico del Nord) ed ha assunto un ruolo fondamentale nella vita religiosa delle popolazioni indigene messicane per migliaia di anni. Durante il diciannovesimo secolo si diffuse dall'Oklahoma ad altre tribù in tutti gli USA ed è in quel periodo che molte tribù cominciarono ad assumerlo.

La religione del peyote, o peyotismo, divenne stabile quando il governò americano istituì delle riserve a favore dei suoi adepti ed è di solito qualificata come una religione di popolazioni oppresse, una reazione alle ondate dei colonizzatori bianchi. Ha anche una chiesa, la NAC (*native american church*), una sorta di istituzione pan-tribale che fu fondata nel 1918 in parte proprio per facilitare l'uso del peyote come sacramento. I seguaci del peyotismo, infatti, credono che l'ingestione dei boccioli del cactus peyote abbia positivi effetti fisici e spirituali sulle capacità umane di comunicare con Dio e con il mondo spirituale e, inoltre, che esorti alla coesione sociale, alla solidarietà politica tra i nativi americani, all'astinenza dall'alcol. Le rivendicazioni dei peyotisti hanno trovato riconoscimento nell'*American Indian Religious Freedom Act Amendments*, che garantisce agli appartenenti alla NAC la possibilità di usare il peyote nell'ambito di cerimonie religiose. Al riguardo, cfr. A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 78 ss.; O.C. STEWART, *Peyote Religion: A History*, Oklahoma, 1987; M.S. ABATE, *Il Culto del Peyote. Storia del movimento di liberazione degli indiani nordamericani*, Roma, 2002.

¹⁹⁸ Il rastafarianesimo – nato nell'ambito del movimento nazionalista dell'etiopismo, ma poi esteso al di là di tale concezione politica – è una fede religiosa di origine ebraico-cristiana. Il nome deriva da Ras Tafari, ultimo imperatore dell'Etiopia (salito al trono nel 1930), il cui vero nome era Haile Selassie I, considerato dai

ipotesi¹⁹⁹, sembra potersi distinguere una certa diversità di soluzioni

seguaci il secondo messia (Il Cristo nero). Dopo la rivelazione di Haile Selassie I, i primi seguaci cominciarono la predicazione nel resto dell'Africa e in America, per poi diffondersi negli Stati Uniti e in Europa. Si è poi diffuso nel resto del globo, anche grazie alla nota cultura musicale (*reggae*) che ne ha espresso i principi morali e teologici.

Riguardo all'origine ebraico-cristiana, di cui il rastafarianesimo mantiene i dogmi essenziali, la tradizione etiopica del *Kebrā Nagast* sostiene che l'Etiopia sia stata scelta come il Nuovo Israele e che proprio per tale ragione in tale terra sarebbe apparso il nuovo messia (Haile Selassie I). L'origine è dovuta all'incontro tra il re Salomone e la regina di Saba (di cui vi è traccia nella Bibbia – 1Re; 2 Cronache 9), da cui sarebbe nato Menelik, capostipite della dinastia etiopica; a quest'ultima sarebbe spettato l'onore di preservare la cristianità dopo il rifiuto di Israele.

Proprio dalla discendenza dal re Salomone trovano origine talune caratteristiche fondamentali del rastafarianesimo, come la capigliatura a trecce di alcuni fedeli (c.d. *dreadlocks*) o come l'uso dell'erba *ganja*. I rasta, infatti, utilizzano la marijuana come erba medicinale, ma anche come erba meditativa, che facilita la preghiera e la saggezza. La tradizione vuole che quest'erba sia cresciuta sulla tomba del Re Salomone e che tragga appunto forza dalla sua saggezza; la marijuana, inoltre, è anche associata all'Albero della Vita e della Saggezza, che era presente nell'Eden a fianco dell'Albero della conoscenza del bene e del male.

Per approfondimenti, cfr. E. FERRARIS, *Il movimento rasta*, Milano, 2001; L. MAZZONI, *Kebrā Nagast. La bibbia segreta del rastafari*, Roma, 2007; B. CHEVANNES, *Rastafari: Roots and Ideology*, New York, 1994.

¹⁹⁹ A) Riguardo al *peyotismo*, uno dei casi più noti fu il *People v. Woody*, 1964, in cui un imputato navaho fu condannato per possesso non autorizzato di peyote, ma ottenne la sospensione della sentenza. La Corte Suprema della California riconobbe che il peyote era una sostanza allucinogena e perciò soggetta a regolamentazione statale, ma ritenne che la legge della California avesse limitato il diritto di osservare una religione in assenza di un sufficiente interesse statale da controbilanciare.

Un altro caso noto relativo al *peyotismo* – in cui non emergono direttamente questioni penalistiche, ma che assume rilievo fondamentale per comprendere la posizione delle politiche pubbliche (in questo caso quelle statunitensi) rispetto alle diversità culturali – è quello dell'*Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 1990. Il caso riguardava due dipendenti (Alfred Smith e Galen Black) di una clinica di disintossicazione da stupefacenti, i quali furono licenziati quando si scoprì che ingerivano peyote in cerimonie religiose. Innanzi alla negazione del sussidio di disoccupazione richiesto dai due, la Corte d'Appello dell'Oregon accolse le loro richieste, sulla base del diritto al libero esercizio della religione. La Corte Suprema degli Stati Uniti, tuttavia, capovolse la decisione, sostenendo che la clausola del libero esercizio non impediva allo Stato dell'Oregon di proibire il peyote come sostanza da sottoporre a controllo. La sentenza Smith segnò una cesura rispetto al tradizionale modo di intendere il significato della clausola del libero esercizio. Fino allora, infatti, si riteneva che il diritto potesse ledere una minoranza religiosa solo se giustificato da un interesse imprescindibile dello Stato. La sentenza Smith, invece, si discostò da tale orientamento, sostenendo che il riconoscimento della libertà religiosa in alcuni casi giurisprudenziali precedenti era stato giustificato solo grazie alla possibilità di invocare ulteriori diritti fondamentali a favore del soggetto. In generale, la sentenza Smith è stata poi citata per

tra la giurisprudenza inglese e quella americana.

La giurisprudenza inglese ha assunto un atteggiamento piuttosto cauto, riconoscendo la responsabilità penale degli imputati in base al

suffragare l'idea che le credenze religiose di un individuo non lo esentano dall'obbedire a una legge comunque valida, che vieti un determinato comportamento. In seguito a questa decisione, una coalizione di gruppi religiosi e di gruppi liberali civili spinse il governo ad emanare nel 1993 il *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)*, che reintrodusse standards più rispettosi delle minoranze culturali (nel 1994, invece, il Congresso intese tutelare più specificamente i nativi americani, con l'emanazione del già citato *American Indian Religious Freedom Act Amendments*). L'RFRA, in particolare, proibiva ad ogni agenzia, dipartimento o rappresentante ufficiale degli Stati Uniti, o a qualunque Stato, di «ostacolare sostanzialmente l'esercizio della religione, anche se l'ostacolo deriva da una regola di applicazione generale», a meno che il governo potesse dimostrare che questo ostacolo «1) è in funzione della promozione di un interesse statale imprescindibile; 2) è il mezzo meno restrittivo per promuovere quell'interesse statale». L'RFRA, tuttavia, fu dichiarato incostituzionale nel 1997 dalla Corte Suprema degli USA (*City on Boerne v. Flores*, 1997), in ragione dell'ampiezza dei poteri del Congresso e del principio di separazione di poteri (in sostanza il Congresso non poteva dettare alla Corte Suprema l'interpretazione di norme di rango costituzionale). I principi espressi dall'RFRA, tuttavia, hanno continuato a destare l'attenzione di taluni studiosi sul ruolo della politica nelle società multiculturali. In particolare, la Nussbaum propone di trattare le differenze culturali proprio sulla base dei principi espressi dall'RFRA. Secondo la studiosa americana, infatti, in primo luogo, si dovrebbe accettare il «principio dell'RFra come principio guida nell'affrontare il dilemma religioso: lo Stato può ostacolare la religione solo quando può dare prova di un interesse imprescindibile; in secondo luogo, la protezione delle capacità fondamentali dei cittadini dovrebbe sempre essere interpretata alla stessa stregua di un interesse imprescindibile di Stato» (M. NUSSBAUM, *Women and Human development. The Capabilities Approach*, Cambridge-New York, 2000, (trad. it.) *Diventare persone. Donne e universalità del diritto*, Bologna, 2001, p. 229 ss.).

B) Per quanto concerne l'uso della marijuana come erba meditativa da parte dei *rastafariani*, invece, si possono menzionare taluni casi sottoposti al giudizio della giurisprudenza anglo-americana.

In Inghilterra, in casi aventi come imputati rastafariani in possesso di notevoli quantità di marijuana, destinata al consumo personale o alla condivisione con altri adepti di tale religione, la giurisprudenza ha adottato sentenze di condanna – non volendosi applicare regimi di favore per gli appartenenti a questa religione – ma in modo decisamente mite, tenendo conto che «*is not the ordinary case of commercial importation of cannabis*» (cfr. i casi *R. v. Williams*, 1979; *R v. Steve Joseph Dallaway*, 1984 e *R v. Daudi and Daniels*, 1982, riportati da A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., pp. 83 ss. e 258, nt. 48 e da S. POULTER, *Ethnicity, Law and Human Rights, The English Experience*, Oxford, 1998, p. 361 ss., ripresi in Italia da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 192).

Negli Usa, il modo di trattare i casi dei rastafariani dipende in grande misura dalla circostanza se la decisione sia avvenuta prima o dopo l'abrogazione dell'RFRA. Così, nel caso *U.S. v. Bauer*, 1996, in cui un rastafariano del Montana produceva e distribuiva marijuana tra gli adepti, la Corte annullò la condanna per possesso di droghe, considerando che secondo l'RFRA l'imputato poteva sollevare una *defense* basata sull'elemento religioso; nel caso *State v. McBride*, 1998, invece, per

principio dell'uguale trattamento, ma, al contempo, rilevando le peculiarità di tali ipotesi rispetto a fatti analoghi di detenzione o spaccio comune di sostanze stupefacenti: le motivazioni culturali della condotta denoterebbero, infatti, una minore rimproverabilità del reo – laddove egli agisce per un “*good motive*”, almeno secondo i canoni della propria origine culturale – di cui tener conto nella fase del *sentencing* con il riconoscimento di una responsabilità attenuata.

La giurisprudenza americana, invece²⁰⁰, si è talvolta spinta in casi analoghi fino al riconoscimento di un totale esonero di responsabilità. Siffatto orientamento di favore si spiega con la presenza di minoranze autoctone nel territorio statunitense, dedite ad un uso abituale e ancestrale di sostanze droganti, che hanno influito sull'emanazione di normative – a carattere generale oppure specificamente dirette alla tutela di un determinato gruppo di nativi²⁰¹ – particolarmente sensibili alla ricerca di un bilanciamento tra le esigenze di uniforme applicazione del diritto e il rispetto del primo emendamento della Costituzione degli USA sulla libertà di religione.

Riguardo alle ipotesi di norme *ad hoc* a tutela dei gruppi minoritari, si può tuttavia rilevare come la soluzione di privilegio riconosciuta a favore di alcuni gruppi di nativi americani (che, come nel caso del peyotismo, finisce con l'attribuire valore in sede penale al fattore culturale in base al paradigma del tipo d'autore²⁰²) sembri giustificata sulla base di ragioni storico-politiche, ma rischi di creare un'illegittima disparità di trattamento rispetto ad ipotesi che, ai fini penalistici, non sembrano diverse. Alla luce del concetto di cultura adottato in questo

decidere come valutare la condotta di coltivazione di marijuana degli imputati, convertiti alla religione rastafariana da almeno quindici anni, la Corte d'Appello, in linea con i parametri della sentenza Smith – una volta eliminato l'RFRA –, condannò gli imputati, ritenendo che il principio dell'applicazione generale del diritto consente di vietare legittimamente talune pratiche religiose, senza con ciò ledere il primo emendamento. Riguardo all'ulteriore aspetto (sollevato dalla difesa) della disparità di trattamento rispetto all'uso del peyote da parte dei nativi americani (i quali sono *ex lege* esenti da responsabilità), la Corte esclude la similarità delle due classi di ipotesi, in quanto, in primo luogo, i rastafariani farebbero un uso di marijuana molto più frequente rispetto a quello di peyote da parte dei nativi americani; in secondo luogo, perché la marijuana sarebbe una sostanza che comporta una maggiore dipendenza. Il caso è riferito e criticato – specie sotto il profilo della disparità di trattamento, nonché degli argomenti di dubbia validità scientifica addotti dalla Corte –, da A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 83 ss.

²⁰⁰ V. i casi riportati nella nota precedente.

²⁰¹ Rientra tra gli interventi a carattere generale il caso del c.d. RFRA, mentre nell'ambito delle norme speciali si può ricordare il già citato *American Indian Religious Freedom*, emanato a favore dei peyotisti.

²⁰² V. *supra*, nt. 106.

lavoro, infatti, ciò che dovrebbe avere rilievo per il diritto penale non è il grado di oppressione storico-politica subito da un gruppo culturale anziché da un altro, bensì il grado di influenza che un sistema culturale di simboli esercita sulla condotta di reato del singolo individuo. Sotto questo punto di vista, cioè: una volta riconosciuto un verosimile collegamento tra le modalità di detenzione di una sostanza drogante e quanto previsto dai precetti di una determinata religione che ne incoraggia l'uso rituale, una volta accertate l'appartenenza di un soggetto a tale fede e la sua volontà di realizzare la celebrazione del culto prescritto, non apparirebbe di conseguenza legittima una differenziazione di conseguenze penali a seconda della religione (ad esempio, peyotista o rastafariana) di appartenenza, ovvero del livello di frequenza all'uso di una sostanza stupefacente o, ancora, del grado di messa in pericolo del bene salute, specie qualora tali parametri sembrino di dubbia fondatezza scientifica.

Per quanto poi concerne il tentativo – in realtà fallito – di individuare una risposta al problema dei reati culturali sulla base di una norma a carattere generale come l'RFRA²⁰³, invece, se ne può sottolineare la meritoria intenzione di trovare una soluzione bilanciata al problema della diversità culturale intollerabile, nella misura in cui si dava pieno riconoscimento al diritto alla cultura del singolo individuo, senza tuttavia escludere la possibilità di un intervento statale per la limitazione di eventuali pratiche in conflitto con interessi prevalenti. La soluzione dell'RFRA di subordinare la legittimità di un intervento proibizionistico nei confronti di talune espressioni della libertà religiosa ad una duplice condizione (cioè che esso fosse attivato in funzione di un interesse statale imprescindibile [*compelling interest*] e purché costituisse il mezzo meno restrittivo per promuovere quell'interesse) sembrava peraltro ben giustificata anche alla luce dei principi d'offensività e di sussidiarietà e proporzione: sotto il primo profilo, perché ammetteva un intervento ostativo dell'ordinamento solo per le ipotesi in cui risultasse tangibile il disvalore penalistico di certe prassi culturali; sotto il secondo profilo, perché sembrava sposare l'idea del diritto penale come *extrema ratio* in un settore di particolare delicatezza come quello dell'incontro tra culture differenti. La questione che rimaneva insoluta nel RFRA, semmai – a prescindere dai motivi che ne hanno comportato la declaratoria d'incostituzionalità –, concerneva il problema di come dare forma e sostanza al *compelling interest*, non apparendo del tutto chiaro quando l'interesse statale si sarebbe potuto definire imprescindibile o meno. Pertanto, se, da un lato, l'RFRA dava prova di una condivisibile flessibilità nel considerare i possibili risvolti della convi-

²⁰³ V. *supra*, nt. 199.

venza interculturale, dall'altro, nel fare rinvio ai vaghi canoni orientativi dell'“interesse imprescindibile” e del “mezzo meno restrittivo”, sembrava lasciare eccessivi margini d'apprezzamento alla discrezionalità dell'interprete, delegando di fatto al giudice il compito di concretizzare i limiti di tolleranza verso le pratiche culturali illecite.

Dopo aver accennato alle varie tipologie di reato culturale e alla relativa casistica, appare ora necessario tirare le somme delle linee di fondo seguite dalla giurisprudenza anglo-americana in tema di *cultural offenses*.

In linea generale, si può rilevare che negli ordinamenti in questione è rintracciabile una tendenza ad attribuire rilievo in sede penale all'elemento culturale, laddove risulti dimostrato che tale elemento abbia influenzato il soggetto agente nella realizzazione della condotta di reato (c.d. *cultural offense*). In tali ipotesi, si intende dare atto della circostanza che il reo agisce nel rispetto della tradizione culturale di appartenenza, la quale contribuisce in uno specifico contesto a spiegare la realtà e ad individuare le modalità di comportamento da seguire. Muovendo da una concezione retributiva della pena e dalle corrispondenti esigenze di proporzione, infatti, il condizionamento culturale può ben rappresentare un fattore che, incidendo sulla rappresentazione del contesto dell'azione o sulla volontà delittuosa, evidenzia una minore rimproverabilità dell'agente e legittima, quindi, un trattamento penale di favore. Si tratti dell'esclusione della responsabilità penale (*total excuse*), ovvero di una mera attenuazione di questa (*partial excuse*), queste soluzioni di favore vengono ricondotte dalla dottrina nell'unitaria figura giuridica della *cultural defense*: una categoria non autonoma, ma che opera pur sempre all'interno di *defenses* già esistenti o comunque di strumenti giuridici noti al diritto anglo-americano, essendo posta rispettivamente a fondamento del riconoscimento dell'errore (di fatto o di diritto), della *duress*, di attenuanti come la *diminished responsibility* e la *provocation* in fattispecie di *murder*, di condanne meramente formali (come nel caso dell'*absolute* o del *conditional discharge*), ovvero fungendo da fattore attenuante nella fase del *sentencing*.

Come già anticipato, una delle ragioni essenziali alla base di questa valorizzazione del fattore culturale sembra risiedere in motivazioni di natura sistematica, cioè strettamente dipendenti dall'accentuata discrezionalità di cui gode il giudice negli ordinamenti di *common law* in sede d'applicazione della pena (fino alla facoltà, pur dopo l'accertamento della colpevolezza del reo, di astenersi dal pronunciare una sentenza di condanna [*discharge*])²⁰⁴ e, dunque, dalla conseguente dispo-

²⁰⁴ Nel processo penale inglese, in particolare, è possibile distinguere la fase della *conviction* (in cui si decide in merito all'integrazione del fatto tipico e alla re-

nibilità di più ampi margini valutativi nel ricercare una risposta capace di mediare tra le contrapposte esigenze di procedere a un'eguale applicazione della legge nei confronti di tutti i cittadini e di tener conto del fattore culturale nelle concrete vicende oggetto di giudizio.

Propria questa discrezionalità, tuttavia, nonostante i freni dello *stare decisis*, finisce col dar luogo ad una certa difformità di giudizio in una materia come quella in esame, in cui si tratta di comporre il conflitto tra interessi egualmente meritevoli di considerazione giuridica. Come si è avuto modo di vedere nell'analisi della casistica, non sempre le decisioni delle corti anglo-americane sui reati culturali sembrano giungere a risultati coerenti, sia per quanto concerne la questione dell'opportunità in sé di una valutazione del fattore culturale in sede giudiziaria, sia in relazione ai requisiti richiesti per accertare la presenza di una *cultural offense*, sia, infine, in merito alle conseguenze dell'applicazione di una *cultural defense* sotto il profilo sanzionatorio.

Per impedire un eccesso di difformità di giudizio, parte della dottrina (specie americana) ha quindi proposto di formalizzare la *cultural defense*, in modo da farla valere come specifica attenuante culturale (*partial excuse*) e ridurre così i margini di discrezionalità giudiziale²⁰⁵. L'auspicato intervento legislativo, dotando i giudici di uno strumento *ad hoc* per la valutazione del fattore culturale, li esimerebbe dall'incombente di decidere se nel caso concreto sia opportuno attribuire effetti favorevoli al condizionamento culturale – così “liberandoli” dalle possibili remore ad esercitare una funzione eccessivamente creatrice del diritto –, mentre, manterrebbe loro il più tranquillizzante compito

sponsabilità del reo) da quella del *sentencing* (in cui, invece, si condanna ad una pena). Proprio in quest'ultima fase ampi sono i margini di discrezionalità del giudice, che gode di una notevole libertà nella scelta della pena da comminare (anche in ragione del fatto che l'ordinamento inglese riconosce alla pena detentiva un valore residuale). Non solo, infatti, il giudice ha il potere di valutare elementi noti anche al nostro ordinamento come la pericolosità, la personalità del reo, i fattori attenuanti, ma può anche spingersi fino a decidere di astenersi dalla pena (*discharge*), qualora, in base a circostanze come la natura del reato e l'indole del reo (e purché non si tratti di un reato punito con una pena fissa, come avviene invece nel *murder*), la Corte non ritenga opportuno infliggere una pena. Sul punto cfr., per tutti, S. VINCI-GUERRA, *Diritto penale inglese*, cit., p. 506 ss.

²⁰⁵ Dopo aver creduto che il diritto americano fosse sufficientemente flessibile per dare spazio ad argomenti basati sulla cultura (cfr. A.D. RENTELN, “*Culture and Culpability: A Study in Contrast*”, in *Beverly Hills Bar Association Journal*, pp. 17-27, 1987/88. Ristampa in A.D. RENTELN, *Folk Law: Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, New York, 1995), la Renteln, ad esempio, preso atto della difformità di giudizio sulla rilevanza della *cultural defense*, ha cambiato posizione, schierandosi a favore di una formalizzazione della *cultural defense* (cfr. A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 200 ss.).

di accertare i presupposti fattuali di una scusa legalmente prevista nei suoi presupposti normativi.

Altra parte della dottrina anglo-americana, invece, non appare convinta della reale utilità dell'eventuale introduzione di una *cultural defense* positivizzata, ritenendo che le esigenze della valutazione del movente culturale siano ben soddisfatte dagli strumenti che l'ordinamento già fornisce al giudice²⁰⁶. Si sostiene, infatti, che quest'ultimo sarebbe perfettamente in grado di tenere in adeguata considerazione il fattore culturale nella realizzazione del reato, adattando, ad esempio, il criterio della ragionevolezza della reazione del reo alla sua provenienza culturale e utilizzando tutti gli strumenti che l'ordinamento gli offre nella fase del *sentencing*.

Le divisioni della dottrina, peraltro, non concernono solo l'opportunità di tipizzare la *cultural defense* o di lasciare, invece, che questa operi all'interno delle categorie dogmatiche esistenti, ma riguardano più a monte anche la questione sostanziale della stessa legittimità della *cultural defense*.

Le argomentazioni *pro/contra* la *cultural defense*, peraltro, assumono un'importanza che trascende gli ordinamenti di *common law*, essendo più in generale in giuoco gli aspetti problematici che il riconoscimento di una disciplina penale in qualche modo tollerante verso le differenze culturali incontra, e che sono al centro del dibattito sul ruolo del diritto penale nelle attuali società multiculturali.

È per tale motivo, quindi, che appare adesso opportuno ripercorrerne criticamente le linee essenziali.

3.2. Argomenti contrari alla *cultural defense*

Una delle più intuitive critiche che sono state mosse alla *cultural defense* si fonda sulla lesione dei principi d'uguaglianza e di certezza del diritto. Il riconoscimento di una *cultural defense* a favore del reo culturalmente condizionato, infatti, comporterebbe la compresenza di discipline penali differenziate in base all'etnia all'interno del medesimo sistema politico, con l'aberrante risultato di creare nell'ordinamento giuridico una nicchia soggetta ad un trattamento privilegiato – sulla base di elementi, peraltro, non sempre di sicura controllabilità empirica – e di determinare, per tale via, una gestione anarchica dei rapporti sociali. Sostanzialmente, quindi, un primo ordine di critiche si basa su ragioni legate al rispetto del principio di uguaglianza formale, il quale riceverebbe

²⁰⁶ Cfr. *The Cultural Defense in The Criminal Law*, (nota) in *Harvard Law Review*, 1986, p. 1296 ss.

conferma in ambito penalistico nella generalizzata affermazione presso gli ordinamenti giuridici del principio di territorialità del diritto penale: che impone di giudicare i fatti di reato commessi nel territorio nazionale ai sensi della legge ivi vigente e non secondo quella del Paese di provenienza del reo. Sotto questo aspetto, peraltro, si denuncia come il riconoscimento della *cultural defense* realizzerebbe un'irragionevole disparità di trattamento sotto un duplice punto di vista: da un lato, si riserverebbe un trattamento speciale, ingiustificatamente privilegiato, agli autori di reati culturali rispetto agli altri cittadini; dall'altro, si finirebbe per violare il principio di eguale tutela dei diritti delle vittime, non garantendosi a quelle lese dai reati culturali le stesse tutele di cui godono le vittime dei reati comuni, nonostante si tratti di offese di pari grado e nei confronti del medesimo bene giuridico. Il principio da seguire nella disciplina penale della diversità culturale, quindi, sarebbe il c.d. "*when in Rome, do as the Romans do*", che viene invocato da una parte della dottrina americana – traducendo parzialmente un proverbio attribuito a Sant'Ambrogio («*Si fueris Romae, Romano vivito more; Si fueris alibi, vivito sicut ibi*») ²⁰⁷ – per ammonire che deve essere il singolo (o il gruppo culturale) ad adeguarsi all'ordinamento giuridico, e non viceversa.

Un secondo ordine di critiche, poi, evidenzia il rischio che la *cultural defense* possa pregiudicare l'efficacia preventiva della sanzione penale. Sotto il profilo della prevenzione generale – sia sul piano della deterrenza (prevenzione generale negativa), sia su quello dell'orientamento culturale (prevenzione generale positiva) –, infatti, si è paventato che l'applicazione di una disciplina più favorevole per i responsabili dei reati culturali indurrebbe i membri di una determinata comunità culturale a sentirsi legittimati a perpetrare impunemente quelle pratiche della loro tradizione che pur integrano fattispecie di reato e, di conseguenza, a disinteressarsi della conoscenza della legislazione penale nazionale. Sul versante dell'efficacia specialpreventiva, analogamente, il reo non sarebbe spinto a modificare un comportamento che non solo è considerato giusto secondo la concezione culturale cui appartiene, ma che – tramite il meccanismo della *cultural defense* – è anche per certi versi tollerato dall'ordinamento.

Le maggiori critiche, tuttavia, vengono sollevate sul piano della tutela della vittima dei reati culturali. Il rischio paventato è quello di dare concretezza al già menzionato «paradosso della vulnerabilità multi-

²⁰⁷ V. A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 221, nt. 1. L'autrice, peraltro, evidenzia che il proverbio di Sant'Ambrogio trova conferme transculturali (nel proverbio francese di «ululare se sei in mezzo ai lupi», in quello bantù di «mangiare ciò che le scimmie mangiano, se sei ospite delle scimmie», o in quello senegalese secondo cui «se sei nel villaggio della gente con un occhio solo, chiudi un occhio»).

culturale»²⁰⁸: nel senso che mostrare una particolare sensibilità multiculturalista verso i gruppi etnici minoritari, ritenuti “deboli” nei confronti della società d'accoglienza in cui si trovano a vivere, finisce per rendere scusabili, o comunque meritevoli di un trattamento più benevolo, indebite aggressioni a beni giuridici individuali di rilevanza costituzionale (come la vita, la salute, la libertà fisica e d'opinione) realizzate generalmente ai danni dei “soggetti deboli” all'interno degli stessi gruppi di minoranza (come le donne o i minori).

Specie la dottrina di derivazione femminista, nel denunciare la profonda distanza e la crescente tensione tra le istanze femministe e quelle multiculturaliste – in precedenza invece accomunate dalla loro essenza di movimenti contro la cultura di maggioranza –, ha infatti lamentato che la *cultural defense*, lungi dall'essere uno strumento neutrale di difesa, rifletterebbe invece una supremazia di genere e, in particolare, il controllo maschile sulle donne e sui figli²⁰⁹. La *cultural evidence*, in realtà, opererebbe solo quando consente al giudice di inserire l'azione dell'imputato in un modello già familiare alla cultura maggioritaria, in modo da rafforzare, quindi, per le donne un particolare stereotipo di passività (diminuendone l'auto-determinazione) e per gli uomini l'abitudine all'esercizio della violenza (sminuendo così la severità del giudizio sulle loro azioni). La *cultural defense*, pertanto, sotto questo aspetto, anziché costituire un elemento di valorizzazione della differenza, si risolverebbe paradossalmente in un meccanismo di uniformazione culturale²¹⁰.

Ulteriori obiezioni alla valorizzazione di una *cultural defense*, inoltre, si fondano sulla nozione stessa di cultura che questa sembrerebbe presupporre. Considerare le condotte delittuose come «il prodotto della cultura del reo»²¹¹, infatti, significherebbe accedere ad una visione museale della cultura, fondata su una rappresentazione stereotipata, spesso paternalista o addirittura razzista dell'altro; si tratterebbe di un «uso volgare della cultura»²¹², incapace di spiegare

²⁰⁸ Cfr. *supra*, nt. 71 e 72.

²⁰⁹ Cfr., in particolare, S. OKIN MOLLER, *Is Multiculturalism Bad for Woman*, Princeton, 1999, (trad. it.), *Diritti delle donne e Multiculturalismo*, Milano, 2007, *passim*; COLEMAN, *Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, in *Columbia Law Review*, 1996, p. 1136 ss.

²¹⁰ Cfr. A. PHILLIPS, *When Cultures Means Gender: Issues of Cultural Defence in the British Courts*, in *Modern Law Review*, 2003, n. 66, p. 510 ss.

²¹¹ Come sostenuto dall'organo giudicante nel citato caso Chen (v. *supra*, nt. 172).

²¹² Così P. FOURNIER, *The Ghettoisation of Difference in Canada: “Rape by Culture” and The Danger of a “Cultural Defence”*, in *Criminal Law Trials*, in *Manitoba Law Journal*, 2002, v. 29, n. 1, p. 88. A parere di tale autore, infatti, l'immagine razziale – posta in risalto, generalmente, per differenziare la razza bianca da quella nera o da quella orientale – è un aspetto centrale della *cultural defense*.

le reali dinamiche dell'azione criminosa²¹³.

Un'ultima serie di critiche, infine, si incentra su questioni di natura più eminentemente pratica, nel senso che le difficoltà probatorie in ordine all'esistenza di una specifica tradizione culturale e gli inevitabili dubbi sulla sincerità della motivazione culturale del reo (specie per gli immigrati di seconda o di terza generazione) impedirebbero un uso appropriato della *cultural defense*, con l'inaccettabile conseguenza che la personale discrezionalità del giudice possa tradursi in un vero e proprio arbitrio incontrollabile.

3.3. Argomenti a favore della *cultural defense*

Altra parte della dottrina, tuttavia, ha respinto le suddette critiche, valorizzando gli interessi sottesi al riconoscimento della *cultural defense* e sollevando a sua volta numerose obiezioni all'idea di un diritto penale orientato all'egualitarismo formale nell'ambito delle attuali società multiculturali.

Ed invero, riguardo ai rilievi fondati sul principio di uguaglianza e sulla presunzione di assimilazione, si è segnalato come la necessità di una parziale differenziazione di trattamento sia imposta proprio dalle peculiarità dei reati culturali. In primo luogo, il principio di uguaglianza sostanziale richiederebbe proprio di tenere in giusta considerazione l'elemento differenziale costituito dalla provenienza etnica del reo, dovendosi prendere atto delle difficoltà che soggetti appartenenti a comunità culturali di minoranza incontrano nell'adeguare i propri comportamenti ad alcune regole della società, specie ove manchino idonei interventi statali a favore di una loro integrazione sociale. Anche sotto il profilo dell'uguaglianza formale, peraltro, la proposta di adattare l'ordinamento alle specificità culturali del reo sembrerebbe non eludere, ma al contrario confermare le esigenze dettate dal principio in questione, nella misura in cui viene dato seguito alla nota regola di «disciplinare ipotesi diverse in modo diverso»: il proverbio del "*when in Rome*", infatti, dimenticherebbe che gli standards legali non sono culturalmente neutrali e che, in realtà, l'idea di applicare la stessa legge in modo uniforme ad un insieme di individui e gruppi i quali non si trovano in posizioni simili potrebbe tradursi in un miope universalismo diseguale. Al contrario, proprio sottraendosi ad una valutazione del condizionamento culturale sulla *mens rea* si finirebbe inevi-

²¹³ Cfr. S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., p. 126, secondo cui la strategia della difesa culturale finirebbe per ridurre l'azione morale ad una "burattinata culturale".

tabilmente per violare il suddetto principio di uguaglianza. L'assenza di informazioni sulla cultura dell'imputato, infatti, impedirebbe al giudice di comprendere effettivamente l'*actus reus* e limiterebbe la prospettiva di giudizio soltanto ad alcuni degli elementi che caratterizzano la condotta criminale, negandogli così gli strumenti conoscitivi per effettuare un giudizio imparziale ed equo: il giudice, ad esempio, non riuscirebbe a differenziare il grado di rimproverabilità di chi lede un minore per mera volontà sadica rispetto a quello di chi, invece, si sente a ciò obbligato dalle pratiche consuetudinarie abitualmente seguite presso il proprio gruppo culturale, con una conseguente discriminazione ai danni del reo culturalmente motivato. Sotto questo aspetto, pertanto, la *cultural defense* garantirebbe il diritto dell'imputato ad ottenere una sentenza appropriata rispetto alle specifiche circostanze in cui il fatto di reato si è verificato, in ossequio al principio di uguaglianza ed alle esigenze di individualizzazione della pena.

Per escludere invece che il riconoscimento della *cultural defense* leda il principio della pari tutela della vittima, parte della dottrina²¹⁴ ha paragonato la *cultural defense* all'*insanity* e ha sottolineato come, portando fino in fondo le critiche sollevate, anche l'applicazione della *defense* dell'*insanity* – da cui deriva, a seconda del grado d'incapacità, l'esclusione o l'attenuazione della pena pur a parità di modalità d'aggressione e di rango dei beni protetti – parrebbe violare l'eguale tutela della vittima: ad esempio, la persona offesa da un delitto di violenza sessuale realizzato da un soggetto incapace potrebbe lamentare di non ricevere la medesima tutela rispetto a quella offerta in via generale dall'ordinamento. Un simile ragionamento, tuttavia, rischierebbe di sacrificare l'idea stessa di una giustizia individualizzata, essendo a questa immanente una differenziazione della sanzione penale a seconda delle caratteristiche del reo, pur in presenza di un'analoga aggressione ai medesimi beni o interessi.

Riguardo alle critiche fondate sulle funzioni della pena, poi, si è ribattuto, con argomentazioni simmetricamente contrarie, che l'idea di escludere qualsiasi valutazione in sede penale del fattore culturale frustrerebbe le principali finalità per le quali si giustifica la sottoposizione a sanzione penale. L'applicazione della pena nei confronti di un soggetto che commette un reato in ossequio a pratiche tradizionali del proprio gruppo etnico-culturale, infatti, anziché sortire gli effetti preventivi sperati, non riuscirebbe a produrre un reale effetto deterrente, né di orientamento culturale, né rieducativo, non essendo la sola sanzione penale capace e (tanto meno) deputata a svolgere una funzione di ricorversione culturale del reo: la pena, in questi casi, verrebbe dif-

²¹⁴ A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 315, nt. 27.

facilmente compresa e tantomeno accettata da chi è semplicemente abituato a seguire determinate pratiche culturali, e potrebbe finire per incentivare l'isolamento dei gruppi culturali minoritari all'interno della società ospitante²¹⁵. Sempre relativamente ai profili critici sul piano dell'efficacia deterrente della pena, peraltro, il problema parrebbe risolto ove si riconoscesse a favore del reo culturalmente motivato non già una *total excuse* ma una mera attenuante della responsabilità penale, non venendo pregiudicata in quest'ultima ipotesi la funzione-monito della sanzione. La specificità di questo genere di reati, inoltre, consentirebbe, almeno in alcuni casi, di poter ottenere effetti general-preventivi già con la mera sottoposizione a processo, che opererebbe in termini di monito e al contempo d'informazione nei confronti di una certa comunità culturale. Ad ogni modo, anche qualora si ritenesse necessaria l'irrogazione della pena, il rispetto del principio di proporzionalità, da un punto di vista retributivo, esigerebbe di tenere in adeguata considerazione il fattore culturale e le sue implicazioni sul grado di rimproverabilità del reo²¹⁶.

In merito al c.d. paradosso della vulnerabilità multiculturale, invece, si può obiettare che non sempre, come emerge dalla stessa casistica, l'uso della *cultural defense* implica restrizioni interne ai danni di donne o di bambini²¹⁷, né beneficia soltanto imputati di sesso maschile²¹⁸. La dottrina favorevole alla *cultural defense*, quindi, ne sottolinea la più ampia portata potenziale, ribadendo che il riconoscimento di un trattamento penale di favore per il reo culturalmente condizionato non intende avvalorare supremazie di genere, bensì garantire i diritti del reo, di qualsiasi età e genere sessuale, di fronte a possibili strumentalizzazioni del potere punitivo.

Infine, in relazione alle critiche relative al rischio di un uso volgare e stereotipato della cultura degli immigrati che si accompagnerebbe all'applicazione della *cultural defense*, si può replicare, per un verso, che le *cultural defenses* non sono state applicate solo a favore di gruppi culturalmente lontani da quello giudicante (caso in cui è certo più facile cadere in una visione museale della cultura altrui), ma, talvolta, anche nei confronti di culture analoghe (rispetto alle quali i più frequenti contatti interculturali sembrerebbero scongiurare il suddetto rischio)²¹⁹; per altro verso, si è anche sottolineato che la scelta di ana-

²¹⁵Cfr. a tal proposito, A. BERNARDI, *Modelli*, cit., p. 59 ss.

²¹⁶ Cfr. A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 194 ss.

²¹⁷ Basti pensare alla casistica esaminata in materia di sostanze stupefacenti.

²¹⁸ Cfr. i citati casi Kimura e Josephina (nt. 181).

²¹⁹ Cfr. i casi di europei giudicati in America o di italiani in Europa, su cui v. anche *infra*, par. 4, in sede di esame della giurisprudenza tedesca.

lizzare le culture straniere e il loro sistema di simboli, nel tentativo di comprenderne l'eventuale grado d'influenza sulle condotte individuali, non equivale ad esprimere un giudizio razzista sull'altro, ma solo a prendere atto delle differenze che inevitabilmente la storia di ogni gruppo culturale porta con sé²²⁰.

3.4. *Le limitazioni alla cultural defense*

Nonostante non manchino le argomentazioni a favore della *cultural defense*, la dottrina prevalente è ben consapevole dei profili problematici che deriverebbero da una sua estesa applicazione²²¹. Ecco allora che anche da parte di chi accetta un'efficacia esimente della *cultural defense* (o che comunque, al di là delle categorie dogmatiche, attribuisce ad essa l'effetto di escludere l'applicazione della pena) si tende a restringere il catalogo delle tipologie di reato in cui essa potrebbe operare, escludendo le offese a beni personalissimi e indisponibili; ovvero, senza distinguere per tipologia d'illecito, si propende comunque per una limitazione degli effetti solo in termini di attenuazione della responsabilità²²². In ogni caso – e sempre in funzione restrittiva –, la dottrina impone di accertare in sede processuale taluni specifici requisiti, che valgano a dimostrare l'influenza della cultura di provenienza del reo sulla spinta motivazionale al reato e a giustificare, quindi, un trattamento penale più mite. Si tratta di una sorta di test di verifica che mira, da un lato, a fornire utili linee-guida al giudice per stabilire la presenza o meno di una *cultural offense*, e per non affidare al mero arbitrio giudiziale il riconoscimento di una *cultural defense*; dall'altro, ad impedire che la cultura e la provenienza etnica possano essere strumentalizzate dal reo per procurarsi *ex post* una facile scusa.

In particolare, la verifica dovrebbe svolgersi in due fasi consecutive: la prima, volta a provare l'esistenza di una *cultural offense*; la seconda, invece, avente ad oggetto la verifica della ragionevolezza dell'adesione del singolo, nel caso concreto, alla pratica della propria tradizione culturale²²³.

²²⁰ Cfr. A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 197 ss.

²²¹ Cfr. J. VAN BROECK, *Cultural Defence*, cit., p. 3 ss.

²²² Come avvenuto ad esempio per la degradazione del reato di omicidio da *murder* a *manslaughter* nei già ricordati casi Kimura e Chen (v. *supra*, nt. 181 e 182).

²²³ Cfr. J. VAN BROECK, *Cultural Defence*, cit., p. 3 ss.; A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 206 ss.; nella dottrina italiana, C. DE MAGLIE, *Società multiculturali*, cit., p. 215 ss.

Nell'ambito della prima fase di verifica, l'accertamento avrà ad oggetto in primo luogo i motivi a delinquere, in modo da verificare se la causa psichica determinante nella commissione del reato trovi spiegazione nei valori culturali di cui è portatore l'agente (sotto questo aspetto, assumono rilievo, più che altro, elementi come le dichiarazioni del reo e il contesto in cui la condotta si realizza). Dopo un primo esame di natura soggettiva sui motivi a delinquere, sarà quindi necessario procedere ad un riscontro oggettivo – in cui valore preminente assumerà l'analisi svolta da tecnici esperti della cultura e delle tradizioni del reo – tra il motivo così come inteso dall'agente e la sua rispondenza ad una pratica costante e condivisa di un gruppo etnico: la condotta delittuosa, cioè, deve trovare conferma nella presenza di valori e pratiche culturali stabili e ripetuti, che spingono verso la realizzazione di quello specifico comportamento. Terzo elemento per l'identificazione della *cultural offense* è l'esistenza di un ampio margine di differenza, almeno in merito ai valori interessati dalla condotta delittuosa, tra la cultura del gruppo d'appartenenza dell'imputato e quella del Paese ospitante.

Nella seconda fase della verifica, invece, dovrà valutarsi la ragionevolezza dell'adesione del soggetto agente alla pratica culturale d'origine, indagando in particolare la capacità di resistenza del singolo rispetto ai precetti che derivano dalla sua tradizione culturale (c.d. *reasonable inquiry*)²²⁴. Sotto questo aspetto assumono quindi importanza decisiva elementi quali il rispettivo grado di assimilazione dell'imputato nella sua cultura d'origine e in quella del Paese ospitante (anche in ragione del periodo di permanenza nel territorio dello Stato in cui viene giudicato o delle frequentazioni sociali instaurate), nonché il grado di coesione o di ghettizzazione della comunità minoritaria.

3.5. Rilievi conclusivi

Le limitazioni poste dalla dottrina anglo-americana per la possibile applicazione della *cultural defense* sono volte, evidentemente, alla ricerca di un punto di equilibrio ragionevole tra le esigenze contrapposte, da un lato, del riconoscimento del pluralismo culturale e della possibile influenza del fattore culturale sulla motivazione del reo, dall'altro, della tutela della vittima.

²²⁴ C. DE MAGLIE, *Società multiculturali*, cit., p. 215 ss., anche in relazione all'analisi di ORTNER, *Patterns of History: Cultural Schemas in the Founding of Sherpa Religious Institution*, in OHNUKI-TIERNEY (a cura di), *Culture Through Time: Anthropological Approaches*, Stanford, 1990, p. 57 ss.

Come già anticipato, il dibattito sulla *cultural defense* può suggerire spunti e riflessioni anche per ordinamenti, come quello tedesco o quello italiano, che, pur non avendo sviluppato elaborazioni teoriche così dichiaratamente aperte al pluralismo culturale, si trovano comunque a dover fare i conti col fenomeno delle società multiculturali e a ricercare metodi e soluzioni per trattare in modo equilibrato le controversie questioni suscitate dai reati culturali.

4. La rilevanza del fattore culturale nella giurisprudenza tedesca

4.1. La casistica

Anche l'ordinamento tedesco è stato chiamato a interrogarsi sul modo di affrontare il tema dei reati culturali, essendo pervenute al vaglio delle corti penali diverse ipotesi in cui la condotta di reato appariva in vario modo influenzata dall'origine culturale del reo.

La casistica presenta similarità con quella analizzata nell'ambito dei sistemi di *common law*, trattandosi principalmente di reati concernenti la sfera sessuale, l'onore personale o quello familiare, l'uso di sostanze stupefacenti.

In relazione alla sfera sessuale, ad esempio, merita di essere innanzitutto ricordato il caso di un immigrato senegalese che intratteneva rapporti sessuali con una connazionale minore di sedici anni, da lui ospitata nel proprio appartamento in Germania dietro accordo con i genitori di quest'ultima: il fatto integrava la fattispecie di abuso sessuale nei confronti di soggetti sottoposti a protezione di cui al § 174, comma 1, n. 2 *StGB* (che prevede il limite minimo di diciotto anni affinché la relazione sessuale sia considerata legittima), nonostante fosse pienamente conforme alle regole consuetudinarie previste dalla concezione culturale d'origine di entrambi i soggetti²²⁵.

²²⁵ Il giudice di primo grado (Landgericht Frankenthal, 18 novembre 1994) si pronunciò con una sentenza di assoluzione in ragione di due argomentazioni invocate dall'imputato e confermate dalla vittima: in base agli usi vigenti nella loro terra d'origine, infatti, da un lato, l'età della ragazza le permetteva già di esprimere liberamente un valido consenso all'atto sessuale, dall'altro, la minore considerava del tutto normale il concedersi sessualmente a colui che provvedeva al proprio mantenimento. La decisione fu poi oggetto di un dibattito in Germania, sul quale v. HÖFFE O., *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, 1999, (trad. it.) *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, pp. 31, 131 ss.

La sentenza, tuttavia, fu poi ribaltata dal giudice d'appello, secondo cui l'adesione ad una determinata religione avente una concezione della maggiore età diversa da quella dell'ordinamento giuridico tedesco, o l'usanza tradizionale secondo

Talvolta, invece, l'esistenza di un contesto culturale in cui la scelta del coniuge è considerata più una decisione di spettanza familiare che individuale, o dove si riconosce al marito un ampio potere di controllo sulla moglie, ha costituito un fattore di spinta criminosa nella realizzazione di sequestri di persona finalizzati all'adempimento di un matrimonio combinato²²⁶ o al ricondurre la moglie presso il domicilio familiare²²⁷.

cui la donna si concede sessualmente all'uomo che la mantiene in casa, non costituiscono elementi rilevanti per escludere l'applicazione del § 174 StGB: cfr. Oberlandesgericht Zweibrücken, 27 ottobre 1995, in *NJW*, 1996, p. 330 ss.

Riportano altresì questo caso, L. MONTICELLI, *Le cultural defenses*, cit., p. 572 ss.; F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturali. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 149 ss.

²²⁶ In un caso avvenuto all'interno della comunità immigrata curda, ad esempio, alla decisione di una donna di rompere il fidanzamento "combinato", il fidanzato "predestinato", aiutato da un fratello e da un cugino, portò via di forza la donna e la condusse in un'abitazione per ricomporre il fidanzamento e salvare la promessa di matrimonio. Lì consumò il rapporto nell'intento di sacralizzare e rendere effettiva la proposta di matrimonio.

Il giudice di primo grado, pur condannando l'imputato a titolo di sequestro e violenza sessuale (ex §§ 239b e 177 StGB), applicò una pena piuttosto mite (due anni di reclusione), riconoscendo a favore del reo l'influenza che il circuito familiare e culturale aveva esercitato nella determinazione della condotta delittuosa. Come ebbe poi a confermare il BGH, infatti, l'imputato intendeva assolvere le promesse di matrimonio che i due giovani si erano scambiate solennemente durante la cerimonia ufficiale di fidanzamento ed era pertanto fortemente spinto al sequestro e alla successiva violenza dalle volontà familiari. Secondo la Corte, tale circostanza andava tenuta in considerazione non perché il diritto penale tedesco (con le sue corrispondenti rappresentazioni di valore) non avesse efficacia vincolante anche nei confronti di un imputato straniero, ma perché andava valutato come fattore attenuante (*strafmildernd*) il fatto che il reo provenisse da un ambiente culturale in cui era forte la spinta delle aspettative familiari (*der Erwartungsdruck*) e che, pertanto, avesse dovuto superare una minore soglia inibitoria (*eine geringere Hemmschwelle*) per la commissione del reato (v. BGH, 1° febbraio 2007, in *StR*, 514/06 in <http://www.bundesgerichtshof.de>, relativamente alla quale v. K. DETTER, *Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht*, in *NStZ*, 2008, p. 629 e, in Italia, F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 160; F. PARISI, *Colpevolezza*, cit., p. 1449. Sullo stesso principio di diritto cfr. già TRÖNDLE/FISCHER, *StGB Kommentar*, 2006, § 46, Rn. 43a).

²²⁷ Cfr. Amtsgericht Grevenbroich, 24 settembre 1982, in *NJW*, 1983, p. 528, riportato da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 160, in cui un immigrato turco, di fronte al rifiuto della moglie di convivere con il marito, la sequestrò dal luogo di lavoro, conducendola forzatamente in un appartamento. Il giudice, pur riconoscendo la configurabilità del delitto di sequestro di persona di cui al § 239 StGB, decise di assolvere l'imputato ai sensi del § 17 StGB (errore sul divieto): la facoltà riconosciuta al marito dal diritto civile turco di imporre il domicilio alla moglie, il basso grado di istruzione dell'imputato, il suo esiguo periodo di permanenza in Germania e la provenienza da una regione rurale furono tutti elementi valorizzati dal giudice per il riconoscimento di un *error iuris* inevitabile.

In diverse ipotesi, poi, la volontà di ristabilire l'onore sessuale (personale o anche di un membro della famiglia) – così come esso è interpretato secondo la concezione culturale di alcuni gruppi immigrati – è stato il motivo scatenante di omicidi “riparatori”²²⁸, mentre il rispetto di una visione tradizionale dei rapporti di genere e della funzione del-

²²⁸ Si tratta generalmente di fatti d'omicidio realizzati a causa del convincimento di aver ricevuto offese (vere o presunte, espresse o tacite) al proprio onore sessuale. Ne costituiscono motivi scatenanti, ad esempio, il ricevere apprezzamenti negativi sulla propria virilità sessuale (BGH 26 aprile 1966, in *GA*, 1967, p. 244, riportata da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 171), l'opposizione al matrimonio da parte del fidanzato della figlia, nonostante la procurata gravidanza (BGH 27 novembre 1979, in *NJW*, 1980, p. 537 e in *JZ*, 1980, p. 238, con nota di KÖHLER; sulla sentenza v. anche I. EGETER, *Das ethnisch-kulturell motiviert Delikt*, Zürich, 2002, p. 172; L. MONTICELLI, *Le cultural defenses*, cit., p. 571; F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 171), il rifiuto da parte dell'ex fidanzata di tornare insieme e la scoperta di una sua nuova relazione (BGH 17 marzo 1977, sulla quale v. F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 208. In particolare, in questa sentenza, il BGH escluse l'abiezione del motivo dell'imputato immigrato siciliano, ritenendo che il particolare modo di pensare siciliano (*sizilianische Denkweise*) non gli aveva consentito di comprendere la ripugnanza del suo motivo ad agire).

Nelle tre sentenze citate i giudici hanno mostrato di riconoscere valore alle concezioni culturali straniere, anche se profondamente diverse da quelle tedesche, escludendo che gli omicidi fossero stati realizzati per un motivo abietto (*niedrig*) e condannando gli imputati secondo la più lieve forma di omicidio, cioè di *Totschlag*, anziché *Mord*. Nell'indagine sulla sussistenza dei “motivi abietti”, infatti, si è espressamente sostenuto che «sono da tenere in considerazione anche le visioni e le rappresentazioni di valore da cui il soggetto agente è avvinto a causa della sua appartenenza ad una cultura straniera».

In casi analoghi (v. BGH 19 maggio 1981; BGH 2 settembre 1981; BGH 11 novembre 1981; BGH 8 settembre 1982, riportate da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 172 ss. e ivi per i riferimenti bibliografici) il BGH, pur continuando ad attribuire valore al condizionamento culturale, ha in parte modificato il proprio atteggiamento, stabilendo che le convinzioni religiose e culturali del reo non fossero tali da escludere la presenza dei motivi abietti (*niedrige Beweggründe*) o dei mezzi maliziosi (*heimtückisch*) previsti dalla fattispecie di *Mord*, ma avessero la capacità di attenuare eccezionalmente la colpevolezza del reo, e conseguentemente di ridurne la pena corrispondente secondo i parametri della norma generale sulla commisurazione della pena (*Strafzumessung*) di cui al § 46 StGB ovvero (pur in mancanza di un esplicito rinvio nella fattispecie di *Mord*) ai sensi dell'attenuante legale speciale (*Besondere gesetzliche Milderungsgründe*) ex § 49 StGB.

In altre simili ipotesi (v. BGH 20 settembre 2004, in *NStZ-RR*, 2004, p. 361, riportata anche da F. BASILE, *Panorama*, cit., p. 174 ss.), peraltro, il BGH ha ristretto ancora i margini per un'applicazione *pro reo* del motivo culturale, sostenendo che per escludere la fattispecie di *Mord* non solo, in primo luogo, deve essere dimostrato che l'impronta socioculturale del reo abbia eccezionalmente impedito allo stesso di conoscere la valutazione negativa (abietta) del motivo da parte dell'ordinamento tedesco, ma, in secondo luogo, deve anche effettuarsi un giudizio secondo i parametri del *diritto straniero* d'origine dell'imputato, accertando che la sua condotta fosse giustificata o, in generale, facoltizzata da quell'ordinamento giuridico.

la donna (vista talvolta come una sorta di oggetto sessuale) è spesso invocata da parte di soggetti immigrati in Germania imputati di violenza sessuale²²⁹.

Altre volte, invece, un ruolo influente sulla volontà a delinquere è esercitato da un concetto di onore, inteso come rispettabilità e stima personali o della famiglia, che presso alcune comunità culturali ammette risposte violente (talvolta fino all'uccisione dell'offensore) per riparare un'offesa ingiuriosa, un diverbio²³⁰ ovvero, nell'ipotesi più grave, un

²²⁹ In relazione a casi di violenza sessuale commessi da soggetti immigrati (provenienti generalmente da alcune aree del Medioriente), in cui gli imputati riferivano di aver commesso il fatto sulla base di una visione del rapporto uomo-donna improntata ad una sorta di potestà del primo sulla seconda (si trattava in alcuni casi di violenze contro la moglie, in altri di violenze ai danni di donne ritenute compiacenti dall'aggressore) il BGH ha assunto un atteggiamento non sempre univoco.

In un primo gruppo di casi, infatti, ha escluso del tutto che le concezioni culturali d'origine del reo potessero avere rilevanza a suo favore in sede di commisurazione della pena (*Strafzumessung*), sostenendo perentoriamente che «nel caso di violenza sessuale contro la moglie, la provenienza culturale-religiosa non rappresenta un fattore di attenuazione della pena ai sensi del § 46 StGB» (BGH 23 maggio 2007, in <http://www.bundesgerichtshof.de>; BGH *NStZ-RR*, 2007, p. 86 ss).

Altre volte, invece, pur escludendo in concreto un trattamento penale di favore, il BGH ha enunciato il principio di diritto secondo cui l'ambiente culturale di provenienza del reo può avere un effetto attenuante rientrando nell'ambito dei «casi di minore gravità» (*in minder schweren Fällen*) previsti dal quinto comma del § 177 StGB (più in generale cfr. sul punto LENCKNER/PERRON/EISELE, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 2006, § 177, Rn. 33), ma ciò solo alla condizione che le concezioni culturali richiamate trovino conferma nell'ordinamento giuridico straniero di provenienza (v. BGH 23 settembre 2003; BGH 22 dicembre 1998; BGH 24 giugno 1998, pronunce tutte riportate da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 186).

Un orientamento più estensivo, invece, riconosce un valore attenuante al fattore culturale a prescindere dal fatto che una determinata concezione valoriale sia o meno accolta dall'ordinamento giuridico di provenienza dell'imputato. Ciò che rileva, secondo quest'ultimo indirizzo del BGH, infatti, è la circostanza che il reo, per realizzare il delitto di violenza sessuale, abbia dovuto superare una soglia inibitoria minore rispetto a quanto avvenga di regola per un soggetto non abituato a condividere certe visioni culturali (cfr. BGH 1° febbraio 2007 (già cit. in nt. 226); BGH 29 agosto 2001, in *StV*, 2002, p. 20, riportata da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 187). Questo principio ha trovato applicazione anche di recente nei confronti di un italiano immigrato in Germania, proveniente dalla Sardegna; in questa ipotesi, infatti, il Tribunale ha ritenuto di dover valutare le particolari impronte culturali ed etniche dell'imputato, tenendo in considerazione in senso attenuante «il quadro del ruolo dell'uomo e della donna, esistente nella sua patria»: cfr. Landgericht Bückeburg, 25 gennaio 2006. Per un commento di quest'ultima decisione sia consentito rinviare a F. PARISI, *Colpevolezza attenuata*, cit., p. 1447 ss.; su questa sentenza v. anche P. PAROLARI, *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica*, 2, 2008, p. 529 ss.

²³⁰ Cfr. BGH 11 ottobre 2005, in *NStZ*, 2006, p. 284, riportata da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 177, in cui due cittadini greci immigrati in Germania, a seguito di

precedente omicidio di un familiare. Emblematico è sotto quest'ultimo aspetto il caso della c.d. *Blutrache* (vendetta di sangue)²³¹, un'ancestrale modalità di riparazione dell'offesa tra gruppi familiari, secondo cui la lesione dell'onore per l'uccisione di un proprio caro non può trovare conforto nell'afflizione della pena pubblica, ma «va ripagata con il sangue», cagionando direttamente la morte dell'autore del reato o di un suo familiare²³².

un'ingiuria ricevuta da alcuni connazionali, commisero il reato di lesioni gravi e di omicidio, dichiarando di aver agito in ragione del concetto di onore esistente in patria. Il BGH, contrariamente alla decisione del giudice di merito, escluse che le particolari concezioni dell'onore degli imputati potessero essere tenute in considerazione nel giudizio sui motivi a delinquere, giacché il parametro per una siffatta valutazione (nel caso concreto ai fini dell'accertamento della *Niedrigkeit* dei motivi) non può essere desunto dalla visione del gruppo culturale di riferimento del reo, bensì dai principi giuridici accolti dell'ordinamento tedesco.

In un caso analogo, commesso da un immigrato afgano, il BGH confermò che il criterio di accertamento dei *niedrige Beweggünde* fosse desumibile solo dai principi dell'ordinamento tedesco (escludendo quindi la derubricazione di fatti di omicidio dalla più grave forma di *Mord* a quella di *Totschlag*), ma precisò anche che le diverse rappresentazioni di valore esistenti presso la cultura del reo avrebbero potuto influire sul grado di colpevolezza, denotando un'incapacità, o almeno una particolare difficoltà, a comprendere le valutazioni etico-sociali proprie dell'ordinamento tedesco: v. BGH 5 settembre 2007, in 2 *StR*, 506/07 in <http://www.bundesgerichtshof.de>, riportata da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 178.

²³¹ Sulla pratica della *Blutrache* cfr. K. NEHM, *Blutrache – ein niedriger Beweggrund?*, in *FS-Eser*, München, 2005, p. 419 ss.; W. BAUMEISTER, *Ehrenmorde: Blutrache und ähnliche Delinquenz in der Praxis bundesdeutscher Strafjustiz*, Münster, 2007; H. KUDLICH-I. TEPE, *Das Tötungsmotiv "Blutrache" im deutschen und im türkischen Strafrecht*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, n. 2, 2008, p. 92 ss. In quest'ultimo lavoro, in particolare, si segnala come la sensibilità talvolta mostrata dalla giurisprudenza tedesca rispetto alla tradizione arcaica della *Blutrache* non trova paradossalmente analoga corrispondenza nella legislazione e nella giurisprudenza turca, che giudica invece con particolare rigore i casi di "vendetta di sangue". Il § 82, comma 1, lett. j) del codice penale turco, infatti, nella sua nuova formulazione, considera espressamente l'omicidio per "*Blutrache*" come un caso qualificato d'omicidio doloso, punito fino al 2002 con la pena di morte e ora pur sempre con l'ergastolo. Nell'ordinamento turco, si assisterebbe, quindi, ad «una dicotomia tra una parziale accettazione sociale e una severa considerazione penale» della *Blutrache*, che si spiegherebbe con la decisa volontà politico-criminale dell'ordinamento turco di non "sottomettersi" a questa tradizione diffusa presso diversi strati sociali della popolazione: *ibidem*, p. 97 (traduzione nostra).

²³² Il caso classico è quello dell'uccisione di un uomo, dietro incarico della propria famiglia, per vendicare l'omicidio di un parente. In una simile ipotesi, avente come imputato un immigrato turco, il BGH, pur giudicando la pratica della *Blutrache* particolarmente riprovevole, ammise che un ambiente culturale in cui la vendetta di sangue è tollerata o addirittura imposta dal circuito familiare potesse valere ad escludere, a livello soggettivo, l'abiezione dei motivi a delinquere del reo, non essendo questi in grado di sottrarsi alle convinzioni ataviche del proprio gruppo culturale originario e, quindi, di riconoscere il significato riprovevole della sua

Il rifiuto di rispettare le volontà familiari in linea con codici etico-culturali di stampo tradizionale (relativi ad esempio alle modalità di scelta del coniuge²³³ o alle regole di comportamento che spettano ad una “buona moglie”²³⁴), inoltre, può essere ritenuto in talune realtà

azione (BGH 7 ottobre 1994, in *NJW*, 1995, p. 79, sulla quale v. L. MONTICELLI, *Le cultural defenses*, cit., p. 571; F. BASILE, *Premesse per uno studio*, cit., p. 169).

In un caso più recente di *Blutrache* realizzata da tre soggetti curdi (moglie, figlio e nipote del soggetto “da vendicare”) il BGH, invece, analizza più nel dettaglio il coefficiente psicologico degli imputati, valutando l’influenza dell’appartenenza culturale con un approccio caso per caso. In particolare, il BGH esclude la presenza dei motivi abietti solo con riferimento alla moglie e al figlio, in virtù della situazione di logorio (“*Belastungssituation*”) in cui questi si trovavano al momento del fatto e punisce invece il nipote a titolo di *Mord*, avendo questi partecipato alla condotta criminale per il motivo abietto di riparare l’onore familiare (BGH 10 gennaio 2006, in *NJW*, 2006, p. 1008 ss.; su questa sentenza, v. G. JAKOBS, *Die Schuld der Fremden*, cit., p. 838; F. BASILE, *Premesse per uno studio*, cit., p. 169 ss.).

²³³ Cfr. l’episodio che vide come protagonisti una coppia di curdi, che decisero di sposarsi nonostante l’opposizione del padre di lei. Quest’ultimo, avendo visto disattese le proprie volontà, sollecitò un dirigente del PKK curdo (di cui il giovane sposo aveva fatto parte e nella cui militanza aveva perso l’uso delle gambe) ad assoldare tre uomini per uccidere la coppia (v. BGH 20 febbraio 2002, *NStZ* 2002, p. 369. La sentenza è commentata da G. JAKOBS, *Die Schuld*, cit., p. 836 ed è riportata da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 164).

Nel caso indicato, il BGH capovolse la decisione del giudice di merito, che, in base ad una ritenuta assenza di percezione dei motivi abietti motivata da ragioni culturali, aveva stabilito di punire gli imputati a mero titolo di *Totschlag*. Il BGH, infatti, riproducendo un orientamento già esaminato in precedenti sentenze, chiarì che il criterio per la valutazione dei motivi a delinquere fosse da rintracciare nelle rappresentazioni di valore della comunità giuridica tedesca e non in quelle di un gruppo etnico che non ne riconosce i valori morali e giuridici, precisando che solo in misura eccezionale sarebbe potuta ricorrere la più lieve fattispecie di *Totschlag* anziché quella di *Mord*: e cioè ove si fosse dimostrato che l’agente non era consapevole delle circostanze di fatto che fondavano il giudizio di abiezione dei suoi motivi a delinquere. Nel caso in giudizio, peraltro, il BGH, esaminate le circostanze concrete, decise che tale eccezionalità non fosse presente: gli stessi tre sicari erano rimasti contrariati rispetto all’ordine di uccidere la coppia, il loro eventuale rifiuto non li avrebbe esposti alla morte o a gravi conseguenze fisiche ed erano già a conoscenza dei parametri di valore dell’ordinamento tedesco, avendo già analoghi precedenti penali per tentato omicidio.

Come rileva Jakobs, peraltro, in questo caso il BGH risolse la questione in modo piuttosto semplice (*ökonomisch*), sottolineando che anche secondo le regole del gruppo curdo sarebbe stato tutt’al più ammesso un regolamento di conti, ma non l’omicidio della coppia. In altri termini, la decisione seguì una prospettiva di natura soggettiva, confermando la sussistenza dei motivi abietti non tanto sulla base dei valori dell’ordinamento tedesco, ma perché già secondo il punto di vista dell’autore (*selbst aus der Sicht der Täter*) mancava un valido motivo che poteva spingere all’azione omicida: cfr. G. JAKOBS, *Die Schuld der Fremden*, cit., p. 836.

²³⁴ Risponde ad una logica di tal genere una vicenda in cui un uomo turco immigrato in Germania uccise la moglie durante una lite di gelosia, a causa della sua

culturali un valido motivo per attuare violente condotte ritorsive nei confronti dei familiari dissidenti, che talvolta possono spingersi fino all'omicidio.

Anche in Germania, inoltre, sono stati talvolta portati in giudizio casi di reati in materia di sostanze stupefacenti legati alla detenzione di *Qat*²³⁵ o di erba *Ganja*, dove la volontà dell'imputato di adempiere

insofferenza per i comportamenti eccessivamente "occidentali" della consorte (la quale si era anche "permessa" di chiedere il divorzio e si era disinteressata del ritorno in patria del marito al momento della scadenza del permesso di soggiorno).

Il Langericht (LG) negò la sussistenza del requisito soggettivo dei motivi abietti richiesti dalla fattispecie di *Mord*, ritenendo che il reo avesse agito «con una rabbia smisurata e con un'indignazione derivante dalle sue rappresentazioni di valore socioculturali». Secondo il LG, infatti, «il ritorno inglorioso (*ruhmlose*) in Patria avrebbe comportato, secondo i valori dell'Anatolia, una lesione dell'onore familiare e di quello virile ed avrebbe condotto ad una perdita di stima nella sua terra d'origine». Il BGH, tuttavia, ribaltò la decisione del LG. Per un verso, infatti, ribadì in senso generale l'orientamento secondo cui «il principio di colpevolezza presuppone che i motivi e l'intenzione che caratterizzano il fatto come presupposti soggettivi della fattispecie tipica possono trovare considerazione solo quando sono rappresentati nella coscienza del reo; tale capacità può mancare a causa di una deficienza nella personalità del reo o nel caso di uno straniero che è così intensamente influenzato dalle visioni della sua terra d'origine da non essere in grado di accogliere le valutazioni etico-sociali del motivo a delinquere secondo i parametri giuridici esistenti in Germania». Per altro verso, però, il BGH escluse che nel caso in giudizio fosse possibile evincere, a causa del vissuto in Anatolia, un'eccezionale difficoltà del reo a valutare come abietto il proprio motivo delittuoso o a dominare consapevolmente la propria volontà. Operando un'attenta opera di accertamento, il BGH, sulla base di un'analisi del contesto in cui si era svolta l'azione delittuosa (valutando, ad esempio, il fatto che gli altri componenti della famiglia avessero ben spiegato all'imputato i costumi e la concezione tedesca dei rapporti tra uomo e donna, ovvero la circostanza che il reo avesse sempre negato il progetto delittuoso innanzi ai genitori), ritenne infatti che il maltrattamento e il successivo omicidio della moglie non fossero direttamente riconducibili, in realtà, ad un supposto condizionamento delle aspettative culturali dell'Anatolia sulla condotta e che non sussistessero condizioni di eccezionale difficoltà per dominare consapevolmente i propri impulsi emotivi e passionali (BGH 28 gennaio 2004, in *NJW*, 2004, p. 1466 e in *NStZ* 2004, p. 332. La sentenza è commentata da G. JAKOBS, *Die Schuld der Fremden*, cit., p. 836 e riportata in italiano da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 165, nonché, nelle sue linee essenziali, come esempio di necessario accertamento dell'influenza culturale sull'*actus reus*, da F. PARISI, *Colpevolezza*, cit., p. 1448. Riguardo al principio della necessaria consapevolezza dei motivi abietti in capo al reo cfr. anche MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht*, BT, I, 2003, § 2 Rn 42).

²³⁵ Il *qāt* (*Catha edulis*, famiglia delle Celestraceae – nome in inglese *khat*) è una pianta originaria delle regioni orientali dell'Africa (probabilmente dell'Etiopia), ma assai diffusa nella penisola Arabica. Le foglie di questa pianta contengono un alcaloide dall'azione stimolante, il catinone, il cui effetto è simile a quello delle anfetamine, causando stati di eccitazione e di euforia. Per tali ragioni il *qāt* è stato classificato tra le droghe dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) nel 1980. La sua coltivazione e l'uso come droga sono molto diffusi nel territorio dello Yemen,

un rito simbolico abitualmente praticato presso alcune popolazioni manifesta chiaramente la matrice culturale di questi delitti²³⁶.

Non sono mancate anche ipotesi in cui il fattore culturale è stato determinante nella realizzazione di fatto di reato di natura omissiva, come nel caso di un immigrato pakistano, imputato di omissione di soccorso, che giustificò il proprio rifiuto di prestare aiuto alla vittima con la volontà di seguire quanto previsto dagli austeri codici morali e comportamentali della sua cultura d'origine²³⁷.

ma si estendono anche ad altre popolazioni arabe ed africane. Per approfondimenti sull'uso della pianta di *qat* cfr. K. RUSHBY, *Eating the Flowers of Paradise: A Journey through the Drug Fields of Ethiopia and Yemen*, London, 1998; J.G. KENNEDY *The Flower of Paradise: The Institutionalized Use of the Drug Qat in North Yemen*, Dordrecht, 1987. Per alcuni casi giudicati dalla giurisprudenza anglo-americana riguardanti imputati originari dello Yemen trovati a detenere *qat* cfr. A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 73 ss.

²³⁶ Cfr. BGH 28 ottobre 2004, in 4 *StR*, 59/04 in <http://www.bundesgerichtshof.de>, riportata da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 189. In questo caso, si trattava dell'importazione di *qat* dall'Olanda (dove tale sostanza è legale) ad opera di un somalo immigrato in Germania: condotta che integrava il reato di cui al § 29 della legge sugli stupefacenti *BtMG* (*Betäubungsmittelgesetz*). Il BGH ha mostrato di tenere in considerazione la valenza culturale dell'uso di questa pianta. La prima volta in cui il soggetto venne sorpreso ad importare tale sostanza, infatti, il BGH riconobbe un *error iuris* inevitabile, sul presupposto che l'imputato non poteva sapere che il *qat* da lui abitualmente assunto fosse una sostanza vietata in Germania; per i successivi casi in cui lo stesso soggetto fu nuovamente trovato a importare *qat*, invece, la Corte, pur dichiarandolo colpevole, valorizzò la sua provenienza culturale, escludendo che fosse stata superata la soglia della modica quantità (*geringe Menge*). Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, si fece espressamente riferimento alle modalità sociali ed etniche del consumo di *qat*, tenendo in considerazione che lo sviluppo del catinone a seguito di masticazione durante sedute rituali è sicuramente inferiore rispetto a quello ottenibile mediante estrazione chimica: il BGH decise dunque di innalzare il limite normalmente previsto per una legittima detenzione di anfetamine (da 10 g. a 30 g.) e ritenne non superata la soglia della modica quantità.

²³⁷ V. il caso (LG Mannheim 3 maggio 1990, in *NJW*, 1990, p. 2212, riportato da F. BASILE, *Premesse per uno studio*, cit., p. 204 ss.) di un soggetto pakistano immigrato in Germania, fervente sostenitore di una corrente musulmana molto rigorosa nell'austerità dei costumi, il quale non intervenne per salvare una vicina di casa (ferita a seguito di un litigio col proprio uomo), che bussava alla sua porta. Una volta dimostrato che la donna si sarebbe salvata in caso di tempestivo aiuto, il soggetto fu imputato di omissione di soccorso ai sensi del § 323c StGB, ma assolto per due ordini di motivi, in cui si attribuì rilievo alla sua provenienza culturale: in primo luogo, infatti, il soccorso fu giudicato concretamente inesigibile, in quanto le rigide convinzioni religiose dell'imputato non gli consentivano di prestare aiuto alla vittima, che si era presentata alla vista dell'uomo ubriaca e seminuda (sotto questo profilo è da ricordare che il § 323c StGB prevede che il mancato soccorso, per essere penalmente rilevante, sia indispensabile ed *esigibile secondo le circostanze (ihm den Umständen nach zuzumuten)*, consentendo di dare rilievo *sub specie* ad elementi come la cultura, la personalità e l'origine del soggetto); in secondo luogo, l'organo giudicante riconobbe l'esistenza di un *error iuris* inevitabile, tenendo

4.2. Valutazione critica degli orientamenti giurisprudenziali

Dall'esame dei casi affrontati e dalle soluzioni ivi adottate sembra delinearsi un orientamento piuttosto mutevole della giurisprudenza tedesca, che però, in linea generale, appare comunque tenere in considerazione il fattore culturale in sede penale.

a) Ed invero, in qualche caso la giurisprudenza è stata ferma nel negare qualsiasi rilevanza a tale fattore di condizionamento, non considerandolo un elemento capace di escludere l'applicazione del diritto penale tedesco, né di giustificare un'attenuazione della pena ai sensi del § 46 StGB. In ossequio al principio di territorialità del diritto (§ 3 StGB) e di uniforme applicazione della legge, infatti, questo orientamento giurisprudenziale ritiene che il metro di giudizio dell'organo giudicante debba essere sempre desunto dai principi propri dell'ordinamento giuridico e non può in alcun modo relativizzarsi in funzione di quello del gruppo minoritario in cui il reo si riconosce²³⁸.

b) Un orientamento opposto, invece, attribuisce un ruolo determinante alle concezioni culturali dell'agente e richiede che si tengano in adeguata considerazione le rappresentazioni di valore del gruppo culturale di appartenenza, quali termini di valutazione per meglio deci-

conto del fatto che (come accertato tramite una consulenza specifica del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* di Friburgo) il diritto pakistano non conosce il reato di omissione di soccorso e, d'altra parte, tale figura di reato non rientra nel c.d. "*Kernstrafrecht*", essendo strettamente legata alla visione solidaristico-interventista della religione cristiana (sconosciuta invece alla concezione culturale islamica) e introdotta in Germania, peraltro, solo a partire dal 1935.

La possibilità di attribuire rilievo alle concezioni religioso-culturali del reo nell'ambito del reato di omissione di soccorso è anche ipotizzata, nella dottrina italiana, da M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 24 ss. L'autore, in particolare, fa riferimento (escludendo l'ammissibilità di un trattamento penale *pro reo*) all'eventuale caso di un'omissione di soccorso realizzata da un uomo, membro di una corrente integralista musulmana, che ritiene di non potere toccare (e quindi nemmeno salvare) una donna che fa il bagno a mare e sta per annegare. In generale, l'autore non è favorevole al riconoscimento di attenuanti o esimenti culturali: in primo luogo, infatti, D. ritiene che la funzione del diritto penale non è quella di difendere il pluralismo e la tolleranza, bensì di «definire soglie di intolleranza»; in secondo luogo, sottolinea come tale atteggiamento di favore nei confronti delle condotte di reato culturalmente orientate avrebbe conseguenze pratiche negative sul piano del progresso dei valori, definendo "curiosa", ad esempio, l'eventualità che dopo aver escluso dalla legislazione nazionale esimenti come la causa d'onore nell'omicidio, se ne reintrodussero analoghe a tutela di una minoranza culturale.

²³⁸ V. BGH 11 ottobre 2005 (cit. nt. 230); BGH 23 maggio 2007 (cit. nt. 229). Oberlandesgericht Zweibrücken, (nt. 225).

frare le circostanze in cui è avvenuto il reato ed interpretare il significato dei motivi a delinquere²³⁹.

c) Accanto a questi due orientamenti, tuttavia, sembra trovare più frequente applicazione un filone giurisprudenziale che, pur ribadendo la necessità che i parametri di giudizio restino i valori accolti dall'ordinamento tedesco e rifiutando pertanto la considerazione *tout court* in sede penale delle culture straniere, ammette tuttavia una *rilevanza eccezionale* del condizionamento culturale: ciò, in particolare, qualora appaia verosimile che la provenienza culturale abbia impedito o limitato la consapevolezza del reo in ordine ai fatti di reato commessi, ovvero abbia ridotto notevolmente la sua capacità decisionale e, quindi, reso più difficile l'osservanza della norma (*Strafbefolgung*).

All'interno di quest'ultimo orientamento intermedio, peraltro, si possono ancora distinguere due diverse tendenze giurisprudenziali, che divergono sull'individuazione dei presupposti che giustificano un riconoscimento in sede penale del fattore culturale.

c1) Secondo una prospettiva restrittiva, infatti, sarebbe essenziale dimostrare non solo che la pratica culturale seguita dall'agente sia tale da costituire un'ipotesi eccezionale di esclusione o attenuazione della consapevolezza circa la condotta delittuosa: ma, altresì, che essa trovi un'esplicita conferma nel diritto straniero da cui lo stesso proviene. Questa limitazione è verosimilmente motivata dall'intenzione di non apprestare tutela ad ogni possibile rivendicazione culturale di natura localistica, ma solo a quelle che sono dimostrabili con ragionevole certezza perché accolte da un ordinamento positivo ancorché differente da quello tedesco. Non si può non rilevare, però, che questa soluzione sembra dimenticare la circostanza che non tutte le pratiche culturali trovano rispondenza in una norma giuridica, ma che, ciò nonostante, possono comunque determinare un reale condizionamento nelle motivazioni a delinquere del reo, creando un vincolo (non già sul piano giuridico, ma) sul piano sociale e ricavando la propria forza cogente dalla consuetudine del gruppo e dalla sanzione dell'isolamento per i dissidenti.

c2) Ecco perché in altre pronunce il BGH sembra sposare una tendenza più estensiva, attribuendo rilievo eccezionale al condizionamento culturale ove si accerti in concreto il ruolo assunto da talune visioni culturali nella limitazione della capacità di resistenza psicologica

²³⁹ Cfr. la decisione di primo grado sul noto caso dell'immigrato senegalese in relazione al reato di cui al § 174 StGB (nt. 225), nonché le decisioni del BGH in relazione a casi di omicidi "riparatori" puniti a mero titolo di *Totschlag* proprio in ragione delle rappresentazioni di valore del gruppo culturale di riferimento del reo (v. BGH 26 aprile 1966, BGH 17 marzo 1977, BGH 27 novembre 1979, già citate alla nt. 228).

all'illecito penale, a prescindere dalla circostanza che una regola di condotta prescritta in un contesto culturale sia consacrata a livello normativo ovvero resti circoscritta ad una dimensione sociale. L'aspetto che più interessa, infatti, non è il rapporto tra norme di diversi ordinamenti – su cui potrebbero invece porsi questioni risolvibili con decisioni di natura sovranazionale o predisponendo un sistema interno *ad hoc*, come avviene ad esempio con le norme del diritto internazionale privato –, ma quello dell'influenza che la cultura spiega sulla condotta del reo, limitandone la consapevolezza in ordine al significato del fatto di reato e riflettendosi così sul giudizio di rimproverabilità per la condotta antidoverosa realizzata. La scelta di attribuire rilevanza eccezionale ad un insieme di valori culturali diversi da quelli tedeschi (e nella specie in conflitto con questi), infatti, è giustificata in queste pronunce giurisprudenziali unicamente in forza di elementi – quali le aspettative familiari o il contesto simbolico-culturale di legittimazione della condotta illecita – che spingono il soggetto verso una minore soglia inibitoria (*eine geringere Hemmschwelle*) nella determinazione al delitto o che gli rendono particolarmente difficile la comprensione delle concezioni etico-sociali accolte dall'ordinamento tedesco. È in forza di tali argomenti, dunque, senza che risulti necessaria una formale conferma dei valori culturali presso l'ordinamento giuridico d'origine del reo, che potrebbe giustificarsi un giudizio attenuato di rimproverabilità, destinato a sfociare in una mitigazione della pena²⁴⁰: e ciò facendo applicazione dei criteri commisurativi di cui al § 46 StGB o riconoscendo uno dei c.d. “casi di minore gravità” previsti da alcune fattispecie di reato dello StGB; ovvero, in relazione a casi di omicidio, escludendo la sussistenza dei motivi abietti o dei mezzi maliziosi (degradando così il titolo del reato da *Mord* a *Totschlag*)²⁴¹.

Quest'ultimo orientamento ha trovato spesso applicazione anche di recente, ma è andato incontro ad importanti precisazioni sul piano

²⁴⁰ V. BGH 19 maggio 1981; BGH 2 settembre 1981; BGH 11 novembre 1981; BGH 8 settembre 1982 (già esaminate nella nt. 228); BGH 29 agosto 2001 (nt. 229); BGH 1° febbraio 2007 (nt. 226); BGH 5 settembre 2007 (nt. 230).

²⁴¹ V. BGH 7 ottobre 1994 (nt. 232). È da segnalare, peraltro, come sostiene G. JAKOBS, *Die Schuld der Fremden*, cit., p. 838, che la tematica relativa alla valutazione della provenienza culturale del reo in relazione al requisito dei motivi abietti di cui alla fattispecie di *Mord* (omicidio qualificato) costituisce solo un'esemplificazione della più ampia questione della colpevolezza dello straniero e, in particolare, del *quantum* di colpevolezza a questo attribuibile. Quando si discute della possibilità di tenere in considerazione le concezioni culturali del reo per valutare la sussistenza dei motivi abietti, pertanto, non si fa altro che chiedersi se il principio di colpevolezza debba tener conto o meno delle rappresentazioni di valore di certe comunità culturali.

dell'accertamento in concreto dell'influenza culturale, che tendono a limitare un *favor* generico ed indifferenziato nei confronti degli imputati d'origine straniera. Pur tenendo in adeguata considerazione le differenze culturali nella realizzazione del reato, infatti, le sentenze da ultimo citate non aprono indiscriminatamente l'ordinamento a giudizi di valore ad esso estranei (ribadendo sempre che i parametri del giudice non possono che essere quelli dell'ordinamento nazionale) e, soprattutto, subordinano il riconoscimento del pluralismo culturale in sede penale alla precisa condizione dell'accertamento in concreto del condizionamento culturale sulla scelta delittuosa. Ed invero, se è il principio di colpevolezza il fondamento che consente all'ordinamento di adeguare la pena ad uno più specifico grado di rimproverabilità del reo, tenendo in considerazione a tale scopo anche il sistema simbolico-culturale nel cui contesto si realizza la condotta criminale, ciò non significa tuttavia riconoscere l'automatismo diversità culturale = colpevolezza esclusa o attenuata: occorre anche valutare le concrete modalità di realizzazione della condotta, per comprendere se effettivamente il reo abbia "subito" un *deficit* di rappresentazione del fatto di reato o una spinta motivazionale anomala verso il crimine. Appaiono meritorie, quindi, le approfondite indagini degli organi giudicanti tedeschi relative alle condizioni personali del reo (riguardanti, ad esempio, gli eventuali precedenti per questioni simili – che avrebbero potuto indicare al soggetto il comportamento richiesto dall'ordinamento per i casi successivi –, il periodo trascorso dall'immigrazione in terra straniera, il grado di istruzione e di socializzazione nel territorio tedesco), alle concrete modalità di realizzazione del fatto di reato e al contesto culturale di riferimento (verificando le eventuali conseguenze di un'astensione dal comportamento delittuoso nell'ambito dell'ambiente sociale di riferimento del reo, la circostanza se questi fosse stato spinto dalle aspettative familiari ad agire in modo illecito, ecc.), nonché a tutte le altre eventuali condizioni che possono fornire utili indicazioni per comprendere se l'imputato avesse particolari difficoltà nel rappresentarsi gli aspetti soggettivi della condotta illecita o nel dominare consapevolmente i propri impulsi emotivi²⁴².

²⁴² Appare significativa a tal proposito la sentenza del BGH 28 gennaio 2004 (nt. 234), laddove, da un lato, si ammette che le concezioni culturali straniere possano essere valorizzate sul piano della colpevolezza, ma, dall'altro, si precisa la necessità di un rigoroso accertamento in concreto del condizionamento culturale sulla consapevolezza dell'agente. Sotto il primo aspetto, infatti, la Corte sottolinea che «il principio di colpevolezza presuppone che i motivi e l'intenzione che caratterizzano il fatto come presupposti soggettivi della fattispecie tipica possono trovare considerazione solo quando sono rappresentati nella coscienza del reo. Tale capacità può mancare a causa di una deficienza nella personalità del reo o nel caso di uno

Riguardo agli strumenti normativi utilizzati dai giudici tedeschi per dare spazio al condizionamento culturale in sede penale, quale forma di colpevolezza attenuata, si è già accennato all'applicazione dei generali parametri giudiziali per la commisurazione della pena (*Strafzumessungsschuld*) previsti dal § 46 StGB, al riconoscimento dei c.d. "casi di minore gravità" di cui al § 49 StGB, nonché alla valutazione della cultura del reo per escludere la sussistenza dei mezzi maliziosi o dei motivi abietti nella fattispecie di *Mord*. Analogamente, una valutazione *pro reo* dell'origine culturale di certe condotte di reato è talvolta avvenuta tramite il riconoscimento di un errore diritto inevitabile *ex* § 17 StGB (e quindi sempre sulla base del principio di colpevolezza), nonché tramite l'interpretazione di alcuni elementi normativi che presentano caratteristiche di natura spiccatamente soggettiva.

In relazione all'*error iuris*, il BGH ha assunto talora un orientamento analogo a quello già analizzato nella giurisprudenza angloamericana, pronunciandosi con sentenze di assoluzione per inevitabilità dell'errore qualora, una volta accertati taluni requisiti di natura oggettivo-soggettiva (come una diversa regola nell'ordinamento di provenienza del reo, un basso grado di socializzazione, ecc.), il soggetto fosse per la prima volta tratto in giudizio per un reato culturale, e con sentenze di condanna invece nel caso di recidiva²⁴³.

Con riferimento poi a quelle fattispecie di reato che presuppongono l'accertamento di elementi del fatto tipico di natura soggettiva, si è visto come la giurisprudenza abbia talvolta trovato spazio per apprezzare le concezioni culturali del reo nell'ambito, ad esempio, del requisito dell'esigibilità della condotta di aiuto nella fattispecie dell'omissione di soccorso²⁴⁴ ovvero in relazione alla quantificazione della "modica quantità" prevista, dalla normativa contro gli stupefacenti, come soglia di punibilità²⁴⁵. Si tratta di ipotesi, dunque, in cui la considerazione della provenienza culturale dell'agente, piuttosto che espressione di un'apertura dell'ordinamento verso il pluralismo culturale, sembra richiesta da un contesto normativo che già impone di valutare, tra le cir-

straniero che è così intensamente influenzato dalle visioni della sua terra d'origine da non essere in grado di accogliere le valutazioni etico-sociali del motivo a delinquere secondo i parametri giuridici esistenti in Germania». Nello specifico caso, tuttavia, il BGH esclude un difetto di colpevolezza sulla base di una serie di indici fattuali, come le spiegazioni ottenute dal soggetto da parte dei propri familiari sui costumi sociali tedeschi, la negazione del suo progetto delittuoso innanzi ai genitori, le modalità d'aggressione della vittima.

²⁴³ V. le sentenze citate nelle note 236 e 237.

²⁴⁴ V. LG Mannheim 3 maggio 1990 (nt. 237).

²⁴⁵ V. BGH 28 ottobre 2004 (nt. 236).

costanze concrete di realizzazione del fatto di reato, elementi attinenti alla personalità dell'autore.

5. *La giurisprudenza italiana alle prese con la società multiculturale, tra diritti inviolabili dell'uomo e rispetto della diversità culturale*

5.1. *La casistica*

Nell'ordinamento italiano il tema dei reati culturali non ha ricevuto, almeno fino ad un recente passato, un'attenzione pari a quella mostrata dalla giurisprudenza anglo-americana o da quella tedesca. Ciò si spiega col fatto che l'Italia, oltre a non presentare significative minoranze native nel proprio territorio, è divenuta terra d'immigrazione solo da un periodo relativamente recente – essendo stata in precedenza più che altro un centro d'emigrazione verso il continente americano o verso altri paesi europei. Questo non esclude, tuttavia, che già a partire dagli ultimi decenni la giurisprudenza italiana si sia talvolta trovata ad esaminare fatti di reato, rispetto ai quali, tra le motivazioni a delinquere, assumevano rilievo preminente aspetti di natura culturale o religiosa; si aggiunga che il costante aumento dell'immigrazione nel nostro Paese ha finito col determinare una sempre maggiore frequenza di siffatte tipologie di reato nelle aule di giustizia, con la conseguente esigenza di doversi interrogare sul se e come il diritto penale debba atteggiarsi nella disciplina del fenomeno.

Volgendo lo sguardo alla sempre crescente casistica, uno degli ambiti in cui in Italia è più emerso il tema dei reati culturalmente orientati appare quello delle violenze familiari.

In alcuni casi di maltrattamenti ai danni della moglie, ad esempio, gli imputati immigrati hanno invocato (senza successo) le differenti concezioni culturali della convivenza familiare e dei poteri del capofamiglia vigenti nelle loro terre d'origine, quali circostanze idonee a mitigare la valenza dell'elemento soggettivo del reato²⁴⁶. In modo non

²⁴⁶ Cfr. Cass. 8 novembre 2002, Khouider, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 285; Trib. Udine 21 novembre 2002, Nasri, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 704 ss., in cui non sono stati accolti gli assunti difensivi fondati su un'attenuata consapevolezza del reo per motivi culturali. La ragione di tale rifiuto è da individuare nel contrasto delle pratiche culturali seguite con alcuni diritti e principi di rilevanza costituzionale, come i diritti inviolabili dell'individuo e il principio di uguaglianza di cui agli artt. 2 e 3 Cost.; nonché, nel più specifico ambito della convivenza familiare, con il principio dell'uguaglianza giuridica e morale dei coniugi tutelato dagli artt. 29 e 30 Cost. Secondo l'impostazione della Corte di Cassazione citata, infatti, riprendendo la

dissimile, in famiglie ancorate a rigidi ed austeri parametri di comportamento dettati dalla loro cultura di provenienza, il rifiuto dei figli di allinearsi ai codici etici familiari è stato alla base di condotte di reato anche gravi, quali sequestri, lesioni di vario grado o, addirittura, omicidi, realizzate dai genitori o comunque dal circuito familiare per reagire ad una situazione ritenuta disonorevole²⁴⁷.

massima già adottata da alcune precedenti sentenze (v. il caso Bajrami, *infra*, nt. 249), «tali principi costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto e di fatto nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che suonano come "barbari" a fronte dei risultati ottenuti nel corso dei secoli per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona».

²⁴⁷ Un caso che ha goduto di un certo rilievo mediatico è ad esempio quello di R. Fatima, la quale subì una serie di coercizioni e di violenze come punizione per uno stile di vita non conforme alle tradizioni culturali della famiglia. La Cassazione decise di assolvere i tre imputati (padre, madre e fratello della persona offesa) dall'accusa di sequestro sulla base di un ragionevole dubbio circa la sussistenza della scriminante dello stato di necessità, sostenendo che le costrizioni fisiche imposte fossero state attuate per impedire i propositi suicidi della vittima. Il ragionamento della Corte, tuttavia, appare più ambiguo nel motivare come assente il requisito dell'abitualità delle condotte violente, il quale è richiesto per integrare la fattispecie di maltrattamenti in famiglia: sembra piuttosto oscura l'affermazione secondo cui i soli tre casi di violenza accertati fossero comunque «motivati da comportamenti della figlia ritenuti scorretti e quindi non esprimenti il necessario requisito di volontà di sopraffazione e disprezzo», v. Cass. 27 giugno 2007, Didone, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 4, p. 498 ss., con nota di C. GRANDI.

Analoghe motivazioni delittuose si possono riscontrare in due casi di omicidio contro figlie non in linea con i codici etici della famiglia. In queste ipotesi la giurisprudenza ha condannato per omicidio aggravato, valutando futili o abiette le motivazioni a delinquere, ma dimostrando talvolta una certa considerazione per le motivazioni culturali della condotta.

In particolare, in un caso anch'esso oggetto di vivaci discussioni nei media italiani (Trib. Brescia 13 novembre 2007) il Tribunale ha recentemente condannato alla pena di trent'anni di reclusione per omicidio aggravato dalla premeditazione e dai motivi abietti e futili un immigrato pakistano, che durante una lite uccise la figlia (Hina Saleem), colpevole, a detta del padre, di non rispettare le regole di comportamento cui una donna musulmana sarebbe tenuta (in particolare, il padre contestava la decisione della figlia di andare a convivere con il proprio fidanzato italiano). Il giudice, infatti, ha qualificato abietto e futile l'intento del padre di riaffermare il proprio possesso-dominio sulla figlia, la quale rifiutava di «adeguarsi all'ortodossia comportamentale che voleva imporle». In questo caso, in realtà, come segnala P. PAROLARI, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 529 ss., l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 1, c.p. non è dipesa dalle motivazioni culturali del reo (come suggerivano talune interpretazioni apparse sui giornali, da cui sembrava potersi desumere che proprio le motivazioni culturali della condotta avessero giustificato una responsabilità penale aggravata), ma dalla sproporzione e dalla particolare riprovevolezza del movente.

Appare altresì meritevole di interesse un caso di omicidio commesso da un immigrato marocchino ai danni della figlia, a causa della relazione sentimentale che quest'ultima intratteneva con un uomo non gradito al padre. In questa ipotesi, la

In assoluto, tuttavia, i casi più frequenti in cui in nome della cultura sono state realizzate condotte penalmente illecite all'interno del nucleo familiare vedono, come soggetto passivo di fatti di reato, i minori: più in particolare, si tratta di episodi criminali che, generalmente – al di là di talune vicende inquadrabili all'interno della categoria dei “*neglect cases*”, in cui ad essere incriminato è il rifiuto di predisporre cure per il minore in ossequio a precetti di natura religiosa²⁴⁸ – limitano il-

giurisprudenza ha valutato come le concezioni culturali del reo possano rilevare nel riconoscimento dell'aggravante dei motivi abietti e futili. Riguardo ai motivi futili, il Gup ha ritenuto che nel giudizio di sproporzione tra movente ed azione delittuosa (che giustifica un aggravamento di pena, perché sintomo di accentuato istinto criminale) sia in teoria ammissibile una valutazione in chiave di *favor rei* del substrato culturale, ma ha escluso nel caso specifico che le rappresentazioni culturali dei poteri del capo famiglia presenti in Marocco avessero potuto in qualche modo influenzare il soggetto nella realizzazione del reato. Considerando anche il processo di occidentalizzazione della società marocchina, infatti, il Gup di Padova ha argomentato nel senso che «un cittadino marocchino, dopo alcuni anni trascorsi nel nostro Paese, pur avendo mantenuto dei legami col Paese d'origine, è perfettamente in grado di rendersi conto dell'insopprimibilità in un Paese civile di alcuni diritti fondamentali della persona umana, quali l'autodeterminazione. Se ciò nonostante egli reagisce con inaudita violenza a fronte di una ribellione allo stato di soggezione della figlia, la sua condotta diventa non già espressione di una cultura arcaica, ma di uno spirito punitivo nei confronti della vittima, della quale non tollera l'insubordinazione». È però da rilevare che, se in relazione ai motivi futili tale impostazione è stata poi confermata anche dalla Corte d'Appello, il giudice di secondo grado ha invece valorizzato il condizionamento culturale per escludere la sussistenza dei motivi abietti. In particolare, la Corte d'Appello ha dato rilievo al fatto che l'imputato avesse agito «in base al suo modo di intendere e gestire la famiglia, l'onore familiare, il rispetto della parola data: circostanze tutte che, pur inidonee a escludere la futilità, sono sicuramente sufficienti ad escludere il giudizio di abiezione in quanto fondato su sensazioni di ripugnanza, turpitudine e spregevolezza, che nella specie non ricorrono» (v. Trib. Padova 9 giugno 2005 - App. Venezia 9 gennaio 2006, Lhasni, con nota di MIAZZI, *Violenza familiare fra causa d'onore e motivo futile*, in *Dir. imm. citt.*, n. 4/2006, p. 63 ss., confermata poi da Cass. 30 maggio 2006, sentenza n. 20393). Le sentenze sono entrambe commentate in senso critico da L. MIAZZI, *Violenza familiare*, cit., p. 199 ss., nella parte in cui riconoscono la futilità dei motivi a delinquere sulla base di una ritenuta possibilità che avrebbe avuto il reo, in ragione degli anni trascorsi in Italia, di discostarsi dalle regole culturali: partendo dall'idea che tenere in considerazione gli effetti di modelli culturali diversi dal nostro sulla condotta a delinquere sia una necessità che si impone al nuovo ruolo del giudice in una società multiculturale (denotando una situazione di “interlegalità” – intesa come compresenza di più sistemi che impongono azioni e soluzioni diverse), M. ritiene inverosimile il presupposto su cui i giudici fondano la decisione – ovvero che l'assorbimento di un'altra cultura possa considerarsi già completato in pochi anni di permanenza in territorio straniero.

²⁴⁸ V. il caso Oneda (già citato nella nt. 188). In esso, di fronte al rifiuto dei genitori di Geova di sottoporre la propria figlia a terapie emotrasfusionali, la Corte d'Assise di Cagliari, a seguito della morte della bambina, condannò i genitori per omicidio doloso (mentre in appello, si ritenne che l'omicidio fosse imputa-

legittimamente la libertà personale dei minori medesimi o realizzano forme di maltrattamenti ai loro danni.

Talora, si tratta di violenze perpetrate contro i figli per supposti fini educativi o per il rispetto di rigide gerarchie di convivenza familiare (in base al riconoscimento di un accentuato *ius corrigendii*²⁴⁹); talaltra, invece, dell'«utilizzo» dei minori in attività remunerative, le quali non consentono, almeno secondo i parametri di giudizio della cultura italiana, uno sviluppo dignitoso ed armonioso del minore (come avviene, ad esempio, nel caso di alcune popolazioni nomadi presenti ormai da molto tempo in Italia in cui gli adulti sono soliti portare con sé o comunque avvalersi di minori nell'attività di accattonaggio [c.d. *manghel*]²⁵⁰, ovvero, in ipotesi che più appaiono stridere con le rego-

bile a sola colpa, valorizzando le «speranze» dei genitori sul potere delle loro preghiere per mantenere in vita la figlia). Riguardo all'attenuante dei particolari valori morali e sociali, la Corte ne esclude l'applicazione, aderendo all'impostazione prevalente in giurisprudenza secondo cui il criterio per valutare i valori va effettuato alla stregua dei parametri etico-sociali prevalenti: sul punto cfr., in senso critico, G. FIANDACA, *Nota a Corte d'Assise di Cagliari, sent. 10 marzo 1982*, Oneda, in *Foro it.*, 1983, II, p. 27 ss., dove inoltre si riporta una vicenda per certi versi analoga decisa qualche tempo prima dal *Bundesgerichtshof*, che assolse il marito di una donna testimone di Geova dall'accusa di omicidio per non aver proceduto ad effettuare le necessarie trasfusioni che la donna stessa rifiutava in ragione delle proprie convinzioni religiose.

²⁴⁹ Cfr., a questo proposito, Cass. 20 ottobre 1999, Bajrami, in *Riv. pen.*, 2003, p. 238, dove, in un caso di maltrattamenti in famiglia realizzato da un immigrato albanese contro i figli e la moglie (anche questi albanesi), la Cassazione ha escluso la possibilità di riconoscere a favore dell'imputato la scriminante del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), invocata sulla base di una supposta concezione culturale della convivenza familiare che tollererebbe l'uso di forme di violenza da parte del padre-famiglia. In particolare, la Cassazione ha precisato che tali visioni culturali non meritano considerazione in sede penale perché palesemente in contrasto con i diritti inviolabili dell'individuo e con il principio di uguaglianza di cui agli artt. 2 e 3 Cost.: «tali principi costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto e di fatto nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che suonano come «barbari» a fronte dei risultati ottenuti nel corso dei secoli per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona».

Ad analoghe conclusioni, nonostante l'ammissione di una presumibile influenza culturale sulle motivazioni a delinquere, è altresì giunto il Tribunale di Bologna nel caso di una donna marocchina che picchiava la figliastra minore con diversi mezzi offensivi (tra cui anche bastoni) per ritenuti fini educativi: v. Trib. Bologna 24 ottobre, 2006, commentata da B. DESI, *Diversità culturale e principio di uguaglianza nel processo penale. Il diritto penale dell'uguaglianza formale*, in <http://www.giuristidemocratici.it>.

²⁵⁰ In relazione al c.d. *manghel* («raccolta» in lingua *romànes*, per indicare il compenso per i servizi offerti in passato dai *rom* alle popolazioni sedentarie), cfr. L. MANCINI, *I rom tra cultura e devianza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 770 ss. Oltre a precisare che tale pratica non è in realtà comune a tutti i gruppi *rom*, l'autrice chiarisce come l'accattonaggio degli zingari si spieghi, da un lato, con la concezione generale del gruppo familiare e del forte sentimento comunitario della famiglia-tipo

le del vivere sociale, nel caso di un uso strumentale dei minori per la realizzazione di attività illecite – generalmente furti)²⁵¹. In questi casi, oltre all'eventuale concorso nei reati realizzati dai minori, la giurisprudenza ha solitamente condannato i genitori a titolo di abbandono di minori, di impiego di minori nell'accattonaggio²⁵², di maltrat-

ivi esistente, in cui l'interesse del singolo è subordinato a quello del gruppo e i figli minori sono generalmente considerati soggetti già in grado di provvedere al mantenimento della famiglia; dall'altro lato, appare conseguenza normale ed inevitabile di una cultura nomade la prassi delle madri di portare con sé i figli in ogni spostamento e in ogni attività, compresa quella dell'accattonaggio. Sul fenomeno culturale-antropologico della mendicizia degli zingari cfr. *amplius* E. TAUBER, *L'«altra» va a chiedere. Sul significato del Mangapen tra i sinti e estraixaria*, in *Polis*, 3, dicembre 2000, p. 391 ss.; L. PIASERE, *Antropologia sociale e storica della mendicizia zingara*, *ivi*, p. 409 ss. Per un breve riassunto sull'evoluzione della repressione penale della mendicizia in Italia cfr. A. SIMONI, *La mendicizia, gli zingari e la cultura giuridica: uno schizzo di tappe e problemi*, *ivi*, p. 371 ss.

²⁵¹ A tal proposito, si ricordi il fenomeno dei minori c.d. *argati*: si tratta di minori, provenienti generalmente dal sud dell'ex Jugoslavia, che vengono ceduti ad alcune famiglie nomadi per essere impiegati nella sistematica realizzazione di furti ai danni della popolazione locale. Sul furto ai danni dei c.d. *gadje* (così vengono definiti gli abitanti del luogo dove gli zingari temporaneamente dimorano) inteso nella mentalità di alcuni gruppi zingari (non come comportamento carico di disvalore ma) come strategia economica per sopravvivere, cfr. L. MANCINI, *I rom tra cultura e devianza*, cit., p. 770 ss.; M. MANNOIA, *Zingari, che strano popolo! Storia e problemi di una minoranza esclusa*, Roma, 2007, p. 80 ss.

²⁵² Nell'ipotesi di soggetti che si servono di minori per mendicare o che, in ogni caso, permettono a questi di farlo, la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 671 c.p. è applicata di rado: secondo la giurisprudenza prevalente, l'esposizione dei figli minori alle avverse condizioni atmosferiche e ai pericoli della strada, nonché la loro sottrazione all'obbligo scolastico, sono tutti elementi già sufficienti a configurare il delitto di maltrattamenti in famiglia (il quale, stante la diversità del bene tutelato, potrebbe anche concorrere secondo la giurisprudenza con la meno grave contravvenzione di cui all'art. 671 c.p.).

In alcune pronunce, tuttavia, il substrato culturale del reo e quello della vittima sono stati valutati, almeno implicitamente, come fattori capaci di escludere lo stato di sofferenza richiesto dal delitto di maltrattamenti e di influire così sulla qualificazione giuridica del fatto di reato. È quanto avvenuto, ad esempio, nel caso di una coppia di immigrati di origine slava, che adibiva i propri figli minori a chiedere elemosina per strada. In siffatta ipotesi, mentre il giudice di merito aveva condannato i genitori a titolo di maltrattamenti in famiglia ex art. 572 c.p., rilevando che la destinazione all'accattonaggio esponesse i figli ad un regime di vita degradante e lesivo della loro dignità personale (in violazione degli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.), la Cassazione ha ritenuto che i fatti fossero sì punibili, ma non a titolo di maltrattamenti in famiglia, bensì secondo la più lieve fattispecie dell'impiego di minori nell'accattonaggio. Secondo le argomentazioni della Corte, infatti, nel momento in cui una certa prassi culturale abbia presso un determinato gruppo un seguito tale da escludere che i soggetti cresciuti nel relativo contesto possano percepirla come «sopraffazione sistematica e programmata» ai loro danni e avvertirne le conseguenze dannose, non verrebbero integrati gli estremi del delitto di maltrattamenti

tamenti in famiglia (art. 572 c.p.)²⁵³ ovvero, nei casi più gravi, ai sen-

– che richiederebbe l'effettiva percezione di una sofferenza da parte della vittima – ma, semmai, quelli della fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 671 c.p.: v. Pret. Torino, 4 novembre 1991, Husejinovic, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1647 e Cass. 7 ottobre 1992, Husejinovic, in *Giur. it.*, 1993, II, p. 582.

²⁵³ Nonostante la condotta di adibire i minori in forme di accattonaggio è generalmente punita a titolo di maltrattamenti in famiglia, è però da rilevare – come già accennato – che, in alcune sentenze, l'influenza culturale sulla condotta dell'agente è stata valorizzata nell'interpretazione del momento consumativo del delitto di cui all'art. 572 c.p. In proposito sembrano distinguersi due orientamenti della giurisprudenza: il primo, che abbiamo già menzionato (nota precedente) nel caso Husejinovic, richiede la percezione soggettiva della sofferenza da parte della vittima perché possa configurarsi il reato di maltrattamenti; il secondo, invece, ritiene sufficiente un'offesa oggettiva alla dignità personale.

I diversi approdi di queste due tendenze giurisprudenziali possono ad esempio apprezzarsi in due casi analoghi, entrambi decisi dal Tribunale di Torino, in cui ai genitori si era imputato un disinteresse educativo e formativo nei confronti dei figli, dal quale sarebbero scaturite la sistematica assenza dei minori dalla scuola e la loro dedizione ad attività illecite (nella specie si trattava di furti). Pur affermando i giudici che il delitto di cui all'art. 572 c.p. può essere ben integrato da comportamenti di natura omissiva, le decisioni divergono sull'interpretazione dell'evento del fatto tipico.

Nella sentenza Trib. Torino 7 gennaio 2002, invero, si decise di escludere l'applicazione del reato di maltrattamenti in famiglia, in quanto mancava la prova che la condotta omissiva degli imputati avesse cagionato ai figli minori una sofferenza da questi ultimi percepita come patimento, umiliazione o anche solo come stato di disagio (l'omissione degli obblighi educativi dei genitori, tuttavia, non divenivano per tale ragione leciti, ma integravano comunque le altre fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 570 c.p. e 731 c.p.).

In una pronuncia dello stesso anno e dello stesso tribunale, tuttavia, si sposava una concezione opposta, che oggi appare dominante. Secondo Trib. Torino 21 ottobre 2002, infatti, «non dovrebbero confondersi gli interessi offesi dal reato (la dignità e l'armonioso sviluppo della persona) con la reazione soggettiva della vittima, la quale, proprio nei casi di maggiore gravità della condotta delittuosa ed a causa della stessa, può aver raggiunto un degrado di personalità tale da non consentirle neppure di avvertire il disvalore della condizione in cui si trova e la gravità delle prospettive future che da tale condizione discendono come conseguenza inevitabile». Entrambe le sentenze sono riportate e commentate da F. MAZZA GALANTI, *I bambini degli zingari e il reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 653 ss. È opportuno aggiungere, peraltro, che la prima sentenza del Tribunale di Torino citata fu in realtà poi cassata dal giudice di legittimità, che escluse espressamente tra i requisiti del reato di maltrattamenti la percezione della sofferenza da parte del soggetto passivo e invitò a considerare «fino a che punto l'asserita mancanza di prove di uno stato di umiliazione non rappresenti piuttosto l'ennesimo riscontro delle devastanti conseguenze sullo sviluppo stesso di un'armonica personalità della vittima» che deriverebbe proprio dal protratto «disinteresse» da parte dei genitori: Cass. 26 giugno 2002, cit. in P.L. ZANCHETTA, *Fazzoletti, spugnette, accendini e minori stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2007, p. 108.

Appare in linea con questo secondo orientamento anche una più recente sentenza della Cassazione, che ha condannato *ex art. 572 c.p.* un immigrato maroc-

si del delitto di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.)²⁵⁴.

chino che consentiva al nipote di mendicare e di vendere fazzolettini per strada (Cass. 9 novembre 2006, B.B.B., in *Dir. imm. citt.*, 2, 2007, p. 179 ss., con nota di P.L. ZANCHETTA, *Fazzoletti, spugnette*, cit., p. 105 ss.). L'addebito specifico era quello di avere maltrattato il minore infraquattordicenne, nipote con lui convivente, consentendo che lo stesso rimanesse abitualmente in giro tra le strade di Torino a vendere piccoli oggetti per le strade, disinteressandosi delle condizioni di sofferenza che tale attività gli procurava (malnutrizione, esposizione ai rigori invernali con abbigliamento inadeguato, stato di isolamento, mancata frequentazione della scuola) e appropriandosi del ricavato. Il minore, peraltro, aveva manifestato al mediatore culturale tutto il suo malessere per lo stato d'isolamento in cui viveva e il desiderio di vivere in una comunità lontana da Torino per tirarsi fuori dalla situazione in cui era costretto. La Cassazione, sotto il profilo del condizionamento culturale del reo, ha preliminarmente escluso la possibilità di invocare «l'etica dell'uomo» per giustificare il reato di maltrattamenti, sostenendo che il rispetto dei principi di una «cultura arretrata e poco sensibile alla valorizzazione e alla salvaguardia dell'infanzia» deve cedere il passo innanzi a principi basilari del nostro ordinamento; riguardo all'aspetto oggettivo del reato di maltrattamenti, la Corte ha applicato il più recente orientamento giurisprudenziale sopra segnalato, affermando che il reato di cui all'art. 572 c.p. si consuma laddove «si verifica la situazione di sofferenza in cui la persona offesa è costretta a vivere; ai fini dell'integrazione dell'evento tipico, pertanto, non si richiede un ulteriore danno all'integrità fisica o psichica del soggetto passivo». Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, non sembra che il *nomen juris* del reato sarebbe stato diverso anche a seguire il meno recente orientamento incline a richiedere per l'integrazione della fattispecie il *quid pluris* della percezione psichica della sofferenza della vittima: in questo caso, infatti, era emerso che il minore non svolgeva con convinzione le attività cui era adibito dallo zio, ma al contrario avrebbe voluto esercitare il c.d. *diritto di exit* (sul quale v. *infra*, *Considerazioni conclusive*, par. 2.2.1) dalla comunità familiare e liberarsi così da una subdola ed intollerabile costrizione (legata ad una sorta di ricompensa che, secondo un frequente meccanismo, il minore presta al proprio affidatario per avergli consentito l'ingresso in Italia e per averlo agevolato nel riconoscimento del diritto all'unità familiare di cui agli artt. 28 ss. del d.lgs. n. 286/1998 T.U. immigrazione).

²⁵⁴ Non sono poche le ipotesi in cui il sistematico impiego dei minori nell'accattonaggio da parte di soggetti provenienti da una cultura zingara è stato punito a titolo di riduzione in schiavitù.

In un caso piuttosto recente (Cass. 26 ottobre 2006, in *CED* 236023, in *Foro. it., Rep.*, voce *Schiavitù*, n. 9; riportata altresì da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 180), peraltro, la Corte di Cassazione, pronunciandosi con sentenza di condanna ai sensi dell'art. 600 c.p., ha precisato che la riduzione e il mantenimento in servitù posti in essere dai genitori nei confronti dei figli e di altri bambini, ridotti in stato di soggezione continuativa e costretti all'accattonaggio, «non consente di invocare la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.), sulla base delle consuetudini delle popolazioni zingare di usare i bambini nell'accattonaggio, atteso che la consuetudine può avere efficacia scriminante solo in quanto sia stata richiamata da una legge, secondo il principio di gerarchia delle fonti di cui all'art. 8 disp. prel. c.c.». In primo luogo, infatti, «anche un popolo allogeno come quello degli zingari, quando si insedia nel territorio italiano, deve osservare le norme dell'ordinamento giuridico vigente in questo territorio e non può invocare i propri usi tradizionali per scriminare comportamenti che sono vietati dalle norme penali, eccetto il caso

Passando invece ad altre tipologie di reato, vengono in rilievo casi di atti sessuali con minorenni o di violenza sessuale in cui si è fatto ap-

in cui questi comportamenti siano richiamati, e quindi legittimati, dalle leggi territoriali»; in secondo luogo, la convinzione di esercitare prerogative spettanti al capofamiglia non potrebbe comunque configurare una scriminante putativa ai sensi dell'art. 59, ult. comma, giacché l'errore dell'agente, in queste ipotesi, non investe gli estremi di fatto che integrano la causa giustificatrice, bensì la stessa esistenza giuridica d'una scriminante (con applicazione, quindi, dell'art. 5 c.p.).

Rimane tuttavia la necessità di tracciare la distinzione tra il campo di applicazione del grave reato di cui all'art. 600 c.p. e quello del reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), per comprendere quando l'impiego di minori nell'accattonaggio integri l'una o l'altra fattispecie e, in particolare, per valutare se la motivazione culturale della condotta possa anche indirettamente rilevare sulla qualificazione giuridica della condotta criminale.

Orbene, a questo proposito, appare opportuno distinguere due forme di accattonaggio: in una prima tipologia casi, infatti, l'accattonaggio risponde ad una tradizione culturale di alcuni gruppi minoritari (il c.d. *Manghel*), viene praticato nel contesto familiare ed affonda le proprie radici in origini lontane, essendo strettamente legato al nomadismo di tali gruppi (cfr. nt. 250); una seconda tipologia di accattonaggio, invece, è più recente (solitamente praticata soltanto da alcuni gruppi rom di recente immigrazione provenienti dall'ex Jugoslavia) e costituisce una delle attività di vere e proprie organizzazioni criminali, dedite ad acquistare dall'est europeo minori infraquattordicenni (quindi non imputabili), dietro una stipulazione rituale con i genitori di questi (si tratta dei c.d. "minori *argati*" di cui sopra), per asservirli ed utilizzarli a fini remunerativi non solo nelle classiche attività di elemosina (accattonaggio in senso proprio), ma anche in attività di per sé illecite, come la sistematica commissione di furti o la prostituzione.

In relazione a queste seconde ipotesi, appare pacifica la configurabilità del delitto di riduzione in schiavitù di cui all'art. 600 c.p., potendosi agevolmente riscontrare quello stato di soggezione continuativa della vittima richiesto dalla norma, che si traduce in un'integrale negazione della libertà e della dignità umana del soggetto passivo (cfr. Ass. Milano 18 maggio 1988, Sahili, in *Foro it.*, 1989, II, p. 121 con nota di SOLA, *Il delitto di riduzione in schiavitù: un caso di applicazione*, *ivi*, p. 121 ss.; Cass. 24 ottobre 1995, Senka, in *CED* 204369; Cass. 20 novembre 1996, Ceric, in *Foro it.*, 1997, II, p. 313, con nota di C. VISCONTI, *Riduzione in schiavitù: un passo avanti e due indietro delle Sezioni Unite?*, *ivi*, p. 313 ss.). Nel caso dei cd. minori *argati*, peraltro, la Cassazione, non solo ha precisato che la "la finalità di sfruttamento non è esclusa dall'eventualità che un margine degli introiti dell'accattonaggio vada a beneficio delle persone offese dal reato" (Cass. 9 novembre 2005, in <http://www.altalex.com>), ma ha anche direttamente escluso che le tradizioni culturali possano essere prese in considerazione ai fini della configurabilità di un *error iuris* inevitabile, atteso che il requisito della inevitabilità «non ricorre certamente nei cosiddetti *delitti naturali*, quali nell'epoca moderna deve considerarsi la riduzione in schiavitù o l'alienazione e acquisto di schiavi o di persone che si trovino in condizione analoga. Gli artt. 600 e 602 c.p., infatti, sono norme penali conformi al principio di "riconoscibilità", ossia tali da esser percepite anche in funzione di *norme "extra-penali" di civiltà*, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le predette norme penali sono destinate ad operare»: v. Cass. 7 novembre 1989, Izet Elmaz, in *Foro it.*, 1990, II, p. 369 con nota di PEZZANO, *Bambini "argati" e riduzione in schiavitù*, *ivi*, p. 369 ss.

pello alle differenti qualificazioni giuridiche della condotta presso il Paese di provenienza del reo o alla particolare visione della donna

Riguardo alla forma “familiare” di impiego di minori nell’accattonaggio, invece, una recente pronuncia della Cassazione – che ha avuto molta eco nei giornali, suscitando anche vivaci polemiche nel mondo politico –, nell’attribuire anche rilievo alle tradizioni culturali del gruppo familiare, ha escluso che tale forma di mendicizia possa integrare gli estremi del delitto di riduzione in schiavitù, essendo piuttosto configurabile, a seconda dell’abitudine o meno dell’accattonaggio, il reato di maltrattamenti in famiglia o la fattispecie contravvenzionale di cui all’art. 671 c.p. (v. Cass. 17 settembre 2008, in *Dir. imm. citt.*, 1/2009, p. 99 ss., con nota di A. SIMONI, *La qualificazione giuridica della mendicizia dei minori rom tra diritto e politica*). Il caso riguardava una madre, che era stata più volte sorpresa a mendicare in strada con in grembo la figlia, mentre l’altro figlio di quattro anni elemosinava nei paraggi per poi consegnarle il denaro. Condannata dalla Corte di Assise di Appello di Napoli per il delitto di riduzione in schiavitù (e considerato assorbito il meno grave reato di maltrattamenti), la condotta di reato viene poi riqualificata in Cassazione, la quale ravvisa nei fatti accaduti non il delitto di cui all’art. 600 c.p., bensì quello di maltrattamenti in famiglia previsto dall’art. 572 c.p.

La Cassazione parte dall’assunto – anche tenuto conto della *ratio* dell’intervento legislativo del 2003 (legge n. 228/2003) – che la norma di cui all’art. 600 c.p. punisce la riduzione in schiavitù e tutte quelle forme di assoggettamento che si traducono in un’integrale negazione della libertà e della dignità umana e conferma che il concetto di “abuso di autorità” è ben riferibile alla qualifica soggettiva di genitore. Nel valutare, poi, se il caso in giudizio possa rientrare nel paradigma di quella «riduzione o mantenimento in stato di soggezione» attuato con “abuso di autorità” prevista dalla norma incriminatrice, la Corte mostra di tenere in considerazione il fattore culturale nell’individuazione del *discrimen* tra uso legittimo dell’autorità e abuso di autorità, affermando che la labilità di questo confine è ancor più evidente presso «comunità etniche ove ad esempio la richiesta di elemosina costituisce una condizione di vita tradizionale molto radicata nella cultura e nella mentalità di tali popolazioni». Più in particolare, la Corte distingue l’ipotesi della compravendita di minori per l’utilizzo continuativo di questi in attività di accattonaggio – pacificamente riconducibile alla norma di cui all’art. 600 c.p. – dal caso di specie, escludendo che possa ravvisarsi una condizione di integrale negazione della libertà del minore ove si tratti di una forma di accattonaggio (in sé non più penalmente illecito) praticata da una donna di cultura nomade per alcune ore del giorno insieme ai figli ed anche con il loro aiuto. In quest’ultimo caso, infatti, dovrebbe attribuirsi rilievo alla circostanza che la madre impiega i minori nell’accattonaggio per ragioni peculiari, legate al fatto che tale pratica fa parte di una «tradizione culturale del gruppo etnico al quale appartiene o a quello di trovarsi in condizione di grave indigenza economica (o per tutte e due le ragioni che spesso si sovrappongono)».

Esclusa la configurabilità del delitto di riduzione in schiavitù, la Corte ritiene invece applicabile al caso di specie la fattispecie di cui all’art. 572 c.p., che si differenzerebbe dal campo di applicazione dell’art. 600 c.p. nei seguenti termini: «si può parlare di maltrattamenti in famiglia quando il genitore consenta o favorisca attività del minore lesive della sua integrità fisica o psichica, mentre sarà ravvisabile il più grave reato di riduzione in servitù quando le forme di assoggettamento del minore si traducano in un’integrale negazione della libertà o della dignità dello stesso». La condotta della madre, quindi, pur se inidonea ad integrare i requisiti dell’art. 600 c.p., avrebbe in concreto una rilevanza penale ai sensi dell’art. 572 c.p.,

presso certe culture allo scopo di conseguire una mitigazione della responsabilità penale²⁵⁵: ma la giurisprudenza ha generalmente escluso

costituendo comunque un comportamento omissivo di trascuranza educativa nei confronti del minore, capace di arrecare a questo gravi danni. L'abitudine della condotta vale poi a distinguere il reato di maltrattamenti in famiglia dalla contravvenzione di cui all'art. 671 c.p., per cui «se si tratta di un isolato episodio di mendicizia con utilizzo dei minori sarà ravvisabile il reato di cui all'art. 671 c.p., se la condotta sia continuativa ed arrechi sofferenze al minore non potrà che ravvisare il delitto di cui all'art. 572 c.p.».

La sentenza, pertanto, attribuisce rilievo alla provenienza culturale del reo in sede interpretativa, quale elemento capace di chiarire se la libertà del minore sia stata integralmente negata. La valutazione del fattore culturale non può determinare per la Corte un'esclusione della responsabilità penale quando vengono lesi diritti inviolabili dell'individuo; ciò nonostante diviene rilevante perché «consente di comprendere la delicatezza del problema e la labilità del confine, in molti casi esistente, tra pratiche lecite ed attività sicuramente illecite».

Come si può constatare, il contenuto della sentenza è dunque ben diverso da quello che sembrava trasparire dalle preoccupate reazioni allarmistiche di parte della stampa o di parte del mondo politico – secondo le quali la Cassazione avrebbe inteso legalizzare l'accattonaggio degli zingari (cfr. in particolare il sito internet de "Il Corriere della sera" [<http://www.corriere.it>] dove è possibile leggere le reazioni alla sentenza di politici e di esponenti di governo) –, che dimostrano ancora una volta come la cronaca riguardante soggetti stranieri sia spesso oggetto di mistificazioni propagandistiche, le quali sembrano dirette (più che ad una serena e prudente disamina della vicenda) ad un'exasperata caccia alla reazione mediatica.

Un orientamento analogo a quello della Cassazione, volto a valutare caso per caso le conseguenze sul minore dello svolgimento di attività ritenute non consone alla sua età anagrafica, era già stato in precedenza seguito da alcune pronunce di merito che vedevano come imputati genitori stranieri, i quali consentivano ai figli minori di trascorrere alcune ore per strada a vendere fiori: v. Trib. Palermo 8 maggio 2007 e Trib. Palermo 7 novembre 2007, entrambe commentate da F. VANORIO, *Bambini che vendono fiori: povertà, maltrattamenti o schiavitù?*, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2008, p. 113 ss.

In relazione alla fattispecie di abbandono di minori, invece, v. Cass. 8 gennaio 2009, in *Foro it.*, 2009, II, p. 254, che esclude esplicitamente la possibilità di attribuire una qualche rilevanza alle concezioni culturali del genitore, il quale lasci incustodito il proprio bambino per svariate ore della giornata in una pubblica via. Secondo quest'ultima pronuncia, infatti, da un lato, il pericolo per l'incolumità del minore non sarebbe escluso dai modelli educativi e dalle tradizioni culturali della famiglia, dall'altro, non avrebbe rilievo, ai fini di una supposta esclusione del dolo, il fatto che il genitore, secondo le concezioni della cultura nomade di provenienza, reputi il minore capace di badare a se stesso anche grazie all'aiuto di coetanei a lui legati da vincolo di parentela.

²⁵⁵ Cfr., ad esempio, Cass. 7 dicembre 1993, in *Giust. pen.*, 1994, II, p. 489, dove ad un immigrato marocchino imputato di atti sessuali con una minore di nove anni non si riconobbe la scusabilità dell'ignoranza penale, non essendo considerata a ciò sufficiente la mera differenza normativa esistente tra il diritto italiano e quello marocchino in ordine all'età minima prevista per prestare legittimamente il consenso all'atto sessuale.

Allo stesso modo, più di recente, in un caso di violenza sessuale intraconiugale

che tali elementi potessero in qualche modo giovare al reo e, talvolta, ne ha addirittura evidenziato una portata aggravante, in quanto denoterebbero una sorta di capacità a delinquere “strutturale” (e quindi più intensa rispetto a quella del cittadino medio), la quale giustificerebbe, secondo i parametri dell’art. 133, comma 4, c.p., l’applicazione di una sanzione di particolare rigore²⁵⁶. Riguardo ai casi di «escissione (o

realizzata da un immigrato marocchino nei confronti della moglie, non è stata accolta l’argomentazione difensiva che intendeva escludere la configurabilità del reato di cui all’art. 609 c.p. in base alla circostanza che il matrimonio era stato contratto secondo il diritto marocchino, il quale non considera penalmente illecita la coazione al rapporto sessuale avvenuta all’interno del vincolo matrimoniale. La Corte di Cassazione, in primo luogo, ribadendo la centralità del principio di territorialità di cui all’art. 3 c.p., ha considerato irrilevante che il diritto marocchino non preveda come reato la violenza sessuale intraconiugale – giacché, trattandosi di comportamenti realizzati in territorio italiano, deve trovare applicazione soltanto il diritto italiano; in secondo luogo, ha escluso la possibilità di riconoscere un’ipotesi di ignoranza inevitabile, non considerando adempiuto da parte dell’imputato il c.d. dovere d’informazione riguardo alla conoscenza della legislazione vigente presso il Paese d’accoglienza (v. Cass. 26 giugno 2007, con nota di A. GENTILE, *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente approccio della Cassazione ai c.d. “reati culturali”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2009, p. 417 ss. Nella nota di commento alla sentenza si accenna anche alla diversa disciplina penale ad oggi esistente nelle giurisdizioni degli Stati Uniti d’America in merito alla violenza sessuale intraconiugale, tra il riconoscimento di vere e proprie esenzioni matrimoniali [*marital rape exemption*], tipizzazione di reati autonomi puniti in misura inferiore rispetto ai casi comuni [*spousal rape*], estensione generalizzata di una causa di non punibilità a favore di soggetti che pur non essendo sposati hanno comunque intrattenuto precedenti rapporti sessuali volontari con la vittima [*voluntary social companions*] e, infine, equiparazione rispetto alla violenza sessuale comune; su questi ultimi aspetti v., *amplius*, A. SZEGO, *Quando lo stupro è legale: la “marital rape exemption”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 853 ss.).

²⁵⁶ Cfr., a questo proposito, una sentenza del Gup Trib. Bologna 16 novembre 2006, in B. DESI, *Diversità culturale*, cit., avente come imputati di violenza sessuale alcuni immigrati di nazionalità pakistana. Di fronte alla richiesta di valutare l’assenza di percezione della negatività del fatto e comunque di tener conto della diversità di valori della cultura d’origine degli imputati rispetto a quella italiana (proprio nei giorni del processo, infatti, mentre la legislazione pakistana faceva dei notevoli passi avanti nella lotta alla violenza sessuale, le forti proteste di parte della popolazione per le innovazioni legislative mostravano il persistere di una cultura di stampo fortemente maschilista a livello sociale), il giudice di primo grado non solo rifiutò l’assunto difensivo, ma decise di applicare i criteri commisurativi di cui all’art. 133 c.p. in senso diametralmente opposto a quanto richiesto dalla difesa. Secondo il giudice della sentenza di condanna, infatti, «non è possibile rapportare la valutazione di disvalore di una singola condotta ai parametri vigenti nell’ambiente del soggetto autore del reato. Il criterio fissato dall’art. 133, comma 2, n. 4, c.p., ha valenza esattamente contraria, poiché sta a significare che tanto più le condizioni di vita individuale, familiare e sociale rispecchiano un sistema di regole antitetico a quelle cui si ispira la tutela penale, tanto più deve essere severa la sanzione, apparendo evidente la maggior pregnanza della finalità di prevenzione cui la pena deve ispi-

mutilazione) rituale femminile»²⁵⁷, invece, la nostra giurisprudenza è

rarsi nel caso concreto ... Chi proviene da uno Stato straniero in cui vigono regole ordinamentali e comportamentali inconciliabili con quelle del nostro Paese, è comunque tenuto ad osservare la nostra legge penale. La provenienza individuale da un sistema di vita del tutto alieno dai nostri principi di civile convivenza non può valere ad attenuare la pena, al contrario, proprio in applicazione della norma citata, la condotta che sia espressione diretta di tali principi deve essere sanzionata con congruo rigore ...».

²⁵⁷ Con il nome generico di “mutilazioni genitali femminili” (MGF) si intendono varie forme di interventi a carico degli organi genitali femminili – praticati per motivi tradizionali non terapeutici presso un’ampia zona territoriale che parte dalla penisola arabica, transita per il medio oriente e si estende su gran parte del settore nord-equatoriale del continente africano – che ledono fortemente la salute psichica e fisica delle bambine e delle donne. L’OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità) ha distinto le MGF in quattro tipi differenti a seconda della gravità per il soggetto: 1) la *circoncisione* (c.d. *sunna*) consiste nella rimozione del prepuzio o cappuccio del clitoride con o senza escissione di parte o dell’intero clitoride; 2) l’*escissione* consiste nella rimozione del prepuzio e del clitoride, con asportazione parziale o totale delle piccole labbra (queste prime due forme di mutilazioni sono generalmente le più praticate); 3) l’*infibulazione o circoncisione faraonica o sudanese*, invece, è la forma più grave, che si realizza tramite l’escissione di parte o della totalità dei genitali esterni, con restringimento dell’ostio vaginale (i due lati della vulva, infatti, sono cuciti con fili in seta o *cacgut* o tenuti insieme con spine, di modo che, una volta cicatrizzati, essi occludono l’accesso vaginale, tranne che per una piccolissima apertura che garantisce il passaggio dell’urina e del sangue mestruale); 4) il quarto tipo comprende una serie di interventi di varia natura sui genitali femminili (incisione del clitoride, cauterizzazione, raschiamento del tessuto circostante l’orifizio vaginale o incisione della vagina, introduzione di erbe o sostanze corrosive in vagina per contrarla e restringerla).

Si tratta di pratiche eseguite in età differenti a seconda delle tradizioni locali, potendo essere praticate sia su neonate, sia su bambine, sia su adolescenti.

Riguardo alle modalità di esecuzione, le MGF non sono direttamente eseguite dai genitori, ma generalmente da alcune donne appartenenti a categorie ben precise, le quali non possiedono ad ogni modo una formazione sanitaria ufficiale; gli strumenti utilizzati sono di varia natura e talvolta rudimentali (nelle aree urbane, invece, le MGF vengono talvolta praticate anche da personale sanitario in ambienti sterili).

Le mutilazioni genitali femminili sono un fenomeno diffusissimo in alcuni paesi, tanto da coinvolgere in alcuni casi una percentuale di donne che va dall’85 al 98% del totale (è quanto avviene ad esempio in Somalia o in Egitto). Si tratta di un rito antichissimo di natura tradizionale, che non è direttamente imposto da una religione (nonostante secondo alcune interpretazioni del Corano essa sia prescritta in taluni *hadith* di Maometto), essendo seguito non solo da parte di popolazioni musulmane, ma anche presso gruppi africani di religione cristiana o animista. Storicamente forme di infibulazione sono presenti anche in Europa, essendo testimoniata ad esempio presso i romani (il termine infibulazione, infatti, ha origini latine, derivando da “fibula”, una piccola spilla che veniva usata dai romani per evitare che le loro mogli avessero rapporti sessuali con altri durante la loro assenza per la guerra) o, in tempi più recenti, in varie parti d’Europa, dove era praticata la c.d. clitoridectomia (una mutilazione ritenuta terapeutica realizzata allo

sembrata finora piuttosto “comprensiva” nei confronti del reo: in via

scopo di prevenire patologie come l'epilessia e la follia attribuite alla masturbazione femminile).

Riguardo agli effetti di questa pratica sulla salute della donna, è necessario sottolineare che le complicanze sono gravi e di vario genere, a breve (emorragie) e a lungo termine (infezioni croniche dell'utero e della vagina, cistiti, ritenzione urinaria, frigidity, difficoltà nella penetrazione sessuale, ecc.). In particolare, le difficoltà ad avere rapporti sessuali sono notevolissime fino alla c.d. deinfibulazione (cioè alla scucitura della vulva), che viene effettuata direttamente dallo sposo prima della consumazione del matrimonio. Le donne infibulate non possono partorire se non vengono de-infibulate e accusano comunque notevoli problemi durante il parto (successivamente, peraltro, viene effettuata una nuova infibulazione [reinfibulazione] per ripristinare la situazione prematrimoniale).

Le motivazioni culturali di questa pratica hanno origini antichissime basate su supposizioni di vario genere (spesso anche secondo l'etnia presso la quale essa viene eseguita). Secondo alcune, ad esempio, l'infibulazione favorirebbe la fertilità della donna (in quanto le secrezioni genitali delle donne non circoncise ucciderebbero lo sperma del compagno all'interno della vagina) e risponderebbe ad esigenze igieniche (evitando secrezioni abbondanti e maleodoranti). Secondo altre credenze, invece, il clitoride sarebbe un organo aggressivo, che potrebbe uccidere il maschio primogenito durante il parto oppure costituirebbe il residuo maschile della donna (e che, pertanto, sarebbe da recidere per meglio definire il sesso della persona).

In culture fortemente patriarcali, ancora, l'infibulazione è considerata uno strumento per migliorare i rapporti sessuali, in grado di evitare che la somiglianza del clitoride con il pene acceleri l'eiaculazione. Altre ricostruzioni ricollegano l'infibulazione ad un'origine etologica, basata su una tradizione pastorale: l'infibulazione avrebbe la funzione di affievolire le salienze olfattive sessuali femminili, di modo che le donne rese “prive d'odore” potrebbero accudire meglio le greggi, senza allertare le fiere delle boscaglie.

Non v'è dubbio, tuttavia, che le credenze suddette non possano vantare alcun fondamento scientifico e che le MGF appaiono comunque – almeno da una prospettiva esterna al contesto in cui si verificano – uno strumento di sottomissione della donna e una forma di controllo eterodiretto della sua sessualità; ciò in linea con quel sentimento di attrazione-repulsione delle società tipicamente patriarcali nei confronti della sessualità femminile, vista come fonte di vita e, al contempo, come pericolosa espressione di esagerata lussuria da sottoporre a controllo.

Ad ogni modo, le MGF assumono un forte significato sociale, avendo notevoli ripercussioni sulla capacità della donna di sposarsi: un uomo nato in un Paese dove la mutilazione sessuale è pratica comune, infatti, non sarà disposto a sposare una donna che non sia infibulata, escissa o perlomeno circonscisa, perché donna “non pura”.

È questa la ragione principale per cui le madri scelgono di sottoporre le proprie figlie ad una delle varie forme di mutilazione genitale. Una giovane donna non infibulata, infatti, sarebbe vista come una donna facile non sostenuta dalle attenzioni della famiglia, troverebbe grandi difficoltà a trovare un marito che si occupi di lei e che la possa sostenere nella vita, andrebbe incontro alla sofferenza dell'isolamento nel gruppo sociale cui appartiene.

Sul fenomeno delle MGF cfr., nell'ambito di una ormai ampia bibliografia, P. GRASSIVARO GALLO, *La circoncisione femminile in Somalia. Una ricerca sul campo*,

diretta, attribuendo espresso rilievo al contesto culturale in cui si realizzano tali forme di lesioni e archiviando quindi i relativi procedimenti penali²⁵⁸; in via indiretta, applicando di fatto una pena piuttosto mite pur a fronte di lesioni gravi²⁵⁹. Il recente intervento del legislatore italiano, che ha introdotto una fattispecie *ad hoc* dal particolare rigore sanzionatorio per le ipotesi *de quibus* (comminando pene anche superiori a quelle previste per le lesioni personali gravissime)²⁶⁰, lascia

Milano, 1986; EAD., *Figlie d'Africa mutilate*, Torino, 1998; EAD.-S. LINERI, *Donna infibulata ed ostetrico. I protagonisti del parto in Italia*, Padova, 2003; C. PASQUINELLI, *Infibulazione. Il corpo violato*, Roma, 2007.

²⁵⁸ Nella vicenda di una bambina figlia di genitori nigeriani, sottoposta a MGF in Nigeria, che al rientro in Italia fu ricoverata all'ospedale di Torino per un grave ascesso nella zona genitale, ad esempio, vi fu l'intervento del Tribunale dei minorenni e l'apertura di un procedimento penale per lesioni. Il Tribunale dei minorenni (Trib. minori di Torino 17 luglio 1997, in *Min. giust.*, 1999, 3, p. 140), dopo aver allontanato la bambina da genitori, sentita la mediatrice culturale sul significato delle MGF e sull'isolamento comunitario che di solito colpisce le donne non sottoposte a tale pratica, ritenne di dover riaffidare la bambina ai genitori, pur disponendo la vigilanza da parte dei servizi sociali. Sotto il profilo penalistico, invece, il procedimento istaurato per lesioni si concluse con un decreto d'archiviazione, in ragione del fatto che «i genitori avevano voluto sottoporre la figlia a pratiche mutilatorie pienamente accettate dalle tradizioni locali (e parrebbe dalle leggi) del loro Paese d'origine». Il decreto d'archiviazione non è stato pubblicato, ma è riferito da C. CASTELLANI, *Infibulazione ed escissione: fra diritti umani ed identità culturale*, in *Minori giustizia* 1999, n. 3, p. 140; nonché da M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in «dimensione domestica»*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, p. 22.

²⁵⁹ In un caso di denuncia di una donna italiana contro l'ex marito, perché questo aveva sottoposto in Egitto a mutilazione sessuale i loro due figli (per la bambina di dieci anni si trattava di infibulazione, per il bambino di cinque anni, invece, di circoncisione), il Tribunale di Milano qualificò il fatto come lesioni gravissime, ma inflisse una pena tutto sommato mite (due anni di reclusione a seguito di patteggiamento): v. Trib. Milano sentenza 25 novembre 1999, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2000, p. 148 ss.

La scelta di punire le MGF a titolo di lesioni gravi o gravissime, ma di applicare in concreto una pena relativamente mite è stata di frequente adottata anche in Francia, il Paese europeo dove più numerose sono state le pronunce giurisprudenziali relative a fatti di MGF: cfr. sul punto, A. FACCHI, *I diritti nell'Europa*, cit., p. 92 ss.

²⁶⁰ Prima del recente intervento legislativo, peraltro, un ginecologo di origine somala (Dott. Omar Abdulkadir) dell'ospedale di Firenze aveva avanzato l'idea di una medicalizzazione delle MGF. La proposta, che aveva ottenuto il consenso dei rappresentanti delle comunità africane della Toscana, consisteva nel consentire all'interno delle strutture mediche pubbliche (in modo da evitare i rischi sanitari che incombono nella clandestinità di tali pratiche) interventi sostitutivi delle MGF, che ne mantenessero il significato simbolico di rito di passaggio verso l'età della fertilità senza arrecare danni alla salute della donna (si trattava di una sorta di "infibulazione dolce" o "*sunna rituale*", che prevedeva una puntura di spillo sul clitoride

però presumere un diverso atteggiamento della giurisprudenza²⁶¹, essendo la legge stessa ad imporre una particolare severità nel trattamento penale²⁶².

per far uscire alcune gocce di sangue, previa applicazione di pomata anestetica). La Regione Toscana, tuttavia (con la risoluzione del 3 febbraio 2004), non accolse la proposta e decise di aprire un tavolo di confronto con donne immigrate e operatori sociali per promuovere iniziative contro le MGF. Successivamente intervenne la legge con l'introduzione di un reato *ad hoc*.

La sequenza, peraltro, ricorda nelle dinamiche quanto già avvento negli USA, dove una simile proposta del centro medico di Harborview fu rifiutata dal procuratore generale dello Stato di Washington e nello stesso anno fu approvata una legge federale che dichiarava illegale la "circoncisione genitale femminile".

Sulla questione cfr. il sito <http://www.juragentium.unifi.it/it/forum/mg/sunna.htm>, dove si riportano le reazioni della stampa e l'opinione anche di autorevoli autori, tra cui SANTORO E., *Una proposta scandalosa?*; D. ZOLO, *Infibulazione e circoncisione*.

²⁶¹ Si ha notizia di un caso, nel veronese, in cui la polizia ha arrestato una donna nigeriana che si accingeva, dietro richiesta dei genitori della minore, a praticare una mutilazione degli organi genitali di una neonata. La donna, insieme ai genitori della piccola, è stata rinviata a giudizio dal Gup Verona, il 22 giugno 2007 (la notizia è segnalata da F. BASILE, *Società multiculturali*, cit., p. 1342, nt. 168 il quale ne riporta le fonti).

Sotto altro profilo, peraltro, la Cassazione ha recentemente negato che il pericolo di essere sottoposti a infibulazione nella propria terra d'origine possa valere come ostacolo all'espulsione dal territorio italiano. Secondo Cass. 8 ottobre 2008 (consultabile in <http://www.olir.it/documenti/?documento=4833>), invero, un siffatto rischio integrerebbe «una condizione di "sudditanza" che, certamente inaccettabile per ogni coscienza civile, è però priva della necessaria individualità postulata anche dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 (oltre che dalla CEDU) perché sia integrato il *fumus persecutionis*, od anche solo perché sia adottata la misura di protezione temporanea del divieto di respingimento in relazione al concreto rischio di trattamenti personali degradanti nel Paese di provenienza».

²⁶² In questa sede non si analizza la disciplina di cui alla legge n. 7/2006, che ha introdotto agli artt. 583 *bis* e *ter* c.p. il nuovo reato di «pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili». Le caratteristiche salienti dell'intervento normativo, ad ogni modo, sono da individuare in un particolare rigore sanzionatorio (aggravato se il reato è commesso ai danni di minori), nella mancata previsione di una proporzionata graduazione della pena a seconda della gravità della pratica effettuata e delle lesioni inferte alla vittima, nel principio di extraterritorialità (secondo cui la norma si applica anche quando il fatto è commesso all'estero), nella comminatoria della pena accessoria dell'interdizione temporanea dalla professione per l'esercente una professione sanitaria il quale risulti colpevole dei delitti di cui all'art. 583 *bis*. Per un commento alla legge, prevalentemente criticata in dottrina, cfr. F. BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2006, p. 678 ss.; F. DI PIETRO, *Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, in *Diritto & Diritti - Riv. giur. elettronica*, pubblicata su internet all'indirizzo <http://www.diritto.it>; A. VANZAN-L. MIAZZI, *Modificazioni genitali: tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali*, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2006, p. 14 ss.; A. NATALINI, *Mai più ferite tribali al*

In relazione ai casi di circoncisione maschile rituale, invece, la giurisprudenza ha considerato questa pratica culturale una condotta di per sé lecita, ma che può integrare il reato di lesioni o quello di esercizio abusivo della professione medica, qualora dall'intervento di circoncisione derivino effetti pregiudizievoli per il minore²⁶³.

Per quanto concerne l'uso "culturale" di sostanze stupefacenti, poi, anche in Italia si sono verificati casi in cui gli imputati, nel difendersi dall'accusa di detenzione, hanno fatto appello alle loro concezioni culturali o religiose e alle particolari modalità di assunzione culturalmente condizionate per chiedere che venisse riconosciuto l'uso personale (e non di spaccio) della sostanza detenuta, e sottrarsi così alle sanzioni penali previste dall'art. 73 del T.U. in materia. Sotto questo profilo, la giurisprudenza ha talvolta tenuto in considerazione, almeno parzialmente, il contesto religioso-culturale invocato dal reo, attribuendo valore, ad esempio, alla circostanza che la detenzione delle fo-

corpo delle donne, in *Dir. giust.*, 5, 2006, p. 99 ss. Per un panorama comparatistico sulle normative degli ordinamenti occidentali in tema di MGF v., inoltre, C. SELLA, *Le mutilazioni genitali femminili come cultural orientated crime. Note di diritto italiano e comparato*, in *Diritto penale XXI sec.*, 2, 2007, pp. 285-308.

²⁶³ V. Trib. Padova 9 novembre 2007, in *Dir. dem. citt.*, 2, 2008, p. 163 ss. con nota di L. MIAZZI-A. VANZAN, *Circoncisione maschile: pratica religiosa o lesione personale?*, *ivi*, p. 67 ss. Il caso riguardava il figlio neonato di una donna nigeriana, il quale, a seguito di un intervento di circoncisione rituale per volere della madre e ad opera di una conoscente di quest'ultima, fu colpito da una forte emorragia prepuziale (così grave da esporlo a pericolo di vita). Il tribunale, nel decidere se i fatti fossero riconducibili ai reati di lesioni e di esercizio abusivo della professione medica, sulla base di un parere del 25 settembre 1998 del Comitato nazionale di bioetica, ha riconosciuto la liceità in sé della circoncisione maschile, considerandola una pratica culturale che, nonostante lasci tracce indelebili sul corpo del minore, non produce di per sé menomazioni o alterazioni della funzionalità sessuale o menomazioni d'altro genere. Le lesioni verificatesi nel caso specifico, di conseguenza, non sono state ritenute imputabili al genitore a titolo di dolo – dal momento che le complicità sulla salute del minore non costituiscono un effetto normale della circoncisione –, ma a titolo di *culpa in eligendo* – giacché la madre, non essendosi rivolta ad idoneo personale sanitario, avrebbe scelto con imprudenza il soggetto chiamato ad effettuare l'operazione. Mancando poi la condizione di procedibilità nel caso concreto per perseguire le lesioni colpose, l'unico reato ascritto alla madre (nella qualità di istigatrice e concorrente materiale) è stato quindi il concorso nell'esercizio abusivo della professione. Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, il tribunale ha escluso un eventuale errore scusabile per mancata consapevolezza di sottoporre il bambino ad intervento di chirurgia di competenza medica, ritenendo non invocabili dall'imputata le usanze del proprio Paese d'origine e ribadendo la necessità che una pur "legittima pratica tradizionale sia eseguita con modalità tali da garantire la sicurezza del minore".

Sul fenomeno culturale della circoncisione maschile, sulla sua rilevanza attuale e sulla diversità di trattamento rispetto alle mutilazioni genitali femminili cfr., L. MIAZZI-A. VANZAN, *Circoncisione*, *cit.*, p. 67 ss.

glie di una pianta dagli effetti droganti (il *qat*) fosse motivata dalla volontà di adempiere ad un complesso e lungo rituale collettivo abitualmente praticato presso talune popolazioni (nella specie si trattava di quella somala)²⁶⁴; ovvero, in un più recente caso balzato anche agli onori della cronaca²⁶⁵, al fatto che i precetti religiosi propri della fede (rastafariana) di un imputato (anche se cittadino italiano), trovato in possesso di una quantità di marijuana ben superiore ai limiti-soglia previsti dalle tabelle ministeriali, prevedano l'uso della marijuana a fini meditativi²⁶⁶.

²⁶⁴ V. Cass. 23 giugno 2003, in *CED* 226596, in *Guida dir.*, 47/2003, p. 69 riportata anche da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 190 ss. In questa vicenda, una cittadina somala immigrata in Italia fu trovata ad importare dall'Olanda una notevole quantità (24 kg c.a.) di foglie e fusti di *qat*. La Cassazione ribaltò la decisione del giudice di merito di condanna per importazione illegale di sostanze stupefacenti, rilevando che le tabelle di cui all'art. 14 del D.P.R. n. 309/1990 non menzionavano espressamente la pianta di *qat*, ma soltanto il catinone, un principio attivo da questa estraibile solo mediante un procedimento chimico. La Corte, quindi, considerò rilevante almeno indirettamente il fattore culturale, laddove fece leva sulle tradizionali modalità di consumo del *qat* da parte dei somali (che avviene per masticazione durante lunghe sedute simposiali) per escludere che l'imputata avesse estratto il catinone dal materiale in suo possesso.

²⁶⁵ Cfr., tra gli altri, l'articolo sul Corriere della sera *on line*, nel sito http://www.corriere.it/cronache/08_luglio_11/la_c_DPR_309_del_1990_assazione_assolve_il_megaspinnello_912973ea-4efa-11dd-932f-00144f02aabc.shtml.

²⁶⁶ V. il recente caso deciso da Cass. 3 giugno 2008, con nota di L. RISICATO, *La detenzione "rituale" di sostanze stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità*, in *Quaderni di diritto e di politica ecclesiastica*, 3, 2008, p. 1039 ss. Il fatto riguardava la detenzione di marijuana, in quantità superiore a quella prevista per uso personale, da parte di un soggetto italiano che si professava praticante della religione rastafariana. L'imputato era stato trovato dai CC. a dormire in una piazzola di sosta e aveva consegnato spontaneamente una busta contenente una notevole quantità di marijuana sfusa (97 grammi, pari a 70 dosi droganti), dichiarando immediatamente di possederla in ragione della sua fede religiosa. Al soggetto veniva contestato il reato di cui all'art. 73 del D.P.R. n. 309/1990. Tale norma, infatti, dopo la recente riforma del decreto legge 272/2005 – conv. dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49 –, punisce colui che «... comunque illecitamente "detiene" sostanze stupefacenti o psicotrope che appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale». La suddetta destinazione dovrebbe essere accertata dal giudice tramite alcuni indici probatori che la legge individua nella *quantità* (utilizzando come parametro i limiti-soglia definiti con decreto ministeriale) e nelle *modalità di presentazione* delle sostanze, nonché nelle «altre circostanze dell'azione». Orbene, nel caso in questione, nonostante la quantità di marijuana rinvenuta fosse ben al di là dei limiti soglia, la Cassazione ha ritenuto che «il semplicistico richiamo al dato ponderale della sostanza e la trascurata valutazione delle circostanze di tempo, luogo e modalità comportamentali dell'imputato, non sembra possano costituire, allo stato, un logico e motivato supporto all'esclusione dell'invocato uso esclusivamente personale». La Corte, in particolare, ha tenuto in considerazione tra le «circostanze dell'azione» anche la religione rastafariana di cui l'imputato si era

Un certo rilievo alle motivazioni culturali, inoltre, è stato attribuito nel caso di uso di un copricapo femminile, in luogo pubblico, per ragioni tradizionalmente religiose (astrattamente idoneo a integrare il reato di cui all'art. 5 della legge n. 152/1975, laddove la norma vieta l'uso di ogni mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona senza "giustificato motivo"). In casi di questo genere la rilevanza penale della condotta è stata esclusa sul rilievo che l'indumento viene in realtà indossato per finalità decisamente diverse da quelle perseguite dalla norma (non potendo l'impiego del copricapo costituire un pericolo per l'ordine pubblico) e ritenendo, altresì, che il vestire secondo la propria tradizione culturale-religiosa integri un "giustificato motivo" legittimante la condotta²⁶⁷.

5.2. Valutazione critica degli orientamenti giurisprudenziali

Dall'esame della giurisprudenza italiana emerge in generale un atteggiamento di tendenziale indifferenza nei confronti del condizionamento culturale. Questo orientamento, di gran lunga prevalente, si fonda essenzialmente sul rispetto del principio di territorialità di cui all'art. 3 c.p. e della ritenuta inviolabilità dei diritti di rango costituzionale, sembrando così confermare l'adozione di alcuni tra i modelli di convivenza interculturale precedentemente analizzati.

Ed invero, il principio di territorialità, affermando la non derogabilità dell'applicazione della disciplina penale interna anche qualora certe condotte di reato realizzate nel territorio italiano siano legittime in

dichiarato praticante, ricostruendo le origini e il significato dell'"erba mediterranea" da parte dei rastafariani e valorizzando tale elemento, insieme ad altri (come, ad esempio, la modalità di presentazione della sostanza, che non fu trovata confezionata in dosi, ma sfusa), per escludere il raggiungimento della prova sull'uso non esclusivamente personale della marijuana.

²⁶⁷ V. Trib. Treviso, decreto d'archiviazione 3 marzo 2005, pubblicato insieme alla richiesta di archiviazione del P.M. in *Dir. imm. citt.*, 1, 2006, p. 176 ss. con nota di G. SCARPARI, *La legge Reale, il burqa e il comune sentire del popolo*, ivi, p. 78 ss. Più di recente cfr. anche Trib. Cremona 27 novembre 2008, in *Corr. merito*, 2009, p. 190 ss., con nota di G.L. GATTA, dove si è escluso, a prescindere dalla valutazione del giustificato motivo, che l'uso del *burqa* possa causare oggettive difficoltà di riconoscimento e costituire un problema oggettivo di ordine pubblico, specie quando l'indumento sia indossato al di fuori di manifestazioni in luogo pubblico e qualora il soggetto non rifiuti l'identificazione.

Sempre sul diritto a professare la propria religione quale "giustificato motivo" che legittima la condotta di reato, in riferimento alla detenzione di un coltellino (c.d. *Kirpan*) da parte di un soggetto di religione sikh e in relazione alla fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 4, comma 2 della legge n. 110/1975, v. Trib. Cremona 13 gennaio 2009 in *Corr. merito*, 2009, p. 399 ss., con nota di G.L. GATTA.

altri sistemi giuridici²⁶⁸, sembra sposare la già citata concezione del “*when in Rome ...*”²⁶⁹, fondata essenzialmente sulla semplice e chiara idea che deve essere l’ospite ad adeguarsi alla situazione in cui viene a trovarsi, e non viceversa.

Per altro verso, il frequente richiamo ai diritti costituzionalmente garantiti – e, in particolare, ai diritti inviolabili dell’individuo, al principio d’uguaglianza e alla pari dignità tra gli esseri umani, alla tutela della famiglia, al diritto alla salute ed all’integrità fisica, come «sbarramento invalicabile contro l’introduzione di consuetudini, prassi o costumi con essi incompatibili» – sembra ben conciliarsi con la tesi multiculturalista liberale à la Habermas del “patriottismo costituzionale”: negare che tradizioni culturali lesive di diritti costituzionali fondamentali possano in qualche modo essere valorizzate per escludere²⁷⁰ o attenuare²⁷¹ la responsabilità penale, infatti, significa individuare implicitamente nella tavola dei valori costituzionali le linee-guida per definire il grado d’apertura dell’ordinamento giuridico alla differenza culturale, il nucleo attorno al quale la società multiculturale dovrebbe definire le regole di convivenza.

In alcune pronunce, tuttavia, nell’escludere una considerazione del fattore culturale in senso favorevole al reo, non ci si limita a richiamare i valori costituzionali, ma si fa ulteriore riferimento alla c.d. “coscienza comune”. In materia di *error iuris*, ad esempio, è frequente il richiamo alle c.d. “norme extra-penali di civiltà”²⁷² per motivare la scelta di non scusare condotte di reato che trovano origine in consuetudini culturali estranee a quella italiana: muovendo dalla premessa che, specie nel caso di reati culturali lesivi della persona, le fattispecie penali realizzate corrisponderebbero al c.d. principio di riconoscibilità

²⁶⁸ Principio che abbiamo visto espressamente enunciato, ad esempio, in Cass. 26 giugno 2007 (nt. 255).

²⁶⁹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 3.

²⁷⁰ Sia sotto il profilo dell’antigiuridicità – escludendo la configurabilità di un eventuale consenso dell’avente diritto (cfr. Cass. 20 ottobre 1999, Bajrami, in nt. 249) o dell’esercizio del diritto (cfr. Cass. 26 ottobre 2006, citata alla nt. 254) –, sia sotto quello della colpevolezza – non riconoscendo la scusabilità dell’*error iuris* in caso di norme conformi al c.d. principio di riconoscibilità (cfr. Cass. 7 novembre 1989, Izet Elmaz, citata nella nt. 254).

²⁷¹ Cfr. Cass. 8 novembre 2002, Khouider, citata nella nt. 246.

²⁷² Il riferimento alle “norme di civiltà” richiama il dibattito sulle c.d. “*Kultur-normen*” e sui rapporti tra sistema penale e coscienza sociale che, a partire da M.E. MAYER, *Rechtsnormen und Kultur-normen*, Breslau, 1903, *passim*, ha poi percorso tutto lo scorso secolo. Su tale questione si rinvia all’analisi (e alla bibliografia ivi riportata) di F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, p. 72 ss.

(secondo cui il disvalore di certe condotte può essere apprezzato anche secondo “norme extrapenali di civiltà”, di “comune riconoscimento sociale”), questo orientamento esclude la possibilità di considerare inevitabile-scusabile l'eventuale ignoranza della legge penale invocata dal reo culturalmente condizionato²⁷³, ritenendo comunque conoscibile la

²⁷³ In relazione ai c.d. reati artificiali, invece, si può osservare come una certa attitudine al riconoscimento dell'inevitabilità dell'*error iuris* a favore di soggetti stranieri poteva riscontrarsi in alcune pronunce di poco successive alla nota sentenza n. 364/1988 delle Corti Costituzionali, nelle quali i giudici hanno fatto riferimento al criterio dello scarso livello di socializzazione dell'imputato. A tal proposito, oltre a Pret. Pescaia, 21 novembre 1988, Seck, in *Foro it.*, 1989, II, p. 248, in relazione ad un caso di detenzione per la vendita di accendini privi del prescritto bollo di Stato da parte di un immigrato senegalese, si segnala una sentenza di Trib. Genova 30 maggio 1989, Khediri, in *Foro it.*, 1989, II, p. 540. In quest'ultima pronuncia, riguardante un caso di detenzione abusiva di armi da parte di due immigrati tunisini provenienti dalla Francia (dove lavoravano come commercianti ambulanti) e trovati in Italia in possesso di una carabina ad aria compressa, appare interessante l'argomentazione seguita dal giudice per riconoscere la scusabilità dell'errore di diritto. Oltre all'applicazione del criterio della carenza di socializzazione in materia di reati artificiali – sulla base di elementi come la conoscenza e la padronanza della nostra lingua da parte dello straniero, l'area geopolitica di provenienza, la corrispondenza della figura delittuosa contestata a crimini ugualmente considerati dal diritto internazionale, valutazioni tutte che vanno poi ulteriormente rapportate al livello culturale dell'agente ed al suo grado di inserimento nella comunità statale –, il giudice fa infatti menzione di un ulteriore criterio, che fa riferimento alla portata dell'obbligo di informazione sulle regole dell'ordinamento vigente di cui dovrebbe farsi carico lo straniero. Secondo il giudice, infatti, «quanto più lo straniero (indipendentemente dalla cittadinanza) abbia uno stabile collegamento con un'area geopolitica prossima alla nostra, tanto maggiore e più ragionevole sarà l'affidamento che farà nella mancanza di punizione per fatti che in tale area sono considerati leciti. Al contrario, quanto maggiore è la distanza – non solo in termini chilometrici, ma in termini culturali e politici – che separa i due ordinamenti, tanto più pregnante diventa il «dovere strumentale di informazione» sulle regole vigenti in Italia (dovere che certamente fa carico anche agli stranieri)». L'applicazione di questo criterio, tuttavia, sembra collidere con la precedente affermazione del parametro della c.d. carenza di socializzazione, non essendo chiaro, in ultima analisi e al di là del caso specifico, se una particolare distanza del soggetto dai principi dell'ordinamento sia un elemento che favorisca o no un giudizio di scusabilità. Riguardo al merito dell'ultimo criterio citato, inoltre, non sembra che spetti al diritto penale, in assenza di una disciplina *ad hoc* del diritto internazionale, individuare in base al grado di diversità culturale l'ampiezza degli obblighi informativi che gli stranieri dovrebbero assolvere nel momento in cui si recano in un altro Paese.

In sentenze più recenti, tuttavia, (v. Cass. 25 agosto 1994; Cass. 12 luglio 2002; Cass. 9 gennaio 2004, tutte riportate da F. BASILE, *Premesse*, cit., p. 203 ss.), l'orientamento espresso sembra più rigoroso nel riconoscere gli estremi dell'inevitabilità dell'errore a favore dello straniero, escludendoli in fatti di reato artificiali ed affermando un generale obbligo di informazione sulla normativa penale, senza distinguere il grado di distanza culturale rispetto al Paese d'origine. Secondo quest'ulti-

meritevolezza del bene giuridico leso in base al criterio della comune coscienza sociale. Invero, l'orientamento giurisprudenziale in questione sembrerebbe rifarsi a quanto sostenuto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988, in particolare nella parte in cui si affermava che, tra le tecniche legislative finalizzate a limitare al massimo le ipotesi di inevitabilità dell'ignoranza penale, andrebbe privilegiata quella di formulare il precetto penale in senso conforme a «norme extrapenali di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare». Nelle argomentazioni della sentenza n. 364, peraltro, il richiamo alle norme extrapenali di civiltà intendeva proprio dare atto della presenza nel nostro ordinamento di norme penali il cui disvalore non appare riconoscibile secondo la coscienza comune (come spesso accade nell'ambito dei reati c.d. artificiali), e rispetto alle quali appaiono più ampi i margini per il riconoscimento di un'*ignorantia legis* inevitabile. Siffatto richiamo non era tuttavia indirizzato, come sembrerebbe presumere l'orientamento giurisprudenziale in esame, a porre una sorta di incompatibilità tra realizzazione di un fatto di reato conforme al principio di riconoscibilità e riscontro di un'ignoranza inevitabile. Specie ove si tenga in mente che il contenuto di norme penali dal valore apparentemente univoco in società monoculturali diviene irrimediabilmente più sfumato nelle odierne società culturalmente eterogenee²⁷⁴, sembra allora legittimo ritenere che la complessità e la diversificazione culturale derivante dai processi di globalizzazione o di glocalizzazione²⁷⁵ non escluda che la stessa distinzione tra reati naturali e reati artificiali possa finire per risultare sbiadita e labile e che, per non smarrirne un'efficacia euristica, sia da sottoporre a distinguo e approfondimenti. Non sembra potersi dunque a priori escludere che, anche in ipotesi di reato apparentemente conformi al principio di riconoscibilità, rimanga spazio, in presenza di determinate condizioni (v. *infra*, cap. "Considerazioni conclusive", par. 2.2.2.), per il riconoscimento di una situazione scusante di ignoranza inevitabile.

Nonostante il prevalente indirizzo giurisprudenziale incline a negare riconoscimento al fattore culturale, dall'analisi della casistica emer-

mo orientamento, pertanto, «lo straniero ha un generale obbligo di informarsi sulla normativa vigente nel Paese in cui per qualsiasi ragione si trova a soggiornare e, in particolare, di documentarsi con speciale diligenza sulle norme di natura o rilevanza penale».

²⁷⁴ Sui rapporti tra «sovrastuttura giuridica e sovrastuttura sociale» in relazione alla possibilità di conoscenza della norma penale, cfr. D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 140 ss.

²⁷⁵ Per tale distinzione terminologica, cfr. Z. BAUMAN, *Globalizzazione e glocalizzazione*, Roma, 2005, *passim*.

gono tuttavia alcune pronunce che si sono mostrate più attente alla possibile influenza della provenienza culturale sul fatto di reato.

In particolare, un ambito in cui è stato valutato il contesto simbolico-culturale del reo concerne l'interpretazione dei c.d. elementi normativi culturali, *id est*, di quelle espressioni semantiche presenti nella descrizione legislativa del fatto tipico o di cause di giustificazione o, ancora, di talune circostanze attenuanti/aggravanti, per la cui comprensione è rilevante il rinvio a valori extragiuridici di derivazione culturale²⁷⁶.

Con riferimento agli elementi normativo-culturali presenti nel fatto tipico, ad esempio, si è visto come nell'interpretazione di concetti quali i «maltrattamenti» di cui all'art. 572 c.p., l'«abuso d'autorità» e la «negazione di libertà dell'individuo» di cui all'art. 600 c.p., ovvero l'«uso non strettamente personale» di sostanze stupefacenti previsto dall'art. 73 del T.U. in materia, la valutazione culturale del reo (o della vittima) sia stata spesso tenuta in considerazione, con effetti sulla qualificazione giuridica del fatto di reato o sulla stessa rilevanza penale della condotta.

Talvolta, poi, l'osservanza di una tradizione religiosa-culturale è stata valorizzata quale elemento capace di dare contenuto all'astratta previsione legale di una causa giustificatrice speciale, come nel caso del c.d. giusto motivo nell'ambito di taluni reati contro l'ordine pubblico²⁷⁷.

Riguardo agli elementi normativi culturali presenti in circostanze destinate ad attenuare o aggravare la pena, invece, il fattore culturale ha influito, segnatamente, sull'interpretazione delle attenuanti dei motivi a delinquere di particolare natura morale o sociale e della provocazione, nonché dell'aggravante dei motivi abietti o futili²⁷⁸.

Ad ogni modo, in via generale si può osservare che le predette categorie giuridico-normative hanno consentito di valutare il fattore cultu-

²⁷⁶ Per un esame delle ipotesi in cui il nostro ordinamento penale presenta elementi normativi culturali, cfr. F. BASILE, *Immigrazione*, cit., p. 125 ss.

²⁷⁷ È quanto può avvenire, ad esempio, in relazione al reato di cui all'art. 5 della legge n. 152/1975 (che vieta l'uso di ogni mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona senza giustificato motivo), dove, come si è notato, la tradizione culturale del reo può costituire il giustificato motivo che legittima la condotta di travisamento del volto (v., *supra*, nt. 267).

²⁷⁸ V. le sentenze citate nella nt. 247. La valutazione del fattore culturale nell'ambito dei motivi a delinquere, che nel nostro ordinamento può portare al più al riconoscimento di un aggravante o di un'attenuante, abbiamo visto che assume invece connotati ed effetti del tutto peculiari nell'ordinamento tedesco, laddove tali elementi incidono direttamente sulla fattispecie di reato realizzata, con notevoli conseguenze sotto il profilo sanzionatorio.

rale, sul piano del trattamento sanzionatorio, in senso tendenzialmente favorevole al reo. Nondimeno, nella giurisprudenza italiana vi sono state sporadiche applicazioni di segno opposto: cioè che, in sede di determinazione della pena, hanno guardato alla motivazione culturale come elemento aggravante, quale espressione di una particolare lontananza del reo dai precetti normativi e, dunque, quale sintomo di un'accentuata capacità a delinquere²⁷⁹.

D'altronde, ancorché pure in ambito dottrinario la socializzazione straniera del reo tende a essere intesa quale elemento attenuante della responsabilità penale per i motivi che abbiamo già più volte menzionato, non sono analogamente mancate impostazioni teoriche che inclinano invece in una direzione contraria: nel senso cioè di porre in risalto le esigenze di difesa della società innanzi a comportamenti che, proprio in quanto espressione di interi gruppi culturali, rischiano di avere una diffusione seriale. In entrambi i casi, ad ogni modo, il terreno comune sul quale si radicano questi approcci di segno contrario è rappresentato dal principio di colpevolezza: la ricostruzione di tale principio, dunque, è fondamentale per stabilire come trattare le condotte di reato culturalmente motivate.

Proprio a questo problema è dedicato il capitolo successivo del presente lavoro.

²⁷⁹ V., *supra*, nt. 256.

CAPITOLO III

QUALE COLPEVOLEZZA PER I REATI CULTURALI?
DA JAKOBS A ZAFFARONI, TRA INFEDeltÀ
STRUTTURALE AL DIRITTO E VULNERABILITÀ

SOMMARIO: 1. La “colpevolezza dello straniero” secondo Günther Jakobs. – 2. Il minor “sforzo in direzione della vulnerabilità”: Applicazione della concezione della colpevolezza di Zaffaroni ai reati culturali.

1. La “colpevolezza dello straniero” secondo Günther Jakobs

L’attenzione di seguito dedicata ai contributi di Günther Jakobs si spiega non solo per la particolare notorietà dei punti di vista in tema di colpevolezza prospettati da questo autore, ma soprattutto per il suo recente e specifico interesse per la questione della colpevolezza del reo culturalmente condizionato. Nel suo saggio “*Die Schuld der Fremden*” (la colpevolezza dello straniero)²⁸⁰, infatti, Jakobs tratta il tema dei reati culturali unitamente a quello della delinquenza politica motivata dal clima culturale di alcuni regimi autoritari: ciò allo scopo di individuarne le similitudini e concludere che, in entrambe le situazioni, il sistema di valori fatto proprio dall’agente può, *prima facie*, fungere da segno rispettivamente di assenza di colpevolezza (*Unschuld*), di colpevolezza diminuita (*geminderten Schuld*), ma anche di colpevolezza non attenuata (*ungeminderten Schuld*).

Ed invero, nella prima parte dedicata alla delinquenza politica, Jakobs riporta il caso Stachinskij, cioè di un agente segreto dei servizi sovietici, che, pur non condividendo l’ordine del KGB di uccidere due uomini in Germania, non trovò il coraggio di ribellarsi all’autorità statale e agì comunque. La decisione in proposito adottata dal BGH di attenuare la responsabilità del reo (nella specie, tramite la scelta di qualificare mera condotta di compartecipazione l’azione dell’agente) viene invero fortemente criticata dal penalista tedesco, il quale ne stigmatizza l’arbitrarietà, ponendo l’attenzione su altri elementi del contesto, non valutati dai giudici, che avrebbero invece potuto spingere verso soluzioni di segno opposto. Se la considerazione del condizionamento ambientale del regime totalitario – di cui il reo stesso può essere considerato vittima – sembra in effetti deporre a favore di un’attenuazione della responsabilità penale, dall’analisi di altri fattori sembra viceversa

²⁸⁰ G. JAKOBS, *Die Schuld der Fremden*, cit., p. 831 ss.

desumibile una colpevolezza aggravata: da un lato, infatti, il non mettere mai in dubbio la fedeltà al regime potrebbe costituire già di per sé un segno di particolare riprovevolezza dell'agente; dall'altro, l'essere in disaccordo con l'ideologia e con i *modus operandi* dei servizi segreti sovietici gli offriva la capacità di comprendere la perversione del contesto di appartenenza e lo poneva in condizione di astenersi dall'adempimento dell'ordine.

Jakobs traspone le suddette riflessioni sulla criminalità politica ai reati culturalmente orientati (da lui definiti «delitti privati a socializzazione straniera») – dove «l'autorità da non mettere in dubbio» non è costituita dallo Stato totalitario, bensì da una concezione culturale radicata nei valori di riferimento del reo, cui egli appartiene ed alla quale si sente vincolato – e trae spunto da alcune sentenze del BGH²⁸¹, relative a casi di omicidio, per analizzare il tema dei riflessi del condizionamento culturale sui motivi a delinquere e, più in generale, sulla colpevolezza²⁸².

I due profili, peraltro, sono strettamente collegati: se è vero che, per quanto concerne l'interpretazione dei motivi a delinquere, il problema che si pone è quello di definire il parametro di riferimento per la valutazione dei motivi abietti, non essendo pacifico se «un motivo a delinquere abietto si fonda su un'aggressione ad un *determinato* ordinamento di valori o su un nichilismo di valori dell'agente – se un motivo, quindi, è abietto in senso oggettivo (secondo l'ordinamento di valori locale) e se lo è da un punto di vista soggettivo»²⁸³; è anche vero che la risposta a questo interrogativo non può tuttavia non dipendere, secondo Jakobs, da una preliminare determinazione della funzione della colpevolezza e dei suoi rapporti con la pena (“tesi”), in modo da poi verificarne le applicazioni nelle varie componenti di cui il concetto complesso di colpevolezza si compone (“svolgimento”).

Orbene, nel rifiutare l'idea di una colpevolezza psicologica, tutta incentrata su una sorta di un “*tout comprendre*” e di un “*tout pardonner*”, Jakobs esprime la necessità che il principio di colpevolezza svolga sempre un'inequivocabile funzione normativa d'orientamento e di conferma, funzionale alle esigenze di conservazione della società.

²⁸¹ BGH 20 febbraio 2002 (nt. 232); BGH 28 gennaio 2004 (nt. 234); BGH 10 gennaio 2006 (nt. 232).

²⁸² Come precisato dall'autore, infatti, se è vero che la questione investe in via diretta i motivi a delinquere – trattandosi di valutare, nei tre casi giurisprudenziali commentati, il ruolo da attribuire al fattore culturale nell'interpretazione dei requisiti della fattispecie di *Mord* e, in particolare, dei motivi abietti (*niedrieg*) o dei mezzi maliziosi (*heimtückisch*) –, essa in realtà inerisce al più ampio tema dei rapporti tra fattore culturale e *quantum* di colpevolezza ascrivibile al reo.

²⁸³ *Ibidem*, p. 235.

D'altra parte, la debolezza delle teorie volte a psicologizzare la colpevolezza emergerebbe sol che si consideri che «l'ordinamento giuridico concreto è qualcosa di diverso rispetto ad un riflesso dell'anima individuale», e che «da fatti psichici è possibile desumere cosa è o cosa sarà, ma non per cosa si deve essere responsabili»²⁸⁴. Il criterio-guida per determinare il *quantum* di colpevolezza ascrivibile al reo, invece, dovrebbe fondarsi, in primo luogo, sulla regola tutta normativa secondo cui «ciò che questa società "tollera" in senso psicologico può avvenire e ciò che essa esige in senso normativo deve accadere»²⁸⁵; e, in secondo luogo, riempiendo il concetto normativo di colpevolezza tramite il rinvio alle esigenze utilitaristico-preventive della società: sta tutto nell'aggiunta del termine *funzionale* a tale concetto²⁸⁶, pertanto, il *quid pluris* che dà «un nome al principio secondo cui si decide cosa deve essere normativizzato e cosa può essere psicologizzato».

Il punto di partenza adottato da Jakobs nella sua analisi dei reati culturali si fonda, quindi, sulle sue note tesi preventivo-funzionaliste della colpevolezza, da tempo al centro di un complesso dibattito sui difficili rapporti tra colpevolezza e prevenzione penale. Si tratta di un'impostazione teorica che, riprendendo le teorie sistemico-sociologiche di Luhmann della fiducia istituzionale come forma d'integrazione sociale, considera la pena come un mezzo per reagire allo scuotimento della fiducia che i cittadini avverirebbero a seguito della violazione del precetto penale. La sanzione opererebbe come meccanismo interno al sistema sociale, in quanto applicata allo scopo di ristabilire l'ordine (*lato sensu*) violato e di fungere da conferma cognitiva dei consociati circa i valori che fondano la convivenza sociale; specularmente, l'ascrizione della colpevolezza non potrebbe che fondarsi sulla medesima base utilitaristica, sulla necessità cioè di riaffermare il vincolo di fedeltà all'ordinamento²⁸⁷.

²⁸⁴ G. JAKOBS, *Die Schuld der Fremden*, cit., p. 853.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 840.

²⁸⁶ In particolare sul concetto di colpevolezza funzionalistica, v. G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, *passim*; Id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2 Aufl., Berlin-New York, 1991, pp. 7 ss., 480 ss.; Id., *Das Schuldprinzip*, Opladen 1993, p. 7 ss.

²⁸⁷ Jakobs ritiene peraltro che anche autori come Streng si siano di recente avvicinati alle sue teorie funzionaliste, pur partendo da prospettive alquanto diverse. Dopo le precedenti prese di posizione a favore di una colpevolezza orientata alla psicologia del profondo, infatti, Streng, nel riferirsi ad «esistenti rappresentazioni di giustizia che il giudice deve considerare come membro della società per una conferma e per un rafforzamento della norma», avrebbe aderito ad una concezione analitico-funzionalista della colpevolezza fondata su parametri social-psicologici: cfr. G. JAKOBS, *Die Schuld der Fremden*, cit., p. 839 (nt. 34).

Un siffatto principio funzionalistico di colpevolezza, applicato ai reati culturali, non sembra in realtà aprire spazi per una considerazione del condizionamento culturale quale fattore attenuante: il punto d'osservazione privilegiato, invero, non è quello dell'accertamento di una piena consapevolezza del reo rispetto alla propria condotta – aspetto che potrebbe giustificare una valutazione in senso attenuante dell'eventuale deficit cognitivo-psicologico subito nella formazione della volontà criminale –, bensì quello dell'aspettativa normativa di riaffermare e consolidare i valori sociali dominanti, rispetto ai quali la diversa eredità culturale costituisce un elemento che viene visto dall'ordinamento con indifferenza, se non con sospetto o, addirittura, con allarme.

Jakobs si preoccupa poi di suffragare le ragioni che giustificano un orientamento di tal rigore, analizzando la possibile rilevanza del condizionamento culturale sotto i vari profili che compongono il complesso concetto di colpevolezza.

Ed invero, quanto all'imputabilità, l'opzione di considerare l'abitudine del reo a seguire principi e valori differenti da quelli accolti dall'ordinamento quale parziale incapacità di prestazione psicologica determinata da ragioni culturali – e, quindi, alla stessa stregua di un'infermità, rilevante ai sensi del § 20 StGB – sarebbe impedita dalla circostanza che questa sorta di “infermità culturale” comporterebbe un'inammissibile autorelativizzazione del diritto, il quale sarebbe costretto a privarsi della sua naturale dimensione autoritaria nei confronti di chi si mostri “entusiasticamente diverso” rispetto alle regole vigenti²⁸⁸: ammettere che la difficoltà (o anche l'impossibilità) psicologica di riconoscere il diritto valga ad escludere la capacità di osservanza della norma, infatti, finirebbe per far considerare sempre legittimo un volontario e radicale allontanamento dal diritto, cosa del tutto inaccettabile ove si intenda tener ferma la funzione del diritto penale come consolidamento della struttura sociale esistente.

Inoltre, le conseguenze sul piano funzionalistico di un'eventuale esclusione di responsabilità per il reo culturalmente condizionato sarebbero ben diverse rispetto a quelle che derivano dalla disciplina di favore prevista per l'infermità mentale. La scelta di non imporre una pena agli infermi di mente, infatti, è legittimata dal carattere straordinario di queste ipotesi: come nel famoso caso di Kasper Hauser, condotte criminali del tutto isolate ed eccezionali non scuoterebbero la fiducia dei consociati nella stabilità dell'ordine sociale e, pertanto, non arrecando un *vulnus* alla funzione di orientamento del diritto, consen-

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 843.

tirebbero di perdonare ciò che nei “casi comuni” meriterebbe invece la sottoposizione a pena.

Un'eventuale difficoltà o incapacità di osservanza della norma, quindi, potrebbe rilevare secondo Jakobs solo in costellazioni di casi determinate ed eccezionali, le quali, proprio per questi loro caratteri, non creano un turbamento della società, e nei cui confronti l'intervento della sanzione penale come meccanismo omeostatico delle aspettative sociali non appare necessario.

Non rientrerebbero in tale categoria eccezionale, invece, le ipotesi dei reati culturali. Il riconoscimento di una parziale incapacità sociale a favore del reo culturalmente condizionato, invero, avrebbe una portata così ampia e generalizzata da costituire un'estesa deroga al principio di fedeltà al diritto; e inciderebbe così negativamente sul mantenimento della struttura sociale da giustificare la perentoria conclusione jakobsiana secondo cui «uno Stato, nel cui territorio soggiornano milioni di persone con socializzazione straniera, deve trattare i generali problemi di adattamento degli stranieri come una *loro faccenda*»²⁸⁹.

Le argomentazioni svolte da Jakobs sull'imputabilità dei soggetti a socializzazione straniera vengono poi dallo stesso autore riprese in più punti anche in relazione all'inevitabilità dell'errore di diritto²⁹⁰, alla valutazione della corresponsabilità della vittima²⁹¹ e al generale principio di esigibilità²⁹², sempre alla luce del concetto funzionalistico di colpevolezza.

Sono note, peraltro, le critiche che le teorie funzionaliste di Jakobs hanno ricevuto all'interno del dibattito sulla colpevolezza²⁹³. Da un lato, infatti, le teorie sistemiche à la *Luhmann* applicate al diritto penale falliscono nel momento in cui sembrano sfociare in una “apologia” degli ordinamenti esistenti, senza essere in grado di fornire alternative sistemiche rispetto al sistema vigente²⁹⁴; dall'altro, nella prospettiva di

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 848.

²⁹⁰ *Ibidem*, pp. 848-849.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 849.

²⁹² *Ibidem*, p. 851.

²⁹³ Per queste critiche, nell'ambito dell'ampia discussione circa i rapporti tra colpevolezza e prevenzione, stimolata soprattutto dai lavori di Claus Roxin, cfr. T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 798 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 860 ss.; E. VENAFRO, *Scusanti*, Torino, 2002, p. 120 ss.; R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, pp. 39 ss. e 78 ss.

²⁹⁴ Cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza*, cit., p. 863.

Jakobs l'ascrizione della colpevolezza appare del tutto marginalizzata e posta a servizio della prevenzione stabilizzatrice, degradando quello che dovrebbe essere un rimprovero personale ad una mera reazione contro la delusione delle aspettative sociali. Concepire i rapporti tra prevenzione e colpevolezza in senso esclusivamente funzionale, in realtà, vuol dire non tenere in adeguata considerazione che la coincidenza di effetti tra prevenzione e colpevolezza è solo occasionale (e non un dogma), e che il principio di colpevolezza può assolvere quella funzione autonoma di argine garantistico contro le eventuali strumentalizzazioni punitive del reo solo ove in caso di contrasto tra le esigenze della colpevolezza individuale e quelle della prevenzione siano le prime a prevalere²⁹⁵.

La genesi culturale delle motivazioni a delinquere, dunque, non può essere sbrigativamente trattata alla stessa stregua di una "faccenda personale" delle comunità immigrate o come una peculiare "infedeltà" al diritto cui rispondere con adeguato rigore: piuttosto, si tratta di una questione da approfondire e valutare caso per caso, in modo da comprendere se e fino a che punto abbia in negativo inciso sull'integrità della componente rappresentativo-volitiva del reo e quali conseguenze possano da ciò trarsi sul giudizio di rimproverabilità personale²⁹⁶.

2. *Il minor "sforzo in direzione della vulnerabilità". Applicazione della concezione della colpevolezza di Zaffaroni ai reati culturali*

Un approccio che sembra condurre, nel campo dei reati culturali, a risultati opposti rispetto a quanto si conseguirebbe dall'applicazione delle teorie funzionaliste della colpevolezza, è invece quello adottato dal penalista argentino Eugenio Raul Zaffaroni con l'elaborazione del concetto di «colpevolezza per la vulnerabilità»²⁹⁷.

L'idea di partenza, che trae spunto da concetti già noti alla sociologia della devianza, consiste nella premessa che le politiche penali (pro-mananti dalle c.d. agenzie di criminalizzazione primaria) si caratteriz-

²⁹⁵ Cfr. E. VENAFRO, *Scusanti*, cit., p. 123 ss.

²⁹⁶ A tal proposito, sempre nella dottrina tedesca, cfr. K. NEHM, *Blutrache*, cit., p. 419 ss.

²⁹⁷ Cfr. E.R. ZAFFARONI-A. ALAGIA-A. SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2005, p. 622 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 339 ss.; ID., *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, 1994, p. 255 ss.

zerebbero per una tendenziale *selettività*, nel senso di individuare i candidati alla criminalizzazione secondo categorie predeterminate o veri e propri stereotipi. Questa condizione iniziale di esposizione potenziale al rischio di sanzioni penali denoterebbe una situazione di “*vulnerabilità*” del soggetto, destinata a segnare la prima fase del processo di criminalizzazione. In una seconda fase, poi, la messa in opera dell'intervento penale passerebbe attraverso le decisioni delle autorità giudiziarie (agenzie di criminalizzazione secondaria), le quali si servirebbero di criteri di natura oggettiva per bloccare o, al contrario, proseguire il processo di criminalizzazione (rispetto alla decisione dell'agenzia giudiziaria, allora, l'imputato si troverebbe in una situazione di “*vulnerabilità concreta*”). Il compito della magistratura, in particolare, diventerebbe quello di limitare la violenza della pena statale, la quale, nonostante i tentativi teorici di legittimazione che la dottrina si è sforzata nel corso del tempo di elaborare, non avrebbe in realtà alcuna dignità razionale, esprimendo al contrario la violenza con cui il potere intende riprodursi (ed è peraltro questa la ragione per cui Zaffaroni elabora una teoria del reato a partire da una concezione c.d. “agnostica” della pena).

La limitazione del potere penale e dell'arbitrarietà selettiva delle agenzie primarie, secondo Zaffaroni, può avvenire attraverso la teoria del reato, destinata a individuare quel complesso di requisiti in presenza dei quali l'agenzia giudiziaria non può esimersi dal proseguire il processo di criminalizzazione. Tra gli elementi della teoria del reato finalizzati ad assolvere tale funzione di controllo e limitazione del potere punitivo, una particolare rilevanza è appunto attribuita alla colpevolezza del reo, intesa da Zaffaroni in modo del tutto peculiare.

Secondo l'autore, infatti, il concetto di rimproverabilità personale o di “riprovevolezza”, su cui si fonda la c.d. concezione normativa della colpevolezza, non può sottrarsi ad un'inevitabile situazione di crisi: da un lato, la menzionata natura selettiva del sistema penale escluderebbe già *in nuce* la possibilità che quest'ultimo possa essere legittimato a muovere un rimprovero di natura etica; dall'altro, l'eventuale *escamotage* di rifiutare un'accezione etica del rimprovero personale, per affermarne una dimensione esclusivamente giuridico-normativa, significherebbe abbandonare la categoria della legittimità del potere punitivo pubblico per cedere il passo a quella della mera utilità. La soluzione contro-selettiva proposta da Zaffaroni consiste, allora, nell'individuare un nuovo concetto di colpevolezza, che fornisca all'agenzia giudiziaria un criterio razionale sulla base del quale regolare le proprie decisioni. Il concetto che viene proposto è quello, appunto, di «colpevolezza per la vulnerabilità»: l'ascrizione della colpevolezza dovrebbe cioè fondarsi sul «rimprovero per lo sforzo personale che il soggetto ha

compiuto per collocarsi nella situazione di vulnerabilità concreta nei confronti del potere punitivo»²⁹⁸.

Per meglio chiarire questo concetto occorre partire da due gruppi di fattori di vulnerabilità che vengono distinti nella costruzione teorica di Zaffaroni: da un lato, infatti, vi sarebbe la *posizione o stato di vulnerabilità*, corrispondente al rischio di selezione penale che un soggetto corre a causa della mera appartenenza ad uno stereotipo sociale, economico o culturale; dall'altro, lo *sforzo personale in direzione della vulnerabilità*, che ha natura strettamente individuale e corrisponde al grado di rischio di selezione in cui è la persona stessa a porsi con il proprio comportamento. È proprio sulla base di quest'ultimo elemento che andrebbe riconosciuta la colpevolezza, giacché esso, secondo Zaffaroni, riflette la misura del contributo personale che il reo fornisce per confermare la selezione operata a monte dal potere punitivo. Lo sforzo in direzione della vulnerabilità, peraltro, sarebbe un concetto graduabile, capace di tenere adeguatamente in conto il fatto che «chi parte da un basso stato o posizione di vulnerabilità deve porre in essere uno sforzo di considerevole entità per trovarsi in una situazione che lo ponga ad un alto livello di vulnerabilità, e viceversa»²⁹⁹. In altri termini, nell'impostazione di Zaffaroni si vuole dare atto della circostanza che i soggetti che soggiacciono già ad un rischio di selezione penale (vulnerabilità appunto) di partenza alto, secondo lo stereotipo accolto dal legislatore, si troverebbero in una maggiore "vicinanza" al crimine e compirebbero, quindi, uno sforzo di autodeterminazione in direzione della vulnerabilità concreta comparativamente minore rispetto a quello compiuto da un soggetto che parte da un grado di vulnerabilità più basso. Quanto più alto è lo sforzo personale, di altrettanto si ridurrebbe la possibilità per il giudice di impedire una risposta criminalizzatrice e, pertanto, tanto maggiore dovrebbe essere la pena.

La colpevolezza per la vulnerabilità così elaborata da Zaffaroni sembrerebbe dar luogo ad una nuova forma di colpevolezza d'autore; ma è lo stesso penalista argentino a rivendicarne la specificità, definendone i rapporti con, da un lato, la "colpevolezza per il fatto" e, dall'altro, la "colpevolezza d'autore". Sotto il primo profilo, infatti, egli tiene a precisare che la colpevolezza per la vulnerabilità non si sostituisce, ma si accompagna alla colpevolezza per il fatto, potendo operare eventualmente solo in funzione riduttiva di quest'ultima, la quale continuerebbe a segnare il limite massimo e insuperabile della pena da

²⁹⁸ E.R. ZAFFARONI, *Derecho penal*, cit., p. 624.

²⁹⁹ E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, 1994, p. 285.

irrogare. Riguardo invece ai rapporti con la colpa d'autore, se ne evidenziano gli effetti diametralmente opposti, giacché, mentre nelle teorie del passato (sulla c.d. colpa d'autore) era proprio nella conformità della condotta ad uno stereotipo che si rintracciavano i presupposti per muovere un rimprovero al soggetto, l'effetto più frequente dell'applicazione della c.d. colpevolezza per la vulnerabilità dovrebbe invece essere quello di attenuare o escludere il rimprovero quanto più la condotta del soggetto rimanga conforme allo stereotipo di legge³⁰⁰. Il tentativo di elaborare questa peculiare concezione della colpevolezza, pertanto, nasce dalla ricerca di un rapporto dialettico tra la colpevolezza dell'atto e l'esigenza di prendere in considerazione la selettività del processo di criminalizzazione, nella convinzione che solo grazie a questo correttivo il potere giuridico di limitare la potestà punitiva diverrebbe razionale ed eticamente giustificabile.

Occorre ora chiedersi a quali risultati possa condurre l'applicazione della c.d. colpevolezza per la vulnerabilità nell'ambito dei reati culturalmente orientati.

È evidente che le conseguenze sanzionatorie sarebbero di tutt'altro tenore rispetto, ad esempio, all'applicazione delle tesi utilitaristiche di Jakobs. Si potrebbe ben sostenere, infatti, che i soggetti immigrati nel nostro territorio si trovano, rispetto a determinate fattispecie di reato, in un elevato stato di vulnerabilità iniziale e che, d'altra parte, lo sforzo personale che essi devono compiere per la realizzazione del reato risulta minimo; ciò varrebbe dunque a legittimare il riconoscimento di una colpevolezza attenuata o addirittura nulla. Ad esempio, nel valutare l'abitudine di alcune popolazioni nomadi di portare con sé i figli in attività di accattonaggio o quella di altri gruppi culturali che segnano talune fasi della crescita con l'esecuzione di incisioni sul corpo, si potrebbe sostenere che il soggetto agente, in ragione della sua provenienza etnica e delle connesse abitudini di vita, si trovi dinnanzi alla norma violata in una situazione iniziale di alto rischio penale e che, nel semplice adeguarsi al sistema culturale cui appartiene, realizzi uno sforzo personale minimo per collocarsi nella situazione di vulnerabilità concreta³⁰¹.

Accogliendo una siffatta concezione della colpevolezza, pertanto, non sarebbe incongruo ritenere che il condizionamento culturale in alcune ipotesi di reato possa incidere talmente sul grado di sforzo verso la vulnerabilità concreta – degradandolo ad un livello particolarmente

³⁰⁰ Cfr. E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca*, cit., p. 290 ss.

³⁰¹ Sui rapporti tra multiculturalismo e vulnerabilità cfr., in un'ottica extrapenalistica, E. OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in *Pol. dir.*, 1, 2007, p. 71 ss.

basso o addirittura nullo – da giustificare una forte attenuazione, se non un'esclusione, della responsabilità penale³⁰².

Le soluzioni cui giungerebbe la concezione della c.d. colpevolezza per la vulnerabilità nell'ambito dei reati culturalmente orientati, tuttavia, sembrano incorrere in un'obiezione fondamentale: quella di guardare solo all'autore e non anche alla vittima, lasciando quest'ultima in tutto o in parte priva di tutela e svilendo così uno dei principali scopi del diritto penale. I margini entro cui il principio di colpevolezza consente una valorizzazione del condizionamento culturale subito dal reo, invece, non sembrano determinabili a priori, bensì in concreto, secondo le modalità che ci preoccuperemo di chiarire meglio in seguito³⁰³.

³⁰² La possibilità di differenziare la risposta punitiva a seconda dell'origine culturale del reo è peraltro espressamente accolta da Zaffaroni in un altro scritto. Come si legge in E.R. ZAFFARONI (a cura di), *Sistemas penales y derechos humanos en America Latina (informe final). Documento final del Programa de investigacion por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986)*, 1986, p. 58, è necessario elaborare «concetti dottrinari che permettano di concludere nel senso della non-colpevolezza di qualsiasi soggetto che, a causa delle norme del suo gruppo culturale, non può improntare la sua condotta alle norme giuridiche o culturali dominanti» (la citazione è riportata da A. BERNARDI, *Modelli penali*, cit., p. 43).

³⁰³ V. *infra*, par. 2.2.2.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Il ruolo del legislatore. – 2. Il ruolo del giudice. – 2.1. Nei reati culturali senza vittima. – 2.2. I residui spazi per il riconoscimento del fattore culturale nei casi c.d. di restrizioni interne. – 2.2.1. Gli elementi normativi culturali. – 2.2.2. I riflessi del condizionamento culturale sul principio di colpevolezza. – 3. Un diritto penale sensibile alle specificità culturali.

I rapporti tra “diritto penale e cultura dell’altro” appaiono difficili da decifrare in ragione della complessa natura di questi due diversi sistemi di significato, ed è per questo che anche l’innocuo uso del termine “conclusioni” sembra doversi accompagnare ad avvertenze di segno prudenziale. Sia il diritto penale, sia la cultura, infatti, sono universi concettuali multidimensionali (dotati anche di forti valenze simboliche), che interagiscono tra loro in vario modo a seconda del periodo storico³⁰⁴ e che, pur agendo su piani distinti, operano entrambi come meccanismi motivazionali delle condotte individuali, prevedendo sanzioni per i comportamenti difformi dalla regola. È ovvio che un ordinamento giuridico, in caso di conflitto tra le rispettive pretese dei due universi, non possa che attribuire la prevalenza al diritto penale; ma non è altrettanto certo che ciò escluda la doverosità, finanche per il settore più intollerante (giacché necessariamente fondato sull’uso della violenza) dell’ordinamento, di comprendere la situazione concreta in cui la condotta di reato si realizza, tenendo conto di quel complesso sistema di simboli, quale è la cultura, che costituisce uno dei più importanti fattori identitari dell’individuo e delle sue scelte d’azione. La situazione evidentemente si complica quando le ipotesi di conflitto aumentano a causa dell’intensificarsi dei flussi migratori e del contatto sempre più frequente e repentino tra mondi culturali assai lontani, che si trovano a dover condividere le stesse regole di convivenza.

In questi casi, alla domanda circa gli spazi che residuano per la considerazione della cultura del reo si può rispondere a partire da una duplice prospettiva: quella legislativa e quella giurisdizionale.

³⁰⁴ Cfr. F. BASILE, *Immigrazione*, cit., p. 72 ss.

1. Il ruolo del legislatore

Nel caso in cui i confini della tolleranza tra culture differenti appaiono oltrepassati – come in genere avviene per i fatti di reato culturalmente motivati – il legislatore non trova limiti nelle scelte di criminalizzazione, se non quelli previsti dai principi generali che la Costituzione, in via esplicita o in via interpretativa, impone. L'eventuale scelta legislativa di sottoporre a pena una pratica culturale che lede beni meritevoli di tutela, invero, non sembra in linea di principio sindacabile sul piano della legittimità. Anzi, l'intervento legislativo avrebbe il pregio di garantire una certa pubblicità dei precetti positivizzati, informando più facilmente i destinatari sulla contrarietà alla legge di loro comportamenti abitualmente praticati e stimolandoli ad adeguarsi al dato normativo o, al contrario, se in disaccordo, a contestarlo.

Trattandosi di questioni assai delicate quali l'appartenenza culturale dell'individuo, tuttavia, è necessario che la scelta legislativa di penalizzazione si formi nel rispetto di alcuni criteri, volti ad impedire il sempre immanente rischio che la volontà normativa si tramuti in strumento di mera intolleranza culturale. In particolare, sembrano almeno due le regole-guida che occorre imprescindibilmente seguire nel fissare i limiti di convivenza tra le culture. Da un lato, è necessario non limitarsi a predisporre misure meramente punitive, affiancando quest'ultime con azioni positive di informazione, sostegno e promozione sociale, idonee a rendere i destinatari consapevoli delle motivazioni del divieto penale e a offrire strumenti alternativi per rispettare in modo legittimo i valori sottesi a certe pratiche culturali³⁰⁵. Dall'altro, i processi di criminalizzazione relativi a pratiche culturali ritenute intollerabili dovrebbero richiedere la partecipazione dei destinatari stes-

³⁰⁵ Nella pur criticabile normativa (principalmente, ma non solo, perché sproporzionata nell'eccessivo rigore sanzionatorio) di recente introdotta in Italia sulle mutilazioni genitali femminili, ad esempio, la legge contempla anche una serie di interventi sociali per contrastare il fenomeno.

La particolare capacità informativa dello strumento legislativo può avere effetti proficui sulla consapevolezza e sulla comprensione delle proprie tradizioni culturali. Talvolta, infatti, certe pratiche culturali lesive vengono realizzate senza che né il reo, né la vittima, riescano a comprenderne realmente le conseguenze. Per quanto riguarda l'infibulazione e i danni alla salute che essa crea, ad esempio, da interviste ad alcune donne infibulate è emerso che molte di loro non riuscivano a connettere con una relazione di causa/effetto l'operazione subita in età prepuberale con le conseguenze a lungo termine: nell'impossibilità di confrontarsi con altre donne non circoncese la credenza, infatti, è quella che tutte le tragiche vicissitudini del corpo siano connaturate con la condizione in sé di donna (v. P. GRASSIVARO GALLO, *La circoncisione femminile in Somalia. Una ricerca sul campo*, Milano, 1986, pp. 103, 152 ss.).

si al processo selettivo-decisionale che li riguarda, secondo il già descritto modello di “concezione binaria della democrazia deliberativa” sostenuto da Seyla Benhabib (che volge lo sguardo tanto ai canali ufficiali delle istituzioni quanto a quelli fattuali della dimensione sociale)³⁰⁶. Se è fondata l’idea che un presupposto essenziale nella formazione del consenso è il giudizio su una decisione che viene dato da chi potenzialmente la deve accettare³⁰⁷, allora è solo in una strategia inclusiva di questo genere che sembra potersi trovare una ragionevole via per comporre il conflitto tra orizzonti culturali differenti: ciò per far sì che il divieto penale appaia legittimo anche presso i gruppi culturali che tradizionalmente seguono pratiche rituali penalmente illecite alla stregua dell’ordinamento dello Stato d’accoglienza.

2. Il ruolo del giudice

L’altro piano su cui occorre soffermarsi in merito ai rapporti tra diritto penale e culture minoritarie è quello giurisprudenziale, il quale non ha di certo i pregi dell’intervento legislativo sotto il profilo pubblicistico-informativo, ma che, per altro verso, possiede la dote della flessibilità (elemento che appare di fondamentale importanza quando si tratta di dover risolvere con l’applicazione della pena il problema dell’incontro tra sistemi culturali differenti).

La questione che si pone a questo punto, com’è intuibile, è quella di definire il ruolo del giudice nelle società multiculturali, anche a prescindere dalle politiche criminali scelte dal legislatore. Dall’analisi fin qui svolta, infatti, non sembra potersi desumere che innanzi all’impatto della multiculturalità il giudice possa rimanere trincerato dietro un asettico appello all’uniformità del diritto; piuttosto, egli dovrebbe dotarsi degli strumenti necessari per valutare il peso da attribuire alla cultura nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento.

A nostro avviso, il metodo più opportuno per fornire una risposta penale adeguata ai reati culturali in sede giudiziaria sembra essere quello di considerare il fattore culturale non tramite criteri prestabiliti in via generale e astratta, ma secondo una logica differenziatrice: la quale, cioè, valuti caso per caso le diverse tipologie di reato e tenga

³⁰⁶ Su tale modello, v. *supra*, cap. I, par. 3. In generale, sui rapporti tra diritto penale e modelli di democrazia v. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, 2007, n. 36, p. 1248 ss.

³⁰⁷ Sul punto, cfr. H. VOLLMER, *Akzeptanzbeschaffung: Verfahren und Verhandlungen*, in *Zeitschrift für Soziologie*, 2/1996, p. 147 ss.

conto degli scopi del diritto penale così come concretamente coinvolti nella realizzazione della fattispecie criminosa. Beninteso, pur nella consapevolezza della varietà e della mutevolezza delle concrete situazioni che vengono in giudizio, l'interprete non può peraltro sottrarsi in ogni caso all'impegno di proporre criteri orientativi e strumenti ermeneutici il più possibile rispettosi dei canoni di coerenza e di ragionevolezza.

Una prima distinzione che può risultare a tal uopo proficua è quella tra *reati culturali con vittima* e *reati culturali senza vittima*.

2.1. *Nei reati culturali senza vittima*

Come abbiamo visto nell'illustrazione della casistica, tra i vari esempi di reati culturali esistono non solo fatti riconducibili a quelle che abbiamo definito le c.d. "restrizioni interne" – in cui il gruppo culturale tende ad eliminare il dissenso interno, realizzando coercizioni di vario genere ai danni di soggetti deboli come donne e bambini –, ma anche casi in cui il comportamento del reo non sembra ledere beni personali (ma semmai di natura collettiva) o comunque possedere un disvalore penale certo ed evidente (apparendo ad esempio censurabile solo alla luce dei valori culturali di maggioranza).

Nell'ambito di questo secondo gruppo di casi, le ragioni a favore di un diritto penale uniforme secondo il criterio del "*when in Rome ...*"³⁰⁸, fondate quindi sul rispetto formale del principio d'uguaglianza e di certezza del diritto, sembrano a ben vedere poter cedere il passo di fronte al diritto alla cultura del reo: nella prospettiva di un bilanciamento tra interessi contrapposti³⁰⁹ e anche alla luce di una più pregnante interpretazione dello stesso principio d'uguaglianza.

Sotto il profilo del bilanciamento di interessi, invero, è da tenere presente che il ruolo della cultura nella formazione dell'identità individuale assurge a livello di vero e proprio diritto dell'individuo in diversi documenti internazionali. In particolare, l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici prevede che «in quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del *diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione* o di usare la

³⁰⁸ V. *supra*, cap. II, par. 3.2.

³⁰⁹ Sul bilanciamento di interessi nell'attività legislativa e come criterio di decisione della Corte Costituzionale, cfr. di recente A. TESAURO, *Il Bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte Costituzionale: spunti per un'analisi metagiurisdizionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2009, p. 143 ss.

propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo»³¹⁰. Ora, in assenza di un'aggressione ai diritti di altri cittadini ed escluse le ipotesi di convinzioni ideologiche tese ad assalire l'esistenza stessa dello Stato (che, nell'interpretazione qui seguita, esulerebbero dal campo di applicazione dei reati culturali)³¹¹, aderendo ad una logica di contemperamento tra interessi contrapposti, non sembrerebbe esservi ostacoli perché il giudice valorizzi il fattore culturale già sul piano dell'antigiuridicità: e, ricorrendone i presupposti, decida per l'applicazione di esimenti quali l'esercizio del diritto, l'adempimento del dovere o il consenso dell'avente diritto³¹².

Sul versante del principio d'uguaglianza, concepito innanzitutto in senso formale, non dovrebbe dimenticarsi che il patrimonio simbolico-culturale proveniente da culture minoritarie costituisce già un elemento che, in qualche modo, vale a differenziare i fatti di reato commessi dallo straniero rispetto a quelli apparentemente analoghi realizzati da soggetti interni alla comunità di maggioranza. D'altro canto, sotto l'ulteriore profilo della cd. uguaglianza sostanziale, la concessione di un margine di riconoscimento alla differenza culturale in sede penale (sempre in assenza di aggressione a beni di altri individui) potrebbe giustificarsi nell'ottica di una rimozione degli impedimenti che si frappongono allo sviluppo dell'identità culturale e quindi personale dell'individuo³¹³.

³¹⁰ Per un'analisi di questa norma, v. F. CAPOTORTI, *Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1/1992, pp. 102-112.

³¹¹ V. *supra*, cap. II, par. 2.2.

³¹² Partendo da questa prospettiva, quindi, l'assunzione di stupefacenti per ragioni culturali o anche alcune delle forme più lievi di circoncisione femminile potrebbero essere scriminante alla stregua, rispettivamente, delle cause di giustificazione dell'esercizio del diritto o del consenso dell'avente diritto. Si tratta di questioni che meriterebbero un'indagine più approfondita (quando si tratta di interventi su minori, come avviene per la maggior parte dei casi di escissione rituale, ad esempio, sarebbe più difficile ammettere la configurabilità di un consenso scriminante). Sull'influenza dell'evoluzione socio-culturale sui limiti del consenso scriminante cfr. comunque G. FIANDACA, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2004, p. 237 ss. Per un generale tentativo di interpretare la norma di cui all'art. 50 c.p. secondo un principio di bilanciamento degli interessi in concreto coinvolti, cfr. F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995.

³¹³ Sui complessi e multidirezionali rapporti tra il principio di uguaglianza e il diritto penale, v. G. FIANDACA, *Principio di uguaglianza e diritto penale*, in corso di pubblicazione, dove l'autore tratta anche nello specifico dei rapporti tra uguaglianza e reati culturalmente orientati. Dello stesso autore, in relazione ai difficili tentativi di fondare un diritto penale transculturale sulla base di un minimo etico, v. G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in G. FIANDACA-G. FRAN-

Nei casi di reati senza vittima, peraltro, il possibile riconoscimento di una funzione scriminante al condizionamento culturale non troverebbe ostacoli neppure a voler seguire l'orientamento restrittivo della giurisprudenza italiana fondato sul c.d. "sbarramento invalicabile dei principi costituzionali": non essendo lesi i diritti inviolabili dell'individuo e, in assenza di una messa in pericolo dell'ordine statale, non sussistendo altresì un interesse imprescindibile alla repressione da parte dell'ordinamento³¹⁴.

Ovviamente, nella prospettiva di una possibile valutazione della cultura come fattore scriminante, un punto rimane fermo: il presupposto per escludere la responsabilità penale sarebbe in ogni caso costituito dal rigoroso accertamento in concreto dell'appartenenza del reo alla cultura dichiarata, secondo l'analitico test descritto in precedenza. Il processo penale, infatti, pur non potendo entrare nella mente dell'individuo – sia perché sfornito degli strumenti necessari, sia perché altrimenti si trasformerebbe in mezzo autoritariamente invasivo – consente tuttavia al giudice (ad esempio col sistema delle corroborazioni esterne delle dichiarazioni dell'imputato), di verificare se l'enunciata appartenenza ad una determinata cultura sia reale o, invece, strumentalmente vantata al fine di sottrarsi alla responsabilità.

Nelle specifiche ipotesi qui in esame, inoltre, non è necessario che l'attività di accertamento coinvolga tutte quelle componenti soggettive indispensabili per dimostrare il grado di condizionamento culturale subito nella determinazione alla condotta: trattandosi di una valutazione che inerisce non già al profilo della colpevolezza, ma a quello dell'antigiuridicità, sarà sufficiente arrestarsi alla prova dell'appartenenza culturale del reo e al riscontro oggettivo dell'esistenza di una certa pratica presso una determinata cultura.

2.2. I residui spazi per il riconoscimento del fattore culturale nei casi c.d. di restrizioni interne

Quale sarà invece il ruolo da attribuire alla motivazione culturale quando le fattispecie di reato realizzate sulla base di tale fattore di condizionamento si rivolgono contro soggetti in carne ed ossa? La presenza di una vittima esclude di per sé una valutazione della provenienza culturale da parte del giudice?

COLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, p. 153 ss.

³¹⁴ Anche secondo il modello dell'RFRA, previsto ma poi abbandonato negli USA, quindi, le ipotesi di reato in argomento non sembrerebbero recare un *vulnus* all'ordinamento giuridico. Sull'RFRA v. *supra*, cap. II, par. 3.1.

Nell'affrontare simili interrogativi è bene puntualizzare subito che la cultura del reo non può sicuramente prevalere sui diritti inviolabili: all'interno delle democrazie liberali in cui viviamo, fondate sul rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, sarebbe manifestamente inammissibile un'accondiscendenza verso pratiche culturali che sottendono logiche di supremazia (di genere e di ruoli) tra persone di pari dignità. Non è difficile concordare, infatti, con Ferrajoli, laddove egli sostiene che «i diritti fondamentali sono sempre leggi del più debole contro la legge del più forte, che ben può essere la legge espressa dalle loro stesse culture. Sono gli individui, e non le culture, i soggetti deboli tutelati dai diritti fondamentali, che strutturalmente sono sempre individuali e non collettivi. E sarebbe un segno perverso di eurocentrismo non già affermarli, ma negarli, in danno di quanti hanno la ventura di appartenere a popoli che non hanno compiuto il nostro stesso percorso storico e vincolarli ad uno specifico contesto di civilizzazione: sicché frattanto le donne afgane dovrebbero attendere per la loro liberazione, che i loro padri e mariti compiano la loro rivoluzione francese³¹⁵».

Una volta escluso che il diritto alla cultura possa prevalere sui diritti inviolabili dell'individuo ove sfoci in indebite aggressioni nei confronti dei membri deboli del gruppo, non per questo, tuttavia, si possono ritenere esaurite le possibilità di attribuire un qualche rilievo al fattore culturale. Piuttosto, due sembrano le *sedes materiae* in cui il giudice potrà ancora tener conto del condizionamento culturale sulle motivazioni a delinquere: a) l'interpretazione del fatto tipico o di alcune circostanze attenuanti/aggravanti, qualora la norma presenti nella propria formulazione i c.d. elementi normativi culturali; b) la colpevolezza del reo, verificando il grado d'influenza cognitivo-volitiva della cultura sulla condotta di reato.

2.2.1. *Gli elementi normativi culturali*

a) Riguardo ai c.d. elementi normativi culturali, abbiamo già visto come la giurisprudenza italiana (ma considerazioni analoghe possono valere per le corti tedesche e per quelle angloamericane) abbia talvolta interpretato il dato normativo alla luce del contesto culturale dei protagonisti del fatto di reato; ciò è avvenuto nell'ambito sia degli elementi del fatto tipico – in relazione ad esempio a concetti come “privazione di libertà”, “sofferenza” o “autorità genitoriale” –, sia di alcune circostanze attenuanti o aggravanti, sia ancora di talune cause di giustificazione speciali. Generalmente, tuttavia, si è trattato di pronunce “ti-

³¹⁵ L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 279 ss.

mide”, che si sono cioè limitate a stabilire una diversa qualificazione giuridica del fatto di reato o a rinunciare all'applicazione di circostanze aggravanti.

Vi è da chiedersi nondimeno in linea di principio se, ed eventualmente entro quali limiti, le motivazioni culturali della condotta delittuosa siano suscettibili di essere valorizzate tramite un'interpretazione degli elementi normativi culturali orientata ai criteri di valore esistenti presso culture minoritarie.

Per rispondere a tale domanda è bene partire dal dato di fatto che, in via generale, la sempre maggiore presenza di una molteplicità di gruppi culturali nell'ambito di un medesimo ordinamento comporta che talune formule normative possono assumere una valenza polisemica, con conseguente aumento del rischio di un *deficit* di corrispondenza semantica tra il significante lessicale del testo normativo e il significato recepito dall'utente del sistema penale³¹⁶. È evidente, infatti, che la provenienza culturale del reo possa avere un ruolo determinante nella decodifica di quelle espressioni linguistiche dell'enunciato normativo per la cui comprensione l'ordinamento rinvia a valori extragiuridici di derivazione culturale (come nel caso, appunto, degli elementi c.d. normativi culturali). Ora, nell'ambito delle attuali società multiculturali, caratterizzate da eterogeneità di valori, è giocoforza che il giudice ponga in relazione concetti come quelli di “maltrattamenti”, di “interesse del minore”, di “privazione della libertà”, ecc., con il contesto culturale del reo e con quello della vittima. E ciò non in nome di un pregiudiziale relativismo di valori, bensì proprio allo scopo di comprendere le reali dinamiche del fatto di reato così come eventualmente influenzate in concreto dal conflitto di valori culturali. Il valore della libertà del singolo o quello dell'interesse del minore, ad esempio, deve essere ben contestualizzato nella storia personale e nelle vicende affettive dei singoli individui, nel cui ambito gioca un ruolo essenziale il contesto familiare e culturale. Siamo davvero sicuri, per esemplificare, che non sia frutto di intolleranza culturale valutare l'abituale attività di accattonaggio dei figli (anche in tenera età) delle madri “rom” alla stessa stregua di una sofferenza o di una privazione della libertà di tale gravità da legittimare un'incriminazione a titolo di maltrattamenti o di riduzione in schiavitù? O si tratta, piuttosto, di un'impostazione eurocentrica dei rapporti genitori/figli, del concetto di benessere psico-fisico o di quello di lavoro, la quale tenta per la via “autoritaria” del diritto penale una spedita riconversione culturale dell'«altro»? Certo, si po-

³¹⁶ Ciò va rilevato, peraltro, anche al di là delle assunzioni teoriche dello strutturalismo sul legame endolinguistico essenzialmente arbitrario (in quanto storico) tra significante e significato.

trebbe anche sostenere che la mancata percezione di un bisogno da parte di un soggetto condizionato da una determinata concezione di valori sia influenzata da una c.d. “preferenza adattiva” (*id est*, da un adattamento ad una condizione ostile o di svantaggio in ragione di preferenze non informate o di permanente discriminazione³¹⁷); e che, pertanto, una reale tutela delle vittime richiederebbe di oggettivare le preferenze individuali, magari tramite il ricorso a concetti come quelli di “capacità e funzionamenti”³¹⁸. Tale approccio, tuttavia, specie se applicato al diritto penale, rischia di contenere i germi di una deriva illiberale³¹⁹, implicando l’idea di un diritto penale promozionale che miri più alla tutela del “benessere critico” (quello cioè che un cittadino ideale dovrebbe avvertire) che a quello “volizionale” (corrispondente ai reali desideri delle persone)³²⁰.

Appare più in linea con un principio di tolleranza interculturale, invece, la prospettiva di un’interpretazione in concreto dei valori che i principi e le regole del nostro ordinamento esprimono: la quale tenga conto del contesto culturale in cui la condotta di reato si verifica e dei comportamenti legittimamente esigibili da parte dell’agente, beninteso secondo parametri di natura pur sempre oggettiva, ma rapportati a quanto è ragionevole aspettarsi mediamente da un soggetto all’interno del corrispondente gruppo culturale (in modo analogo al c.d. criterio dell’uomo medio).

È bene sottolineare, tuttavia, che questa impostazione *non* apre *indiscriminatamente* l’ordinamento ad interpretazioni di valore culturalmente orientate. Come più volte si è sostenuto in questo lavoro, infatti, il rispetto dell’autonomia personale e dei diritti individuali esige la

³¹⁷ V. anche l’applicazione di tale principio nella giurisprudenza italiana citata nella nt. 245.

³¹⁸ Sul concetto di preferenza adattiva, che viene elaborato da Sen per fondare una politica di redistribuzione della ricchezza sulla base delle preferenze oggettivate delle c.d. “capabilities” e “functionings” cfr. A.K. SEN, *Rights and Capabilities*, in *Resources, Values and Development*, Oxford, 1984, pp. 307-324; ID., *Gender Inequality and Theories of Justice*, in *Women, Culture and Development*, Oxford, 1995, pp. 259-273; ID., *Human Rights and Capabilities*, in *Journal of Human Development*, 2005, pp. 151-166. Tale approccio è ripreso inoltre da M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, cit., p. 141 ss.

³¹⁹ Per questa critica, relativamente all’estensione dell’approccio per capacità a sfere private come quelle relative alla scelta della propria vita professionale o dell’uso del proprio corpo, v. E. SOMAINI, *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Napoli, 2002, p. 180. Sul punto cfr. altresì BIONDO F., *Eguaglianza di capacità, pluralismo morale e diritti fondamentali: la difficile strada per giustificare le politiche pubbliche*, in *Nuovi studi politici*, 3/4, 2005, p. 25 ss.

³²⁰ Cfr., sul punto, G. FIANDACA, *Principio di uguaglianza e diritto penale*, cit.

definizione di limiti alla tolleranza interculturale, affinché la tradizione non diventi una prigione e sia garantita ai singoli individui la facoltà di emanciparsi da una dimensione culturale non accettata. Ne deriva, allora, che la possibilità di interpretare gli elementi normativi culturali secondo i parametri di riferimento della cultura del reo e della vittima presuppone necessariamente la determinazione di alcuni limiti invalicabili.

In primo luogo, anche a voler accedere a ricostruzioni culturalmente orientate di concetti come salute, benessere psicofisico, ecc., non si dovrebbero mai, in nome della differenza culturale, qualificare come legittime condotte che provochino *danni fisici gravi e permanenti*, sia per il loro elevato impatto lesivo, sia perché esse potrebbero contrassegnare in modo così rigido l'appartenenza culturale da eliminare alla radice, o da ridurre fortemente, la possibilità per la vittima di determinarsi in futuro contro i precetti della propria tradizione ³²¹.

L'adesione ad una visione dialettica e dinamica dei rapporti tra le culture, inoltre, richiede che la proposta di un'interpretazione culturalmente orientata degli elementi normativi sia formulata nel rispetto di ulteriori presupposti, che garantiscano in ogni caso al singolo la libertà di critica nei confronti della propria appartenenza culturale. Più in particolare, sembra essenziale richiamare a tal fine le già menzionate condizioni normative della *reciprocità ugualitaria*, dell'*autoiscrizione volontaria* e del *diritto di exit* ³²², prospettate da Seyla Benhabib quali necessarie premesse di una felice convivenza interculturale, e qui accolte come limite fondamentale ad ogni possibile apertura del sistema penale alla differenza culturale. Sicché, anche qualora in sede d'interpretazione degli elementi normativi culturali si sia disposti a tenere in considerazione l'abituale modo d'intendere un valore extragiuridico presso una comunità minoritaria (secondo il menzionato criterio dell'uomo ragionevole all'interno del nucleo culturale d'appartenenza), la necessità di garantire al soggetto passivo del reato una tutela non inferiore a quella degli altri (c.d. *reciprocità egualitaria*) impone di non cadere nel vizio riduzionistico di attribuire alla vittima dei reati culturali, in via presuntiva e in base alla mera provenienza etnica, lo *status* di membro di una specifica comunità, il quale accetta o tollera le concezioni culturali e le pratiche rituali ivi esistenti; al contrario, dovendo essere garantita al singolo individuo la facoltà di scegliere se accogliere o, invece, rifiutare il patrimonio culturale ereditato (c.d. *autoascri-*

³²¹ È questo il criterio principale seguito da A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., p. 217 ss., nel suo principio di "massimo compromesso" per il riconoscimento del diritto alla cultura in sede penale.

³²² V. *supra*, cap. I, par. 3.

zione volontaria), dovrà accertarsi se la vittima abbia manifestato la volontà di discostarsi dalle regole della propria tradizione culturale, garantendole sempre, in misura illimitata, la possibilità di uscire dalla comunità culturale (*c.d. diritto di exit*). Ad esempio, in un caso come quello già menzionato³²³ di un immigrato marocchino che consentiva al nipote infraquattordicenne di rimanere abitualmente per le strade a vendere oggetti, ricevendo anche parte degli utili da questa attività, appare senz'altro rilevante, ai fini dell'interpretazione dell'evento tipico nel reato di maltrattamenti (e ferma restando la possibile applicazione di altre norme penali, quali l'art. 731 c.p.), la circostanza affermata dagli assistenti sociali che il minore vivesse con sofferenza la propria condizione di vita e che avesse manifestato la volontà di porvi fine. Il rifiuto di accettare il meccanismo tradizionale di ricompense familiari, per il quale il minore accolto in terra straniera da un soggetto appartenente al gruppo parentale avrebbe il dovere morale di ricambiare con il proprio lavoro il favore ottenuto, infatti, esemplificava proprio quel *diritto di exit* il cui rispetto appare imprescindibile affinché le regole culturali non diventino strumento di segregazione e sofferenza³²⁴.

In molti altri casi, però, lungi dall'esservi riscontri della volontà del soggetto passivo di rifiutare comportamenti abituali presso la propria cultura (come il praticare malvestito l'accattonaggio o il vendere fiori per le strade) ci si trova al contrario in presenza di una pacifica accettazione, se non di un apparente entusiasmo, nel rimanere fedeli a certe prassi (specie ove si consideri che, ad esempio, i modelli educativi di alcune popolazioni "rom" dedite all'accattonaggio vengono talvolta accettati di buon grado dai bambini, nella misura in cui tali modelli tendono a rifiutare l'idea di agire con la forza per impedire certe azioni ai figli – come il disertare la scuola – e considerano del tutto normale la partecipazione di quest'ultimi alle attività dei genitori)³²⁵. In questi casi, sembra invero frutto di un pregiudizio culturale giudicare irrilevante il reale vissuto del soggetto passivo del reato e supporre comunque un suo stato di sofferenza in base ad un concetto di "interesse del mi-

³²³ V. Cass. 9 novembre 2006, B.B.B., citato nella nt. 253.

³²⁴ Quanto appena detto sui limiti di un'interpretazione *in bonam partem* degli elementi normativi culturali riguarda il caso in cui quest'ultimi siano utilizzati per descrivere il fatto tipico sul piano oggettivo. Sul piano soggettivo, invece, un eventuale errore sugli elementi normativi culturali dovrà essere valutato, a prescindere dai limiti indicati, secondo le regole generali che ineriscono al profilo della colpevolezza e, in particolare, al dolo. Sul punto, cfr. F. BASILE, *Immigrazione*, cit., p. 322 ss.

³²⁵ Sui principi educativi vigenti presso la famiglia *romani*, cfr. A.S. SPINELLI, *Baro Drom. La lunga storia di rom, sinti, kale, manouches e romanichals*, Roma, 2005, p. 117 ss.

nore” inteso secondo i parametri deontologici della cultura di maggioranza. Non si comprenderebbe, ad esempio, perché il diritto penale dovrebbe intervenire, applicando la fattispecie di maltrattamenti in famiglia, nei confronti di genitori “rom” che lascino “malvestito” il proprio bambino per strada a mendicare, e disinteressarsi invece delle condizioni di vita di un bambino “ben vestito” lasciato solo a casa dinanzi ad un sofisticato strumento informatico di ultima generazione. Ed in ogni caso, spetterebbe al diritto penale interessarsi dell’una come dell’altra ipotesi ovvero sono concepibili strumenti alternativi di solidarietà sociale di cui il potere pubblico potrebbe servirsi per meglio favorire la crescita del minore? Accedere ad un’interpretazione degli elementi normativi culturali secondo quanto ragionevolmente richiedibile ad un soggetto appartenente allo stesso circuito culturale dell’imputato, ma nel rigoroso rispetto dei requisiti sopra indicati, corrisponde dunque al tentativo di rifuggire da prese di posizione etnocentriche e, al contempo, di tutelare gli imprescindibili diritti di libertà del singolo.

Per quanto concerne poi gli elementi normativi culturali eventualmente presenti nella disciplina di circostanze attenuanti o aggravanti comuni, la necessità o meno di rispettare i menzionati limiti per accedere a una loro interpretazione culturalmente orientata dipende strettamente dalla natura soggettiva o oggettiva delle circostanze in questione. Ed invero, se guardiamo alle ipotesi che più possono interessare il settore dei reati culturali, rispettivamente costituite dall’aggravante dei motivi abietti o futili ovvero dall’attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale, risulta chiaro che l’oggetto precipuo di valutazione da parte del giudice è tutto incentrato e si esaurisce nell’esame di elementi strettamente relativi alla persona del reo, dovendosi effettuare un giudizio che ha per oggetto il valore dei motivi a delinquere. Nell’ambito di siffatte circostanze di natura soggettiva, allora, dovendosi dissociare il giudizio sulla condotta da quello sui motivi, l’eventuale volontà della vittima di opporsi ad una consuetudine culturale che integra gli estremi di un fatto di reato non costituirebbe in sé un ostacolo per tener conto del fattore culturale nel giudizio di valore relativo ai motivi a delinquere.

Se nell’ambito delle circostanze soggettive inerenti al reo, quindi, è in linea di principio ammissibile una considerazione in senso ampio del condizionamento culturale, rimane però da definire il parametro di riferimento sulla base del quale valutare i motivi a delinquere.

Riprendendo e sviluppando quanto già accennato per l’interpretazione degli elementi normativi di fattispecie, appare pacifico che tale parametro non può essere inteso in senso strettamente soggettivo – giudicando un motivo di particolare valore morale o al contrario abietto/futile secondo la prospettiva del reo stesso –, ma richiede necessa-

riamente una valutazione di natura oggettiva, che trascenda le rappresentazioni di valore dell'imputato. Sotto questo profilo, tuttavia, l'idea di tener fermo anche nell'ambito dei reati culturali il principio prevalentemente accolto in giurisprudenza, secondo cui il parametro di valutazione dei motivi va individuato in senso oggettivo secondo i modelli etico-sociali dominanti, incorrerebbe in un rischio: quello di trascurare l'eterogeneità di valori che caratterizza le società multiculturali e, più a monte, di non distinguere tra la valutazione dell'azione (che non può che essere negativa, trattandosi di una condotta penalmente illecita) e quella del motivo³²⁶. Ecco perché, ad esempio, in relazione all'attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale, una parte della dottrina³²⁷ assume una prospettiva più aperta al pluralismo – ammettendo il riconoscimento dell'attenuante anche nel caso in cui il motivo dipenda da concezioni che pur se non conformi a quella maggioritaria siano almeno compatibili con la Costituzione; e altri autori³²⁸, con cui si ritiene di concordare, spingono ancora più avanti il limite della tolleranza, valorizzando la circostanza che in società culturalmente eterogenee «un fatto integrante un illecito penale possa essere oggetto di valutazioni morali divergenti» all'interno della società stessa e interpretando quindi in senso ancor più estensivo l'attenuante in parola (che potrebbe «venire in gioco quando si tratti ad un tempo di non rinunciare ad elevare il rimprovero giuridico-penale e di personalizzare però il limite della misura della reazione punitiva statale, tenendo

³²⁶ Sulla necessaria distinzione di questi due aspetti, pena uno svuotamento di valore dell'attenuante dei motivi di valore morale e sociale, cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 401 ss. Nella casistica giurisprudenziale relativa ai reati culturali non sembra curarsene, ad esempio, Cass. 9 novembre 2006 B.B.B. (v. nt. 245), che ha escluso la possibilità di invocare l'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale di cui all'art. 62, n. 1, c.p. in relazione a fattispecie di reato influenzate da modelli etici che trovano fondamento in «opzioni sub-culturali relative ad ordinamenti diversi dal nostro». Secondo tale pronuncia, infatti, «tali riferimenti a principi di una cultura arretrata e poco sensibile alla valorizzazione e alla salvaguardia dell'infanzia deve cedere il passo, nell'ambito della giurisdizione italiana, ai principi base del nostro ordinamento e, in particolare, ai principi della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 Cost.».

³²⁷ T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 221 ss.

³²⁸ P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, p. 240. Secondo questo autore, infatti, «un'interpretazione dell'art. 62, n. 1, c.p. che accordasse rilevanza attenuante solo a quelle motivazioni che sono di particolare valore morale o sociale secondo la nostra cultura o secondo un modello ideologico prevalente sarebbe un'interpretazione intollerante, in contrasto con il dettato cost. (...). Ciò, si badi, senza che la tolleranza in sede di valutazione dei motivi (anche secondo il rapporto di congruità tra fatto e motivi) possa essere confusa con la tolleranza del fatto che rimane un fatto non tollerato al punto da essere sanzionato penalmente».

conto di un conflitto di doveri in capo a colui che non possa dirsi pienamente inserito nel nostro contesto sociale”³²⁹. Analogamente allo schema proposto per l'interpretazione degli elementi normativi culturali di fattispecie, allora, il criterio di valutazione dei motivi nel settore dei reati culturali rimane un parametro pur sempre di natura oggettiva (non aderendo *sic et simpliciter* alla visione del mondo del reo), ma da contestualizzare alla luce dell'ambiente culturale di provenienza e dei criteri di giudizio mediamente ivi accolti (criterio dell'uomo medio culturalmente orientato).

Con riferimento invece all'attenuante della provocazione, essendo questa caratterizzata da una doppia natura soggettivo-oggettiva, riemergono i limiti precedentemente posti per accedere ad un'interpretazione culturalmente orientata. Se nella valutazione dello stato d'ira andrebbero cioè tenuti in considerazione i valori culturali del reo, per comprendere se il tipo ideale membro di quella determinata cultura avrebbe ragionevolmente avuto un'analoga risposta criminale, non sarebbe al contempo ammissibile invece l'idea di interpretare alla stessa stregua di un “fatto ingiusto altrui” il comportamento della vittima non consono alla tradizione culturale dell'agente: dovendosi garantire a quest'ultima, a tutela del proprio diritto liberale di reversibilità dei fini³³⁰, il rispetto di tutte quelle condizioni normative già menzionate (v. *supra*, in questo paragrafo).

2.2.2. I riflessi del condizionamento culturale sul principio di colpevolezza

b) Per quanto concerne i riflessi del condizionamento culturale sul principio di colpevolezza, si è già visto come i possibili profili di interferenza derivino dall'eventuale influenza del sistema simbolico-culturale sulla decodifica cognitiva della realtà e sulla spinta motivazionale verso la realizzazione di una determinata condotta criminale. Il condizionamento culturale, peraltro, come già visto, può rilevare in modo diverso sul piano della colpevolezza, a seconda che esso venga inteso, in funzione aggravante, come sintomo di un'accentuata infedeltà strutturale al diritto; oppure, in senso attenuante, come esposizione del reo ad un elevato livello iniziale di vulnerabilità cui seguirebbe uno sforzo minimo in direzione della vulnerabilità concreta. Entrambe le impostazioni teoriche, tuttavia, appaiono criticabili nella misura in cui interpretano in senso unidirezionale, anche se con risultati opposti, i

³²⁹ *Ibidem.*

³³⁰ Per l'affermazione del principio di reversibilità dei fini quale corollario del principio di autonomia personale v., riportando il pensiero di Kymlicka, *supra*, cap. I, par. 3.

rapporti tra colpevolezza e prevenzione: se dalla concezione funzionalistica di Jakobs emerge infatti una colpevolezza non autonoma, bensì piegata ad esigenze sistemiche preventive, la strategia contro-selettiva di Zaffaroni, tutta incentrata sulla riduzione del potere punitivo sulla scorta di valutazioni sociologiche, sembra carente nel non tenere in adeguata considerazione l'essenziale scopo preventivo del diritto penale.

Partendo invece da una concezione di colpevolezza intesa soprattutto come argine garantistico contro la strumentalizzazione punitiva del reo, senza peraltro escludere a priori che essa oltre che disfunzionale possa a certe condizioni risultare anche funzionale alle esigenze preventive, la questione delle ricadute delle motivazioni culturali sulla colpevolezza, in realtà, va considerata in una prospettiva attenta alle condizioni empiriche di verifica del fatto di reato: in base al principio secondo cui «i fattori motivazionali non vanno trascurati nella lettura del disvalore complessivo del fatto commesso, in modo da addivenire ad una pena “giusta” ovvero, addirittura, da scusare l'autore dell'illecito, nel delicato bilanciamento tra esigenze del rispetto del principio di colpevolezza ed esigenze preventive»³³¹. Ne deriva che l'influenza della cultura sulla componente rappresentativo-volitiva del soggetto agente ha la capacità di incidere sul giudizio di rimproverabilità del reo; ma tale evenienza va dimostrata volta per volta, valutando altresì se il peso del fattore culturale si sia riflesso su uno degli elementi fondanti della responsabilità colpevole o se, invece, sia apprezzabile sotto il profilo della commisurazione della pena.

Ed invero, in relazione al profilo della c.d. colpevolezza fondante (*Strafbegründungsschuld*), sotto l'aspetto innanzitutto dell'imputabilità non sembrano invero sussistere spazi per accedere ad una nozione di incapacità d'intendere e di volere motivata da ragioni culturali. Si tratterebbe, infatti, di una sorta di infermità culturale, che, oltre a far emergere un implicito giudizio di disprezzo nei confronti di culture altrui (intese come cause d'infermità, pur se *sui generis*), non avrebbe neanche il merito di rispecchiare fedelmente i motivi per cui si realizza una condotta di reato, i quali non sono legati ad una vera e propria incapacità del soggetto, ma ad un'abitudine di quest'ultimo a rapportarsi con un altro sistema culturale di valori.

Una ragione di esclusione della colpevolezza, invece, potrebbe risiedere nella possibilità di riconoscere un errore di diritto inevitabile. La classica obiezione spesso sollevata dalla giurisprudenza, secondo cui trattandosi generalmente di delitti naturali conformi al criterio di

³³¹ P. VENEZIANI, *Motivi*, cit., p. 209.

riconoscibilità non vi sarebbero margini per ritenere scusabile l'ignoranza della legge penale, non sembra invero reggere all'impatto con le società multiculturali: ciò che è "naturale" presso il gruppo maggioritario, invero, può non essere considerato tale in altri gruppi culturali, esistendo talvolta interpretazioni differenti persino di concetti apparentemente neutrali come, ad esempio, quelli di salute o di malattia³³². Riguardo agli strumenti per appurare la scusabilità dell'ignoranza, il fattore culturale potrà senz'altro rilevare qualora denoti una grave carenza di socializzazione del reo – secondo i principi già individuati dalla Corte Costituzionale con la famosa sentenza n. 364 del 1988 –, da accertare mediante il già descritto test di verifica del condizionamento culturale. Si dovranno cioè tenere in considerazione una pluralità di fattori come il tempo trascorso nel paese di accoglienza e il livello d'integrazione nel tessuto sociale, il grado di eterogeneità tra la cultura locale e quella d'origine, l'esistenza di norme penali nel paese di provenienza dal contenuto analogo a quella violata, ecc.³³³, da cui possa essere desunta un'influenza culturale particolarmente intensa sulla dimensione cognitiva del reo, tale appunto da legittimare il riconoscimento di un'ignoranza scusabile.

Una rilevanza eccezionale del fattore culturale sulla colpevolezza, anche se difficilmente riscontrabile nella prassi³³⁴, potrebbe inoltre riconoscersi sotto il profilo dell'assenza di dolo, ove si dimostri che proprio alla differenza culturale sia imputabile la mancata comprensione degli stessi elementi del fatto di reato.

Fuori dalle ipotesi suddette, invece, non sembrerebbero residuare spazi per ammettere un effetto scusante del condizionamento culturale in base a un paradigma generico quanto vago come quello di un'eventuale inesigibilità della condotta doverosa³³⁵. In primo luogo, infatti, la stessa idea di un'inesigibilità culturalmente motivata appari-

³³² Cfr. A.R. FARETTO-F. MASCHERPA, *Le concezioni di salute e di malattia nell'interazione terapeutica interculturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1/1994, p. 162 ss.

³³³ Su tali aspetti, cfr. F. BASILE, *Immigrazione*, cit., p. 301 ss.

³³⁴ In Italia v. Pret. Pescia 21 novembre 1988, Seck, in *Foro it.*, 1989, II, p. 248 (già citata nella nt. 273 in relazione all'*error iuris*) relativamente al reato di cui all'art. 474 c.p., in cui un immigrato senegalese da poco stabilitosi in Italia fu assolto per assenza di dolo, in quanto non ritenuto in possesso di un'esperienza sufficiente a rendersi consapevole della condotta di contraffazione di marchi relativa a capi d'abbigliamento.

In tema di *error facti* nei reati culturali nell'ambito della giurisprudenza americana in fattispecie di sequestro e violenza sessuale, cfr. il caso Moua (nt. 179).

³³⁵ Riporta il citato caso Josephina (nt. 181), proprio quale esempio di applicazione extralegale del principio d'inesigibilità, L. SCARANO, *La non esigibilità in diritto penale*, Napoli, 1948, p. 65 ss.

rebbe viziata da quello che abbiamo in precedenza definito³³⁶ un “approccio solitarista all’identità umana”, tendente a trascurare le c.d. “affiliazioni concorrenti” (*competing affiliations*), e cioè le ulteriori forme identitarie che l’individuo possiede insieme a quella religiosa o culturale – legate ad esempio alla classe sociale, al genere, alla professione, alla lingua, alla scienza, alla morale o alla politica – e che, in relazione al contesto, contribuiscono in vario modo a determinarne le decisioni. In secondo luogo, sotto un profilo più strettamente penalistico, l’idea suddetta si scontrerebbe con le note obiezioni contro la proposta teorica di una clausola generale extralegale d’inesigibilità con effetti scusanti, avente la funzione di «valvola che permette ad un sistema di norme di respirare in termini umani»³³⁷: come ritiene l’orientamento ormai dominante in dottrina, infatti, non vi sarebbe spazio per un’efficacia scusante della c.d. inesigibilità al di fuori di precisi riscontri di diritto positivo³³⁸.

Pur nel riconoscimento di una possibile (pur se limitata) rilevanza del sistema culturale sugli elementi che ineriscono alla colpevolezza c.d. fondante, è bene sottolineare però che il versante che più si presta a valorizzare le motivazioni culturali della condotta delittuosa è senza dubbio quello della colpevolezza graduante, di cui il giudice è chiamato a tenere conto in sede di commisurazione della pena (*Strafzumessungsschuld*). È in tale ambito, infatti – dove, non a caso, meglio possono apprezzarsi le implicazioni del “passaggio” dalla concezione psicologica della colpevolezza a quella normativa –, che i motivi a delinquere trovano la sede più opportuna per essere vagliati in sede penale e svolgere così un’importante funzione di graduazione della responsabilità. In proposito, tutte le argomentazioni in precedenza svolte sul concetto stesso di cultura e sull’influenza cognitiva e precettiva che questa esercita sul reo – il cui peso, lo si precisa ancora una volta, non sarà determinabile *ex ante*, ma dovrà essere oggetto di specifico accertamento secondo lo schema di verifica del condizionamento culturale più volte citato – concorrono a spiegare come il reo culturalmente condizionato trovi nella legittimazione culturale del proprio comportamento un ostacolo verso la normale “*Motivierbarkeit durch Normen*”: ostacolo che, rendendo meno rimproverabile il suo atteggiamento antidoveroso, attenua la colpevolezza e, quindi, giustifica una mitigazio-

³³⁶ Cfr. A. SEN, *Identità e violenza*, pp. 5, 46 ss., già citato nel cap. I, par. 2.

³³⁷ Così G. BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982, p. 493, nt. 401.

³³⁸ Per tali critiche, cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale*, cit., p. 369 ss. e, più in particolare, E. VENAFRO, *Scusanti*, cit., p. 173 ss. Sul principio di inesigibilità cfr., per tutti, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

ne della responsabilità, di cui dare adeguatamente conto nella comminatoria della pena secondo i parametri previsti dall'art. 133 c.p.³³⁹.

Lo strumento residuale di cui il giudice può servirsi per attribuire rilievo al movente culturale, in funzione integrativa rispetto all'art. 133 del c.p., è altresì quello delle attenuanti generiche, che consentono la possibilità di scendere al di sotto dei minimi edittali, qualora l'influenza della cultura sulla condotta criminosa sia tale da richiedere un'ulteriore mitigazione della pena. In tale sede, oltre ai profili inerenti alla colpevolezza, la motivazione culturale potrebbe ad esempio avere rilievo in termini di c.d. quasi scriminanti, qualora cioè il condizionamento sia tale da integrare solo in parte i requisiti di una causa di giustificazione³⁴⁰.

3. Un diritto penale sensibile alle specificità culturali

Dall'esame dei rapporti tra diritto penale e cultura dell'"altro" emerge, nel complesso, la necessità di predisporre strumenti adeguati a garantire il rispetto delle diversità senza sacrificare al contempo beni di rilevanza costituzionale.

Le possibili strategie per riuscire nell'intento riguardano sia la fase d'elaborazione delle norme (essendo imprescindibile l'inclusione dell'"altro" nel processo democratico-deliberativo per evitare che scelte pur formalmente legittime di criminalizzazione siano invece di fatto avvertite come manifestazione d'imperialismo culturale), sia quella applicativa del diritto (nella quale si richiede al giudice di espletare un importante compito di selezione e di differenziazione, che riesca a dare concretezza alla regola ermeneutica secondo cui «l'interpretazione del diritto è la ricerca della norma adeguata tanto al caso quanto all'ordinamento»³⁴¹).

L'impostazione qui prospettata, dunque, non si propone di frantumare in senso particolaristico il diritto penale, come invece avverrebbe con la previsione di discipline differenziate a seconda dell'origine

³³⁹ Sulla valutazione del valore e dell'intensità dei motivi nella prospettiva del grado della colpevolezza vedi, per tutti, P. VENEZIANI, *Motivi*, cit., p. 165 ss.

³⁴⁰ Sulla valutazione delle situazioni "quasi scriminanti" nell'ambito delle attenuanti generiche, cfr. F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, 2002, p. 223; in materia di reati culturali, cfr. F. BASILE, *Immigrazione*, cit., p. 288 ss.; in generale sul tema v., per tutti, F. SCHIAFFO, *Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato: contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998, *passim*.

³⁴¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 182.

culturale del reo; bensì di mantenere la fondamentale unitarietà del sistema, riservando al contempo legittimi spazi di valutazione delle specificità culturali e della storia personale degli autori culturalmente motivati.

Solo con un approccio morbido ed integrato alle differenze culturali è possibile fondare le basi per includere senza clamore “l’estraneo” nei valori del nostro ordinamento, e far sì che le pur comprensibili reazioni emotive³⁴² suscitate nella coscienza comune da alcune pratiche culturali lesive dei diritti di libertà non siano elevate a fattore determinante di stigmatizzazione dell’«altro»: ma vengano, piuttosto, razionalizzate e tradotte in soluzioni normative che, nel tener ferma la necessaria tutela dei diritti fondamentali di ciascun individuo, riescano ad assicurare le garanzie del reo contro indebite strumentalizzazioni punitive.

³⁴² Sul rischio che sentimenti come il “disgusto” o la “vergogna” possano elevare l’impressionabilità dell’uomo comune a fattore determinante di produzione normativa, cfr., M. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton, 2004, (trad. it.) *Nascondere l’umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, 2005, *passim*.

BIBLIOGRAFIA

- ABATE M.S., *Il Culto del Peyote. Storia del movimento di liberazione degli indiani nordamericani*, Roma, 2002.
- ALBEGGIANI F., nota a Ass. App. Roma, 13 giugno 1986, Oneda, in *Foro it.*, 1986, II, p. 606.
- ALBEGGIANI F., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995.
- APPADURAI A., *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization*, Minneapolis-London, 1996, (trad. it.) *Modernità in polvere*, Roma, 2001.
- BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963.
- BARBAGLI M.-COLOMBO A.-SAVONA E., *Sociologia della devianza*, Bologna, 2003.
- BARBANO F., *Pluralismo. Un lessico per la democrazia*, Torino, 1998.
- BARBERIS M., *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006.
- BARRY B., *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge, 2001.
- BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.
- BASILE F., *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2006, p. 678 ss.
- BASILE F., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)* in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 4/2007, p. 1296 ss.
- BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008.
- BASILE F., *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturali. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2008, p. 149 ss.
- BAUMAN Z., *Globalizzazione e glocalizzazione*, Roma, 2005.
- BAUMAN Z., *Liquid Life*, Cambridge, 2005, (trad. it.), *Vita liquida*, Roma-Bari, 2008.
- BAUMEISTER W., *Ehrenmorde: Blutrache und ähnliche Delinquenz in der Praxis bundesdeutscher Strafjustiz*, Münster, 2007.
- BELLUCCI L., *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, in *Sociologia del diritto*, 2001, p. 131 ss.
- BENHABIB S., *The Claims of culture. Equality and diversity in the Global Era*, Princeton, 2002, (trad. it.), *La rivendicazione dell'identità culturale: Eguaglianza e diversità nell'era globale*, (2002), Bologna, 2005.
- BERNARDI A., *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005.
- BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006.
- BERNARDI A., *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Pol. dir.* 2007.
- BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010.
- BETTIOL G., *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982.
- BIERI P., *Das Handwerk der Freiheit*, München, 2001.
- BIONDO F., *Eguaglianza di capacità, pluralismo morale e diritti fondamentali: la*

- difficile stada per giustificare le politiche pubbliche, in *Nuovi studi politici*, 3/4, 2005, p. 25 ss.
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, 1967.
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt a.M., 1991, (trad. it.) *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, in P. PRODI-L. SARTORI (a cura di), *Cristianesimo e potere*, Bologna, 1986.
- BÖSE M., *Glaubens-und Gewissensfreiheit im Strafrecht (insbesondere §34 StGB)*, in *ZStW*, 2001, p. 44 ss.
- BOUCHARD M., *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in «dimensione domestica»*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, p. 22 ss.
- BUCHANAN A., *Community and communitarianism*, in E. CRAIG (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, London-New York, 1998.
- CALLARI GALLI M., *Cultura e contemporaneità. Nuovi scenari per un concetto compromesso*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 1/2004, p. 21 ss.
- CAPOTORTI F., *Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1/1992, p. 102 ss.
- CASAL P., *Is multicultural bad for animals?* in *Journal of Political Philosophy*, 2003, p. 1 ss.
- CASTELLANI C., *Infibulazione ed escissione: fra diritti umani ed identità culturale*, in *Minori giustizia* 1999, n. 3, p. 140 ss.
- CATANZARO R.-SANTORO M., *Pizzo e pizzini. Organizzazione e cultura nell'analisi della mafia*, in R. CATANZARO-G. SCIORTINO (a cura di), *La fatica di cambiare. Rapporto sulla società italiana*, Bologna, 2009, p. 171 ss.
- CHEVANNES B., *Rastafari: Roots and Ideology*, New York, 1994.
- COLEMAN, *Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, in *Columbia Law Review*, 1996, p. 1136 ss.
- DELLE DONNE M.-MELOTTI U., *Immigrazione in Europa. Strategie di inclusione-esclusione*, Roma-Bari, 2004.
- DE MAGLIE C., *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 187.
- DE MAGLIE C., *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 1, Milano, 2006, p. 215 ss.
- DE MAGLIE C., *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1088 ss.
- DERSCHOWITZ A., *The Abuse Excuse*, 1994.
- DESI B., *Diversità culturale e principio di uguaglianza nel processo penale. Il diritto penale dell'uguaglianza formale*, in <http://www.giuristidemocratici.it>.
- DETER K., *Zum Strafzumessungs-und Maßregelrecht*, in *NStZ*, 2008, p. 629.
- DINO A., *La mafia devota. Chiesa, religione, Cosa Nostra*, Roma-Bari, 2008.
- DI PIETRO F., *Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, in *Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica*, pubblicata su internet all'indirizzo <http://www.diritto.it>.
- DOLCINI E.-MARINUCCI G., *Codice penale commentato*, Milano, 2006.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

- DUPONT-FISNAUT, *Justification and Excuse*, in BLANPAIN (a cura di), *International Encyclopedia of Laws, IV, Criminal Law*, The Hague, 1993.
- EGETER I., *Das ethnisch-kulturell motiviert Delikt*, Zürich, 2002.
- ELIADE M., *Traité d'histoire des religions*, Paris, 1948, (trad. it.), *Trattato di storia delle religioni*, Torino, 1976.
- ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli, 1983.
- FABIETTI U., *Il destino della "cultura" nel "traffico delle culture"*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 1/2004, p. 38 ss.
- FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2001.
- FANON F., *Les damnés de la Terre*, Paris, 1961, (trad. it.), *I dannati della terra*, Torino, 1975.
- FARETTO A.R.-MASCHERPA F., *Le concezioni di salute e di malattia nell'interazione terapeutica interculturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1/1994, p. 162 ss.
- FERRAJOLI L., *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001.
- FERRARIS E., *Il movimento rasta*, Milano, 2001.
- FIANDACA G., *nota a Corte d'Assise di Cagliari, sent. 10 marzo 1982*, Oneda, in *Foro it.*, 1983, II, p. 27 ss.
- FIANDACA G., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 860 ss.
- FIANDACA G., *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995, V, p. 22 ss.
- FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001.
- FIANDACA G., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2004.
- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, 2007, n. 36, p. 1248 ss.
- FIANDACA G., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in G. FIANDACA-G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, p. 153 ss.
- FIANDACA G., *Principio di uguaglianza e diritto penale*, in corso di pubblicazione.
- FIANDACA G.-COSTANTINO S., *Introduzione* in AA.VV., *La mafia, le mafie*, Roma-Bari, 1994.
- FISHER M., *The Human Rights Implications of a "Cultural Defense"*, in *S. Cal. Interdisc. L. J.*, 1998, p. 668 ss.
- FLETCHER G., *Rethinking Criminal Law*, 1978.
- FORST R., *I limiti della tolleranza*, in *Teoria politica*, 17 (2), 2001, p. 3 ss.
- FORST R., *Toleranz im Konflikt*, Frankfurt a.M., 2003.
- FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000.
- FOURNIER P., *The Ghettoisation of Difference in Canada: "Rape by Culture" and The Danger of a "Cultural Defence" in Criminal Law Trials*, in *Manitoba Law Journal*, 2002, v. 29, n. 1, p. 88 ss.
- GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund*, in *Festschrift für Mezger*, München-Berlin, 1954.

- GAMBETTA D., *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino, 1992.
- GATTA G.L., in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice pPenale commentato*, vol. II, 2006, art. 544 bis.
- GEERTZ C., *The Interpretation of Culture*, New York, 1973, (trad. it.) *Interpretazione di culture*, Bologna, 1987.
- GENTILE A., *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente approccio della Cassazione ai c.d. "reati culturali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2009, p. 417 ss.
- GIGLIOLI P.P.-RAVAIOLI P., *Bisogna davvero dimenticare il concetto di cultura? Replica ai colleghi antropologi*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 2004, 2, p. 267 ss.
- GOFFMAN E., *Role Distance*, in *Encounters: Two Studies in the Sociology of Interaction*, Indianapolis, 1961 pp. 85-132, (trad. it.), *Distanza dal ruolo, in Espressione e identità*, Bologna, 2003, pp. 101-174.
- GOLDING M., *The Cultural Defense*, in *Ratio Juris*, n. 15, 2002, p. 146 ss.
- GRANDE E., *Justification and excuse (le cause di non punibilità nel diritto anglo-americano)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 309 ss.
- GRANDI C., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 245 ss.
- GRASSIVARO GALLO P., *La circoncisione femminile in Somalia. Una ricerca sul campo*, Milano, 1986.
- GRASSIVARO GALLO P., *Figlie d'Africa mutilate*, Torino, 1998.
- GRASSIVARO GALLO P.-LINERI S., *Donna infibulata ed ostetrico. I protagonisti del parto in Italia*, Padova, 2003.
- HABERMAS J., *Die Einbeziehung des anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M., 1996, (trad. it.) *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 1998.
- HABERMAS J., *Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1996, (trad. it.) *Lotte di riconoscimento nello Stato democratico di diritto*, in J. HABERMAS-C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998.
- HANNERZ U., *Cultural Complexity. Studies in the Social Organization of Meaning*, New York, 1992, (trad. it.) *La complessità culturale. L'organizzazione sociale del significato*, Bologna, 1998.
- HIRSCH H.J., *Strafrecht und Überzeugungstäter*, 1996.
- HÖFFE O., *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, 1999, (trad. it.) *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001.
- HUNTIGTON S.P., *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*, New York, 1996, (trad. it.) *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, 1997.
- IGNATIEFF M., *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, 2001, (trad. it.) *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, 2003.
- JAKOBS G., *Schuld und Prävention*, 1976.
- JAKOBS G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2 Aufl., Berlin-New York, 1991.
- JAKOBS G., *Das Schuldprinzip*, Opladen 1993.
- JAKOBS G., *Die Schuld der Fremden*, in *ZStW*, 118, 2006, p. 831 ss.
- JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, Breslau, 1930.

- KENNEDY J.G., *The Flower of Paradise: The Institutionalized Use of the Drug Qat in North Yemen*, Dordrecht, 1987.
- KLUCKHOHN C., *Specchiati uomo. L'antropologia e la vita moderna*, Milano, 1952.
- KLUCKHOHN C.-KELLY W.H., *The Concept of Culture*, in RALPH LINTON (a cura di), *The Science of Man in the World Crisis*, New York, 1980, pp. 78-106.
- KUDLICH H.-TEPE I., *Das Tötungsmotiv „Blutrache“ im deutschen und im türkischen Strafrecht*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, n. 2, 2008, p. 92 ss.
- KUKATHAS C., "Are There Any Cultural Rights?", in W. KYMLICKA, *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, 1995.
- KYMLICKA W., *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, 1991.
- KYMLICKA W., *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, 1995.
- KYMLICKA W., *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, (trad. it.) *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999.
- LANZA L., *Sistema penale e cultura dell'immigrato: quale ruolo per il giudice?*, in B. PASTORE-L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008, p. 93 ss.
- LANZILLO M., *Il multiculturalismo*, Roma-Bari, 2005.
- LENCKNER/PERRON/EISELE, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 2006, § 177, Rn. 33.
- MACINTYRE A., *After Virtue: A study in Moral Theory*, London, 1982.
- MAIER S., *Honor killings and the Cultural Defense in Germany*", in M.C. FOLETS-A.D. RENTELN, *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, 2009.
- MANCINI L., *I rom tra cultura e devianza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 770 ss.
- MANNOIA M., *Zingari, che strano popolo! Storia e problemi di una minoranza esclusa*, Roma, 2007.
- MANTOVANI F., *Principi di diritto penale*, Padova, 2002, p. 223.
- MARTI J.L., *La republica deliberativa: una teoria de la democracia*, Madrid, 2006.
- MATERA V., *Affianco alla cultura: l'“altro termine”*, in *Rivista italiana di sociologia*, 1/2004, p. 63-78.
- MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT, I*, 2003, § 2 Rn 42.
- MAYER M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903.
- MAZZA GALANTI F., *I bambini degli zingari e il reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 653 ss.
- MAZZONI L., *Kebra Nagast. La bibbia segreta del rastafari*, Roma, 2007.
- MIAZZI, *Violenza familiare fra causa d'onore e motivo futile*, in *Dir. imm. citt.*, 4/2006, p. 63 ss.
- MIAZZI L.-VANZAN A., *Circoncisione maschile: pratica religiosa o lesione personale?*, in *Dir. dem. citt.*, 2, 2008, p. 67 ss.
- MONTICELLI L., *Le cultural defenses (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 535 ss.
- NATALINI A., *Mai più ferite tribali al corpo delle donne*, in *Dir. giust.*, 5, 2006, p. 99 ss.
- NEHM K., *Blutrache – ein niedriger Beweggrund?* in *FS für Albin Eser*, München, 2005, p. 419 ss.
- NUSSBAUM M., *Women and Human development. The Capabilities Approach*, Cambridge-New York, 2000, (trad. it.) *Diventare persone. Donne e universalità del diritto*, Bologna, 2001.

- NUSSBAUM M., *Upheavels of Thought. The Intelligence of Emotion*, Cambridge, 2001, (trad. it.) *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2004.
- NUSSBAUM M., *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton, 2004, (trad. it.) *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, 2005.
- NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1969.
- OKIN S. MOLLER, *Is Multiculturalism Bad for Woman*, Princeton, 1999, (trad. it.), *Diritti delle donne e Multiculturalismo*, Milano, 2007.
- OLIVITO E., *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in *Pol. dir.*, 1, 2007, p. 71 ss.
- ORTNER, *Patterns of History: Cultural Schemas in the Founding of Sherpa Religious Institution*, in OHNUKI-TIERNEY (a cura di), *Culture Through Time: Anthropological Approaches*, Stanford, 1990, p. 57 ss.
- PADOVANI T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 798 ss.
- PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 221 ss.
- PARISI F., *Colpevolezza attenuata in un dubbio caso di motivazione culturale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2008, p. 1441 ss.
- PAROLARI P., *Femminismo liberale e multiculturalismo. Susan Okin e le forme della diversità culturale*, in *Ragion Pratica*, 1, 2008, p. 231 ss.
- PAROLARI P., *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica*, 2, 2008, p. 529 ss.
- PARSONS T., *The Social System*, London, 1951, (trad. it.), *Il sistema sociale*, Milano, 1965.
- PASQUINELLI C., *Infibulazione. Il corpo violato*, Roma, 2007.
- PASTORE B., *Identità culturali, confini normativi e processo penale*, in B. PASTORE-L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008, p. 5 ss.
- PEZZANO, *Bambini "argati" e riduzione in schiavitù*, nota a Cass. 7 novembre 1989, Izet Elmaz, in *Foro it.*, 1990, II, p. 369 ss.
- PHILLIPS A., *When Cultures Means Gender: Issues of Cultural Defence in the British Courts*, in *Modern Law Review*, 2003, n. 66, p. 510 ss.
- PIASERE L., *Antropologia sociale e storica della mendicizia zingara*, in *Polis*, 3, dicembre 2000, p. 409 ss.
- POULTER S., *Ethnicity, Law and Human Rights: The English Experience*, Oxford, 1998.
- PULITANO D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- RADBRUCH G., *Der Überzeugungsverbrecher*, in *ZStW*, 1924, p. 34 ss.
- RAWLS J., *A theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, (trad. it.), *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982.
- RAWLS J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, (trad. it.), *Liberalismo politico*, Milano, 1994.
- RAZ J., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, 1994.
- RENTELN A.D., "Culture and Culpability: A Study in Contrast", in *Beverly Hills Bar*

- Association Journal, 1987/88, pp. 17-27. Ristampa in A.D. RENTELN, *Folk Law: Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, New York, 1995.
- RENTELN A.D., *The Cultural Defense*, New York, 2004.
- RISICATO L., *L'errore sull'età tra error facti ed error juris: una decisione "timida" o "storica" della Corte Costituzionale?* Nota a Corte Cost., 24 luglio 2007 n. 322, in *Dir. pen. proc.*, 11/2007, p. 1461 ss.
- RISICATO L., *La detenzione "rituale" di sostanze stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità*, in *Quaderni di diritto e di politica ecclesiastica*, 3, 2008, p. 1039 ss.
- RIVERA A., *La cultura fra locale e globale: sei frammenti*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 1/2004, pp. 49-62.
- ROCELLA A., *Macellazione rituale e diritto islamico*, in S. FERRARI (a cura di), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica della comunità islamica in Italia*, Bologna, 2000.
- ROXIN C., *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund* in *Festschrift für Maihofer*, Frankfurt am Main, 1988.
- RUSHBY K., *Eating the Flowers of Paradise: A Journey through the Drug Fields of Ethiopia and Yemen*, London, 1998.
- SALCUNI G., *Libertà di religione e limiti alla punibilità. Dalla "paura del diverso" al dialogo*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 607 ss.
- SANDEL M., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1998.
- SANTORO E., *Una proposta scandalosa?* in <http://www.juragentium.unifi.it/it/forum/mg/sunna.htm>.
- SANTORO M., *Mafia, cultura e subculture*, in *Polis*, vol. 1, aprile 2000, p. 91 ss.
- SANTORO M., *La voce del padrino. Mafia, cultura, potere*, Verona, 2007.
- SANTORO M.-SASSATELLI R., *La mafia come repertorio. Frammenti di analisi culturale*, in *Polis*, vol. 2, agosto 2001, p. 407 ss.
- SANTORO M.-SASSATELLI R., *Studiare la cultura. Nuove prospettive sociologiche*, Bologna, 2009.
- SCARANO L., *La non esigibilità in diritto penale*, Napoli, 1948.
- SCARPARI G., *La legge Reale, il burqa e il comune sentire del popolo*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2006, p. 78 ss.
- SCHIAFFO F., *Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato: contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.
- SELLA C., *Le mutilazioni genitali femminili come cultural orientated crime. Note di diritto italiano e comparato*, in *Diritto penale XXI sec.*, 2, 2007, pp. 285-308.
- SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, New York, 1938.
- SEMPRINI A., *Il Multiculturalismo*, Milano, 2000.
- SEN A.K., *Rights and Capabilities*, in *Resources, Values and Development*, Oxford, 1984, pp. 307-324.
- SEN A.K., *Gender Inequality and Theories of Justice*, in *Women, Culture and Development*, Oxford, 1995, pp. 259-273.
- SEN A.K., *Reason before identity*, Oxford, 1999.
- SEN A.K., *Human Rights and Capabilities*, in *Journal of Human Development*, 2005, pp. 151-166.
- SEN A.K., *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, London, 2006, (trad. it.) *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006.
- SHACHAR A., *Multicultural Jurisdiction. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, 2001.

- SIKORA, *Differing Cultures, Differing Culpabilities? A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing*, in *Ohio State Law Journal*, v. 62, 2001, p. 1702.
- SIMONI A., *La mendicizia, gli zingari e la cultura giuridica: uno schizzo di tappe e problemi*, in *Polis*, 3, dicembre 2000, p. 371 ss.
- SIMONI A., *La qualificazione giuridica della mendicizia dei minori rom tra diritto e politica*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2009, p. 99 ss.
- SOLA, *Il delitto di riduzione in schiavitù: un caso di applicazione*, nota a C. Ass. Milano, 18 maggio 1988, Sahili, in *Foro. it.*, 1989, II, p. 121 ss.
- SOMAINI E., *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Napoli, 2002.
- SPINELLI A.S., *Baro Drom. La lunga storia di rom, sinti, kale, manouches e romanichals*, Roma, 2005.
- STEWART O.C., *Peyote Religion: A History*, Oklahoma, 1987.
- SZEGO A., *Quando lo stupro è legale: la "marital rape exemption"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 853 ss.
- TAUBER E., *L'«altra» va a chiedere. Sul significato del Mangapen tra i sinti e estrai_aria*, in *Polis*, 3, dicembre 2000, p. 391 ss.
- TAYLOR C., *The Politics of Recognition*, Princeton, 1992, (trad. it.) *La politica del riconoscimento*, in *Multiculturalismo: Lotte per il riconoscimento J. Habermas e C. Taylor*, Milano, 1998.
- TENNEKENS J., *Anthropology, Relativism and Method. An Inquiry into the Methodological Principles of a Science of Culture*, Assen, Van Gorcum.
- TESAURO A., *Il Bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte Costituzionale: spunti per un'analisi metagiurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2009, p. 143 ss.
- The Cultural Defense in The Criminal Law*, nota in *Harvard Law Review*, 1986, p. 1296 ss.
- TIEMEYER J., *Der "relative Indeterminismus" und seine Bedeutung für das Strafrecht*, in *ZStW*, 1993, p. 483 ss.
- TRÖNDLE/FISCHER, *StGB Kommentar*, 2006.
- TURK E., *Abuses and Syndromes: Excuses or Justifications?* in *Whittier Law Review*, 1997, p. 901 ss.
- TURNER T., *Anthropology and Multiculturalism: What is Anthropology that Multiculturalism Should Be Mindful of it?*, in *"Cultural Anthropology"*, 8, (4), 1993, pp. 411-429.
- TYLOR E., *Primitive Culture*, in P. BOHANNAN-M. GLAZER, *High Points in Anthropology*, New York, 1988.
- VAN BROECK J., *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, n. 1, p. 3 ss.
- VANORIO F., *Bambini che vendono fiori: povertà, maltrattamenti o schiavitù?* in *Dir. imm. citt.*, 1/2008, p. 113 ss.
- VANZAN A.-MIAZZI L., *Modificazioni genitrici: tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2006, p. 14 ss.
- VECA S., *I diritti umani e la priorità del male*, in M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, 2003, p. 101 ss.
- VENAFRO E., *Scusanti*, Torino, 2002.
- VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000.

- VIGANO F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.
- VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002.
- VIOLA F.-ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2001.
- VISCONTI C., *Riduzione in schiavitù: un passo avanti e due indietro delle Sezioni Unite?* nota a Cass. 20 novembre 1996, Ceric, in *Foro it.*, 1997, II, p. 313 ss.
- VOLLMER H., *Akzeptanzbeschaffung: Verfahren und Verhandlungen*, in *Zeitschrift für Soziologie*, 2/1996, p. 147 ss.
- WALZER M., *Spheres of Justice*, New York, 1983.
- WALZER M., *On toleration*, Yale, 1997, (trad. it.) *Sulla tolleranza*, Roma-Bari, 1998.
- WILLIAMS, *The Theory of Excuses*, in *Criminal Law Review*, 1982, p. 735 ss.
- YINGER J.M., *Toward a Theory of Assimilation and Dissimilation*, in *Ethnic and Racial Studies*, 1981.
- ZAFFARONI E.R., *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, 1994.
- ZAFFARONI E.R., *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 339 ss.
- ZAFFARONI E.R.-ALAGIA A.-SLOKAR A., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2005.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZANCHETTA P.L., *Fazzoletti, spugnette, accendini e minori stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 2/2007, p. 108 ss.
- ZOLO D., *Fondamentalismo umanitario*, in M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, 2003, p. 13 ss.
- ZOLO D., *Infibulazione e circoncisione*, in <http://www.juragentium.unifi.it/fo- rum/mg/sunna.htm>.

Finito di stampare nel mese di marzo 2010
nella Stampatre s.r.l. di Torino
via Bologna, 220

