



Fabio Basile

(associato di Diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Milano)

***Localismo e non-neutralità culturale del diritto penale 'sotto tensione'
per effetto dell'immigrazione*** *

SOMMARIO: *Considerazioni introduttive.* La definizione di reato 'culturalmente motivato'. - 1. Il 'localismo' del diritto penale. - 1.1. *Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà.* - 1.2. Origine e sviluppo storico del 'localismo' del diritto penale. - 1.3. La recente tendenza, a livello europeo, ad uno stemperamento dell'originario 'localismo' del diritto penale. - 1.4. Riepilogo sul 'localismo' del diritto penale: "paese che vai, reato che trovi". - 2. La 'non-neutralità culturale' del diritto penale. - 2.1. *Precisazioni preliminari.* L'omogeneità culturale italiana secondo Alfredo Rocco. - 2.2. *Recht ist Kulturerscheinung.* Primi rilievi sui nessi tra cultura e diritto, e in particolare tra cultura e diritto penale. - 2.3. Le tre teorie formulate per illustrare i nessi tra cultura e diritto penale. - 2.3.1. La teoria della *coincidenza*, o dei *cerchi concentrici*: esposizione e critica. - 2.3.1.1. Una variante della teoria della coincidenza: la teoria del *minimo etico*: esposizione e critica. - 2.3.2. La teoria della *separazione*, o dei *cerchi distinti*: esposizione e critica. - 2.3.3. La teoria del *rapporto di implicazione*, o dei *cerchi intersecantisi*: esposizione e dimostrazione del suo fondamento. - 2.4. I "punti di vista" dai quali emerge che le intersezioni tra norme penali e norme culturali contribuiscono ad un maggior 'successo' del diritto penale. - 2.4.1. La prevenzione generale c.d. positiva. - 2.4.2. La prevenzione speciale intesa come rieducazione. - 2.4.3. La possibilità di conoscere la norma penale violata. - 2.4.4. Cenni su alcune esperienze di 'insuccesso' di codici penali che non presentavano alcuna significativa intersecazione con le norme culturali dei soggetti cui erano destinati. - 2.5. I "settori" all'interno dei quali le norme penali si intersecano con le norme culturali. - 2.5.1. Le norme penali all'interno delle quali compaiono elementi normativi c.d. culturali. - 2.5.2. Altre norme penali 'impregnate' di cultura. - 2.6. Riepilogo sulla 'non-neutralità culturale' del diritto penale: "il diritto penale è fortemente impregnato di cultura". - 3. *Conclusioni:* le implicazioni di 'localismo' e 'non-neutralità culturale' del diritto penale in ordine al fenomeno dei reati 'culturalmente motivati' commessi dagli immigrati.

Considerazioni introduttive. La definizione di reato 'culturalmente motivato'

* Per gentile concessione dell'Editore CUEM, al quale va il vivo ringraziamento della Rivista, si pubblica il capitolo secondo dell'opera monografica di F. BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali europee* (collana "Scienze giuridiche" - CUEM Soc. Coop. ed., Milano, 2008 - cuem@librerieuniversitarie.it).



1. La presenza di immigrati all'interno del territorio italiano e degli altri Stati europei pone una serie di 'sfide' anche al diritto penale. Coerentemente alla delimitazione del campo d'indagine tracciata nel capitolo precedente¹, intendo soffermarmi su *una* di queste 'sfide': come deve reagire il diritto penale ai reati commessi, per 'motivi culturali', dagli appartenenti ai gruppi etnici di immigrati?²

Per un corretto inquadramento dei termini di tale 'sfida' si rende a questo punto necessario fornire una definizione – che nelle prossime pagine fungerà da 'ipotesi di lavoro'³ – del concetto di reato '*culturalmente motivato*': sulla premessa della nozione di cultura etnicamente qualificata sopra accolta⁴, con la formula "reato culturalmente motivato" si vuole fare riferimento ad "un comportamento realizzato da un membro appartenente ad una cultura di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico della cultura dominante. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale dell'agente è condonato, o accettato come comportamento normale, o approvato, o addirittura è sostenuto e incoraggiato in determinate situazioni"⁵.

¹ V., in particolare, *supra*, Cap. I, 1.2 e 1.3.

² Illustrano e discutono "altre" sfide poste dall'immigrazione al diritto penale, PAVARINI, *Criminalità e pena nella società multiculturale*, in BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006, p. 165 ss. (con particolare riguardo alle politiche di controllo sociale della 'ordinaria' criminalità degli immigrati); RODRÍGUEZ MESA-RUÍZ RODRÍGUEZ, *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia, 2006 (con particolare riguardo all'incremento dei fatti, penalmente rilevanti, espressione di discriminazione e razzismo nei confronti degli immigrati); HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, p. 43 ss. (con particolare riguardo agli sforzi filosofici intesi a fornire una legittimazione ad un diritto penale che possa aspirare ad essere transculturale e, in quanto tale, applicabile anche agli immigrati che provengono da una cultura differente da quella che pretende di punirli).

³ Per ulteriori considerazioni in ordine al concetto di reato '*culturalmente motivato*', v. fin d'ora anche Cap. III, 1 ss.

⁴ V. *supra*, Cap. I, 1.2.

⁵ Cfr. van BROECK, *Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, n. 1, p. 5, e, in termini adesivi, de MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2005, p. 191; ID., *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Scritti in onore di Marinucci*, Milano, 2006, p. 215; FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, II ed., Roma-Bari, 2004, p. 66; CARNEVALI, *El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno*, in *Polít. Crim.* n. 3, 2007, p. 24; EGETER, *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, Zürich, 2002, p. 86 ss.; PASTORE, *Multiculturalismo e processo penale*, in *Cass. Pen.* 2006, p. 3030 ss.



Alla commissione del reato 'culturalmente motivato' fa, quindi, da sfondo una situazione che potremmo definire, in prima approssimazione, di "conflitto normativo"⁶, ovvero di "conflitto culturale"⁷.

Si tratta, a ben guardare, di una situazione di conflitto per certi aspetti simile (ma non identica) a quella già da tempo studiata dalla scienza giuridica e dalla filosofia del diritto, e tematizzata sotto il paradigma dell'"antinomia giuridica". Convenzionalmente, infatti, si parla di antinomia giuridica per indicare l'esistenza di un conflitto tra due norme giuridiche, entrambe valide ed entrambe appartenenti al medesimo ordinamento giuridico⁸. Nel nostro caso, invece, il conflitto sussiste tra:

- una norma giuridica (segnatamente, una norma penale) dell'ordinamento del Paese d'accoglienza, che incrimina una determinata condotta, e

- una norma culturale, radicata nella cultura del gruppo etnico d'appartenenza dell'immigrato (eventualmente recepita anche in una norma giuridica: ma, in tale eventualità, si tratterà di una norma giuridica vigente in un diverso ordinamento, vale a dire nell'ordinamento del Paese di provenienza dell'immigrato), che autorizza o addirittura impone di tenere quella condotta.

La situazione di "conflitto" da cui scaturisce il reato 'culturalmente motivato' potrebbe, pertanto, essere più esattamente inquadrata nella categoria dell'"antinomia impropria", formula utilizzata da una parte della dottrina penalistica per indicare il conflitto tra una norma giuridica e una norma extragiuridica⁹.

⁶ V. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Politica dir.* 2007, nota 2; ID., *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. Pen. Proc.* 2005, p. 1194.

⁷ Giustamente de MAGLIE, *Società*, cit., p. 227, richiama a tal proposito un fondamentale studio della letteratura sociologica americana degli anni '30 (SELLIN, *Culture Conflict and Crime*, New York, 1938), in cui l'Autore - analizzando la criminalità degli immigrati, di soggetti, cioè, che si trasferiscono in una società che può avere codici culturali completamente diversi dai loro - enunciò, per la prima volta, la teoria dei "conflitti culturali" alla base dei comportamenti criminali. Sulla teoria di Sellin, v. pure MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., 2007, p. 596; BARBAGLI-COLOMBO-SAVONA, *Sociologia della devianza*, Bologna, 2003, p. 31; FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, p. 485, nota 653; HÖFFE, *Globalizzazione*, cit., p. 11.

⁸ Per tale definizione, necessariamente stipulativa, del concetto di "antinomia giuridica", v. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 484, con rinvio ad opere 'classiche' in argomento: BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963; BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 82 ss.; GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959; ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, p. 59 ss.

⁹ In tal senso, v. JANSSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, Breslau, 1930, p. 11; GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldaußschließungsgrund*, in *Festschrift Mezger*, München-Berlin, 1954, p. 316; BARATTA, *Antinomie*, cit., p. 10, p. 63, p. 94. Ben esemplifica una siffatta "antinomia impropria", richiamando il conflitto vissuto da Antigone, stretta tra il divieto 'giuridico' di Creonte, e la norma 'morale' che le impone di dare sepoltura al fratello, VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 484.



2. L'analisi del fenomeno dei reati 'culturalmente motivati' commessi dagli immigrati presuppone, preliminarmente, un'attenta riflessione su due tradizionali tratti caratteristici del diritto penale, e cioè:

- sul suo '*localismo*': con tale espressione intendo fare riferimento al fatto che il diritto penale – quello italiano, quello degli altri Stati europei, e presumibilmente quello di ogni altro Stato al mondo – presenta, più di altri settori dell'ordinamento giuridico, la caratteristica di essere una sorta di 'prodotto tipico locale', destinato, peraltro, ad una consumazione solo *in loco*;

- sulla sua '*non-neutralità culturale*': con tale espressione intendo, invece, fare riferimento al fatto che il diritto penale – ancora una volta: quello italiano, quello degli altri Stati europei, e presumibilmente quello di ogni altro Stato al mondo – presenta, più di altri settori dell'ordinamento giuridico, la caratteristica di essere un diritto '*impregnato*' di cultura, un diritto, cioè, che risente particolarmente della cultura dello Stato, del popolo, degli uomini che tale diritto hanno elaborato.

Come può fin d'ora agevolmente intuirsi, questi due tratti caratteristici del diritto penale hanno, in effetti, importanti implicazioni rispetto al fenomeno dei reati commessi per motivi culturali dagli immigrati: reati, cioè, commessi da persone che si spostano da uno Stato all'altro e che di conseguenza trovano, nel *luogo* d'arrivo, un diritto penale in qualche misura diverso da quello vigente nel *luogo* d'origine, laddove tale diversità delle norme penali è almeno in parte dovuta alla diversità di *culture*.

In particolare, nel presente capitolo cercherò di mettere in luce come '*localismo*' e '*non-neutralità culturale*' del diritto penale vivano oggi, nelle società multiculturali di tipo polietnico¹⁰, una *stagione di forti tensioni*.

3. Segnalo, infine, che qui di seguito, i profili del '*localismo*' e della '*non-neutralità culturale*' del diritto penale verranno trattati, per comodità espositiva, separatamente, pur nella chiara consapevolezza delle loro reciproche, costanti interrelazioni. A ben guardare, infatti, l'uno è, ad un tempo, *causa ed effetto* dell'altra: il diritto penale è un prodotto 'locale', proprio perché, tra gli altri motivi, risente della cultura diffusa nel luogo (lo Stato) in cui esso viene elaborato; d'altra parte, il diritto penale è un diritto 'non culturalmente neutro', proprio

¹⁰ Per la nozione di società multiculturale di tipo polietnico, in cui il pluralismo culturale trae origine dall'immigrazione di individui e famiglie, v. *supra*, Cap. I, 1.3.



perché, tra gli altri motivi, essendo elaborato e destinato ad un determinato luogo (uno Stato), risente inevitabilmente della cultura diffusa tra le persone presenti in quel luogo¹¹.

1 - Il 'localismo' del diritto penale

1.1 - *Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà*

Il diritto penale, più di altri settori dell'ordinamento giuridico, presenta la caratteristica di essere un diritto *locale*, creato all'interno di uno Stato e per tale Stato, sicché ad ogni singolo Stato corrisponde un determinato ordinamento giuridico penale¹². Come ha di recente rilevato Otfried Höffe, nelle pagine iniziali di quella che costituisce una delle più stimolanti riflessioni sul diritto penale nelle moderne società multiculturali e globalizzate, "il diritto penale rientra fino ad oggi quasi esclusivamente nell'ambito di competenza dei singoli Stati"¹³.

In ogni Stato, infatti, ritroviamo un determinato catalogo di reati, sanzionati con determinate pene e assoggettati a determinate regole di parte generale, che possono sì somigliare in misura più o meno ampia, *ma quasi mai coincidere* con quanto previsto in altri Stati, con la conseguenza che "ciò che è reato qui, potrebbe non esserlo in un altro luogo, o viceversa"¹⁴.

Tale caratteristica del diritto penale è stata di recente efficacemente descritta da Fletcher, il quale ha constatato che, oggi, "ogni paese va per proprio conto" per quanto riguarda il

¹¹ Già ANTOLISEI, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1953, p. 396, evidenziava congruamente la correlazione esistente tra la "relatività degli illeciti penali che mutano (...) coi luoghi", da un lato, e la loro "stretta connessione col grado di civiltà e con l'indole di ciascun popolo", dall'altro. Più di recente, nella dottrina di lingua tedesca, v., in senso analogo, HASSEMER, *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts*, in appendice alla versione tedesca di HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, 1999, p. 170.

¹² Per una sottolineatura del carattere marcatamente "provincialistico/nazionalistico" del diritto penale, v., di recente, anche BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006, p. 53; DELMAS MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1997, p. 543.

¹³ HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, cit., p. VII.

¹⁴ MEZGER, *Kriminologie. Ein Studienbuch*, München-Berlin, 1951, p. 4. Mezger, oltre a sottolineare la variabilità del diritto penale nello spazio, nello stesso passaggio ne sottolineava anche la variabilità nel tempo. La citazione completa è, infatti, la seguente: ciò che "è reato qui e oggi, potrebbe non esserlo domani o in un altro luogo, o viceversa".



diritto penale¹⁵, sicché è possibile registrare un'“accentuata provincializzazione del diritto penale”¹⁶:

“il diritto penale è da tempo divenuto, quale diritto nazionale codificato, un *diritto locale*. La grande unità nel diritto che via via prese il posto del diritto romano si è dispersa. Se mai ci fu, al tempo del diritto comune, un univoco vocabolario e un insieme di principi condivisi da tutti gli europei, oggi quella omogeneità di riferimenti si è in gran parte smarrita. È assai difficile trovare ordinamenti penali, anche limitrofi, che abbiano lo stesso sistema di reati contro la vita o contro il patrimonio. E lo stesso succede d'altronde negli Stati Uniti dove, pur in presenza di un *Model penal code*, modello da ciascuno adattato alle esigenze locali, è assai arduo trovare due Stati che abbiano la “stessa legge”, anche solo a proposito di un reato basilare quale l'omicidio. Ancora: le repubbliche dell'ex Unione Sovietica hanno avuto per decenni codici penali che, essendo espressioni di un'unica, centralizzata ispirazione politico-criminale, erano sostanzialmente omogenei; oggi che ogni singolo Stato elabora il proprio codice in condizioni di reale autonomia, la *frammentazione* e la *disarmonia complessiva* appaiono eclatanti. Insomma, il diritto penale moltiplica la propria disomogeneità man mano che proliferano le bandiere di nuovi Stati sovrani”¹⁷.

Ma la frammentarietà geografica del diritto penale era già stata nettamente individuata, fin dai primi decenni del secolo scorso, dalla allora nascente scienza criminologica la quale, alla ricerca di una precisazione dell'oggetto delle proprie ricerche che prescindesse dalle transeunti caratteristiche di un singolo ordinamento positivo, veniva a scontrarsi con la grande varietà del catalogo dei reati, mutevole da Stato a Stato, da luogo a luogo. Almeno a partire da Sutherland, pertanto, la “*relatività del reato (the relativity of crime)*”¹⁸ è divenuta un *topos* della moderna criminologia:

“il contenuto del diritto penale” – scriveva Sutherland – è sempre “in costante cambiamento” dal punto di vista storico e, cosa che più ci interessa in questa sede, *dal punto di vista geografico*: ed infatti “ciò che segue è stato in tempi diversi ed *in luoghi diversi* considerato un reato: stampare un libro, professare la dottrina medica della circolazione del sangue, guidare con le redini, vendere monete agli stranieri, tenere oro in casa, comprare beni sulla

¹⁵ FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York-Oxford, 1998 (tr. it. di M. Papa, *Grammatica del diritto penale*, 2004), p. 13.

¹⁶ FLETCHER, *op. cit.*, p. 14 (corsivo aggiunto).

¹⁷ FLETCHER, *op. cit.*, p. 14 (corsivo aggiunto).

¹⁸ SUTHERLAND-CRESSEY, *Criminology*, IX ed., Santa Barbara, 1974, p. 15 (la prima edizione risale al 1924); v. pure la traduzione in italiano, a cura di ZANCHETTI, *Criminologia*, Milano, 1996, p. 22.



strada che va al mercato o al mercato con il proposito di rivenderli ad un prezzo più alto, emettere un assegno per meno di un dollaro”¹⁹.

Del resto, anche alla stessa dottrina penalistica è particolarmente cara una notoria massima di Blaise Pascal, che, in modo tanto efficace quanto sintetico, ben rende l’idea della frammentazione localistica del diritto penale:

“*Plaisante justice qu’une rivière borne. Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà*”²⁰.

Il *pensé* pascaliano è stato, infatti, riproposto anche dalla dottrina penalistica contemporanea per descrivere la perdurante frammentazione localistica del diritto penale²¹:

- così Schultz, in un contributo del 1973 intitolato proprio “*Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà?*”, ha di nuovo evocato la “forza divisoria (*trennende Kraft*) degli ordinamenti e dei sistemi giuridici, posseduta dalle montagne e dai fiumi che segnano i confini dei Paesi”, per mettere in luce le differenze, anche significative, esistenti tra i sistemi positivi di diritto penale di due paesi limitrofi e per giunta appartenenti – almeno in parte – alla stessa area linguistica (la Germania e la Svizzera), anche in relazione a delitti di frequentissima verifica, come il furto e l’omicidio doloso²²;

¹⁹ SUTHERLAND-CRESSEY, *Criminologia*, cit., p. 22 (corsivo aggiunto). Sul concetto di “relatività [geografica] del reato”, v. pure, *ex pluris*, FATTAH, *Criminology: Past, Present and Future: a Critical Overview*, London-New York, 1997, p. 53 ss. (con numerosi ulteriori esempi); nella letteratura criminologica italiana, v. PONTI, *Compendio di criminologia*, IV ed. riv. e agg., Milano, 1999, p. 37 ss.; FORTI, *L’immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 305 ss., in part. p. 335, e, tra i penalisti, ANTOLISEI, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, cit., p. 396, che parla anch’egli di “relatività” degli illeciti penali i quali “mutano”, oltre che coi tempi, anche “coi luoghi”.

²⁰ PASCAL, *Pensées et opuscules*, pubblicati a cura di Léon Brunschvicg, Paris, 1959, n. 294, p. 465 (tr. it.: “curiosa giustizia, quella che è delimitata da un fiume. Verità al di qua dei Pirenei, errore al di là”). Come annota Brunschvicg (*Pensées*, loc. cit.), Pascal si ricollega ad un analogo pensiero formulato da Montaigne del 1595: “*Quelle bonté est-ce que je voyais hier en credit et demain ne l’estre plus, et que trajet d’une rivière fait crime? Quelle vérité est-ce que ces montaignes bornent, mensonge au monde qui se tient au delà?*”.

²¹ Oltre ai contributi di Schultz e Marinucci qui di seguito citati, v. pure ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2000, p. 4; tra i non penalisti, v. di recente SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., p. 42.

²² SCHULTZ, *Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà?*, in *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlin - New York, 1973, p. 49 ss.



- più di recente, anche Marinucci, nella relazione di sintesi del convegno *“La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale”* tenutosi nel 1999, ha sottolineato il *“pascaliano localismo statale (vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà, con quel che segue e precede)”* del diritto penale, individuando in esso un grave ostacolo al processo di armonizzazione dei sistemi penali dei paesi europei²³.

D'altro canto, già in un precedente convegno su analogo argomento (*“Prospettive per un diritto penale europeo”*) tenutosi nel 1967, anche Bettiol, pur senza ricorrere alla massima pascaliana, aveva ben fotografato la frammentazione localistica del diritto penale, parlando di un *“mosaico penalistico europeo che non rivela alcun disegno unitario ma costituisce solo una serie autonoma di pietruzze colorate”*²⁴.

1.2 - Origine e sviluppo storico del 'localismo' del diritto penale

Quando Pascal scriveva (1670), il processo di frammentazione localistica del diritto rispetto all'unità preservata dallo *ius commune* medievale di origine romanistica, era, in realtà, solo ai suoi albori, ma era destinato a *consolidarsi sempre più nei decenni successivi, con il sorgere degli Stati, assoluti prima e nazionali poi*, ognuno dei quali aspirava a darsi – prima attraverso i grandi Tribunali nazionali, poi attraverso gli organi legislativi nazionali – un proprio sistema di norme, con conseguente abbandono dello *ius commune*²⁵.

²³ MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, 2000, p. 200. Nello stesso senso, e nello stesso contesto, v. pure RIZ, *Unificazione europea e presidi penalistici*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana*, cit., p. 90, il quale, tra gli ostacoli che si presentano all'armonizzazione dei sistemi penali dei paesi europei, individua il fatto che gli *“ordinamenti giuridici vigenti nella maggior parte degli Stati membri dell'UE (...) presentano ciascuno una propria individualità”* (corsivo aggiunto).

²⁴ BETTIOL, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 9 (corsivo aggiunto): da quando Bettiol faceva tali affermazioni sono passati quarant'anni durante i quali, almeno a livello comunitario, significativi progressi verso l'armonizzazione/unificazione del diritto penale dei paesi europei sono stati indubbiamente compiuti (v. *infra*, 1.3), ma di certo l'originaria frammentazione localistica del diritto penale non è stata ancora ricomposta in unità.

²⁵ In argomento v. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa - Le fonti e il pensiero giuridico*, 1, Milano, 1982, p. 68 ss.; PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007, p. 296 ss. (su *“Corti sovrane e Rote”*), p. 314 ss. (sulle *“Legislazioni regie”*). Con particolare riferimento alla situazione del diritto penale di quei secoli, v. pure ROXIN, *I compiti futuri*, cit., p. 4: *“all'epoca dell'assolutismo, e ancora nell'età del nazionalismo ottocentesco, il diritto era inteso, quanto meno dalla*



In effetti, se Pascal aveva ancora osservato con perplessità e diffidenza tale frammentazione localistica, essa veniva, invece, approvata ed addirittura caldeggiata da Montesquieu dalle pagine introduttive del suo *De l'esprit des lois* (1748) – un'opera che avrebbe segnato il momento iniziale della cultura illuministica e che tanta influenza avrebbe avuto sulle iniziative codificatorie dei decenni successivi²⁶:

“le leggi politiche e civili di ogni nazione (...) devono essere *talmente adatte al popolo per il quale sono state istituite, che è incertissimo se quelle di una nazione possano convenire a un'altra*. È necessario che siano relative alla natura e al principio del governo stabilito o che si vuole stabilire, sia che lo formino, come fanno le leggi politiche, sia che lo conservino, come fanno le leggi civili. Devono essere corrispondenti alle caratteristiche fisiche del paese; al clima freddo, ardente o temperato; alle qualità del suolo, alla sua situazione, alla sua ampiezza; al genere di vita dei popoli, agricoltori, cacciatori o pastori; devono rifarsi al grado di libertà che la costituzione può permettere, alla religione degli abitanti, alla loro indole, alla loro ricchezza, al loro numero, al loro commercio, ai loro usi, ai loro costumi”²⁷.

Secondo la concezione di Montesquieu, quindi, il *genius loci* avrebbe dovuto plasmare le leggi di ogni nazione, affinché le stesse potessero ‘aderire’ il più possibile alla specifica situazione locale²⁸.

prassi, come un *insieme di norme di rilievo esclusivamente interno*, adottate in base ai particolari rapporti di potere ed interesse propri di una data società”.

²⁶ Da ultimo, sottolinea l'importanza e la novità di tale opera PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto*, cit., p. 394 ss.

²⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, *Première partie (livres I à VIII)*, livre III (v. versione telematica a cura di Jean-Marie Tremblay, in <http://classiques.uqac.ca/classiques>). Il testo originale in francese è il seguente: “*les lois politiques et civiles de chaque nation (...) doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. Il faut qu'elles se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir; soit qu'elles le forment, comme font les lois politiques; soit qu'elles le maintiennent, comme font les lois civiles. Elles doivent être relatives au physique du pays; au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir; à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs moeurs, à leurs manières*”. Si ricordi che, in base alla sistematica delle leggi adottata da Montesquieu, le “leggi politiche” sono quelle che “regolano le relazioni fra i governanti e i governati”, mentre le “leggi civili” quelle che “regolano i rapporti che tutti i cittadini hanno fra loro” (*ibidem*).

²⁸ V. ancora PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto*, cit., p. 394 ss., il quale ben evidenzia come *l'Esprit des lois* sia in effetti attraversata dall'idea di fondo secondo cui “ogni popolo ha il proprio diritto, le sue leggi, i suoi costumi”.



Ma oltre a questa esigenza di conformare le leggi al *genius loci*, vi è anche un'altra ragione per la quale, a partire dall'epoca dei Lumi, la frammentazione localistica del diritto si consolidò ulteriormente: in quell'epoca, infatti, localizzazione del diritto significava, principalmente, *statualizzazione del diritto*, e statualizzazione del diritto significava, per Montesquieu e seguaci, *legalizzazione del diritto*, cioè sua identificazione con la sola legge²⁹. La legge e, in particolare, i codici, nella concezione degli Illuministi costituivano infatti lo strumento privilegiato per conferire *certezza* e *determinatezza* alle norme giuridiche, consentendo il superamento del vituperato arbitrio dei tribunali e della perniciosa imprecisione delle consuetudini.

Qui si coglie allora il decisivo contributo – per quanto, forse, 'preterintenzionale' – degli Illuministi alla frammentazione localistica del diritto: se il diritto è solo quello contenuto nella legge, e se la legge promana necessariamente dallo Stato³⁰, è giocoforza che alla pluralità di Stati venga a corrispondere una pluralità di diritti locali³¹.

Il processo di statualizzazione, e conseguente frammentazione localistica, del diritto qui per sommi capi descritto, risulta *particolarmente accentuato proprio in ambito penale*, e ciò per le due seguenti ragioni:

1) perché le *esigenze di certezza e determinatezza delle norme giuridiche* cui si è fatto sopra cenno, che secondo gli Illuministi avrebbero potuto essere soddisfatte solo attraverso la legalizzazione statale del diritto, erano (e sono!) particolarmente avvertite proprio in

²⁹ In proposito v. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto*, cit., p. 392: è a partire dall'età dei Lumi che la legge diventa "in Europa ciò che non era mai stata nei lunghi secoli del diritto comune, la fonte prima e dominante del diritto, lo strumento privilegiato se non addirittura esclusivo delle sue trasformazioni e della sua evoluzione". Nello stesso senso, benché da una diversa prospettiva, v. pure SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., p. 91 ss.

³⁰ Cfr. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., p. 92: a partire dalla Rivoluzione francese "il potere legislativo spetta ormai allo Stato. Vale a dire, il diritto è ormai statizzato. L'idea del "legislatore", e l'idea della statualità del diritto, tendono ad andare di pari passo".

³¹ Cfr. BUSSI, *Introduzione al colloquio: Organizzare l'ordinamento. Federalismo e statualismo, forme di Stato e forme di governo*, in *diritto@storia* (www.dirittoestoria.it), n. 3, maggio 2004, par. 5. Poiché il processo di codificazione prosegue tutt'oggi, il 'localismo' del diritto penale non sembra affatto in fase recessiva: v. FLECHTER, *Grammatica*, cit., p. 13, secondo cui una delle principali cause dell'attuale "accentuata provincializzazione del diritto penale" risiede proprio nel fatto che "in molti paesi si continua ancor oggi a codificare o a ricodificare il diritto".



ambito penale, come ci ricorda la 'immortale' lezione di Cesare Beccaria³²;

2) perché il diritto penale – il diritto di punire, infliggendo sofferenze ai consociati – rappresenta indubbiamente una delle principali espressioni di "violenza fisica legittima", il cui monopolio, secondo la celebre definizione di Max Weber, costituisce il tratto essenziale di ogni Stato³³; ed ecco allora che lo Stato, per affermarsi in quanto tale, reclama per sé il monopolio del diritto penale quale espressione di sovranità. Come, infatti, ha di recente rilevato Delmas-Marty, "il diritto di punire, monopolio dello Stato, è senza dubbio il segno più eclatante della sovranità nazionale"³⁴. Rispetto al diritto penale trova, allora, piena ed assoluta conferma quanto rilevato, in prospettiva storica, da Bobbio: il processo di graduale "monopolizzazione del potere coercitivo da parte dello Stato", avviatosi all'epoca dell'Assolutismo e teorizzato da Hobbes, comportò una "corrispondente monopolizzazione del potere normativo", completatasi con l'Illuminismo e con le grandi codificazioni ottocentesche³⁵.

Vero è che alcune delle codificazioni penali ottocentesche furono capaci di 'superare' in qualche modo i confini nazionali: si pensi, soprattutto, alla grande influenza esercitata, su molte codificazioni ottocentesche, dal Codice penale napoleonico del 1810. Ma tale superamento non significò – se non in quei casi in cui l'espansione giuridica fu anticipata dall'occupazione militare e dal dominio politico³⁶ – pedissequa recezione, da parte di uno Stato, di una codificazione

³² BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. Livorno 1766, pubblicata a cura di Venturi, Torino, 1994: si vedano, in particolare, i paragrafi "IV. Interpretazione delle leggi", e "V. Oscurità delle leggi".

³³ Secondo WEBER, *Politik als Beruf, Einleitung*, 1919, "Staat ist diejenige menschliche Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes (...) das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit für sich (mit Erfolg) beansprucht (Stato è quella comunità umana che, all'interno di un determinato territorio (...), reclama per sé (con successo) il monopolio della violenza fisica legittima)".

³⁴ DELMAS MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1997, p. 543; nello stesso senso, v. pure TIEDEMANN, *L'uropeizzazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1998, p. 3: "il sistema penale è (...), più di altre materie giuridiche, espressione della sovranità nazionale"; da ultimo, v. in tal senso SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 102.

³⁵ BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, p. 30 ss.

³⁶ Almeno per quanto riguarda il Regno d'Italia, con decreto 12 novembre 1810 Napoleone Bonaparte, Imperatore dei Francesi e Re d'Italia, approvò la traduzione italiana del codice penale dell'Impero francese (noto anche come *Code pénal Napoleon*) e ne fissò al 1° gennaio 1811 l'entrata in vigore in tutti i dipartimenti del Regno d'Italia: cfr. DEZZA, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano, 1992, p. 199.



'straniera', quanto, piuttosto, rielaborazione di un modello, previo suo adeguamento alle peculiarità e alle esigenze interne³⁷.

Vero anche, d'altra parte, che soprattutto a partire dalla fine del Diciottesimo secolo in Europa si formò una cultura giuridica comune³⁸. Ma tale comunanza non portò certo all'adozione di codici penali unitari, con soluzioni coincidenti in tutti i Paesi, quanto, piuttosto – per usare le parole di un attento studioso della storia del diritto penale – ad “un'intensissima circolazione di idee e tecniche”³⁹, le quali vennero variamente rielaborate e recepite a livello locale.

Pertanto, all'alba del Ventesimo secolo praticamente ogni Stato europeo si era dotato di un proprio diritto penale, concepito come un 'prodotto tipico locale', e destinato ad essere applicato pressoché esclusivamente all'interno dei propri confini.

1.3 - La recente tendenza, a livello europeo, ad uno stemperamento dell'originario 'localismo' del diritto penale

Solo a partire dal Secondo Dopoguerra, in Europa l'originario, accentuato 'localismo' del diritto penale si è andato in parte stemperando, sotto l'impulso del *processo di riavvicinamento* degli ordinamenti giuridici penali promosso dal Consiglio d'Europa⁴⁰ e, su

³⁷ Come è noto, il *Code pénal Napoleon* – oltre ad essere imposto sui territori conquistati dalla *Grand Armée* (v. nota precedente) – fu assunto 'spontaneamente' a modello da vari codici penali successivi, ad esempio da quello belga e, in Italia, da quello parmense e da quello sardo-piemontese: su tali vicende vedi, anche per i necessari rinvii, i vari contributi raccolti in VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1993; nonché MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: un'introduzione*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, 2000, p. 39 s. Del tutto particolare è, invece, la vicenda del codice penale bavarese che, a partire dal 1834, venne adottato anche in Grecia: ciò fu dovuto al fatto che Ottone di Baviera, asceso al trono del neo-nato Stato greco, 'impose' nel suo nuovo regno molte delle leggi già vigenti nel suo paese d'origine (sul punto v. SOLNAR, *Difficoltà e prospettive nell'unificazione del diritto penale in Europa*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 170).

³⁸ V., ma con riferimento ad un periodo storico ben più ampio, PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 9: “la storia del diritto in Europa è la storia di una comune civiltà, di una comune «repubblica della cultura giuridica»”.

³⁹ CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1987 (ristampa inalterata), p. 6 s.

⁴⁰ Sul ruolo svolto dal Consiglio d'Europa nel processo di armonizzazione degli ordinamenti giuridici penali dei 47 Stati membri, v. per tutti DELMAS MARTY, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Torino, 2004, p. 17, la quale opportunamente sottolinea le notevoli difficoltà incontrate da tale processo, che hanno tra l'altro indotto la Corte europea dei Diritti dell'Uomo ad elaborare la dottrina del



un'area geografica più ristretta, dall'Unione europea⁴¹. Si tratta, tuttavia, di un processo non solo assai lento e graduale, ma soprattutto assolutamente settoriale, coinvolgendo solo limitate materie.

Anzi, per quanto riguarda, in particolare, l'Unione europea, sia l'assenza di competenza diretta delle Istituzioni comunitarie in materia penale⁴², sia il particolare ritardo che contrassegna il cammino verso il riavvicinamento delle legislazioni penali nazionali rispetto ad altri rami del diritto (si pensi, ad es., al diritto doganale o a quello societario)⁴³, costituiscono una chiara conferma dell'accentuata frammentazione localistica che caratterizza ancor oggi i sistemi penali degli Stati membri e delle difficoltà e resistenze che il superamento di tale frammentazione implica.

Così, mentre nell'Unione europea si è riusciti a creare un'unione doganale, un'unione monetaria, una politica agraria comune etc., e si è riusciti ad armonizzare, se non addirittura ad unificare, il complesso di norme che regolava, nei singoli Stati, tali materie, ancora molto lontano

c.d. "margine nazionale di apprezzamento", in virtù della quale i singoli Stati membri conservano un margine di discrezionalità in quei casi in cui la legislazione statale si interseca con le previsioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo: tale dottrina, riferisce Delmas Marty, *op. loc. cit.*, è stata in effetti "inventata dal giudice europeo" proprio al fine di "prendere in considerazione le diversità, soprattutto culturali e religiose, che esistono all'interno di una regione peraltro abbastanza omogenea" (in argomento v. pure DELMAS MARTY-IZORCHES, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit*, in RIDC 2000, n. 4, e in *Mc Gill Journal* 2001, vol. 46, p. 5 ss.; DONATI-MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in FALZEA-SPADARO-VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 ss.; nonché FRONZA, *Legislazione antiterrorismo e deroghe ai diritti fondamentali: riflessioni sulla teoria del "margine nazionale di apprezzamento"*, in *Studi sulla questione criminale, Dei delitti e delle pene*, vol. 1, n. 2, 2006, p. 31 ss.).

⁴¹ In argomento, oltre ai recenti, poderosi contributi di SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, e SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, v. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 7 ss., p. 55 ss., ed i vari saggi raccolti nel volume FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006.

⁴² Sul punto, v. per tutti, anche per ulteriori precisazioni e sviluppi, SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 42; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 102 ss. Una competenza "diretta" delle Istituzioni comunitarie in materia penale viene costantemente negata anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee: v., da ultimo, CGCE sentenza 3 maggio 2007, causa C-303/05, in *Raccolta della giurisprudenza* 2007, p. I-03633.

⁴³ Per una particolare sottolineatura di tale 'ritardo', v. TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit., p. 3.



è l'obiettivo di una armonizzazione-unificazione di ampi settori del *diritto penale* degli Stati membri⁴⁴.

Una conferma indiretta delle difficoltà che incontra l'armonizzazione/unificazione, a livello di Unione europea, di ampi settori del diritto penale *sostanziale* può essere rinvenuta anche nella vicenda del mandato d'arresto europeo, attraverso il quale l'Unione europea ha sì impresso una *forte accelerazione alla cooperazione giudiziaria* tra Stati membri, ma ha al contempo di fatto decretato una sorta di *marginalizzazione dell'obiettivo del riavvicinamento delle legislazioni penali sostanziali* degli Stati membri⁴⁵.

1.4 - Riepilogo sul 'localismo' del diritto penale: "paese che vai, reato che trovi"

Nonostante i progressi compiuti negli ultimi decenni, specie a livello europeo, il diritto penale continua, dunque, ad essere un *prodotto statale, locale*, contrassegnato dal marchio di produzione del paese d'origine: un diritto che riporta stampigliato sopra un "*prodotto in Italia*", o un "*made in UK*", o un "*fabriqué en France*" etc., a seconda del paese dove tale diritto è stato emanato e dove è destinato ad essere applicato.

Con ciò, si badi bene, non si intende affatto dire che tra i sistemi penali dei vari Stati non possano esistere significativi punti di connessione, comuni ascendenze e comuni linee evolutive⁴⁶. Né si vuole negare che l'aspirazione – particolarmente sentita a livello europeo, ed in crescita anche a livello globale – ad uniformare i diritti penali intorno al 'nucleo forte' di alcuni valori ampiamente condivisi, potrebbe portare, nei prossimi decenni, ad una rapida sprovincializzazione del

⁴⁴ Sui rispettivi significati dei concetti "armonizzazione" ed "unificazione" del diritto v., anche per ulteriori riferimenti, BERNARDI, *Modelli*, pp. 9-12.

⁴⁵ Per una siffatta lettura della vicenda del mandato d'arresto europeo, v., anche per ulteriori riferimenti, MANACORDA, *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2004, p. 789 ss.; SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 180 s.

⁴⁶ Vedi in proposito FLETCHER, *Grammatica*, cit., p. 14, il quale, pur sottolineando l'"accentuata provincializzazione del diritto penale" (v. *supra*, note 7-8, e testo corrispondente), ritiene comunque di poter individuare alcuni "*basic concepts*" comuni all'esperienza giuridico-penale di tutti i paesi occidentali: "la tesi di questo libro è che già oggi esista, tra le varie esperienze giuridiche penalistiche del mondo occidentale, un'affinità molto significativa di concetti e problemi, tratti comuni assai più marcati di quanto siamo soliti ritenere".



diritto penale⁴⁷. Si vuole, invece, sottolineare il fatto che, a tutt'oggi, tra uno Stato e l'altro cambia il catalogo dei reati, cambia la fisionomia dei singoli reati, cambia la pena per essi comminata, cambiano le regole di parte generale.

Basti pensare, quali esempi della perdurante frammentazione localistica del diritto penale, a fatti come l'eutanasia e l'aiuto al suicidio, la procreazione assistita, l'aborto, il controllo delle nascite e la sterilizzazione volontaria, i rapporti omosessuali tra adulti consenzienti, l'adulterio, l'incesto, la pornografia, la prostituzione, la tutela dell'integrità sessuale dei fanciulli (in particolare, in relazione alla soglia d'età sotto la quale essi sono considerati tali), il consumo e la vendita di sostanze stupefacenti, l'usura, la concussione e la corruzione, il catalogo dei mezzi di educazione legittimi (comprensivi, o meno, di un qualche moderato ricorso alla violenza fisica), la bestemmia e i vilipendi alla religione, il maltrattamento di animali: fatti la cui disciplina penale cambia, anche significativamente, da Stato a Stato⁴⁸.

Passando agli istituti di parte generale, si pensi alle significative divergenze che si possono riscontrare tra Stato e Stato, per quanto riguarda, ad es., l'individuazione della soglia di età per la sussistenza della capacità di intendere e di volere; il trattamento dell'errore di diritto, del tentativo inidoneo, della desistenza volontaria, nonché dei fatti illeciti commessi in stato di ubriachezza; i limiti di rilevanza, scriminante o scusante, dello stato di necessità e dell'adempimento degli ordini dei superiori; la varia e mutevole considerazione – come dolo, come colpa (grave), o, anche, come responsabilità per *versari in re illicita* – di ciò che da noi in Italia ricade sotto la definizione di dolo eventuale⁴⁹.

Persino in settori dove potrebbe presumersi l'esistenza di una non-problematica unitarietà di soluzioni normative, si scoprono insospettite differenze. Si pensi, ad es., al delitto di furto, previsto sì pressoché in tutti gli ordinamenti penali, ma sottoposto ad una

⁴⁷ In proposito, anche per ulteriori rinvii, si vedano i numerosi studi condotti o coordinati negli ultimi anni da Delmas Marty: DELMAS MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, 1994; ID. (a cura di), *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, 1996; ID., *Le forces imaginantes du droit. Le relatif et universel*, Paris, 2004; nonché MANACORDA, *Ius commune criminale? Enjeux et perspectives de la comparaison pénale dans la transition des systèmes*, in *Variations autour d'un droit commun*, Travaux de la Société de Législation Comparée, Paris, 2002, p. 323 ss.; BERNARDI, *L'europeizzazione*, cit., p. 55 ss.

⁴⁸ Per un analogo catalogo di ipotesi in cui più marcate possono risultare le distanze tra Stato e Stato, v. anche HASSEMER, *Vielfalt*, cit., p. 172; SOLNAR, *Difficoltà e prospettive*, cit., p. 171.

⁴⁹ Cfr. pure SOLNAR, *Difficoltà e prospettive*, cit., p. 171, p. 174 s.



regolamentazione assai differenziata a livello locale, sia per quanto attiene alla pena comminata, sia per quanto riguarda la fisionomia stessa della condotta punibile: tanto è vero che anche nelle legislazioni di due paesi, Italia e Germania, assai vicini per geografia e per tradizione giuridica, il furto non solo viene assoggettato ad una pena sensibilmente diversa (reclusione da un mese a cinque anni o solo pena pecuniaria in Germania; reclusione da sei mesi a tre anni congiunta con la pena pecuniaria in Italia), ma la sua stessa configurazione legislativa cambia (l'impossessamento per l'art. 624 c.p. è elemento del fatto tipico; per il § 242 StGB è, invece, punto di riferimento dell'*Absicht*), con la conseguenza, di non poca rilevanza pratica, che, ad es., il c.d. furto d'uso non è reato al di là delle Alpi, mentre lo è al di qua⁵⁰!

E se tali differenze sono riscontrabili a livello europeo (sia pur con le correzioni in corso, di cui si è detto *supra*, 1.3), esse lo sono ancor più a livello globale⁵¹. Insomma, ogni Stato ha un suo diritto penale, solo in minima parte coordinato con quello di altri Stati, sicché, parafrasando un adagio popolare, si può senz'altro dire: "paese che vai, reato che trovi".

2 - La 'non-neutralità culturale' del diritto penale

2.1 - Precisazioni preliminari. L'omogeneità culturale italiana secondo Alfredo Rocco

Il secondo aspetto del diritto penale, messo sotto tensione dai recenti flussi immigratori, consiste nella sua 'non-neutralità culturale'. Con ciò intendiamo la caratteristica del diritto penale di risultare, più di altri

⁵⁰ Già SCHULTZ, *Vérité au deçà des Pyrénées*, cit., p. 49 ss., aveva del resto fatto riferimento al delitto di furto per sottolineare le differenze esistenti tra gli ordinamenti penali anche di Paesi tra loro 'contigui' (in quel caso: Germania e Svizzera): v. *supra*, nota 22, e testo corrispondente. Sulla irrilevanza penale del furto d'uso in Germania, a parte le limitate eccezioni di cui ai §§ 248 b e 290 StGB, vedi, anche per ulteriori citazioni, TRÖNDLE-FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Aufl., München, 2007, sub § 242, Anm. 38 ss.

⁵¹ V., ad es., BERNARDI, *Europeizzazione*, cit., p. 63, il quale giudica, senza giri di parole, come "illusoria", nell'attuale contesto storico, la prospettiva di un codice penale valido su scala mondiale; nello stesso senso, v. anche MANACORDA, *Ius commune criminale*, cit., p. 323. In generale, sui (limitati) risultati finora raggiunti sul terreno dell'armonizzazione del diritto penale a livello globale, v. AMATI-CACCAMO-COSTI-FRONZA-VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006; CASSESE, A., *Lineamenti di diritto internazionale penale*. Vol. I - *Diritto sostanziale*, Bologna, 2005; AMBOS, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, 2002.



settori dell'ordinamento giuridico, un diritto *'impregnato'* di cultura, un diritto, cioè, che risente particolarmente della cultura dello Stato, del popolo, degli uomini che tale diritto hanno elaborato.

Prima di procedere si impongono, tuttavia, alcune precisazioni. Occorre, infatti, subito avvertire che quando parliamo di *"cultura di uno Stato"*, ricorriamo, in realtà, ad una semplificazione, e ciò almeno per due motivi:

1) in primo luogo, perché, anche intendendo la cultura in un senso etnicamente qualificato⁵², all'interno di uno Stato ben possono esservi più culture, di cui è solo quella *egemone* che riesce ad imporre le sue regole e a farle accettare come *"diritto"* vigente⁵³. Come, infatti, scriveva limpidamente Thorsten Sellin negli anni '30 del secolo scorso, *"il carattere di queste regole [scil.: le leggi penali], la forma o il tipo di condotta che esse proibiscono, la natura della sanzione comminata per la loro violazione, etc., dipendono dal carattere e dagli interessi di quei gruppi della popolazione che influenzano la legislazione. In alcuni Stati questi gruppi possono comprendere la maggioranza, in altri una minoranza, ma i valori sociali che ricevono protezione attraverso la legge penale sono, in definitiva, quelli propri dei gruppi di interesse dominanti"*⁵⁴;

⁵² V. *supra*, Cap. I, 1.2.

⁵³ Sul concetto, di derivazione gramsciana, di *"cultura egemone"*, v., anche per ulteriori rinvii, GRUPPI, *Il concetto di egemonia in Gramsci*, Roma, 1972; LEARS, *The Concept of Cultural Hegemony: Problems and Possibilities*, in *The American Historical Review*, Vol. 90, No. 3 (Jun., 1985), p. 567 ss. Sulla capacità della cultura egemone di imporre come diritto le proprie regole, v. il fondamentale studio di Karl MANNHEIM, *Ideologia e utopia*, Bologna, 1965 (prima edizione in tedesco: Bonn, 1929; seconda edizione in inglese, ampliata e migliorata: London, 1936), in cui si sostiene la tesi secondo cui il diritto positivo sarebbe l'espressione delle ideologie della classe dominante.

⁵⁴ SELLIN, *Culture Conflict and Crime*, New York, 1938, p. 21. In termini sorprendentemente analoghi si esprimeva, solo qualche anno prima qui in Italia, LEVI, *Dolo e coscienza dell'illiceità nel diritto vigente e nel Progetto*, in *Studi economico-giuridici pubblicati a cura della Facoltà di giurisprudenza di Cagliari*, Anno XVI, 1928, p. 56 ss., p. 65 s.: a plasmare la legge penale sono le *"idee proprie della classe legislatrice; chiamarla dirigente o privilegiata, imprecare o benedire a questa imposizione alle moltitudini attraverso la legge penale di un sistema morale, patrimonio di pochi, è lecito (...), ma l'affermare che quanto al diritto penale, vige una specie di democrazia diretta, per la quale la volontà della legge sarebbe volontà di tutto il popolo, preso nel suo complesso, è assumere come realtà una idealità che non ha mai avuto riscontro nella pratica, né è lecito chiudere gli occhi alla verità sol perché meno gradita"*. Più di recente, nella letteratura criminologica italiana, v. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale: introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, 1982, p. 73: *"il diritto penale non rispecchia solo regole e valori accettati unanimemente dalla società, ma seleziona tra valori e modelli alternativi, a seconda dei gruppi sociali che*



2) in secondo luogo, ci troviamo di fronte ad una semplificazione, perché, in realtà, una cultura “non è qualcosa di monolitico – qualcosa che può funzionare come una variabile semplice in una spiegazione –, bensì un’entità complessa, ricca di significati variamente e profondamente interrelati, che perde ogni ricchezza e il valore dei suoi contenuti ogni volta che è discussa in termini generici”⁵⁵.

Pur consapevole di ciò, nelle pagine successive continuerò nondimeno ad usare la locuzione “cultura di uno Stato”, anche perché, almeno con riferimento alla situazione italiana, non mi sembra che la semplificazione che tale locuzione comporta sia tale da inficiare la logica del discorso nel suo complesso: in effetti, quando la principale legge penale italiana, cioè il codice Rocco, venne elaborata, la cultura dello Stato italiano – la cultura in senso etnico – era decisamente più omogenea di quanto lo sia oggi⁵⁶, ed in ogni caso il legislatore dell’epoca, benché con una certa approssimazione ‘per eccesso’, la riteneva assolutamente omogenea ed unitaria.

Assai istruttiva, a tal proposito, può risultare la lettura di alcune pagine della Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco sul codice penale.

Nelle prime pagine di tale Relazione, il Guardasigilli illustra, infatti, la concezione di Stato che aveva ispirato i compilatori del codice e, dopo aver parlato dello Stato quale organismo *economico-sociale*, e quale organismo *politico e giuridico*, passa a considerare lo Stato quale organismo *etico-religioso*; e in tale sua qualità, scrive Rocco, “lo Stato ci appare come la Nazione medesima, in esso organizzata, cioè come un’*unità non solo sociale, ma altresì etnica, legata da vincoli di razza, di lingua, di costume, di tradizioni storiche, di moralità, di religione*, e vivente, quindi, non di puri bisogni materiali o

nella sua costruzione (legislatore) e nella sua applicazione (magistratura, polizia, istituzioni penitenziarie) hanno un peso prevalente”.

⁵⁵ GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Oxford, 1990 - tr. it. di CERETTI-GIBELLINI, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano, 1999, p. 242 (all’interno di un capitolo specificamente dedicato a “*Pena e cultura. Forme culturali e pratiche penali*”).

⁵⁶ Sul punto v. de MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2005, p. 173; CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, p. 1 dell’estratto; BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. Pen. Proc.* 2005, p. 1199. Un’analoga considerazione sembra poter essere valida anche per la situazione di molti altri paesi europei, che fino ad un recente passato presentavano un assetto culturale sicuramente più omogeneo, o perlomeno meno eterogeneo, di quanto lo sia adesso dopo i cambiamenti verificatisi a seguito dei flussi immigratori degli ultimi decenni.



economici, ma anche, e soprattutto, di bisogni psicologici o spirituali, siano essi intellettuali o morali o religiosi⁵⁷.

Questa visione dell' "unità" etno-culturale dello Stato-Nazione riaffiora, in modo particolarmente evidente, là dove la Relazione illustra alcuni reati particolarmente sensibili a valori culturali:

- così, a proposito dei delitti in tema di religione (artt. 402-406 c.p.), il Guardasigilli afferma che la "Religione Cattolica Apostolica Romana" sarebbe "propria della quasi totalità della popolazione italiana", sì da giustificare "una preminenza sugli altri culti" anche in sede di disciplina penale⁵⁸;

- ed a proposito del 'nuovo' titolo "dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe" (artt. 545-555 c.p.), il Guardasigilli osserva che "la principale ragion d'essere" di tali incriminazioni "trovasi nella offesa all'interesse che la nazione, come unità etnica, ha di difendere la continuità e la integrità della stirpe"⁵⁹.

La società italiana presa in considerazione dal legislatore del codice Rocco era, quindi, una società caratterizzata, almeno dal punto di vista etno-culturale, da una matrice ampiamente omogenea; e sostanzialmente tale è rimasta anche nei decenni successivi⁶⁰. A lungo, nel nostro Paese le uniche minoranze 'visibili' sono state costituite dagli ebrei e dagli appartenenti a qualche altra confessione religiosa, pur sempre cristiana, nonché dalle minoranze linguistiche, dislocate soprattutto nelle zone di confine: 'poca cosa' (ci si passi l'espressione) rispetto alla situazione dirompente che si è, invece, creata negli ultimi decenni per effetto dei flussi migratori, che hanno portato all'interno dei nostri confini soggetti appartenenti a culture significativamente distanti dalla nostra (si pensi, soprattutto, alla nuova immigrazione, africana ed asiatica, maggioritariamente islamica)⁶¹.

⁵⁷ Relazione del Ministro Guardasigilli al Re per l'approvazione del testo definitivo del codice penale, in *Codice penale*, a cura del Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto, Roma, 1930, p. 9 e 10 (corsivo aggiunto); su questo passaggio della Relazione, v. CATTANEO, *Il codice Rocco e l'eredità illuministico-liberale*, in *La questione criminale* 1981, p. 99 ss.; BERNARDI, *Modelli penali*, cit., p. 62.

⁵⁸ Relazione, cit., p. 72 (corsivo aggiunto).

⁵⁹ Relazione, cit., p. 79 (corsivo aggiunto).

⁶⁰ V. PALICI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, Torino, 2002, p. 31 ss.; GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006, p. 116 s.; BERNARDI, *Modelli penali*, cit., p. 61 s., il quale giustamente sottolinea che fino a qualche decennio fa l'Italia non presentava minoranze etniche caratterizzate da costumi significativamente diversi, tali da reclamare una loro specifica considerazione in ambito penale.

⁶¹ V., in proposito, quanto di recente rilevato da GALLI, C., *Introduzione*, in GALLI C. (a cura di), *Multiculturalismo: ideologie e sfide*, p. 16: in Italia e in Europa "parte del problema del multiculturalismo nasce proprio dal fatto che la nuova immigrazione –



Quanto poi all'evoluzione della cultura italiana, dal 1930 ad oggi, e alle ricadute di tale evoluzione sulla fisionomia delle fattispecie penali e del sistema penale nel suo complesso, si veda l'ampio resoconto fornito in proposito *infra*, 2.5.2.

2.2 - *Recht ist Kulturerscheinung*. Primi rilievi sui nessi tra cultura e diritto, e in particolare tra cultura e diritto penale

Dell'esistenza di un forte, intenso legame tra cultura e diritto (non solo penale), la dottrina europea è pienamente consapevole – dopo le prime intuizioni formulate a tal proposito da Montesquieu⁶² – quanto meno a partire dai primi decenni dell'Ottocento, allorché “con la nascita del romanticismo, la scuola storica (con partenza da Savigny) insegna a ricollegare il diritto alla specifica cultura dei singoli popoli”⁶³: fu Savigny, infatti, a sottolineare la naturale dipendenza del diritto dai costumi e dallo spirito di ciascun popolo⁶⁴.

asiatica e africana – è maggioritariamente *islamica* (o almeno che la popolazione di religione musulmana è la più visibile). E l'Islam – nelle sue manifestazioni arabe e turche – è stato storicamente per l'Occidente cristiano un'alterità, se non assoluta, certamente radicata sia ai livelli alti sia ai livelli popolari del sentire occidentale; ebbene, quell'alterità tradizionalmente esterna, oggi si fa interna, generando e risvegliando stereotipizzazioni e stigmatizzazioni”. Sottolinea il fatto che solo in conseguenza dell'immigrazione è cresciuto in Italia (e in altri paesi d'Europa) il tasso di multiculturalità, di eterogeneità etno-culturale, anche MANCINI, L., *Società multiculturale e diritto italiano. Alcune riflessioni*, in *Quaderni dir. pol. eccl.* 2000, p. 71.

⁶² V. *supra*, 1.2.

⁶³ Così SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., p. 29; in argomento v. pure VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006, p. 42; nonché PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto*, cit., p. 502 ss., in part. p. 504, il quale sottolinea il fondamentale contributo fornito da Savigny “all'individuazione dei nessi” esistenti tra le regole e gli istituti giuridici, da un lato, e “la coeva storia politica, sociale e religiosa”, dall'altro. Cfr., infine, TREVES, *Diritto e cultura*, 1947, ora in TREVES, *Il diritto come relazione: saggi di filosofia della cultura*, Napoli, 1993, p. 122, il quale ricorda, tra gli esponenti della Scuola storica del diritto, anche la figura di ARNOLD, che nel suo lavoro *Kultur und Rechtsleben*, Berlin, 1865, mise in luce, secondo le parole di Treves, “l'indissolubile legame che unisce il diritto all'economia, alla politica e ad altre forme di cultura”.

⁶⁴ Si tratta di un'idea sostenuta da Savigny fin dai tempi del ‘manifesto’ della Scuola Storica, il libello *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (*Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*), Heidelberg, 1814, scritto in risposta all'invito, formulato da Anton Thibaut nello scritto *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (*Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania*), Heidelberg, 1814, di procedere all'elaborazione di una codificazione sul modello napoleonico, volta ad unificare il diritto civile nel



L'opera di disvelamento del legame tra cultura e diritto, proseguita per tutto l'Ottocento, si è poi completata e perfezionata nei primi decenni del Novecento⁶⁵, anche grazie ai contributi della filosofia della cultura, e ha trovato icastica e definitiva espressione nella formula divulgata da Radbruch, secondo cui "*Recht ist Kulturerscheinung*"⁶⁶: il diritto è una manifestazione, un fenomeno della cultura⁶⁷.

Anche con riguardo al *diritto penale*, la dottrina ha intuito l'esistenza di un forte legame tra cultura e diritto e, in particolare, la capacità della prima di plasmare, di influenzare il secondo⁶⁸.

Così, tra gli storici del diritto, Ugo Spirito scrive che il codice penale "è un po' il codice morale di una nazione e vale a caratterizzare la fisionomia spirituale di essa"⁶⁹, mentre tra i filosofi Höffe osserva che "il diritto penale è legato, nelle sue finezze (*in den Feinheiten*), in modo

mondo germanico. In argomento v. ora MARINI, G. (a cura di), *La polemica sulla codificazione tra A.F.J. Thibaut e F.C. Savigny*, Napoli, 1982, ove sono riprodotti, in traduzione italiana, i due citati scritti.

⁶⁵ Si vedano, a tal proposito, i contributi di MEZGER, *Sein und Sollen im Recht*, Tübingen, 1920, in part. p. 33 ss.; di SAUER W., *Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie*, Berlin, 1929; nonché di MÜNCH, F., *Kultur und Recht*, Leipzig, 1918.

⁶⁶ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 3. Auflage, Leipzig, 1932, p. 4. La stessa identica affermazione era già presente, agli inizi del Novecento, in BEROLZHEIMER, *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, München, 1906, vol. 3, p. 159, nonché, negli stessi anni in cui scriveva Radbruch, in TSATOS, *Der Begriff des positiven Rechts*, Heidelberg, 1928, p. 120 s., e in MAYER, M.E., *Rechtsphilosophie*, Berlin, 1922, p. 31 (il quale già qualche anno prima aveva sostenuto che "il diritto è uno dei principali fattori di cultura": MAYER, M.E., *Kulturnormen und Rechtsnormen*, Breslau, 1903, p. 24). Da noi in Italia, oltre al passaggio tratto dal manuale di Bettiol-Pettoello Mantovani, citato *infra*, nota 73, e testo corrispondente, v. PAGLIARO, *Diritto penale e cultura europea*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 151: "il diritto è un fenomeno di cultura"; tra i non-penalisti, v. da ultimo, SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., p. 42: "il diritto non è diverso, né separato, dagli altri fenomeni sociali e culturali".

⁶⁷ Sul preciso significato di tale affermazione, nonché sull'ampio movimento filosofico che la prepara e la porta a maturazione, sorto in Germania nei primi decenni del secolo scorso ma poi diffusosi anche in Italia, v. TREVES, *Diritto e cultura*, cit., p. 113 ss.; ID., *Il diritto come componente della cultura*, 1980, ora in TREVES, *Il diritto come relazione: saggi di filosofia della cultura*, cit., p. 197 ss. (in questo secondo saggio Treves torna sull'analisi dei rapporti tra diritto e cultura da Egli svolta nel 1947, arricchendola di ulteriori riferimenti agli studi dei filosofi della società – tra i principali, quelli di Dilthey e Spranger – e dei sociologi – tra i più significativi, quelli di Sorokin e Gallino – coi quali, nel corso del secolo scorso, era stato messo in luce il ruolo del diritto quale "componente della cultura").

⁶⁸ Per un inquadramento generale di tale tematica, restano fondamentali le pagine di WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1957 (tr. it. di LOSANO-GIUFFRIDA RÉPACI, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965).

⁶⁹ SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, III ed., Firenze, 1974, p. 271.



particolarmente stretto alla tradizione e ai valori vissuti consapevolmente in una determinata società (*'Wertbewusstsein' einer Gesellschaft*)⁷⁰.

In termini ancora più stringenti si esprimono i criminologi: in Italia, Gian Luigi Ponti afferma che "la norma penale è (...) una delle espressioni più esplicite dei valori prevalenti in una certa area culturale"⁷¹ e, oltre Oceano, David Garland afferma che la "penalità" potrebbe essere definita "come un «prodotto» culturale che incarna ed esprime le forme culturali della società"⁷².

Tali opinioni sono, infine, ampiamente condivise dalla dottrina penalistica, italiana ed europea, che così si esprime:

- "il diritto penale è caratteristica espressione della «fisionomia» di una società in un determinato momento della sua evoluzione storica e culturale", e, quindi, riprendendo il 'motto' di Radbruch, si può affermare che "il diritto penale è cultura": ed invero "poche discipline giuridiche sono, come il diritto penale, permeate del contenuto proprio alle concezioni dominanti, di quel complesso cioè di elementi che determinano l'«atmosfera culturale» del momento storico nel quale la norma viene alla luce"⁷³;

- il diritto penale costituisce "lo specchio in negativo dei valori e dei principi di una data società"⁷⁴;

⁷⁰ HÖFFE, *Globalizzazione*, cit., p. 11.

⁷¹ PONTI, *Compendio*, cit., p. 37.

⁷² GARLAND, *Pena e società moderna*, cit., p. 235 s., il quale sottolinea, altresì, "l'esistenza di un rapporto sistematico tra fenomeni culturali e istituzioni penali".

⁷³ BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Padova, 1986, p. 13.

⁷⁴ TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1998, p. 3; nello stesso senso, v. ID., *Das neue Strafgesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee*, in *JZ* 1996, p. 647: "die Straftatbestände [müssen] als negativ formulierter Ausdruck der Wertungen einer Gesellschaft deren fundamentale, auf Dauer angelegte Wertaussagen möglichst vollständig spiegeln". In senso analogo, v. pure PULITANÒ, *Diritto penale*, II ed., Torino, 2007, p. 4: "il diritto penale è prodotto e specchio significativo del modo di essere e dei valori della società che lo esprime"; nonché, benché limitatamente alla sola parte speciale, CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, II ed., Padova, 2007, p. 7: "la parte speciale di un codice penale rappresenta. – sia pur con qualche margine di approssimazione – uno «specchio» dei costumi e delle norme di cultura di un popolo in un dato momento storico". Nutre, invece, talune perplessità sulla "tendenza a considerare il codice [penale] come lo specchio in cui si riflettono i valori fondamentali di una società in un dato momento storico", FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale* (Relazione introduttiva svolta al convegno 'Valori e principi della codificazione penale', Firenze, 19-20 novembre 1993), in *Foro it.* 1994, V, p. 1 ss. (in part. par. 6).



- il diritto penale è “il ramo del diritto (...) nel quale si esprimono le fondamentali scelte di valore costituenti il nocciolo duro dell’identità nazionale”⁷⁵.

A questo punto occorre, pertanto, procedere a verificare l’effettiva esistenza e portata del legame tra cultura e diritto penale; occorre, quindi, esplorare *se* esistano, ed eventualmente *quali* siano, i *nessi tra cultura e diritto penale, in quali settori e sotto quali punti di vista* essi emergano.

2.3 - Le tre teorie formulate per illustrare i nessi tra cultura e diritto penale

Per raggiungere tale obiettivo, pare opportuno prendere le mosse dalle principali teorie che sono state formulate per descrivere, sotto il profilo contenutistico, i rapporti tra diritto penale e cultura, o, per lo meno, tra diritto penale e un determinato settore della cultura: la morale^{76, 77}.

⁷⁵ BERNARDI, *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, in PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione europea*, Milano, 1999, p. 42.

⁷⁶ Le forze – e le cognizioni – limitate di chi scrive non consentono di procedere, in questa sede, ad una precisa ed accurata illustrazione di ciò che si intende per “morale” (come complesso di regole morali), di distinguerla dall’“etica” (come teoria della morale), e soprattutto di specificare quali siano i rapporti tra “morale” e “cultura in senso etnico”: mi pare, ad ogni modo, che, almeno ai limitati fini della presente indagine, si possa dare per presupposto che la morale costituisca una componente della cultura di un popolo (in argomento, tra i contributi più recenti, v. CUCHE, *La nozione di cultura nelle scienze sociali*, Bologna, 2006). Da questo stesso presupposto, del resto, partono – per affrontare il medesimo tema oggetto di queste nostre pagine – anche M. E. Mayer (su cui v. subito *infra*, 2.3.1, in particolare nota 81, e testo corrispondente); MANNHEIM, H., *Trattato di criminologia comparata*, tr. it. a cura di Ferracuti, Torino, 1975, vol. I, p. 46 ss.; LAMPE, *Strafphilosophie*, Köln, 1999, p. 228; nonché, nella letteratura italiana, PONTI, *Compendio*, cit., p. 46 ss.

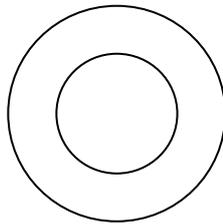
⁷⁷ La letteratura sui rapporti tra diritto penale e morale è immensa. Oltre alle opere citate nelle seguenti pagine, si vedano, anche per ulteriori indicazioni e sviluppi, nella dottrina di lingua tedesca, HENKEL, *Rechtsphilosophie*, II ed., 1977, in particolare pp. 66 ss., 81 ss., 90 ss.; ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, p. 82 ss.; Arth. KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, 1964, p. 41 ss.; ID., *Strafrechtspraxis und sittliche Normen*, in *Juristische Schulung (JuS)* 1978, p. 361 ss.; WELZEL, *Recht und Sittlichkeit*, in *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen, 1975, p. 45 ss. Nella dottrina di lingua inglese, oltre agli scritti che animarono la controversia tra il giudice Lord Devlin ed il professore H.L.A. Hart di Oxford (per una sintesi della quale v. MANNHEIM, H., *Trattato di criminologia comparata*, cit., vol. I, p. 67 ss.), v. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968, p. 261 ss.; FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford-New York, 1984-1988; HART, *Il concetto di diritto*, Milano, 2002 (si veda, in particolare, il cap. IX su *Diritto e morale*); per ulteriori citazioni di dottrina di lingua inglese si veda pure CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, p. 1 ss.



Tali teorie sono sostanzialmente tre⁷⁸:

1) una prima teoria che afferma la piena ed assoluta *coincidenza* delle norme del diritto penale con *Kulturnormen* (v. *infra*, 2.3.1, anche per la definizione del concetto di *Kulturnormen*).

Tale teoria potrebbe essere raffigurata graficamente con l'immagine di due cerchi concentrici, il primo, più ampio, rappresentante le *Kulturnormen*, ed il secondo, più piccolo e pertanto interamente ricompreso nel primo, rappresentante le norme penali:



Benché formulata in epoca precedente, e benché, almeno in Italia, assurta a maggior notorietà, una variante della teoria in parola e ad essa sostanzialmente riconducibile, è la teoria del c.d. *minimo etico* (v. *infra*, 2.3.1.1), la quale afferma la piena coincidenza delle norme del diritto penale con un sottogruppo delle *Kulturnormen*: le norme morali.

Anche per tale teoria la rappresentazione grafica è quella di due cerchi concentrici, ove il cerchio delle norme penali è più piccolo ed interamente ricompreso nel cerchio delle norme morali;

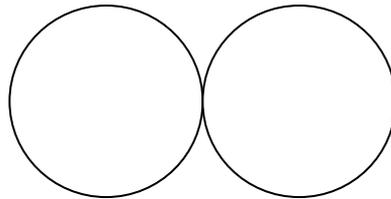
2) una seconda teoria che, collocandosi in posizione diametralmente opposta alla precedente, sostiene la piena ed assoluta *separazione* tra le norme del diritto penale e le *Kulturnormen*, negando, quindi, la possibilità che le seconde possano in qualche modo contribuire a delineare il contenuto e la fisionomia delle prime (v. *infra*, 2.3.2).

dell'estratto. Per la dottrina italiana ci limitiamo a citare i contributi di recente raccolti in CANESTRARI (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007, ove possono trovarsi ampi rinvii alla letteratura in argomento. Peraltro, alla produzione scientifica sui rapporti tra diritto penale e morale, occorre necessariamente aggiungere, per avere un quadro più completo, anche quella relativa al "diritto naturale", anch'essa immensa: in argomento, v. per tutti PASSERIN D'ENTRÈVES, *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, IV ristampa, London, 1957; WOLF, E., *Das Problem der Naturrechtslehre*, Karlsruhe, 1955; WELZEL, *Naturrecht und materielle Gerechtigkeit*, IV ed., Göttingen, 1962 (tr. it. 1965 a cura di De Stefano).

⁷⁸ Seguiamo qui l'impostazione, e in particolare la 'tripartizione', già adottate da ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, in *Ind. Pen.* 1982, p. 24 ss.

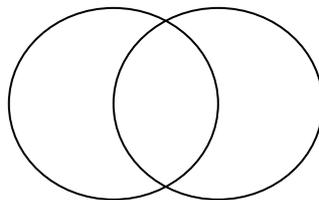


Tale teoria potrebbe essere rappresentata graficamente con l'immagine di due cerchi autonomi e distinti, le cui circonferenze solo in alcuni punti, e solo casualmente, potrebbero avvicinarsi fino a toccarsi:



3) una terza teoria, infine, intermedia tra le due precedenti, che afferma l'esistenza di un rapporto di *reciproca implicazione* tra le norme penali e le *Kulturnormen* (v. *infra*, 2.3.3).

Questa terza teoria potrebbe essere rappresentata graficamente con l'immagine di due cerchi, il 'cerchio' delle norme penali ed il 'cerchio' delle *Kulturnormen*, le cui circonferenze si intersecano:



2.3.1 - La teoria della *coincidenza*, o dei *cerchi concentrici*: esposizione e critica

a) Esposizione della teoria

Il principale sostenitore della teoria della coincidenza delle norme penali con *Kulturnormen* è Max Ernst Mayer, autore, nel 1903, di una monografia suggestivamente intitolata *Rechtsnormen und Kulturnormen*, nella quale, fin dalle prime pagine, viene enunciata la tesi fondamentale di tutto il libro, più volte ribadita nelle pagine successive:

“le norme giuridiche coincidono con norme di civiltà (*die Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen*)”^{79, 80}.

⁷⁹ MAYER, M.E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903 (ristampa Frankfurt am Main – Tokyo, 1977), p. 16. Tradizionalmente, nella dottrina italiana, fin dal lavoro di LEVI, *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., p. 49 ss., il termine mayeriano “*Kulturnormen*” è stato tradotto con il termine “norme di civiltà”; v. però CADOPPI, *Il ruolo delle*



L'opera di Mayer riveste un'importanza fondamentale ai fini della nostra indagine sulla 'non neutralità culturale' del diritto penale, almeno per due motivi:

- perché essa ha stimolato un ampio e fecondo dibattito, rivolto ad approfondire e chiarire i rapporti tra diritto penale e *Kulturnormen*;

- perché Mayer sceglie consapevolmente di allargare la prospettiva di indagine, estendendo la sua analisi al complesso di tutte le *Kulturnormen*⁸¹, mentre – sia prima che dopo di lui – il dibattito dottrinale si è in prevalenza incentrato su una sola categoria di *Kulturnormen*, le norme morali, che, pur costituendone il nucleo principale, certo non esauriscono il complesso delle *Kulturnormen*⁸².

Con l'espressione *Kulturnormen*, Mayer intende indicare "l'insieme di quei comandi e divieti, che si rivolgono all'individuo in quanto comandi e divieti religiosi, morali, convenzionali, in quanto esigenze imposte dai rapporti sociali e dalla vita professionale"⁸³: la

Kulturnormen nella "opzione penale" con particolare riferimento agli illeciti economici, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1989, p. 298, che traduce "norme di cultura".

⁸⁰ L'affermazione della "coincidenza" costituisce lo snodo centrale di una più ampia teorica sviluppata da Mayer nell'opera in parola, secondo cui "tutte le leggi sono rivolte agli amministratori delle leggi; gli organi dello Stato, deputati ad applicarle, sono gli unici destinatari dei comandi contenuti nella legge" (MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 4). Partendo da tale presupposto, Mayer si pone, quindi, il seguente interrogativo: "perché le leggi, pur non essendo rivolte ai cittadini, sono tuttavia vincolanti per i cittadini?" (*ivi*, p. 16), cui ritiene di poter fornire una convincente risposta proprio sulla base dell'asserita coincidenza delle norme giuridiche con *Kulturnormen*: "le norme giuridiche coincidono con norme di civiltà, la cui forza vincolante l'individuo conosce e riconosce" (*ivi*, p. 16); "se quindi gli obblighi, che sorgono per l'individuo dall'ordinamento giuridico, sono identici agli obblighi che gli sono imposti dalla *Kultur*, allora nessuno può lamentarsi di essere giudicato sulla base di norme che non gli sono state comunicate" (*ivi*, p. 17). Da tale teorica Mayer ritiene, altresì, di poter desumere importanti corollari in ordine alla ricostruzione dei contenuti della colpevolezza e, in particolare, in ordine alla soluzione da dare al problema dell'ignoranza della legge penale. Per l'illustrazione e la critica di tali corollari – che fuoriescono dall'oggetto della nostra indagine – v. LEVI, *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., p. 48 ss.; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, pp. 131-142.

⁸¹ Tale consapevolezza emerge, ad esempio, laddove Mayer chiarisce di voler utilizzare il concetto di "*Kultur*", anziché quello di "*Moral*", essendo il primo più ampio e ricomprensivo del secondo (MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 116, nota 7).

⁸² V. quanto già detto *supra*, nota 76.

⁸³ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 17; altrove Mayer precisa, a proposito delle "esigenze imposte dai rapporti sociali o dalla vita professionale", che i rapporti sociali possono essere tanto quelli relativi alla circolazione stradale, quanto quelli relativi agli scambi economici e spirituali, mentre la *vita professionale* può essere tanto quella del



Kulturnorm è, infatti, “la forma in cui la cultura, o la società quale creatrice della cultura, impone le sue pretese all’interno della comunità”⁸⁴.

Le suddette *Kulturnormen*, secondo Mayer, possono raggiungere l’individuo attraverso i canali più vari: “la tradizione culturale che in ogni popolo viene trasmessa di generazione in generazione, segue mille vie. Se ci limitiamo a richiamare l’educazione a scuola o in famiglia, la partecipazione alla vita religiosa e pubblica, la disciplina ricevuta durante il periodo del servizio militare o durante la formazione professionale, possiamo solo fare uno schizzo grossolano di un processo infinitamente più sottile (*fein*). Non è possibile controllare la tradizione culturale nei suoi dettagli: come l’aria essa penetra dappertutto”⁸⁵.

Per una migliore comprensione del concetto mayeriano di *Kulturnormen* possiamo, peraltro, giovarci anche della definizione di *Kultur* fornita dallo stesso Mayer in alcuni lavori successivi: “cultura significa cura (*Pflege*), formazione (*Ausbildung*). L’oggetto della cura è costituito – nel senso consueto, ampio della parola – da tutto l’insieme dell’attività umana (*das gesamte Gebiet menschlicher Tätigkeit*) (...); la cultura è opera dell’uomo (*Menschenwerk*) e si contrappone alla natura (*steht im Gegensatz zur Natur*)”⁸⁶, con l’ulteriore, preziosa precisazione che “sono soprattutto le Nazioni a formare ambiti culturali (*Kulturkreise*). Inseparabilmente connessa con l’essenza stessa della Nazione vi è, infatti, la capacità di creare una cultura strutturata (*ausgeprägte Kultur*), in quanto i destini della storia, che portano avanti la Nazione, sviluppano anche la sua cultura”⁸⁷.

Come è agevole constatare, si tratta di una definizione di cultura che si avvicina significativamente al concetto di cultura in senso etnico, posto a base della nostra analisi dei rapporti tra diritto penale e società multiculturale⁸⁸.

Ebbene, Mayer ritiene di poter dimostrare l’asserita coincidenza delle norme giuridiche con *Kulturnormen* principalmente in chiave di ricostruzione storica dei rapporti tra diritto e cultura, giacché, a suo avviso, “religione, morale e diritto nell’età primordiale dei popoli (*Kindheitsalter der Völker*) non si differenziano, ma si trovano, indivise, nello spirito dell’epoca (*in dem Geist der Zeit*), al pari di come esse anche

medico, quanto quella del soldato, del commerciante, dell’accademico, etc.: MAYER, M.E., *Rechtsphilosophie*, cit., p. 38.

⁸⁴ MAYER, M.E., *Rechtsphilosophie*, cit., p. 38; ivi v. pure, a p. 39, nota 1, alcuni esempi di *Kulturnormen*.

⁸⁵ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 18.

⁸⁶ MAYER, M.E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts – Lehrbuch*, 2. Aufl., Heidelberg, 1923, p. 38; nello stesso senso, v. pure ID., *Rechtsphilosophie*, cit., p. 33 ss.

⁸⁷ MAYER, M.E., *Rechtsphilosophie*, cit., p. 35.

⁸⁸ V. *supra*, Cap. I, 1.2.



oggi costituiscono un tutt'uno nell'animo di un bambino o degli ingenui. Originariamente *Kulturnormen* e norme giuridiche non solo coincidono, originariamente sono identiche. Gradualmente, tuttavia, il popolo o la tribù cessa di costituire l'unica unità sociale, la società si frantuma in più società, sorgono sempre più nuovi interessi e comunità di interessi (...) e così da un unico ordinamento si separano nuovi ordinamenti. In questo processo di separazione le norme giuridiche si staccano da quelle regole di comportamento che rientrano nell'ordinamento religioso, in quello morale e in quello convenzionale. Ma un ordinamento non si distingue dagli altri per un particolare contenuto; come si potrebbe immaginare che una qualsiasi epoca istituisca un ordinamento giuridico che non corrisponde alla sua cultura!"⁸⁹. Senonché, prosegue Mayer, "in questo processo di separazione il diritto non ha acquisito nuovi contenuti, bensì una propria forma e una propria garanzia", impostegli dal fatto che il "simbolo" dell'ordinamento giuridico è la "spada", ed il suo "nome" è "obbligo esterno"⁹⁰.

Per esemplificare tale evoluzione e i suoi effetti sulla situazione degli ordinamenti giuridici contemporanei, Mayer ritiene di poter richiamare il decalogo di Mosé: "ogni tedesco conosce i dieci comandamenti. Nondimeno il numero delle leggi, che sono vincolanti per colui che conosce il decalogo, è praticamente incalcolabile", giacché il contenuto dei dieci comandamenti si sarebbe via via trasfuso in una pluralità di norme giuridiche⁹¹.

Ed ecco la conclusione cui Mayer giunge: anche in epoca moderna "non vi è nessuna condotta che lo Stato vieta, senza che prima di lui non l'abbia già vietata la cultura"⁹², giacché "la *Kulturnorm*

⁸⁹ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 19 e 20.

⁹⁰ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 20. All'interno della dottrina italiana, in termini pressoché identici si è espresso anche Manzini (principale sostenitore, da noi, di una 'variante' della teoria di Mayer: quella del minimo etico, su cui v. *infra*, 2.3.1.1): "nelle società primitive, in cui lo sviluppo etico è naturalmente rudimentale, le norme morali (...) sono tutte e necessariamente norme imperative e coattive (...). Non è già che in quest'epoca il diritto si trovi 'confuso' con l'etica (costume e religione), come spesso si dice; esso invece costituisce con questa un tutto inscindibile senza logica possibilità di differenziazione"; solo in una fase successiva il diritto "si differenzia dall'etica mediante i caratteri specifici del precetto imperativo e della sanzione coercitiva" (MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, V ed., 1981, vol. I, p. 36-37).

⁹¹ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 20.

⁹² MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 20.



costituisce il materiale, dal quale il legislatore ricava (*macht*) la norma giuridica"⁹³.

b) Critica della teoria

La teoria della piena ed assoluta *coincidenza* delle norme giuridiche con *Kulturnormen* non può essere accolta. Trattasi di una teoria "arbitraria"⁹⁴, che ha attirato su di sé penetranti critiche⁹⁵, anche da parte di attenta dottrina italiana⁹⁶.

⁹³ MAYER, M.E., *Lehrbuch*, p. 49. In Italia, adesione alla teoria di Mayer è stata espressa da BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, III ed., 1980, p. 32: "il diritto penale è tutto nelle norme di civiltà (per usare l'espressione di M.E. Mayer) attraverso le quali gli arriva l'ossigeno vitale"; nonché, in tempi più recenti, da CADOPPI, *Il ruolo delle Kulturnormen*, cit., p. 289 ss., in part. p. 297 ss.: "se una norma penale punisce un comportamento che non è ritenuto «criminioso» dalle *Kulturnormen*, allora una tale norma penale è inaccettabile, e va espunta dal sistema dei delitti e delle pene"; nello stesso senso v. pure CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I, Padova, 1988, p. 677 ss., p. 681, p. 687, p. 713, p. 715, ove si auspica una maggior convergenza, soprattutto *de lege ferenda*, tra norme penali e norme di cultura; nonché CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, pt. gen., 2007, p. 94 ss., p. 149 ss. Come ricorda LAMPE, *Strafphilosophie*, cit., p. 272, nota 1, in Germania, la "coincidenza" tra diritto penale e "*sittliche Ordnung eines Volkes*" venne sostenuta – su presupposti ideologici ben differenti da quelli dai quali partiva Mayer – anche dalla c.d. Scuola di Kiel: v., ad es., SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935, p. 7, p. 18; tra gli Autori contemporanei, infine, va segnalato il tentativo di HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens - Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1973, p. 127 ss., e, ancor più, di AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972, p. 287 ss., di riproporre la teoria della 'coincidenza' di Mayer, affinandola attraverso un approccio sociologico.

⁹⁴ Così PULITANÒ, *L'errore*, cit., p. 135.

⁹⁵ Si veda, ad es., la spietata critica rivolta a Mayer da BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. II, prima parte, II ed., 1914 (rist. Aalen, 1965), p. 366 ss.: secondo Binding l'opera di Mayer contiene autentiche "mostruosità" (p. 366, nota 5), e si avvale di "esempi che fanno paura" (p. 368, nota 12), sicché l'unico suo merito è che "in essa tutto è sbagliato" (p. 368-9). Secondo Binding, insomma, "questa *Kulturnorm*, intesa quale indispensabile presupposto (*Hintergrund*) della norma giuridica e quale unica forza che dovrebbe vincolare i consociati (*Rechtsgenossen*), costituisce davvero la più detestabile creazione (*die hässlichste Schöpfung*) di una dogmatica giuridica sociologicamente snaturata e completamente deviante rispetto al vero diritto" (p. 370; ivi v. pure, a p. 366-370 e note 5-16, il richiamo ad altri Autori che muovono rilievi critici alla teoria della "coincidenza", cui va aggiunto anche KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* – (ristampa immutata della seconda edizione, Tübingen, 1923), Aalen, 1960, p. 370 ss., che bolla la teoria di Mayer come "insostenibile".

⁹⁶ Oltre al già citato lavoro di PULITANÒ (*supra*, nota 94), tra i primi e più limpidi critici della teoria di Mayer figura LEVI, *Dolo e coscienza*, cit., p. 56 s., il quale aveva messo in evidenza la fragilità e l'antistoricità delle tesi di Mayer, sottolineando, in particolare, il "netto distacco" esistente "tra diritto penale e coscienza popolare", come comprova la "simpatia onde l'anima popolare circonda gli autori di taluni, e tra i più



Peraltro, gli argomenti più decisivi per confutare la teoria della “coincidenza” ci vengono offerti, a ben vedere, dallo stesso Mayer. Basta, infatti, proseguire la lettura della sua monografia dopo le prime pagine (cosa che forse solo pochi dei suoi molti critici hanno fatto), per accorgersi che la costruzione della “coincidenza” è in realtà destinata a sgretolarsi e a cadere in pezzi, sicché di tale costruzione, che all’inizio si presentava solida e monolitica, a fine lettura non rimane che la sola facciata o poco più:

1) un *primo colpo* viene inferto da Mayer alla propria costruzione laddove egli rileva che lo Stato, oltre a recepire la cultura, ha anche “il compito di favorire lo sviluppo della cultura (*Kulturentwicklung*) attraverso il suo ordinamento giuridico; il diritto deve atteggiarsi, nei confronti della cultura, non solo in termini recettivi, ma anche produttivi. Accade, pertanto, inevitabilmente che vengano emanate leggi che impongono all’individuo *nuovi* obblighi (*neue Pflichten*), dai quali sorgono pretese che possono essere conosciute *solo* sulla base della legge (*aus dem Gesetz*)”⁹⁷; e se si tratta di “buone” leggi, prosegue Mayer, questi nuovi obblighi verranno presto recepiti dalla cultura, entrando nel tessuto vivo di essa, così contribuendo al suo sviluppo⁹⁸. È, pertanto, presumibile, conclude Mayer, che “l’ordinamento giuridico contenga *pretese, che la cultura non conosce (die Rechtsordnung enthält Forderungen, die die Kultur nicht kennt)*”⁹⁹.

È agevole constatare che con queste affermazioni Mayer finisce per ammettere esplicitamente che vi possano essere norme giuridiche che, almeno al momento della loro emanazione, non rispecchiano il contenuto di alcuna preesistente *Kulturnorm*!

2) il *secondo colpo* inferto da Mayer alla propria costruzione consiste nel riconoscimento che vi possono essere leggi – e si tratta in questo caso di “cattive” leggi – che non solo non coincidono con norme di cultura al momento della loro emanazione, ma che nemmeno in un momento successivo riescono ad inserirsi nel tessuto vivo della cultura, in quanto fin dall’origine sono da essa troppo distanti¹⁰⁰; nonché altre leggi – anch’esse “cattive” – che pur coincidendo, al momento della loro emanazione, con altrettante norme di cultura, vengono superate dal

gravi delitti”; più di recente, nello stesso senso, v. pure MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 420.

⁹⁷ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 22 s. (corsivo aggiunto).

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 23.

¹⁰⁰ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 25 s.



successivo sviluppo della cultura, sicché “ormai diritto e cultura si contraddicono (*Recht und Kultur widersprechen sich*)”¹⁰¹.

Anche con queste affermazioni Mayer riconosce l'esistenza di ulteriori norme giuridiche le quali – per un vizio d'origine o per un difetto sopravvenuto – non coincidono con *Kulturnormen*. Anzi, in proposito Mayer è assolutamente esplicito: “abbiamo constatato che vi sono norme giuridiche, il cui contenuto *non* coincide con la cultura (*deren Inhalt nicht mit der Kultur übereinstimmt*)”¹⁰²!

3) infine, il *terzo colpo* sotto il quale si frantuma irrimediabilmente la costruzione della “coincidenza delle norme giuridiche con norme di civiltà”, Mayer lo infligge laddove riconosce l'esistenza di un terzo gruppo di norme giuridiche che “non coincidono con *Kulturnormen*. Si tratta di norme giuridiche, la cui materia non è affatto toccata dalla cultura (...); esse non sono in contrasto, ma nemmeno coincidono con norme culturali”, perché “il loro contenuto è culturalmente indifferente (*kulturell indifferent*)”¹⁰³. Si tratta delle norme del “diritto penale di polizia (*Polizeistrafrecht*)” o, come Mayer preferisce definirlo, del “diritto penale amministrativo (*Verwaltungsstrafrecht*)”¹⁰⁴, alla cui individuazione ed illustrazione egli dedica il penultimo capitolo della sua monografia, intitolato *Justiz- und Verwaltungs-Strafrecht*¹⁰⁵. Accanto, quindi, ad uno *Justizstrafrecht*, composto dalle norme giuridico-penali che coincidono con le norme culturali, Mayer riconosce la presenza di un *Verwaltungsstrafrecht*, composto da un *cospicuo*¹⁰⁶ gruppo di norme giuridico-penali che impongono ai cittadini obblighi “culturalmente indifferenti”: infatti, scrive Mayer, “chi rispetta scrupolosamente tutti gli obblighi impostigli dalla tradizione culturale, non ha ancora adempiuto tutti gli obblighi che egli ha nei confronti dello Stato. Questi obblighi (...) non risultano né dalla morale o dall'etica, né dai comandamenti derivanti da altre componenti della cultura: essi sono

¹⁰¹ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 26.

¹⁰² MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 27; subito dopo, tuttavia, Mayer aggiunge: “la nostra teoria (*unser Prinzip*) non deve piegarsi di fronte a tale realtà (*Thatsache*), bensì la realtà di fronte alla teoria”. Ma, come annota ironicamente BINDING, *Die Normen*, vol. II, cit., p. 369, si tratta solo di una mossa per “trasformare una sconfitta in una vittoria!”.

¹⁰³ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 27.

¹⁰⁴ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 27.

¹⁰⁵ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 109-129. Sulla distinzione tra *Justiz- und Verwaltungs-Strafrecht*, v. pure MAYER, M.E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts - Lehrbuch*, cit., p. 53 ss.

¹⁰⁶ È lo stesso Mayer a sottolinearne il gran numero: “nelle nostre leggi le norme del diritto penale amministrativo sono presenti a iosa (*in Hülle und Fülle*)”: v. MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 113.



culturalmente indifferenti. Le norme giuridiche che fanno sorgere tali obblighi, non contrastano né coincidono con *Kulturnormen*, perché la cultura non tocca assolutamente la loro materia^{107, 108}.

Ebbene: quantunque Mayer formuli l'auspicio che le norme del diritto penale di giustizia e le norme del diritto penale amministrativo siano sottoposte, *de iure condendo*, a regole di parte generale differenti (in particolare per quanto attiene alla colpevolezza e alla disciplina dell'ignoranza del divieto)¹⁰⁹, tale auspicio certo non basta per nascondere un'evidenza che, *de iure condito*, è ormai sotto gli occhi del lettore: l'inesorabile sgretolamento della costruzione della "coincidenza" delle norme giuridiche con *Kulturnormen*, che non può in nessun modo essere sostenuta¹¹⁰, nemmeno da chi l'ha tanto enfaticamente enunciata, in relazione a *tutte* le norme dell'ordinamento giuridico penale, bensì, tutt'al più, solo in relazione ad una parte di esse¹¹¹.

¹⁰⁷ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 115. Quali esempi di norme penali culturalmente indifferenti, appartenenti al *Verwaltungsstrafrecht*, Mayer indica:

- le norme che vietano lo svolgimento di un'attività senza aver ottenuto una previa autorizzazione amministrativa (p. 117): "la cultura pretende senz'altro che chi prepara la polvere da sparo debba usare la massima cautela, ma non pretende certo che per tale preparazione si munisca di un'autorizzazione amministrativa: questo lo pretende solo la legge" (p. 115, corsivo aggiunto);

- le norme che puniscono una condotta contraria a determinati provvedimenti amministrativi (p. 117): la cultura impone al "prudente cavaliere" di attraversare un ponte al passo, quando il ponte è pieno di persone e di veicoli, ma non gli impedisce certo di attraversarlo al trotto quando sul ponte non c'è anima viva; per contro, "l'autorità amministrativa potrebbe avere buoni motivi per vietare l'attraversamento in velocità del ponte sempre e comunque", e allora appone un cartello sulla testa del ponte contenente tale divieto, penalmente sanzionato *da una legge* (p. 115).

¹⁰⁸ Considerazioni analoghe sono svolte anche da Manzini (come già detto, principale sostenitore, in Italia, di una variante della teoria di Mayer, quella del minimo etico: v. infra, 2.3.3.1), il quale, dopo aver rilevato che "tutti i reati, comprese le contravvenzioni, non sono che precetti di condotta morale coattivamente imposti", ammette che esistono "leggi immorali" o comunque leggi che nulla hanno a che fare con la morale: ma le prime "sono eccezioni, che non possono infirmare la regola", mentre le seconde fanno parte del "così detto diritto penale amministrativo [che] non è il diritto penale caratteristico": MANZINI, *Trattato*, cit., vol. I, p. 37 s.

¹⁰⁹ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, cit., p. 126 ss.

¹¹⁰ Fa leva sulla presenza, in ogni ordinamento giuridico, di norme "culturalmente indifferenti", per respingere la teoria della "coincidenza", anche KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 374.

¹¹¹ V. a tal proposito l'ironico commento di LEVI, *Dolo e coscienza*, cit., p. 61 s.: Mayer pare come "il viandante che ha smarrito la direzione e che dopo aver lungamente errato, vede finalmente delinearsi un abitato, ma dolorosamente constata che altro non è se non quello da cui prese mosse. Tanto lavoro, tanto sfarzo di scintillante ingegno (le pagine di Mayer sono forse le più interessanti tra quelle



Del resto è probabile – e se ne ha conferma in successivi lavori di Mayer – che la formula della “coincidenza delle norme giuridiche con *Kulturnormen*” sia stata utilizzata dal nostro Autore più per lanciare un seducente ed efficace slogan di politica criminale, valido *de iure condendo*, che per fotografare un determinato ordinamento giuridico vigente. Mayer, dottore in filosofia e in diritto, quando afferma la “coincidenza” fa, quindi, parlare il filosofo che c’è in lui, ma poi nel ricostruire ed analizzare l’ordinamento giuridico-penale vigente deve inevitabilmente ridare la parola al giurista, che non può non constatare che solo una parte delle norme giuridico-penali può coincidere con le *Kulturnormen*¹¹².

La teoria della “coincidenza” non può, quindi, essere sostenuta. Chi pretendesse di affermare tale coincidenza come *piena ed assoluta*, finirebbe, infatti, inevitabilmente per scontrarsi – almeno nelle società occidentali contemporanee – con la realtà degli ordinamenti giuridici vigenti¹¹³, i quali presentano, come fin da subito aveva limpidamente rilevato Beling a critica della teoria di Mayer, il seguente tratto caratteristico:

*se si guarda al diritto vigente “non vi è dubbio che né il reato coincide con il fatto contrario alla cultura (mit der kulturwidrigen Tat), né il non-reato coincide con il fatto non contrario alla cultura (mit der nicht kulturwidrigen Tat)”; e chi sostiene la tesi opposta cade in un “quid pro quo: confonde l’ideale legislativo (gesetzgeberisches Ideal) con la realtà del prodotto legislativo (gesetzgeberisches Produkt)”*¹¹⁴. Pertanto – aggiunge ancora Beling – chi pretende che il reato incarni “una lesione del costume (*Sitte*), della morale (*Moral*), della

dedicate al nostro tema) per ritrovarci alla distinzione tra delitti naturali e delitti di mera creazione politica; poiché non ad altro si riducono le distinzioni tra *diritto penale di giustizia* e *diritto penale amministrativo*, alle quali ricorre il Mayer”.

¹¹² Sollecitato dalle numerose critiche ricevute (v. *supra*, nota 95), Mayer, nel suo *Lehrbuch*, cit. (la cui prima edizione risale al 1915), chiarisce infatti – in termini inequivocabili – che la teoria della “coincidenza delle norme giuridiche con *Kulturnormen*” non è rivolta a descrivere il diritto positivo nel suo complesso, ma solo una parte di esso, e intende, quindi, fornire indicazioni *de iure condendo* per il futuro legislatore. Cfr. MAYER, M.E., *Lehrbuch*, cit., p. 45, nota 9: “Diese Untersuchung [hat] mit dem positiven Recht zu wenig Fühlung (...), als daß sie hier aufgenommen dürfte”, nonché *ivi*, p. 54, dove si ribadisce che i tentativi di distinguere il diritto penale di giustizia dal diritto penale amministrativo “hanno una rilevanza pratica solo nella misura in cui contengono proposte *de lege ferenda*”; ed infine *ivi*, p. 55, nota 27: “non so in che modo avrei potuto sottolineare con ancor maggior vigore di quanto ho fatto, che un diritto penale amministrativo *de lege lata* non esiste, che quindi io non potevo avere l’ambizione di fornire una ricostruzione del diritto positivo”.

¹¹³ Per tale rilievo v. pure MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, 2007, p. 15.

¹¹⁴ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906 (ristampa Aalen, 1964), p. 33.



religione (*Religion*), della cultura (*Kultur*)", finisce per "ricacciare indietro in modo pauroso un progresso di secoli, che ha felicemente portato ad una differenziazione delle diverse forze della vita (...). Certo, è bello quando il diritto si mette in armonia con gli altri *Regulatoren* della vita. Ma se non lo fa, da un lato alla forza giuridica delle sue proposizioni non viene tolta nemmeno una virgola, dall'altro le proposizioni del costume etc. che vanno al di là di quanto previsto dal diritto sono, per l'appunto, proposizioni extra-giuridiche (...). Il diritto, in ogni caso, è forte abbastanza per poter fare a meno di deboli prestiti (*schwächliche Anleihen*) da parte della morale e simili"¹¹⁵.

2.3.1.1 - Una variante della teoria della coincidenza: la teoria del minimo etico: esposizione e critica

Come anticipato, alla teoria della "coincidenza" à la Mayer almeno ai presenti fini può essere sostanzialmente ricondotta, quale sua variante, anche la teoria c.d. del *minimo etico*, la quale a sua volta sostiene la coincidenza delle norme del diritto penale con un sottogruppo di *Kulturnormen*: le norme morali.

Secondo tale teoria, formulata originariamente in Germania da Jellinek¹¹⁶, "i comandi ed i divieti posti dal diritto penale sono derivati direttamente dall'etica e considerati solo un settore dell'ampio complesso di norme in cui essa si articola", sicché "il diritto – e soprattutto il diritto penale – serve a garantire un «minimo etico». Il presupposto è, insomma, che il diritto penale reprime comportamenti contrari alla morale, anche se solo quando essi superano un certo grado di riprovevolezza etica"¹¹⁷.

In Italia, tale teoria è stata autorevolmente accolta da Manzini, il quale, pur prendendo le distanze dalle "dottrine che pretendono di identificare la morale col diritto"¹¹⁸, ritiene, seguendo le indicazioni di Jellinek, che "il diritto in genere, considerato in relazione alla morale, si presenta come il minimo etico necessario e sufficiente per la sicura e ordinata convivenza sociale, in un determinato momento storico, e presso un dato popolo o gruppo di popoli"¹¹⁹. In particolare, Manzini,

¹¹⁵ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 184.

¹¹⁶ JELLINEK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878, ove, a p. 48, compare la celebre affermazione secondo cui "*das Recht ist das ethische Minimum*".

¹¹⁷ Così riassume l'idea centrale di tale teoria ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale*, cit., p. 27.

¹¹⁸ MANZINI, *Trattato*, cit., vol. I, p. 30. Sui sostenitori dell'identificazione del diritto penale con la morale, v. *infra*, nota 122.

¹¹⁹ MANZINI, *op. cit.*, p. 35.



nel declinare la teoria del minimo etico con specifico riferimento al diritto penale, rileva che “il diritto penale, considerato nella sua essenza caratteristica, è il complesso di quelle norme etico-giuridiche, che sono ritenute, in un determinato momento storico e presso un dato popolo, come assolutamente indispensabili al mantenimento dell’ordine politico-sociale, e che perciò vengono imposte dalla Stato mediante la sanzione più grave (pena)”¹²⁰: ecco, allora, che “il diritto penale, di fronte agli altri ordinamenti giuridici e sotto l’aspetto morale, si presenta come il minimo della quantità etica ritenuta indispensabile e sufficiente per mantenere le condizioni necessarie ad una determinata organizzazione politico-sociale (minimo del minimo)”¹²¹.

Come si vede, anche per i sostenitori della teoria del minimo etico, al pari di quanto affermato da Mayer, il contenuto delle norme penali *non è autonomo ed originario*, bensì deriva da un altro corpo di norme, e segnatamente da quelle particolari norme di cultura che vengono indicate con il termine di norme morali. Le critiche rivolte alla teoria di Mayer possono, pertanto, essere estese anche alla teoria del minimo etico (v. *supra*, 2.3.1, lett. b).

In particolare, in replica a quanti pretendano di identificare il diritto penale con la morale o con una sua parte, stabilendo un rapporto di derivazione necessaria del primo dalla seconda¹²², vale la pena ricordare quanto affermava già Binding oltre cent’anni fa: “poiché sono diversi i presupposti dei due sistemi [*scil.*, diritto e morale], devono esserci azioni lecite che possono essere gravemente immorali, e azioni illecite che possono essere morali”¹²³.

¹²⁰ MANZINI, *op. cit.*, p. 37.

¹²¹ MANZINI, *op. cit.*, p. 38. Affermazioni sostanzialmente identiche si ritrovano anche nell’edizione del Trattato del 1926: v. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1926, vol. I, p. 21 ss.

¹²² In Italia, posizioni ancor più spinte di quella del “minimo etico”, sono state sostenute dalla dottrina c.d. unificatrice, secondo la quale il diritto penale non sarebbe altro, secondo la formula coniata da Maggiore, che la morale stessa “cristallizzata” in un dato momento storico. Per un quadro di sintesi di tali posizioni (sia pur con varietà di accenti sostenute, oltre che da Maggiore, anche da Battaglini, Bettiol e Petrocelli), v., in termini critici, PANNAIN, *Il diritto penale e la morale*, in *Scritti giuridici in onore di Manzini*, Padova, 1954, p. 345 ss.

¹²³ BINDING, *Die Normen*, cit., vol. I, p. 320, nota 7 (il testo originale della citazione è il seguente: “Bei der Verschiedenheit der Grundlagen beider Reiche [Reich der Sittlichkeit und Reich des Rechts] muss es rechtmässige Handlungen geben, die sehr unsittlich, widerrechtliche Handlungen, die sittlich sein können”). Più di recente, in senso critico su tale teoria, v., in una prospettiva criminologica, MANNHEIM, H., *Trattato di criminologia comparata*, cit., vol. I, p. 66, ed in una prospettiva giusfilosofica, LAMPE, *Strafphilosophie*, cit., p. 272 s. Sull’autonomia del diritto dalla morale, v. pure le conclusioni ampiamente coincidenti cui giungono, pur percorrendo itinerari



In Italia, tra i molti che hanno recepito la lezione di Binding, si può ricordare la chiara posizione di Marinucci e Dolcini, secondo i quali “esistono comportamenti *penalmente irrilevanti* che nondimeno sono considerati dalla stragrande maggioranza dei consociati *gravemente immorali*, e, per converso, comportamenti *penalmente rilevanti* a dispetto della loro *minima o inesistente risonanza etico-sociale*, o, addirittura, *incriminazioni* che *contrastano* con i più *elementari principi etici* di una determinata società”¹²⁴.

Tali affermazioni trovano puntuale conferma in una pluralità di esempi, tratti dalla realtà dei vari ordinamenti giuridici:

- per il primo gruppo di fatti – quello costituito dai “comportamenti *penalmente irrilevanti* che nondimeno sono considerati dalla stragrande maggioranza dei consociati *gravemente immorali*” – si pensi, ad es., all’adulterio, allo scambio di partners tra coniugi, al sesso di gruppo¹²⁵;

- per il secondo gruppo di fatti – quello dei “comportamenti *penalmente rilevanti* a dispetto della loro *minima o inesistente risonanza etico-sociale*” – vari esempi ci potrebbero essere forniti, oltre che dalle scivolose figure dei reati dei colletti bianchi¹²⁶, dalle norme che

differenti, due tra i massimi esponenti della dottrina contemporanea, rispettivamente, italiana e tedesca:

- PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, ora in ID., *Studi di diritto penale*, vol. I, Milano, 2003, p. 155, secondo cui “è oggi generalmente riconosciuto che nello Stato secolarizzato, proteso a obiettivi terrestri, l’immoralità del comportamento non è ragione sufficiente di una reazione punitiva”;

- ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in *Scritti in onore di Marinucci*, cit., p. 722: “*die Berufung auf ethische Grundsätze (ist) noch nicht kein für eine Pönalisierung ausreichendes Argument*”.

¹²⁴ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 418 (corsivi nell’originale). Nello stesso senso, limitandoci alla sola manualistica più recente, v. pure, *inter alios*, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano, 2003, p. 12: “la dottrina che ravvisa un legame indissolubile fra il diritto e la morale non resiste ad un sereno esame critico”, in quanto essa “è contraddetta dalla realtà. Un esame completo e spassionato delle norme del diritto positivo, infatti, dimostra che non sempre il reato è un’azione immorale: dimostra, in altri termini, che sono *colpiti da pena anche fatti che non contrastano coi postulati dell’etica*” (corsivo nell’originale); analogamente, ROMANO, *Commentario*, cit., Pre-Art. 39, punto 76; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 15; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 41 ss.; PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 676 s.; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 225 ss.

¹²⁵ Per analoghi esempi, v. pure ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale*, cit., p. 28.

¹²⁶ Uno degli scritti più dirompenti della letteratura criminologica del secolo scorso si intitola “Il ‘reato del colletto bianco’ è un reato?” (SUTHERLAND, *Is ‘White-Collar Crime’ Crime?*, in *American Sociological Review*, vol. X, 1945, p. 132-139). In tale lavoro, Sutherland riferisce di aver sorprendentemente constatato che solo una minima



incriminano il gioco d'azzardo o talune violazioni al codice della strada¹²⁷, nonché, almeno secondo una certa opinione, dai reati punibili anche se commessi con 'colpa incosciente'¹²⁸;

-infine, per il terzo gruppo di fatti – quello costituito da “*incriminazioni che contrastano con i più elementari principi etici di una determinata società*” – si pensi alla legge nazista che puniva, anche con la pena di morte, chiunque avesse espresso sentimenti anti-nazisti¹²⁹, alla legge fascista che autorizzava i giudici ad infliggere sanzioni “collettive” alle popolazioni ritenute solidalmente responsabili di fatti individuali¹³⁰, alle leggi razziali¹³¹, alle leggi sull'*apartheid*¹³².

percentuale (il 9 % su un campione di 547 casi) delle violazioni di leggi speciali relative a materie economiche (le leggi in materia di *antitrust*, *false advertising*, *national labor relations*, *infringement of patents*, e *copyrights and trademarks*), era stata effettivamente punita in sede penale, e ciò anche quale conseguenza della scarsa riprovazione etico-sociale espressa, rispetto a tali violazioni, non solo dagli uomini d'affari, ma anche dalle autorità locali e da ampi settori dell'opinione pubblica, tanto da far sorgere l'interrogativo se tali violazioni costituissero davvero “reato” (per ulteriori sviluppi di tale ricerca, v. pure SUTHERLAND, *White Collar Crime*, New York, 1949, e, in versione integrale, New York, 1983).

¹²⁷ Ad es., la guida senza patente, criminalizzata in alcuni ordinamenti, come quello tedesco: v. § 21 StVG (per tale esempio, v. LAMPE, *Strafphilosophie*, cit., p. 272).

¹²⁸ Come è noto, secondo l'opinione espressa da una parte della dottrina, specie di lingua tedesca, in caso di colpa incosciente “un rimprovero etico risulta – almeno sotto il profilo della colpevolezza del volere – del tutto impossibile”: così ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale*, cit., p. 28. In argomento v. KAUFMANN Arth., *Das Schuldprinzip*, cit., p. 162, p. 223; HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, p. 150 ss.; JAKOBS, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 7; VOLK, *Reformüberlegungen*, cit., p. 177. All'interno della dottrina italiana, si veda PANNAIN, *Il diritto penale e la morale*, cit., p. 347, il quale, sia pur seguendo un iter argomentativo differente, giunge ad affermare che *tutti* i reati colposi (sia la colpa cosciente o incosciente) “non hanno alcun rapporto con la morale”.

¹²⁹ Si tratta del § 3, Abs. 2, del *Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen*, meglio noto come *Heimtückegesetz*, del 20 dicembre 1934, pubblicato in *Reichgesetzblatt* 1934, I, p. 1269. Su tale legge – successivamente abrogata, come ricorda MANNHEIM, H., *Trattato di criminologia comparata*, cit., p. 73, in quanto ritenuta “contraria alla coscienza ed al senso di giustizia di tutti gli esseri umani onesti” – v. DÖRNER, „Heimtücke“: *Das Gesetz als Waffe*, Paderborn, 1998. Per una riflessione su alcune norme giuridiche, emanate in Germania sotto il regime nazista, contrastanti intollerabilmente con principi etici o valori diffusi nella collettività, v. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1 (1946), pp. 105-8, e, per una rivisitazione delle opinioni espresse in tale scritto da Radbruch, v. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, München, 1992 (tr. it., *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p. 26 ss.); VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale: note sulla punizione dei delitti di Stato nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.

¹³⁰ Si tratta dell'art. 65 r.d. 8 luglio 1938, n. 1415 (c.d. legge italiana di guerra), in base al quale “nessuna sanzione collettiva, pecuniaria o d'altra specie, può essere



2.3.2 - La teoria della *separazione*, o dei *cerchi distinti*: esposizione e critica

Su posizioni diametralmente opposte rispetto alla teoria della "coincidenza" (e del "minimo etico"), andrebbe a collocarsi chi intendesse sostenere una *piena ed assoluta separazione tra il diritto penale e la cultura*, tale per cui le *Kulturnormen* in nessun caso sarebbero in grado di fornire il 'materiale', dal quale il legislatore potrebbe poi ricavare le norme penali, sicché anche in quei casi in cui uno stesso comportamento fosse riprovato tanto dalle norme culturali quanto dalle norme penali si tratterebbe di un'episodica e casuale coincidenza, e non già dell'esito di uno scambio, meglio, di un travaso di contenuti dalle norme culturali alle norme penali.

In realtà, tuttavia, una separazione, piena ed assoluta, tra *Kulturnormen* e norme penali, non mi risulta sia mai stata sostenuta.

Non pare, infatti, che possa essere considerata tale la posizione di Levi: vero è che il chiaro Autore, nel citato scritto del 1928, nel criticare radicalmente la teoria di Mayer della "coincidenza", si spinge ad affermare che il rapporto tra "coscienza popolare" (concetto qui usato da Levi come sinonimo di *Kulturnormen*) e "diritto penale" in epoca moderna "si fa sempre più indiretto e meno rigoroso fino a giungere ad un netto distacco"¹³³. Tuttavia, in quello stesso scritto Levi non solo ritiene che non si possa negare l'esistenza di un "rapporto tra diritto penale e correnti culturali"¹³⁴, ma sottolinea altresì che "la moralità media del popolo ha la sua importanza", quantunque "solo come limite all'attività legislativa", sicché "non si debbono

inflitta alle popolazioni a causa di fatti individuali, salvoché esse possano esserne ritenute solidalmente responsabili". Su tale disposizione e sulla sua incompatibilità con il principio della responsabilità individuale, v. VENDITTI, *Il principio della personalità della pena e le sanzioni collettive*, in *Riv. It. Dir. Pen.* 1956, p. 567 ss.

¹³¹ Oltre alle tristemente note leggi razziali naziste e fasciste, si pensi pure alle varie leggi segregazioniste in vigore, fino a pochi decenni fa, in alcuni Stati degli USA: ad es., il *Racial Integrity Act* del 20 marzo 1924, legge dello Stato della Virginia che tra l'altro puniva – considerandoli alla stregua di un *felony* – i matrimoni misti tra "bianchi" e "non-bianchi", rimasta in vigore fino al 1967; ed una legge dall'analogo contenuto – quantunque priva di sanzioni penali – è rimasta in vigore nello Stato dell'Alabama addirittura fino al 2000 (v. sito CNN: [//archives.cnn.com/2000/ALLPOLITICS/stories/11/07/alabama.interracial/](http://archives.cnn.com/2000/ALLPOLITICS/stories/11/07/alabama.interracial/)).

¹³² Per un impressionante catalogo di queste e altre immorali atrocità commesse dagli Stati attraverso il ricorso allo strumento formale della legge penale, si può vedere STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, *passim*.

¹³³ LEVI, *Dolo e coscienza*, cit., p. 57.

¹³⁴ LEVI, *Dolo e coscienza*, cit., p. 55, nota 136.



imporre norme, che troppo si discostino dalla moralità media di coloro che sono chiamati ad osservarle, sia perché esse sarebbero troppo facilmente violate, sia perché ciò può determinare delle reazioni che, come ben dice Massari, «pongono in pericolo l'esistenza dell'aggregato politico»¹³⁵.

La teoria di una separazione piena ed assoluta è stata, invece, talora prospettata con riferimento al più ristretto ambito dei rapporti tra le norme penali e uno specifico sottogruppo di *Kulturnormen*: le *norme morali*. Ma anche limitandoci al solo campo dei rapporti tra norme penali e norme morali, almeno all'interno della dottrina italiana per trovare qualche sostenitore di una netta separazione tra questi due ordinamenti normativi bisogna risalire a Carmignani e alla sua opera "Teoria delle leggi della sicurezza sociale", in cui, peraltro, l'illustre criminalista ottocentesco proclamò la separazione tra diritto penale e morale principalmente per reagire ad una certa dottrina a lui coeva che ancora concepiva il diritto penale come una supina ripetizione di precetti morali¹³⁶.

Secondo Carmignani, nell'alternativa tra principio *morale*, che si appella alla coscienza, e principio *politico*, che, da Macchiavelli in poi, si appella alla scienza politica, "deesi nel principio politico rivendicare alle scienze criminali il loro vero criterio"¹³⁷. Sarebbe, pertanto, "un errore il confondere la morale, e la giustizia tra loro"¹³⁸; ed infatti "che far potrebbe coll'ajuto de' principj della sola morale lo spirito umano in legislazione? La nozione del delitto qual è necessaria per stabilire la legittimità del rigore, col quale conviene reprimerlo, non può uscire dalle scuole della morale. La nozione delle pene, e delle esecuzioni di giustizia molto meno può uscire da quelle scuole. Il metodo giudiziario per ben conoscere un delinquente, che ha violata la morale colla propria condotta, e più la viola negando audacemente il delitto, che egli ha commesso forse meditando di darsi a nuovi disordini, e per determinare il grado di rigore, col quale debb'essere proceduto contro di lui, non può desumersi dai principj della morale. Molto meno da questi principj può desumersi la cognizione de' mezzi, co' quali senza rigori possono essere prevenuti i delitti"¹³⁹. Breve: secondo Carmignani, diritto penale e morale sarebbero "tra loro due cose essenzialmente

¹³⁵ LEVI, *Dolo e coscienza*, cit., p. 59; la citazione di Massari è tratta da MASSARI, *La norma penale*, S. Maria Capua Vetere, 1913, p. 137.

¹³⁶ Per una ricostruzione critica della teoria di Carmignani, anche in prospettiva storica, v. CARNEVALE, *Il principio morale nel diritto criminale*, Palermo, 1895; ID., *La dottrina morale nel diritto penale*, in *Riv. Pen.* vol. LV (1902), p. 137 ss.

¹³⁷ CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1833, p. 21.

¹³⁸ CARMIGNANI, *Teoria delle leggi*, cit., p. 73.

¹³⁹ CARMIGNANI, *Teoria delle leggi*, cit., pp. 89-90.



diverse”, a tal punto che non sarebbe nemmeno necessario “segnare” e “circoscrivere” “i lor rispettivi confini”¹⁴⁰.

Se, tuttavia, si va a vedere l'altra opera fondamentale di Carmignani, gli “Elementi di diritto criminale”, le affermazioni relative alla separazione ed eterogeneità tra diritto penale e morale compaiono notevolmente stemperate, giacché ivi si riconosce che le leggi “precettive dell'autorità umana” – pur essendo leggi “politiche, perché destinate a governar la moltitudine” – comunque “non perdono il loro carattere di morali in quanto sono dirette a dar norma alle sole libere azioni degli uomini”¹⁴¹, sicché le leggi “che guidano il cittadino (...) sono morali e politiche nel tempo stesso”¹⁴².

Per altro verso, anche il più illustre tra gli allievi di Carmignani, nonché massimo penalista dell'Ottocento – Francesco Carrara – prese le distanze dalla teoria del suo Maestro della “separazione” tra diritto penale e morale, riconoscendo che, “sebbene la legge criminale non debba essere nei suoi precetti una ripetizione della legge morale e religiosa, pure non può a queste leggi avversare”¹⁴³. Né pare che tale teoria abbia avuto, almeno in Italia, ulteriori epigoni¹⁴⁴.

In effetti, chi intendesse oggi sostenere una *netta ed assoluta* separazione tra norme penali e norme culturali, o anche solo tra norme penali e norme morali, si scontrerebbe con lo stesso, insormontabile ostacolo che impedisce di accogliere anche l'opposta teoria della “coincidenza”: entrambe queste teorie, infatti, nella loro assolutezza non rispecchiano la realtà degli ordinamenti penali vigenti, come risulterà evidente dalle considerazioni che verranno svolte nelle pagine successive a dimostrazione dei plurimi nessi, delle plurime intersezioni, esistenti tra norme penali e norme culturali (comprese le norme morali).

¹⁴⁰ CARMIGNANI, *Teoria delle leggi*, cit., p. 111.

¹⁴¹ V. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, tr. it. sulla V ed. di Pisa del 1833, Milano, 1863, § 7 (corsivo nell'originale).

¹⁴² CARMIGNANI, *Elementi*, cit., § 34.

¹⁴³ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1876, III ed., vol. I, § 12.

¹⁴⁴ Fuori d'Italia, l'aspirazione ad una totale estromissione della morale dalla sfera penale potrebbe rinvenirsi in talune posizioni sostenute da una parte della dottrina anglosassone a partire dal celebre passaggio dell'opera di MILL, J.S., *On Liberty*, London, 1859, ove viene esposta la teoria dell'autoprotezione (*self-protection*): sul punto, v. l'attenta analisi di FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni 'liberali' e paternalismi giuridici*, in *Scritti in onore di Marinucci*, cit., p. 310 ss.



2.3.3 - La teoria del rapporto di implicazione, o dei cerchi intersecantisi: esposizione e dimostrazione del suo fondamento

a) Esposizione della teoria

Davvero capace di rispecchiare la realtà degli ordinamenti penali vigenti è solo una terza teoria, secondo la quale norme penali e norme culturali (comprehensive, queste, anche delle norme morali) – pur costituendo sistemi normativi tra loro autonomi, nettamente distinti quanto ad origine, identità e rispettivi ruoli¹⁴⁵ – nondimeno presentano una serie di reciproche implicazioni, o, come è stato felicemente scritto, “zone, anche nevralgiche, di sovrapposizione o interazione”¹⁴⁶.

Questa teoria si colloca in una posizione intermedia tra le due estreme (quella della “coincidenza”, e quella della “separazione”) sopra esaminate. Essa per un verso nega che le norme penali ricalchino necessariamente preesistenti norme culturali, ma, per altro verso, nega, altresì, che tra norme penali e norme culturali ci sia una barriera che ne impedisca qualsiasi contatto e scambio. Questa teoria sostiene, piuttosto, l’esistenza di “un qualche collegamento tra i due diversi ordinamenti normativi, seppur solo in settori limitati e solo secondo alcuni specifici punti di vista”¹⁴⁷: tra il cerchio delle norme penali ed il cerchio delle norme culturali vi sarebbe, dunque, una zona di non casuale intersecazione¹⁴⁸.

All’interno della dottrina italiana, la presenza di una siffatta zona di intersecazione è stata correttamente rilevata, in sede di riflessione sui rapporti tra norme penali ed il complesso delle norme culturali, da Pulitanò nel 1976: “autonomia formale dei sistemi normativi [penale e culturale] non significa (...) isolamento del fenomeno giuridico dal contesto (già altrimenti pregno di valori) in cui e per cui il diritto è posto. Se i sistemi penali assumono certi contenuti e non altri, non è per capriccio di legislatori e nemmeno di despoti, ma perché i detentori del potere normativo giuridico hanno sentito l’opportunità di apprestare tutela coattiva a dati assetti di beni od interessi, o a dati valori in qualche modo connessi all’esistente sistema sociale. In questo senso, l’apparato statale coercitivo non può non essere in relazione – come «sovrastuttura» – con una struttura sociale e culturale storicamente

¹⁴⁵ V. *supra*, note 123 e 124, e testo corrispondente.

¹⁴⁶ FORTI, *L’immane concretezza*, cit., p. 73.

¹⁴⁷ Così, ma con riferimento ai soli rapporti tra norme penali e norme morali, ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale*, cit., p. 28 s. (corsivo aggiunto).

¹⁴⁸ V. ancora ROXIN, *op. loc. ult. cit.*; nello stesso senso, e con ricorso alla stessa immagine dei cerchi intersecantisi, v. pure MANNHEIM, H., *Trattato di criminologia comparata*, vol. I, cit., p. 81; LAMPE, *Strafphilosophie*, cit., p. 230; EGETER, *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, cit., p. 16.



determinata (...). Un sistema come quello penale, con i suoi costi e la sua incidenza spesso drammatica, non sarebbe concepibile al di fuori di uno stretto rapporto dei suoi lineamenti e contenuti fondamentali, con un contesto sociopolitico che li produce e li giustifica"¹⁴⁹.

Più spesso, l'esistenza della predetta zona di intersecazione è stata messa in luce dalla dottrina che ha preso in considerazione il più ristretto ambito dei *rapporti tra norme penali e norme morali*. In tal senso, pur partendo da presupposti differenti e pur con differenti sfumature, si sono tra gli altri espressi:

- Pedrazzi: "ferma la distinzione degli ambiti e dei piani, il rapporto [tra diritto penale e morale], è più di implicazione che di estraneità. Altro è rifiutare l'equazione delitto-peccato, altro chiudere gli occhi ai potenziali sinergismi che raccomandano i dettami dell'etica sociale all'attenzione del legislatore penale"¹⁵⁰;

- Pagliaro: la relazione tra "ordinamento etico" e "ordinamento giuridico statale" "non è di contenenza, ma di correlazione effettuata attraverso tutta una serie di rinvii, analoghi a quelli che la dottrina, specie di diritto ecclesiastico e internazionale, ha posto in luce tra i diversi ordinamenti giuridici"¹⁵¹;

- Marinucci e Dolcini: "il rapporto tra *diritto penale* ed *etica sociale* non è di coincidenza, ma nemmeno di estraneità: si tratta piuttosto di un *complesso e articolato rapporto di implicazione*"¹⁵².

b) Dimostrazione del fondamento della teoria: linee della successiva indagine

La teoria del "rapporto di implicazione", secondo cui il cerchio delle norme penali *si interseca*, pur senza coincidere integralmente con esso, con il cerchio delle norme culturali (cerchio all'interno del quale si collocano anche le norme morali), merita accoglimento in quanto trova *una serie di riscontri* nella realtà degli ordinamenti giuridici vigenti, riscontri i quali emergono – secondo una felice indicazione di Roxin¹⁵³ –

¹⁴⁹ PULITANÒ, *L'errore*, cit., p. 139. Nello stesso senso v. pure STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 316, il quale, riprendendo il citato passaggio di Pulitanò, così scrive: "l'apparato statale coercitivo non può non essere in relazione con un assetto sociale e culturale storicamente determinato".

¹⁵⁰ PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, cit., p. 157.

¹⁵¹ PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 676 s.

¹⁵² MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 425 (corsivo nell'originale); in senso adesivo, v. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., p. 305, il quale, dopo aver riportato questo stesso passaggio di Marinucci e Dolcini, aggiunge: "anche i più decisi fautori di un'idea di laicità del diritto penale non possono fare a meno di riconoscere" l'esistenza di un siffatto rapporto di implicazione.

¹⁵³ ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale*, cit., p. 28 s.



non appena si osservi il diritto penale da determinati “*punti di vista*”, e non appena si soffermi lo sguardo su alcuni “*settori*” del diritto penale.

Seguendo tale indicazione, pertanto, nei seguenti paragrafi, procederemo, in primo luogo, ad osservare il diritto penale da determinati “*punti di vista*”, e segnatamente dai punti di vista della prevenzione generale positiva, della prevenzione speciale intesa come rieducazione, e della possibilità di conoscere la norma penale violata. Tale ‘osservazione’ consentirà, infatti, di rendersi conto che la presenza di intersezioni tra norme penali e norme culturali contribuisce ad un maggior ‘successo’ del diritto penale: grazie a tali intersezioni il sistema penale funziona meglio, aumenta la sua capacità di rendimento, aumenta il suo grado di effettività (v. *infra*, 2.4 ss.).

Ci soffermeremo, poi, su quei “*settori*” del diritto penale all’interno dei quali è possibile rinvenire significative intersezioni tra il cerchio delle norme penali ed il cerchio delle norme culturali: si tratta dei settori occupati dalle norme penali che impiegano elementi normativi c.d. culturali, nonché da altre norme penali che, pur senza impiegare elementi normativi culturali, risultano comunque particolarmente ‘impregnate’ di cultura (v. *infra*, 2.5 ss.).

2.4 - I “punti di vista” dai quali emerge che le intersezioni tra norme penali e norme culturali contribuiscono ad un maggior ‘successo’ del diritto penale

Un certo grado di consonanza, di sintonia, di *intersecazione* tra norme penali e norme culturali contribuisce indubbiamente ad un maggior *successo* del sistema penale¹⁵⁴.

In effetti, quando le prescrizioni del diritto penale trovano eco nella coscienza collettiva, nella cultura dei destinatari, aumentano le *chances* di un loro effettivo rispetto da parte di questi, mentre solo un ordinamento penale votato al ‘suicidio’ si disinteressa completamente

¹⁵⁴ La correlazione esistente *tra* ‘grado di consonanza delle norme penali con le norme culturali’ e ‘grado di funzionalità del sistema penale’ è già stato messo in luce da attenta dottrina: v., ad es., PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, cit., p. 156 s., che indaga la tematica delle intersezioni tra questi due corpi normativi proprio “in un’ottica di funzionalità sociale” del diritto penale; v. pure MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 425, nonché PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 44, secondo il quale “la congruenza del diritto penale con un’etica condivisa resta un aspetto importante (...) per la sua stessa funzionalità”. Per la dottrina di lingua tedesca che sottolinea il ruolo delle intersezioni tra norme penali e norme culturali ai fini del ‘buon funzionamento’ del sistema penale, v. EGETER, *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, cit., p. 17, e Autori ivi richiamati a nota 72.



di quelle che sono le valutazioni culturali diffuse tra i destinatari delle sue norme¹⁵⁵.

In tempi diversi e partendo da presupposti differenti, questa 'ovvietà', pur con terminologia varia, è stata ad esempio rilevata da:

- Beccaria, il quale bollava come "inutili e per conseguenza dannose tutte le leggi che si oppongono ai naturali sentimenti dell'uomo. Accade ad esse ciò che agli argini opposti direttamente al corso di un fiume: o sono immediatamente abbattuti e soverchiati, o un vortice formato da loro stessi gli corrode e gli mina sensibilmente"¹⁵⁶;

- da Mayer, il quale non dubitava del fatto che "una legge estranea alla cultura (*ein kulturfremdes Gesetz*) non può durare a lungo"¹⁵⁷;

- da Levi, che, pur opponendosi strenuamente alla teoria della "coincidenza" di Mayer, tuttavia riconosceva a sua volta che "non si debbono imporre norme, che troppo si discostino dalla moralità media di coloro che sono chiamati ad osservarle, sia perché esse sarebbero troppo facilmente violate, sia perché ciò può determinare delle reazioni che (...) pongono in pericolo l'esistenza dell'aggregato politico"¹⁵⁸;

- da Antolisei, il quale avvertiva che "quando il legislatore si mette troppo in contrasto con le esigenze della coscienza etica del popolo, le norme di legge finiscono spesso col restare lettera morta"¹⁵⁹;

- infine, in tempi più vicini a noi, da Marinucci e Dolcini, i quali hanno rilevato che "norme penali che confliggano con i giudizi di valore dominanti nella società saranno (...) votate all'inefficacia. Divieti di comportamenti socialmente approvati o comandi di comportamenti socialmente disapprovati non riusciranno a legittimarsi agli occhi dei destinatari"¹⁶⁰.

Come anticipato, che le intersezioni tra diritto penale e cultura contribuiscano al 'successo' del primo, può essere dimostrato procedendo ad una osservazione del diritto penale da tre punti di vista:

- 1) quello della prevenzione generale c.d. positiva;
- 2) quello della prevenzione speciale intesa come rieducazione;
- 3) quello della possibilità di conoscere la norma penale violata.

Un quarto punto di vista potrebbe essere costituito – ma si tratta di questione altamente controversa che, pertanto, preferiamo non approfondire nella presente sede per non allontanarci troppo dall'obiettivo della nostra

¹⁵⁵ V. *infra*, 2.4.4, dove si accennerà ad alcune esperienze di 'insuccesso' di codici penali i cui contenuti erano, del tutto o in buona parte, rimasti sordi alle valutazioni culturali diffuse tra i loro destinatari.

¹⁵⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 47.

¹⁵⁷ MAYER, M.E, *Rechtsnormen*, cit., p. 23.

¹⁵⁸ V. *supra*, nota 135, e testo corrispondente.

¹⁵⁹ ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Milano, 1940, p. 185.

¹⁶⁰ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 425.



indagine – dalla *colpevolezza*, quale elemento fondante la pena e la sua misura, qualora la si volesse intendere come *colpevolezza materiale*¹⁶¹, e, in particolare, “come *colpevolezza morale*: quale libera e responsabile risoluzione volontaria contro un dovere *morale* riconosciuto”¹⁶². Una *colpevolezza* così intesa, infatti, dovrebbe necessariamente ‘nutrirsi’ delle valutazioni morali diffuse tra i consociati per verificare se nei confronti dell’autore del fatto di reato possa essere mosso un rimprovero, per l’appunto, di ordine morale¹⁶³.

2.4.1 - La prevenzione generale c.d. positiva

Per prevenzione generale positiva si intende la funzione pedagogica, di orientamento culturale, che può essere svolta dalla minaccia della pena. La pena minacciata, in effetti, oltre che intimidire, potrebbe servire anche a favorire e stabilizzare l’identificazione della maggioranza con il sistema dei valori protetto dall’ordinamento giuridico¹⁶⁴.

¹⁶¹ Sulla distinzione tra *colpevolezza ‘formale’* e *colpevolezza ‘materiale’*, oltre alle fondamentali pagine di ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930 (rist. Aalen, 1964), p. 38 ss., v., più di recente, JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Aufl., Berlin, 1996, p. 422; MARINUCCI, “Societas puniri potest”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2002, p. 1208 s.

¹⁶² Si tratta, come è noto, della posizione sostenuta da Arthur Kaufmann, secondo cui non c’è *colpevolezza* al di fuori della *colpevolezza ‘materiale’*: KAUFMANN, Arth., *Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. Aufl., Heidelberg, 1976, p. 126 (dove è tratta la citazione riportata nel testo - corsivo aggiunto); nello stesso senso v. pure LAMPE, *Strafphilosophie*, cit., p. 225 s., con ulteriori rinvii. La concezione della *colpevolezza* in senso materiale – con conseguente sottolineatura del giudizio di rimproverabilità *morale* che essa implicherebbe – è stata fatta propria anche da una sentenza del *Bundesgerichtshof*, secondo cui “*der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, daß der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden*” (BGHSt 2, p. 194 ss., in part. p. 200). Oltre Oceano, sembra aderire ad un siffatto ordine di idee anche FLETCHER, *Grammatica*, cit., p. 329, secondo il quale la morale “interferisce con il giudizio concernente l’ascrizione dell’illecito” a tal punto che parrebbe opportuno “considerare il problema di ascrizione dell’illecito come un problema di ascrizione di responsabilità morale”.

¹⁶³ Sulla possibilità che la *colpevolezza* possa offrire un quarto punto di vista dal quale osservare il diritto penale per meglio apprezzare le intersezioni tra norme penali e norme culturali, v. pure le suggestioni evocate da MAYER, M.E., *Lehrbuch*, cit., p. 236, laddove egli afferma che “*die Schuld ist ein Kulturprodukt (...). Die Missbilligung, die in der Zurechnung zur Schuld liegt, richtet sich nach den Forderungen, die der Kultur unseres Volkes und Zeitalters entsprechen*”.

¹⁶⁴ Sulla prevenzione generale positiva, oltre alle ‘classiche’ opere di ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, Ann Arbor, 1974, e ZIMRING-HAWKINS, *Deterrence. The Legal Threat in Crime Control*, Chicago, 1973, v., anche per ulteriori rinvii, DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Milano, 1979, p. 226 ss.; MILITELLO, *Prevenzione generale e*



Se, pertanto, si osserva un sistema penale dal *punto di vista della prevenzione generale positiva*, risulta incontestabile che quanto più le prescrizioni penali affondano le loro radici nella coscienza collettiva, nella cultura dei destinatari, tanto più risultano idonee ad esplicitare una siffatta funzione di orientamento culturale¹⁶⁵: in effetti, “solo norme penali che rispecchino le norme etico-sociali dominanti non appariranno arbitrarie e vessatorie e potranno perciò aspirare ad orientare con il massimo di efficacia i comportamenti dei destinatari”¹⁶⁶. Per contro, come ha scritto un autorevole studioso delle problematiche della prevenzione generale, “l’applicazione di divieti sentiti come illegittimi da ampi settori della collettività può provocare rabbia, risentimento e reazioni violente, anziché l’adeguamento desiderato”¹⁶⁷.

Un sistema penale che intenda puntare (anche) sulla prevenzione generale positiva, non può, quindi, prescindere dalla necessità di assicurare “un raccordo della sanzione ai giudizi dominanti nella società”¹⁶⁸, giacché “il grado di adesione morale [*rectius*, culturale] alle norme penali ed ai valori che esse tutelano è un importante fattore che nelle società democratiche e pluralistiche condiziona la commissione di reati”¹⁶⁹.

Ciò non implica – si badi – che ogni singola norma penale debba necessariamente corrispondere ad una preesistente norma culturale, perché altrimenti si ritornerebbe alla insostenibile teoria della “coincidenza” à la Mayer. Significa, piuttosto, che il diritto penale, *nel suo complesso*, non deve

commisurazione della pena, Milano, 1982, p. 83 ss.; PADOVANI, *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 251 ss.; FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 137 ss.; DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2002, p. 439 ss.; nella manualistica più recente, v. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 23 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 692 ss.; PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 677 ss.

¹⁶⁵ V., in proposito, le riflessioni di ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit., *passim* e, in particolare, p. 91 ss.

¹⁶⁶ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 424; nello stesso senso v. pure FIORE-FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 2004, p. 9 ss.; FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 75, nonché MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1993, p. 81, il quale giustamente sottolinea “l’opportunità, anzi la necessità di evitare un conflitto tra la legalità di un tipo di normazione, di un assetto giuridico regolativo di interessi e le concezioni e le rappresentazioni di valore presenti in una data società in un determinato momento storico”.

¹⁶⁷ ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in ROMANO-STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 34.

¹⁶⁸ MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in *Ind. Pen.* 1986, p. 595.

¹⁶⁹ MILITELLO, *Prevenzione generale*, cit., p. 83.



collocarsi troppo distante dalle valutazioni culturali dei suoi destinatari. Ben potranno esserci norme penali che contrastano con tali valutazioni e che, anzi, sono state emanate proprio per correggere tali valutazioni e modificare l'atteggiamento diffuso presso i consociati¹⁷⁰. Come pure ben potranno esserci norme penali emanate in ambiti 'culturalmente indifferenti', rispetto ai quali, cioè, la cultura non ha ancora elaborato, né mai forse elaborerà, norme di comportamento¹⁷¹. Ma un diritto penale composto esclusivamente o prevalentemente di precetti totalmente estranei, o addirittura confliggenti con le valutazioni culturali diffuse tra i suoi destinatari, sortirebbe un effetto di rigetto, di repulsione, da parte del corpo sociale nel quale si pretendesse di innestarlo.

Se, invece, il sistema penale nel suo complesso è vicino alle valutazioni culturali dei consociati cui è rivolto, allora anche quelle singole norme, che con tali valutazioni confliggono, potranno più agevolmente penetrare e stabilizzarsi nel corpo sociale, allo stesso modo in cui una medicina amara, se diluita in molta acqua zuccherata, viene assunta di buon grado, quasi inavvertitamente, ma una volta ingerita è capace di produrre tutti i suoi effetti benefici.

Il 'successo' della funzione di prevenzione generale positiva, pertanto, è subordinato alla condizione che "esista una tendenziale convergenza tra disapprovazione 'sociale' e disapprovazione 'legale'", mentre tale funzione "si indebolisce, laddove risulti insufficiente o incerta la stigmatizzazione del comportamento nella morale collettiva"¹⁷².

Breve: come rilevava nitidamente Pedrazzi, solo "una legge penale che affonda le radici nella coscienza sociale può ambire nel tempo a plasmarla"¹⁷³.

2.4.2 - La prevenzione speciale intesa come rieducazione

¹⁷⁰ Sul punto v. già LEVI, *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., p. 54, nota 134. Più di recente, v. LAMPE, *Strafphilosophie*, cit., p. 274, secondo il quale in questi casi "il legislatore *viola consapevolmente* le norme di costume (*die sittlichen Normen*) per riformare o rivoluzionare la cultura nazionale".

¹⁷¹ Si ricordi, a tal proposito, quanto già osservato a proposito delle norme penali il cui "contenuto è culturalmente indifferente (*kulturell indifferent*)" di cui parlava Mayer: v. *supra*, 2.3.1.

¹⁷² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 701; in senso analogo, v. pure PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 685: "si deve ritenere che la più alta efficacia preventiva del sistema penale si ottenga dove le sanzioni corrispondano – nella legge, nella commisurazione giudiziale, nella effettiva esecuzione – al senso di giustizia dei consociati".

¹⁷³ PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, cit., p. 157.



Anche la prevenzione speciale, al pari della prevenzione generale, può operare, come è noto, con più modalità: l'intimidazione individuale, la neutralizzazione (o incapacitazione), e la c.d. rieducazione (o risocializzazione)¹⁷⁴.

In un sistema penale moderno, laico e secolarizzato, "rieducazione" significa, principalmente, "sensibilizzazione ai valori consacrati dall'ordinamento"¹⁷⁵, ovvero conferimento all'individuo della "capacità di adeguarsi al minimo etico giuridico-sociale, così da rendere favorevole la prognosi di un suo reinserimento nella società"¹⁷⁶, e presuppone una disponibilità psicologica di base del condannato a 'lasciarsi' rieducare¹⁷⁷.

Ecco, quindi, che se si osserva un sistema penale dal *punto di vista della prevenzione speciale intesa come rieducazione*, risulta, ancora una volta, indubbio che quanto più i "valori consacrati dall'ordinamento" (attraverso la 'sanzione' della pena) si mostrano in sintonia con le valutazioni culturali diffuse tra i destinatari delle norme penali, tanto più l'opera di "sensibilizzazione" a tali valori sarà agevole e capillare, e tanto più aumenterà la probabilità che la pena inflitta "potrà essere compresa dal condannato, contribuendo a distoglierlo dalla commissione di ulteriori reati"¹⁷⁸.

Un diritto penale che presta orecchio alle norme culturali crea, pertanto, i presupposti per il 'successo' della prevenzione speciale *sub specie* di rieducazione del condannato; per contro, un diritto penale sordo rispetto a tali norme culturali rischia di rivelarsi inetto ad attuare qualsiasi opera di rieducazione nei confronti dei suoi destinatari, giacché "una pena subita come ingiusta (...) non può aspirare a una funzione rieducativa: è anzi fomite di ribellione",¹⁷⁹ e preclude la

¹⁷⁴ In argomento v., anche per ulteriori rinvii, DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 105 ss., p. 156 ss.; MILITELLO, *Prevenzione generale*, cit., p. 59 ss.; nella manualistica più recente, v. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 27 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 699 ss.; PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 681 ss.

¹⁷⁵ Così PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, cit., p. 156; v. pure FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 693, che intendono la rieducazione come "processo di riappropriazione, da parte del delinquente, dei valori fondamentali della convivenza".

¹⁷⁶ DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 165.

¹⁷⁷ Sulla necessità di una collaborazione e disponibilità del condannato per il successo della sua rieducazione, v. PETERS, *Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzugs*, in *Festschrift für Heinitz*, Berlin, 1972, p. 509; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 694; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 179.

¹⁷⁸ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 424; nello stesso senso v. pure FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 75.

¹⁷⁹ PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, cit., p. 155.



indispensabile disponibilità psicologica del condannato alla rieducazione.

Esattamente, pertanto, è stato rilevato che nella prospettiva di un'efficace ed effettiva rieducazione del condannato, "il radicamento del diritto, e segnatamente del diritto penale, nell'ordinamento etico [*rectius*, culturale], costituisce il problema fondamentale"¹⁸⁰.

Vale, naturalmente, anche a proposito della prevenzione speciale intesa come rieducazione, quanto sopra osservato in relazione alla prevenzione generale positiva: la 'sintonia' tra norme penali e norme culturali non va ricercata in ogni singola norma penale, quanto piuttosto nel diritto penale *nel suo complesso*¹⁸¹.

2.4.3 - La possibilità di conoscere la norma penale violata

Vi è, infine, un terzo punto di vista, osservando dal quale un ordinamento penale è agevole rendersi conto dell'importanza del contributo offerto dalla presenza di intersezioni tra norme penali e norme culturali al 'successo' dell'ordinamento penale stesso: è il *punto di vista* costituito dalla *possibilità di conoscere la norma penale violata*¹⁸².

Non ha bisogno di particolari dimostrazioni, infatti, l'affermazione secondo cui quanto più le norme penali corrispondono alle valutazioni espresse da norme culturali diffuse nel corpo sociale, tanto più il contenuto di esse risulterà noto, o per lo meno conoscibile, ai consociati.

Già negli anni Settanta, un attento studioso delle problematiche connesse alla conoscenza-ignoranza della legge penale, aveva in effetti richiamato l'attenzione sul fatto che "la conoscenza generale delle norme coattive, da parte di chi sia tenuto ad osservarle, è legata" alla "corrispondenza tendenziale fra sovrastruttura giuridica e struttura sociale"¹⁸³, e aveva conseguentemente indicato nella "congruenza fra

¹⁸⁰ PETERS, *Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzugs*, cit., p. 510.

¹⁸¹ V. le considerazioni svolte *supra*, 2.4.1, testo compreso tra le note 159-161.

¹⁸² Per un inquadramento sistematico di tale possibilità (altrimenti indicabile anche come conoscibilità del precetto penale) quale elemento autonomo della colpevolezza intesa in senso normativo, v., anche per ulteriori rinvii, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 390 ss.; BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, pp. 129 ss., 147 ss.

¹⁸³ PULITANÒ, *L'errore*, cit., p. 140.



norme penali e norme di civiltà” una “garanzia di base” della possibilità di conoscenza delle prime¹⁸⁴.

Negli anni Ottanta tale indicazione è stata poi ripresa ed autorevolmente ribadita dalla Corte costituzionale nella sua “storica” sentenza sull’art. 5 c.p. (“ignoranza della legge penale”). Ivi si afferma, infatti, che tra i doveri costituzionali incombenti sullo Stato, il cui adempimento potrebbe garantire la “riconoscibilità” dei contenuti delle norme penali, figura anche quello di formulare precetti che possano essere “percepiti anche in funzione di norme «extrapenali», di civiltà, effettivamente vigenti nell’ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare”¹⁸⁵.

¹⁸⁴ PULITANÒ, *L'errore*, cit., p. 459. Quale coerente sviluppo di tali osservazioni, Pulitanò prosegue rilevando che nelle società “fortemente omogenee, legate a valori universalmente accettati, un problema d’errore sull’illiceità non sarebbe sensatamente proponibile”, mentre “lo diventa (...) quando alla crescente complessità della vita moderna segue l’estendersi progressivo dei compiti e degli interventi coattivi dello Stato, da un lato, e dall’altro una divisione della società secondo concezioni dei valori diverse od addirittura antagonistiche” (PULITANÒ, *L'errore*, cit., p. 460; corsivo aggiunto).

¹⁸⁵ C. cost., sentenza n. 364/1988, par. 17 della motivazione “in diritto”. Secondo CADOPPI, *Il ruolo delle Kulturnormen*, cit., p. 303, “se si volesse attribuire piena efficacia” a tale affermazione, significherebbe che la Corte costituzionale “potrebbe porre nel nulla una disposizione penale solo perché tutelante valori non (ancora, o più) consolidati nella *public opinion*. Potrebbe cioè sindacare le scelte del legislatore perché troppo avanzate, o troppo arretrate rispetto al sentire sociale”. A nostro avviso, invece, dalla riportata affermazione della Corte costituzionale, se letta nel complessivo contesto della sentenza n. 364/1988, non può essere desunta una siffatta conclusione. La Corte, infatti, rileva chiaramente che se lo Stato fosse davvero in grado di adempiere tutti i suoi doveri che garantiscono la conoscibilità della legge penale, allora non ci sarebbe (stato) alcun bisogno di dichiarare la parziale illegittimità costituzionale dell’art. 5 c.p., che avrebbe così potuto conservare il suo contenuto originario: *ignorantia legis (poenalis) non excusat*. Senonché, rileva la Corte, le cose non stanno così. In un ulteriore passaggio della sentenza citata, infatti, la Corte – nel criticare una delle “impostazioni ideologiche” sulle quali il ‘vecchio’ art. 5 c.p. poggiava: quella secondo cui l’ordinamento giuridico sarebbe “sorretto da una «coscienza comune»” – osserva che “in tempi in cui le norme penali erano circoscritte a ben precisi illeciti, ridotti nel numero e, per lo più, costituenti violazioni di norme sociali universalmente riconosciute, era dato sostenere la regolare conoscenza, da parte dei cittadini, dell’illiceità dei fatti violatori delle leggi penali; ma, oggi, tenuto conto del notevole aumento delle sanzioni penali, sarebbe quasi impossibile dimostrare che lo Stato sia effettivamente sorretto da una «coscienza comune» tutte le volte che «aggiunge» sanzioni a violazioni di particolari, spesso «imprevedibili», valori relativi a campi, come quello previdenziale, edilizio, fiscale, ecc., che nulla hanno a che vedere con i delitti, c.d. naturali, di comune «riconoscimento» sociale” (v. sent. n. 364/1988, par. 3 della motivazione “in diritto”): da qui l’inevitabile accettazione, da parte della Corte, della presenza, all’interno del nostro ordinamento penale, anche di norme penali che non coincidono con norme culturali (o “di civiltà”)



Più di recente, infine, attenta dottrina ha nuovamente osservato che il soddisfacimento dell'“esigenza di una più agevole riconoscibilità dei precetti penali” è subordinato all'osservanza, tra l'altro, della seguente condizione: che le fattispecie criminose siano “poste a tutela di beni o interessi che trovano corrispondenza nel sistema sociale dei valori”¹⁸⁶. Una tendenziale coincidenza tra norme penali e norme culturali costituisce, pertanto, una condizione in presenza della quale è più agevole, per il consociato, conoscere i contenuti delle norme penali¹⁸⁷.

Del resto, la stessa rilevanza riconnessa, nell'ambito della tematica dell'ignoranza della legge penale, alla distinzione tra delitti ‘naturali’ e reati ‘artificiali’¹⁸⁸, poggia sull'assunto che quando una norma penale ricalca consolidate norme culturali, ben difficilmente l'autore del reato – se proveniente dalla cultura ove tali norme culturali sono diffuse – potrà invocare a propria scusa un'ignorantia legis inevitabile¹⁸⁹: in effetti, si afferma autorevolmente, “è quasi impensabile che un soggetto ‘imputabile’ commetta i c.d. delitti naturali nell'ignoranza della loro «illiceità»”¹⁹⁰.

Pare, quindi, innegabile che anche l'osservazione del diritto penale dal punto di vista della possibilità di conoscere la norma penale violata, fornisca un'ulteriore conferma del fatto che le intersezioni tra il cerchio delle norme penali ed il cerchio delle norme culturali contribuiscono decisamente al ‘successo’ delle prime.

Vale, naturalmente, anche a proposito della possibilità di conoscere la norma penale violata, quanto sopra osservato in relazione alla prevenzione generale positiva: la ‘sintonia’ tra norme penali e norme culturali non va ricercata in ogni singola norma penale, quanto piuttosto nel diritto penale *nel suo complesso*¹⁹¹.

– presenza che, però, va allora ‘compensata’ dal riconoscimento della scusabilità dell'ignoranza inevitabile della legge penale.

¹⁸⁶ FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, cit., par. 8.

¹⁸⁷ Cfr. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., pp. 75-76; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 424.

¹⁸⁸ Su tale distinzione, v. *infra*, 2.5.

¹⁸⁹ V. per tutti MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 424.

¹⁹⁰ C. cost., sentenza n. 364/1988, par. 20 delle motivazioni “in diritto”.

¹⁹¹ V. le considerazioni svolte *supra*, 2.4.1, note 170-171, e testo corrispondente.



2.4.4 - Cenni su alcune esperienze di 'insuccesso' di codici penali che non presentavano alcuna significativa intersecazione con le norme culturali dei soggetti cui erano destinati

Nelle pagine precedenti, osservando il diritto penale da determinati punti di vista, abbiamo mostrato che la presenza di intersecazioni tra norme penali e norme culturali crea le 'condizioni di successo' delle prime, contribuisce, cioè, ad aumentare il grado di effettività ed efficacia delle prescrizioni penali. Un'ulteriore conferma di tale affermazione ci può essere fornita, *a contrario*, da un veloce sguardo a quelle codificazioni penali, emanate o solo progettate, che non hanno avuto 'successo' proprio perché non presentavano alcuna significativa connessione con le norme culturali dei soggetti cui erano destinate¹⁹².

Con un rapido volo nel tempo e nello spazio, potremmo cominciare ricordando il fallito tentativo di Giuseppe II d'Asburgo di introdurre, *ab auctoritate*, anche nella Lombardia austriaca il codice penale austriaco del 1787 (la c.d. Giuseppina): tale codice, a causa della sua distanza e dei profondi elementi di rottura rispetto alla cultura, non solo giuridica, dei sudditi lombardi ai quali avrebbe dovuto applicarsi, incontrò forti resistenze – esso, infatti, con “un colpo di scure decisivo”, avrebbe “neutralizzato le forze sociali, culturali e professionali” della Lombardia di *Ancien Régime*¹⁹³ – sicché alla morte dell'Imperatore, nel 1790, il suo successore, Leopoldo II, preferì desistere da una simile impresa. Commentando il tentativo di importazione-imposizione del codice penale asburgico ai sudditi lombardi, un acuto osservatore dell'epoca, Pietro Verri, così scriveva: “Giuseppe II conobbe che il sistema [*scil.*, della giustizia penale lombarda] era viziato; ma non conobbe che una contemporanea ed universale distruzione delle leggi e delle pratiche d'un paese è un rimedio peggior del male. Non fece alcun caso all'opinione, che pure è la regina del mondo”¹⁹⁴.

Cambiando epoca e latitudine, potremmo ricordare altresì il fallimento dei tentativi dell'Italia, divenuta nel frattempo 'potenza coloniale', di imporre un codice penale di matrice nostrana ai sudditi

¹⁹² V., in proposito, quanto osservato anche da PAGLIARO, *Diritto penale e cultura europea*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 151: “il diritto è un fenomeno di cultura e perciò sarebbe probabilmente vano tentare di estendere norme o principi giuridici, validi in un determinato ambito culturale, a popoli che hanno una vita culturale profondamente diversa”.

¹⁹³ CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1987, p. 40, cui rinviamo anche per una più ampia descrizione della vicenda in parola.

¹⁹⁴ VERRI, P., *Pensieri sullo stato politico nel Milanese nel 1790*, edito in *Scritti inediti del Conte Pietro Verri Milanese*, Londra-Lugano, 1825, p. 24, riportato da CAVANNA, *La codificazione penale in Italia*, cit., p. 38, nota 46.



della colonia Eritrea: come riferisce Manzini scrivendo nel 1926, l'entrata in vigore di un siffatto codice, pur pronto fin dal 1908, fu ripetutamente rinviata perché ci si rese conto del grave divario dei suoi contenuti rispetto alla cultura delle popolazioni cui era destinato¹⁹⁵. Lo stesso Manzini non manca di precisare che "i conoscitori della colonia ritengono cotesto codice tutt'altro che lodevole: «lungo tempo dovrà passare, moltissimo dovranno ancora progredire le popolazioni a noi soggette prima che gran parte delle disposizioni in quello contenute possano tranquillamente applicarsi senza tema di turbare la coscienza giuridica delle popolazioni medesime»"¹⁹⁶.

Le vicende legislative nel Corno d'Africa hanno continuato, tuttavia, ad essere molto turbolente – e per gli stessi motivi – anche dopo la partenza degli Italiani: riferisce, infatti, Bettiol che l'Etiopia, per munirsi di una legislazione penale, "si è rivolta a Graven [giurista svizzero] che le ha dato un codice penale più legato tradizionalmente alla civiltà ginevrina che a quella del Feta Negast o delle consuetudini vigenti su quell'acrocorno africano. E questo codice è stato esteso

¹⁹⁵ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. I, Torino, ristampa della II ed., 1926, p. 159 s.

¹⁹⁶ MANZINI, *op. ult. cit.*, p. 160, citando PETAZZI, *L'odierno diritto penale consuetudinario dello Hamasien (Eritrea)*, Asmara, 1918, p. 6. In argomento, v. pure RAVIZZA, *L'ordinamento legislativo della colonia Eritrea con particolare riferimento alla materia penale*, in *Riv. Pen.* 1914, vol. LXXX, p. 5 ss., nonché, in chiave di ricostruzione storica di tali vicende, MARTONE, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d'Africa dall'età giolittiana al fascismo*, Napoli, 2002, p. 7 ss.; ZACCARIA, *Magistratura togata vs. giustizia amministrativa nella colonia Eritrea, 1907-1911*, in *Ethnorema - Lingue, popoli e culture* 2006, p. 49 ss. (on-line su www.ethnorema.it).

Un ulteriore esempio di fallito tentativo di imposizione di una legislazione di matrice occidentale su territori coloniali – ma questa volta in ambito civilistico – è riferito da FACCHI, *L'evoluzione del diritto fondiario algerino*, Milano, 1987, p. 31 s.: nel 1905 il Governatore Generale d'Algeria aveva incaricato della codificazione del diritto civile algerino una commissione di sedici esperti che portò a termine il proprio lavoro nel 1916, ma il *code Morand* (così detto dal nome del presidente della predetta commissione), non fu mai adottato ufficialmente. La sua emanazione incontrò, infatti, molte opposizioni e resistenze sia da parte dei musulmani, che lo considerarono un attentato all'evoluzione del diritto islamico e alla sua capacità di adattamento, rilevando, tra l'altro, che molti istituti erano stati profondamente alterati, perché si era attinto a riti diversi e si era poi mescolato tutto secondo le concezioni francesi, sia da parte di alcuni giuristi francesi che lo ritenevano uno strumento "maldestro e prematuro", capace solo di creare "resistenze pericolose" e "raffreddamenti inutili", giacché "la legislazione non modifica i costumi, sono i costumi che modificano la legislazione".



all'Eritrea (...), ma in effetti non viene applicato perché non compreso"¹⁹⁷.

Questi brevi cenni¹⁹⁸ ci forniscono un'ulteriore conferma del fatto che la presenza di significative intersezioni tra norme penali e norme culturali può senz'altro contribuire al 'successo' delle prime, mentre la loro assenza ne rende sicuramente più difficile un'effettiva ed efficace applicazione¹⁹⁹.

2.5 - I "settori" all'interno dei quali le norme penali si intersecano con le norme culturali

Completata l'osservazione dell'ordinamento penale dai predetti tre punti di vista, passiamo ora a guardare più da vicino i "settori" dell'ordinamento penale all'interno dei quali è agevole cogliere le intersezioni tra il cerchio delle norme penali ed il cerchio delle norme culturali.

Si tratta, segnatamente, dei settori occupati:

1) dalle norme penali che impiegano elementi normativi c.d. culturali;

2) da altre norme penali che risultano particolarmente 'impregnate' di cultura.

Come potrà constatarsi nelle seguenti pagine, in questi settori le norme penali traggono la loro 'linfa vitale' da corrispondenti norme culturali.

Un terzo settore potrebbe essere costituito dalle norme penali che incriminano i *delitti c.d. naturali*, contrapposti ai *reati c.d. artificiali*.

¹⁹⁷ BETTIOL, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 4.

¹⁹⁸ Per l'illustrazione di ulteriori tentativi di 'importazione' di codici e leggi di matrice occidentale in ambienti culturali eterogenei, v., con particolare riferimento alle vicende sudamericane, HURTADO POZO, *La ley importada: recepcion del derecho penal en el Peru*, Lima, 1979.

¹⁹⁹ Ciò non esclude, naturalmente, che in presenza di condizioni particolari anche un codice penale per gran parte estraneo alla cultura dei soggetti cui è destinato, possa superare le naturali resistenze e riuscire alla fine ad affermarsi come diritto effettivamente vigente. In tale prospettiva potrebbe, ad esempio, essere analizzata la vicenda del codice penale turco del 1926, ampiamente ispirato al codice Zanardelli per volontà di Atatürk, che in tal modo mirava ad una occidentalizzazione 'accelerata' dell'ex-Impero Ottomano (sul punto, v. GÜNAL, *L'unificazione del diritto penale europeo con riferimento alla Turchia*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 71).



Come è noto, la contrapposizione 'delitti naturali *versus* reati artificiali' ha origini risalenti²⁰⁰ ed utilizzazioni moderne²⁰¹, ed è stata espressa – a seconda dei contesti e degli scopi per i quali è stata utilizzata – con le formule più varie: 'delitti naturali-delitti semplicemente legali'²⁰², '*mala in se-mala quia prohibita (vel vetita)*'²⁰³, '*delicta per se-delicta mere prohibita*'²⁰⁴, 'delitti rientranti nel diritto penale classico-reati di pura creazione legislativa'²⁰⁵.

A ben guardare, tuttavia, la contrapposizione tra delitti naturali e reati artificiali, "pur rilevandosi di non trascurabile utilità"²⁰⁶, non è immune da gravi riserve. Non solo, infatti, non possono escludersi "componenti di artificialità nei reati naturali e viceversa"²⁰⁷, ma, prima ancora, la collocazione di un reato nell'uno o nell'altro gruppo risente inevitabilmente di quella stessa "relatività", storica e geografica, che da sempre connota il catalogo delle condotte vietate (si ricordi la "*relativity of crime*" di cui parlava Sutherland)²⁰⁸.

²⁰⁰ In proposito v., anche per ulteriori rinvii, MANNHEIM, H., *Trattato di criminologia comparata*, cit., p. 38, nonché, nella dottrina italiana contemporanea, VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, p. 13 ss.; CALABRIA, *Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale*, in *Ind. Pen.* 1991, p. 40.

²⁰¹ La stessa Corte costituzionale, ad esempio, ha fatto ricorso ad essa nella sentenza 364/1988 in materia di *ignorantia legis*: v. *supra*, nota 190, e testo corrispondente.

²⁰² Così FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 1934, p. 381.

²⁰³ V., ad es., MANNHEIM, H., *Trattato di criminologia comparata*, cit., p. 38; CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, cit., p. 673 ss., ed Autori ivi citati.

²⁰⁴ V., ad es., HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale - Aspetti giuridici*, in *Dei delitti e delle pene* 1984, p. 108 s.

²⁰⁵ V., ad es., FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 360, p. 392.

²⁰⁶ PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2008, p. 453 ss.

²⁰⁷ PALAZZO, *Corso*, cit., p. 453 ss.

²⁰⁸ V. *supra*, note 18-19, e testo corrispondente. Assai istruttiva, in proposito, può essere la vicenda del prestito di denaro dietro interessi: nel Medio Evo cristiano, sulla base di un passo del Vangelo secondo Luca (6, 34 s.), tale pratica, qualunque fosse il tasso degli interessi richiesti, era considerata dalla coscienza collettiva (ad esclusione dei non-cristiani: *in primis*, dagli ebrei) odiosa e detestabile, e quasi ovunque era punita anche con gli strumenti del diritto penale (il Concilio di Lione II del 1274 aveva, ad es., espressamente condannato la riscossione di interessi a fronte della concessione di un prestito di denaro), e l'usura costituiva, quindi, un delitto naturale per antonomasia (in argomento, v. il paragrafo "Usura ed ebrei", in LE GOFF, *La bourse et la vie. Economie et religion au Moyen Age*, Paris, 1986, tr. it. *La borsa e la vita: dall'usuraio al banchiere*, Roma - Bari, 1987). Oggi, invece, il prestito di denaro dietro interessi è ritenuto perfettamente lecito, ed assume rilevanza penale solo entro confini ben circoscritti, in particolare solo qualora vengano superate determinate soglie di interesse che, almeno per quanto riguarda il nostro ordinamento, variano di anno in anno e da operazione ad operazione, e vengono individuate in base ad un meccanismo ad alto tasso di artificialità (v. art. 644 c.p., come modificato dalla l. 7 marzo 1996 n. 108): oggi pare, pertanto, assai arduo continuare a collocare l'usura tra i delitti naturali.



Inoltre, la contrapposizione delle due categorie di reati – essendo priva di confini netti e precisi – è stata piegata ai più diversi scopi di politica criminale (comprese le proposte di decriminalizzazione dei reati ambientali, tributari e dei ‘colletti bianchi’ che – per non essere avvertiti dalla generalità dei consociati come delitti ‘naturali’ – non dovrebbero essere assoggettati ad una disciplina *penale*). Né sono mancate teorie criminologiche che, all’opposto, hanno in radice negato l’esistenza di delitti naturali, riconducendo tutto il complesso degli illeciti penali alla categoria dei reati artificiali, in quanto rivolti alla protezione di determinati assetti politici ed economici, variabili e transeunti²⁰⁹.

La categoria dei delitti naturali, quindi, non sembra proficuamente utilizzabile ai nostri presenti fini, considerata l’ambiguità della sua natura e l’indeterminatezza dei suoi contenuti.

2.5.1 - Le norme penali all’interno delle quali compaiono elementi normativi c.d. culturali

Per *elementi normativi della fattispecie penale*²¹⁰ si intendono quei concetti che “si riferiscono a dati che possono essere pensati e rappresentati solo sotto il presupposto logico di una norma”²¹¹. All’interno della categoria degli elementi normativi è poi possibile ulteriormente distinguere, a seconda del tipo della norma ‘logicamente presupposta’, tra elementi normativi *giuridici* e elementi normativi *extragiuridici*²¹². Mentre i primi rinviano a norme giuridiche, i secondi rinviano a *norme culturali* (moralì, sociali, o di costume che siano)²¹³, e sono, pertanto, designati

²⁰⁹ In argomento, v. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, cit., p. 117 ss., con riferimento alle teorie “conflittuali” di Lewis Coser e Ralf Dahrendorf.

²¹⁰ Per un primo inquadramento, anche terminologico, della tematica degli elementi (o concetti) normativi di fattispecie, v. il recente lavoro di RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, p. 70 ss., con numerosi, ulteriori rinvii.

²¹¹ Così secondo la felice, e ormai classica, definizione di ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift Mezger*, München, 1954, p. 147.

²¹² Su tale distinzione – di recente sottoposta a rivisitazione critica da parte di RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., p. 73, p. 217 s., p. 346 ss. – v., da ultimo, GATTA, *Abolito criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 841 s.

²¹³ Già MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., p. 226, aveva chiaramente individuato gli elementi normativi implicanti una valutazione “culturale”, e aveva indicato le fattispecie criminose contenenti siffatti concetti con la formula “*kulturelle Wertungsdelikte* (delitti a valutazione culturale)”.



anche come elementi normativi extragiuridici “etico-sociali”²¹⁴, ovvero “culturali o di valutazione culturale”²¹⁵.

Le norme penali all’interno delle quali compaiono elementi normativi *culturali* richiamano la nostra attenzione in quanto costituiscono una prova evidente delle possibili intersezioni tra il cerchio delle norme penali ed il cerchio delle norme culturali²¹⁶: in presenza di tali elementi, infatti, “l’applicatore del diritto è chiamato – per scelta dello stesso legislatore penale – ad attribuire decisivo rilievo a valori che il diritto penale recepisce nella loro obiettiva consistenza di elementi della cultura (dell’etica, del costume) in un dato momento storico”²¹⁷. Insomma, gli elementi normativi culturali sono “elementi di «valutazione culturale», esprimenti valutazioni proprie del mondo della

²¹⁴ Per tale terminologia, v., ad es., MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 131, e p. 140.

²¹⁵ Per tale terminologia, v., ad es., PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 165. Si tenga presente che per taluni Autori la categoria degli elementi normativi extragiuridici comprende, oltre a quelli “etico-sociali” o “culturali”, anche quelli “di natura tecnica” (MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 141; DE VERO, *Corso*, cit., p. 229, nota 41; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 65; GATTA, *Abolition criminis e successione di norme “integratrici”*, cit., p. 41 e p. 842 s.; *contra*, PULITANÒ, *L’errore*, cit., p. 330 s.), ma in questa sede la nostra attenzione si appunterà esclusivamente sugli elementi normativi extragiuridici che rinviano a *norme culturali* – a prescindere dalla controversa questione se essi esauriscano, o meno, la categoria degli elementi normativi extragiuridici.

²¹⁶ In tal senso, v. pure AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell’impresa*, Bologna, 2008, p. 12, secondo i quali la massiccia presenza di elementi normativi rinviati a norme extragiuridiche o di costume è “rivelativa della permeabilità tra diritto ed etica [*rectius*, cultura] e viceversa”. In passato, anche GUARNERI, *Morale e diritto*, in *Gius. Pen.* 1946, I, 332, aveva espressamente individuato negli elementi normativi extragiuridici una chiara testimonianza dei legami esistenti tra diritto penale e morale (*rectius*, cultura). Vale, inoltre, la pena sottolineare che il primo, consapevole ‘scopritore’ della categoria degli elementi normativi – come hanno da ultimo ricordato RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., p. 15 ss., e GATTA, *Abolition criminis e successione di norme “integratrici”*, cit., p. 21 s. – è stato proprio M.E. Mayer, vale a dire l’Autore che, nella dottrina tedesca di inizio Novecento, più era sensibile alle reciproche interrelazioni tra norme penali e norme culturali (v. MAYER, M. E., *Lehrbuch*, cit., p. 182 ss. – e già in precedenza, nella prima edizione del suo *Lehrbuch* del 1915, ove Mayer, replicando alla concezione del *Tatbestand* di Beling quale fatto oggettivo privo di elementi valutativi, aveva messo in evidenza come già a livello di fatto siano presenti anche elementi che impongono una valutazione. Per una sottolineatura del legame di derivazione logica della ‘scoperta’ degli elementi normativi dalla concezione delle norme penali quali norme coincidenti ad altrettante norme di cultura, v. KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin 1959, p. 28 ss.).

²¹⁷ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 166.



«cultura»²¹⁸, e costituiscono, quindi, un veicolo attraverso il quale, per espressa volontà legislativa, penetrano, nel diritto penale, le norme culturali²¹⁹.

In particolare, nella nostra legislazione penale compaiono numerosi elementi normativi culturali²²⁰, a dimostrazione del fatto che il nostro legislatore *attinge a piene mani dalla cultura*²²¹.

1. Tra gli esempi più noti e più studiati, vi è l'elemento del "*comune sentimento del pudore*", impiegato dal legislatore nella definizione di "atti e oggetti osceni" (art. 529 comma 1 c.p.): nessun dubbio, infatti, che per stabilire, ai sensi delle norme incriminatrici degli atti e delle pubblicazioni o spettacoli osceni (artt. 527 e 528 c.p.), se un atto o un oggetto sia "osceno", l'interprete (*in primis*, il giudice) deve fare riferimento alle norme culturali che, in un determinato contesto di tempo e di luogo, individuano il "comune sentimento del pudore"²²².

Come ulteriori esempi possono poi menzionarsi:

- l'elemento "*vilipendio*" che compare in vari delitti (v., *inter alios*, i reati di cui agli artt. 290, 291, 292, 403 e 404 c.p.), e che costituisce "concetto

²¹⁸ PULITANÒ, *L'errore*, cit., p. 227. Nello stesso senso, nella dottrina di lingua tedesca, v. per tutti ROXIN, *Strafrecht. AT - Band I*, 4. Aufl., München, 2006, p. 308, che parla a tal proposito di elementi che presuppongono "*eine kulturelle Bewertung* (una valutazione culturale)".

²¹⁹ Così, quasi alla lettera, BIANCHI D'ESPINOSA, *Introduzione*, in AA.VV., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970, p. 4. In questa sede, peraltro, prescindiamo dalla controversa questione – di grande rilevanza ad altri fini, sia teorici che pratici (come ha da ultimo dimostrato GATTA, *Abolitione criminis e successione di norme "integratrici"*, cit., pp. 9 s., 41 s. e 841 s.) – della natura 'integratrice' o meno della norma culturale rispetto alla norma penale: qui basti evidenziare l'intersecazione tra il cerchio delle norme culturali ed il cerchio delle norme penali che si produce ogni qual volta in una fattispecie criminosa compaia un elemento normativo culturale.

²²⁰ V. AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 12: "nel diritto penale (...) è tutto un pullulare di elementi normativi, molti dei quali sono oggetto di qualificazione ad opera di norme extragiuridiche o di costume"; nello stesso senso, ma con riferimento agli elementi normativi tanto giuridici, quanto culturali, v. pure PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 52: "gli elementi normativi sono assai più diffusi di quel che generalmente si pensi".

²²¹ Un'analogha constatazione era espressa anche da MEZGER, *Vom Sinn*, cit., p. 227, e nota 2, che, osservando la legislazione penale tedesca degli anni Venti del secolo scorso, rilevava la "straordinaria frequenza" di elementi normativi culturali. Più di recente, un analogo giudizio sulla legislazione penale tedesca e svizzera, è formulato anche da EGETER, *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, cit., p. 23, con ulteriori rinvii.

²²² Altro profilo, ben più problematico, è quello della esatta individuazione di quali norme culturali possano venire in rilievo e di come vada determinato il loro contenuto: sul punto, v. per tutti PULITANÒ, *Il buon costume*, in AA.VV., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, cit., p. 167 ss.; FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume: profili penali, costituzionali e politico-criminali*, Padova, 1984, p. 3 ss.



normativo non giuridico”, in quanto il giudice, per qualificare una condotta come vilipendiosa, deve “basarsi su determinati parametri socio-culturali”²²³;

- l’elemento “*pubblico scandalo*” di cui al reato di incesto (art. 564 c.p.), cioè quel “profondo senso di turbamento e disgusto diffusosi in un numero indeterminato di persone estranee alla cerchia familiare degli incestuosi”²²⁴;

- l’elemento “*morale familiare*” che figura nel reato di attentati alla morale familiare commessi col mezzo della stampa periodica (art. 565 c.p.)²²⁵;

- l’elemento “*ordine e morale delle famiglie*” di cui al reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.)²²⁶;

- l’elemento “*deformazione e sfregio permanente del viso*” di cui all’art. 583 comma 2 c.p. (lesioni personali gravissime), l’accertamento della cui sussistenza implica un “giudizio di tipo estetico”²²⁷;

- l’elemento “*biasimevole motivo*” che compare nella contravvenzione di molestia o disturbo alle persone (art. 660 c.p.)²²⁸;

- l’elemento “*pubblica decenza*” che figura nelle contravvenzioni di commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari alla pubblica decenza (art.

²²³ SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, Milano, 1983, p. 120 s., con ulteriori rinvii. Anche la Corte costituzionale, con sentenza n. 188/1975 (punto 3 della motivazione “in diritto”) – dopo aver ricordato un proprio precedente (sentenza n. 20/1974) in cui si era affermato che “secondo la comune accezione del termine, il vilipendio consiste nel tenere a vile, nel ricusare qualsiasi valore etico o sociale o politico all’entità contro cui la manifestazione è diretta sì da negarle ogni prestigio, rispetto, fiducia, in modo idoneo a indurre i destinatari della manifestazione (...) al disprezzo delle istituzioni o addirittura ad ingiustificate disobbedienze” – ha ritenuto che il termine “vilipendio” richiami “*concetti di comune esperienza o valori etico-sociali*”. Considerano, invece, il termine “vilipendio” alla stregua di un elemento descrittivo di fattispecie, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 134.

²²⁴ Per una siffatta nozione di “pubblico scandalo”, v. Cass. 17 marzo 1975, Letteriello, CED 132576, in *Cass. Pen.* 1977, p. 840; Cass. 30 giugno 1967, Gilimberti, in *Cass. Pen.* 1968, p. 543.

²²⁵ V., in argomento, PISAPIA, voce *Attentato alla morale familiare col mezzo della stampa*, in *Novissimo dig. - Appendice*, vol. I, 1982, p. 577 s.

²²⁶ In giurisprudenza, v. da ultimo Cass. 14 ottobre 2004 (dep. 17 novembre 2004), CED 230523, secondo cui in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, la condotta tipica di abbandono del domicilio domestico è integrata solo quando l’allontanamento “si connota di *disvalore dal punto di vista etico e sociale*” (corsivo aggiunto). Anche la Corte costituzionale, con sentenza 24 febbraio 1972, n. 42, in *Giust. Pen.* 1972, I, p. 348, ha espressamente riconosciuto la presenza, nella fattispecie di cui all’art. 570 c.p., di “*concetti extragiuridici (...) diffusi e generalmente compresi nella collettività in cui il giudice opera*” (corsivo aggiunto).

²²⁷ Così MANZINI, *Trattato*, cit., vol. VIII, p. 265; BAIMA BOLLONE-ZAGREBELSKY, *Percosse e lesioni personali*, Milano, 1975, p. 88; per la giurisprudenza, v. Cass. 2 ottobre 1981, Bucella, CED 151231, in *Riv. Pen.* 1982, p. 631. Si veda pure quanto già rilevato da MEZGER, *Vom Sinn*, cit., p. 229, secondo il quale per accertare la “*deformazione (Entstellung)*”, quale ipotesi di lesione grave ai sensi del vecchio testo del § 224 StGB, occorre una “*valutazione estetica*”.

²²⁸ Sul punto sia consentito rinviare a BASILE, *Commento all’art. 660*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, vol. II, II ed., Milano, 2006, p. 4831.



725 c.p., ora depenalizzato), di atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 comma 1 c.p.), di turpiloquio (art. 726 comma 2 c.p., ora abrogato)²²⁹.

Talora il legislatore ha utilizzato elementi normativi culturali anche nella formulazione del testo di circostanze attenuanti o aggravanti:

- è il caso del "*particolare valore morale o sociale*" dei motivi ad agire, che può comportare il riconoscimento della circostanza attenuante comune di cui all'art. 62 n. 1 c.p., o della "*abiezione o futilità*" dei motivi ad agire che può per contro comportare l'applicazione della circostanza aggravante comune di cui all'art. 61 n. 1 c.p.²³⁰;

- è il caso, altresì, dell'elemento "*fatto ingiusto altrui*", richiesto per il riconoscimento della circostanza attenuante comune della provocazione di cui all'art. 62 n. 2 c.p.: secondo l'orientamento prevalente, infatti, in questo caso l'ingiustizia si radica nella contrarietà, oltre che alle norme dell'ordinamento giuridico, anche a norme culturali (qui la terminologia usata da dottrina e giurisprudenza è assai varia, in quanto si parla di contrarietà alle norme "*condivise dalla collettività*", alle norme "*etiche*", alle norme "*sociali o di costume*", ovvero alle norme "*di civile convivenza*")²³¹.

Altre volte ancora il legislatore è ricorso ad elementi normativi culturali nella formulazione del testo di talune esimenti:

- si pensi all'esimente della provocazione nei delitti contro l'onore (art. 599 comma 2 c.p.), ai fini del riconoscimento della quale si richiede la sussistenza di un "*fatto ingiusto altrui*", inteso, anche qui, come fatto contrario non solo a norme giuridiche, ma anche a norme culturali²³²;

- si pensi, altresì alla "*giusta causa*", la cui presenza esclude la punibilità dei delitti contro l'inviolabilità dei segreti di cui agli artt. 616 comma 2, 618, 619 comma 2, 620, 621, 622 c.p.: secondo un autorevole orientamento dottrinale, accolto anche in giurisprudenza, attraverso tale esimente si intende infatti fare spazio, nell'ordinamento penale, a "*tutto il sistema degli apprezzamenti etico-sociali di valore, di cui la legge è fondamentale, ma certo non unica espressione*"²³³.

²²⁹ In proposito, v. PULITANÒ, *Il buon costume*, cit., p. 200 ss.; GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici"*, cit., p. 843; in giurisprudenza v., da ultimo, Cass. 25 ottobre 2005 (dep. 14 dicembre 2005), CED 233128, secondo cui "*il comune sentimento della decenza attiene al complesso di norme etico-sociali che costituiscono il costume ed il decoro della comunità*" (corsivo aggiunto).

²³⁰ In argomento, v. per tutti VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, p. 57. Sulla natura di elemento normativo extragiuridico del termine "*abietto*", v. già ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 174.

²³¹ V., anche per i necessari riferimenti a dottrina e giurisprudenza, VERGINE, *Commento all'art. 62*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, vol. I, cit., p. 819.

²³² V., anche per i necessari riferimenti a dottrina e giurisprudenza, PISTORELLI, *Commento all'art. 599*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, vol. II, cit., p. 4120.

²³³ CRESPI, *La tutela penale del segreto*, Palermo, 1952, p. 96 (corsivo aggiunto); nello stesso senso v. pure p. 133 ss. In giurisprudenza v. Cass. 10 luglio 1997 (dep. 1° ottobre



Non mancano, infine, casi in cui l'elemento normativo culturale compare nei "titoli" (si vedano, ad es., nel libro secondo del codice penale, il Titolo IV: "Dei delitti contro il *sentimento* religioso e la *pietà* dei defunti"; il Titolo IX: "Dei delitti contro la *moralità pubblica* e il *buon costume*"; nonché il Titolo IX-bis: "Dei delitti contro il *sentimento* per gli animali"), e nei "capi" (si veda, ad es., il Capo II del summenzionato Titolo IX: "Delle offese al *pudore* e all'*onore sessuale*") del nostro codice penale.

2. Oltre a quelli sopra riferiti – esempi noti e pacifici di elementi normativi culturali – vi sono poi ulteriori concetti la cui natura di elementi normativi *culturali* è meno nota o meno pacifica, o semplicemente non ha finora costituito oggetto di specifico approfondimento. Si pensi, ad esempio:

- all'elemento della "*proporzione*" di cui alla scriminante della legittima difesa (art. 52 c.p.): secondo un autorevole orientamento dottrinale, che ha trovato accoglimento anche in recenti pronunce di legittimità, il giudizio di proporzione tra il bene dell'agredito esposto a pericolo, e il bene dell'aggressore sacrificato dalla condotta difensiva, deve essere effettuato facendo riferimento al *sistema di valori etico-sociali generalmente condivisi in un dato momento storico*, ed eventualmente consacrati nella Costituzione²³⁴;

- all'"uccisione *per crudeltà o senza necessità*" di un animale, con cui si integra il fatto tipico del delitto di cui all'art. 544 bis (uccisione di animali), potendo la crudeltà e l'assenza di necessità essere determinate (anche) alla stregua di parametri culturali²³⁵;

- ai concetti di "*onore*", "*decoro*" e "*reputazione*", che compaiono nei delitti di ingiuria e diffamazione (artt. 594 ss. c.p.), i quali, almeno secondo una parte della dottrina, sono elementi normativi culturali in quanto fanno

1997), CED 208613, in *Cass. Pen.* 1998, p. 2361, con nota di LARIZZA, *La "giusta causa" quale limite alla libertà e segretezza della corrispondenza*: secondo tale pronuncia, "la nozione di giusta causa, alla cui assenza l'art. 616 comma 2 c.p. subordina la punibilità della rivelazione del contenuto della corrispondenza, non è fornita dal legislatore ed è dunque affidata al concetto generico di giustizia (...) che il giudice deve determinare di volta in volta con riguardo alla liceità – sotto il profilo etico e sociale – dei motivi che determinano il soggetto ad un certo atto o comportamento" (corsivo aggiunto).

²³⁴ In tal senso v., pur con varietà di sfumature, BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XII ed., Padova, 1986, p. 364; FIORE-FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, cit., p. 333; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 216; VIGANÒ, *Commento all'art. 52*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, vol. I, cit., p. 603; in giurisprudenza, v. Cass. 10 novembre 2004, P., CED 230392. Tale orientamento risale a DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, ora in *Scritti*, Milano, 1976, p. 290, secondo il quale il giudizio di proporzione, all'interno della disciplina della legittima difesa, costituisce un *limite di tollerabilità etico-sociale* all'estensione del diritto all'autodifesa.

²³⁵ Sul punto v., anche per ulteriori rinvii, GATTA, *Commento all'art. 544 bis*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice Penale Commentato*, cit., vol. II, p. 3677.



riferimento “non ad una realtà di natura, ma a valori socioculturali”²³⁶. In ogni caso – al di là della loro controversa qualificazione come elementi ‘normativi’ o ‘descrittivi’ – un dato pare innegabile: in sede applicativa, il giudice, per verificare se una determinata espressione sia, o meno, offensiva dell’onore, dovrà necessariamente utilizzare parametri culturali²³⁷. Come esattamente rilevava già Mayer, se il giudice tedesco non ha nessun dubbio sul fatto che ‘asino’ costituisca un epiteto offensivo dell’onore altrui, ciò è dovuto al fatto che sta “*attingendo alla cultura tedesca*”²³⁸!

- al (vecchio) concetto di “*atti di libidine*” e a quello (nuovo) di “*atti sessuali*”, impiegati nei delitti in materia sessuale. Benché dottrina e giurisprudenza italiane, sotto la vigenza del vecchio art. 521 c.p. che incriminava, per l’appunto, gli “*atti di libidine violenti*”, non avessero esplicitamente qualificato questo concetto in termini di elemento normativo culturale²³⁹, nondimeno di fatto lo consideravano tale, giacché ad esso riconducevano “*tutte le manifestazioni dell’istinto sessuale, e cioè tutte le forme in cui può estrinsecarsi la libidine, escluso il coito*”²⁴⁰: ed è chiaro che per verificare se l’atto fosse manifestazione di istinto sessuale, di libidine, era imprescindibile il riferimento a parametri etico-sociali attinenti alla sfera sessuale²⁴¹.

²³⁶ Così MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 186; nello stesso senso ID., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 65; PARODI-GIUSINO, *I reati di pericolo*, Milano, 1990, p. 227, nota 120; MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Milano, 1961, p. 512; GRASSO, *Considerazioni in tema di errore sulla legge extrapenale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1976, p. 169; nella dottrina più risalente, nello stesso senso già FLORIAN, *Ingiuria e diffamazione*, Milano, 1939, p. 43; MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l’onore*, Roma, 1953, p. 17; JANNITTI-PIROMALLO, *Ingiuria e diffamazione*, Torino, 1953, p. 22. Contrapposta alla concezione ‘normativa’ dell’onore è, invece, la concezione ‘fattuale’ di esso: per l’esposizione di tali due concezioni, con ampi riferimenti dottrinali ad entrambi gli orientamenti, v. SIRACUSANO, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Digesto pen.*, vol. VII, 1993, p. 32 ss.; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano, 1974, p. 3 ss., i quali, a loro volta, propongono una concezione ‘normativo-fattuale’ dell’onore.

²³⁷ In tal senso, v. ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale*, cit., p. 38: “la fattispecie dell’ingiuria si può concretamente interpretare solo riferendola alle concezioni dell’onore e della morale dominanti all’interno del gruppo sociale che viene di volta in volta in considerazione”. In precedenza, nello stesso senso già MEZGER, *Vom Sinn*, cit., p. 227.

²³⁸ MAYER, M. E., *Lehrbuch*, cit., p. 50.

²³⁹ Un cenno in tal senso si trova, tuttavia, in GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Padova, 1945, p. 21.

²⁴⁰ Tale definizione è riportata, ad es., da ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, VI ed. aggiornata da Conti, 1972, p. 390, con rinvii alla giurisprudenza conforme; in termini storico-ricostruttivi, v. pure CADOPPI, in CADOPPI (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, III ed., 2002, p. 42 ss.

²⁴¹ Nessun dubbio, invece, presso la dottrina e la giurisprudenza tedesche meno recenti, che l’equivalente formula “*unzüchtige Handlungen*”, che compariva nel vecchio



In relazione, poi, alla nuova nozione di “atti sessuali”, che compare negli artt. 609 *bis* ss. c.p., oggi la dottrina italiana (e, almeno nella sostanza, anche una parte della giurisprudenza) riconosce esplicitamente che essa “certamente configura un *elemento normativo extragiuridico* all’interno della struttura del reato, per la cui determinazione è necessario far riferimento inevitabilmente alle scienze antropologiche e sociologiche”, dal momento che “è *in base alla cultura e ai costumi di un popolo* che si configura ciò che è «sessualmente rilevante»”²⁴². Come, infatti, è stato giustamente osservato, “è più che altro in base ai costumi di un popolo che si configura ciò che è «sessualmente rilevante»”²⁴³;

- al concetto di “*mezzi di correzione o di disciplina*” che compare nel reato di cui all’art. 571 c.p., e che una parte della dottrina non esita a qualificare come elemento normativo extragiuridico²⁴⁴: per l’individuazione di tali mezzi

testo dei §§ 180 ss. StGB, costituisse un elemento normativo culturale: v. MEZGER, *Vom Sinn*, cit., p. 227; ENGISCH, *Introduzione*, cit., p. 200; in giurisprudenza, *ex pluris*, v. *Bundesgerichtshof (Großer Senat)* 17 febbraio 1954, in *BGHStr.* 6 (1954), p. 47 ss.

²⁴² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, II ed. 2007, p. 208 (corsivo aggiunto). In senso analogo v. pure FIANDACA, *La rilevanza penale del “bacio” tra anatomia e cultura*, in *Foro It.* 1998, II, p. 505; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 338; nonché quella parte di giurisprudenza secondo cui la nozione di “atti sessuali” rimanda al “costume sociale” (v. Cass. 5 giugno 1998, Vacca, in *Guida dir.* 25/1998, p. 131). Da ultimo, v., con particolare riferimento alla controversa questione se il “bacio sulla bocca” possa integrare un “atto sessuale”, Cass. 13 febbraio 2007 (dep. 2 luglio 2007), n. 252112, secondo cui “se il bacio sulla bocca indubbiamente attinge una zona generalmente considerata erogena, è altrettanto indubbio che esso perde il connotato sessuale se è dato in particolari contesti sociali e culturali” (sul punto v. VIZZARDI, *Bacio sulle labbra e diritto penale*, in *Cass. Pen.* 2008, p. 293). Anche per la dottrina e la giurisprudenza tedesche contemporanee, l’analogia formula “*sexuelle Handlungen von einiger Erheblichkeit* (atti sessuali di una certa rilevanza)”, che compare oggi nel § 184 lett. f, StGB al posto della precedente nozione di “*unzüchtige Handlungen*” (v. nota precedente), presuppone il riferimento a valutazioni etico-sociali: v. TRÖNDLE-FISCHER, *Strafgesetzbuch*, cit., sub § 184 c, Rn. 6; ROXIN, *Strafrecht. AT*, vol. I, cit., p. 308; LENCKNER-PERRON, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, XXVII ed., 2006, sub § 184 f, Rn. 15, tutti con rinvii alla conforme giurisprudenza tedesca. Infine, anche secondo la dottrina e la giurisprudenza svizzere, la formula “*sexuelle Handlungen*”, impiegata nel codice svizzero per descrivere i reati sessuali, costituirebbe un elemento normativo culturale: v. per tutti EGETER, *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, cit., p. 24, con ulteriori rinvii.

²⁴³ CADOPPI, in CADOPPI (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, cit., p. 53, che così prosegue: “per taluni popoli lo sfregamento del naso contro naso altrui può assumere connotati sessuali, e sul punto le ‘pratiche sessuali’ delle varie comunità nel mondo sono le più varie e curiose”. Per suggestive considerazioni in proposito, v. pure MERZAGORA, *Relativismo culturale e percezione sociale in materia di comportamenti sessuali devianti*, in CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Padova, 1996, p. 343 ss.; v. anche quanto si dirà *infra*, 2.5.2, in relazione alla riforma dei delitti in materia sessuale.

²⁴⁴ In tal senso, v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 65.



pare, in effetti, indispensabile fare riferimento non solo a norme giuridiche (ad es., ai regolamenti scolastici), ma anche a norme extragiuridiche di matrice culturale, dal momento che “i mezzi di correzione o di disciplina sono di solito espressamente previsti in norme giuridiche di fonte differente, *ma anche in usi sociali che per consuetudine vengono considerati socialmente adeguati*”²⁴⁵. Illuminante, a tal proposito, risulta la parabola giurisprudenziale dello *jus corrigendi* nei rapporti intraconiugali: il potere correttivo del marito nei confronti della moglie, esercitabile anche in forma coattiva, a lungo pacificamente ammesso, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso è stato prima messo in discussione da una parte della dottrina²⁴⁶ e poi finalmente negato anche dalla giurisprudenza (sia pur con taluni tentennamenti, protrattisi almeno fino alla riforma del diritto di famiglia del 1975), sulla base, oltre che del chiaro disposto dell’art. 29 Cost., anche delle nuove concezioni culturali sulla parità tra uomo e donna che si sono affermate nella società italiana del Secondo Dopoguerra²⁴⁷;

- al concetto di “*maltrattamenti*” su cui si incentra la descrizione del fatto tipico del delitto di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli di cui all’art. 572 c.p. A dire il vero, non ci risulta alcuna presa di posizione esplicita, in dottrina o in giurisprudenza, a favore di una qualificazione di tale concetto come “elemento normativo culturale”²⁴⁸, benché un risalente orientamento dottrinale di fatto lo considerasse tale, dal momento che ammetteva una sua relativizzazione sul piano oggettivo, rilevando che in certi contesti familiari culturalmente poco progrediti (“tra la gente rozza”) l’uso della violenza, in quanto “consuetudine di vita”, non avrebbe integrato di per sé il fatto tipico

²⁴⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, cit., p. 340 (corsivo aggiunto); nello stesso senso, già FIORE, C., *Esercizio dei mezzi di correzione e adeguatezza sociale*, in *Foro Pen.* 1963, p. 35 ss., in particolare p. 45, ove si dà rilievo alla “normalità della condotta, dal punto di vista dei comportamenti socialmente usuali”.

²⁴⁶ V. i fondamentali rilievi critici di PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, p. 724 ss., con ulteriori richiami di dottrina.

²⁴⁷ V. la svolta segnata in giurisprudenza con la sentenza della Cass. 22 febbraio 1956, in *Riv. It. Dir. Pen.* 1957, p. 421, in cui si afferma chiaramente che un potere correttivo, esercitabile anche mediante la coazione, del marito nei confronti della moglie “apparirebbe, fra l’altro, in palese contraddizione con il principio enunciato dall’art. 29 della Carta fondamentale costituzionale, il quale sancisce la eguaglianza non solo morale ma pure giuridica fra i coniugi; e tenderebbe, alla fine, a ripristinare sistemi e criteri ormai lontani nel tempo, e inammissibili attualmente, data la posizione assunta dalla donna in ogni campo della vita sociale”. Su tale sentenza v. la nota adesiva di PISAPIA, *Norme di diritto e norme di civiltà: a proposito del preteso jus corrigendi nei confronti della moglie*, ivi, p. 421 (con ulteriori riferimenti).

²⁴⁸ All’interno della dottrina tedesca, v. invece MAYER, M.E., *Lehrbuch*, cit., p. 182, il quale aveva già qualificato il concetto di maltrattamento-*Mißhandlung* (che all’epoca compariva nel delitto di lesione personale lieve di cui al § 223 comma 1 StGB, e che ora compare nel delitto di maltrattamenti di persone affidate alla propria tutela di cui al § 225 StGB), quale elemento normativo di fattispecie.



del delitto di maltrattamenti²⁴⁹. Inoltre, se si vanno a vedere talune definizioni proposte, anche di recente, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per superare la vaghezza che, per unanime opinione, connota la nozione di "maltrattamenti", ci si accorge agevolmente che esse rinviano costantemente a valutazioni da effettuarsi alla stregua di norme culturali: così è, ad es., per la definizione di "maltrattamenti" che considera tali "tutti i fatti che, comunque, producono sofferenze fisiche o morali in colui che li subisce e che sono riprovati dalla *coscienza pubblica* in quanto ritenuti vessatori"²⁵⁰; e così è pure per la definizione di "maltrattamenti" secondo cui integra l'elemento oggettivo del delitto in parola una "serie di atti di vessazione continui e tali da cagionare sofferenze, privazioni, umiliazioni, le quali costituiscono fonte di un disagio continuo ed incompatibile con *normali condizioni di vita*"²⁵¹, dal momento che quali siano queste "normali condizioni di vita" può essere determinato solo alla stregua di parametri socio-culturali²⁵².

- infine, al concetto di "prostituzione", che viene in rilievo in una serie di fattispecie criminose (oltre quelle previste dalla c.d. legge Merlin, v. anche quelle di cui agli artt. 600 ss. c.p.²⁵³), e che una parte della dottrina ritiene trattarsi "indubbiamente di un *concetto normativo-sociale* che abbisogna di una eterointegrazione con il richiamo alle *regole etico-sociali o di costume* presenti in un determinato contesto storico"²⁵⁴.

²⁴⁹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. VII, 1984, p. 931 s.; PISAPIA, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. X, 1964, p. 76.

²⁵⁰ ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 537 (con rinvio a conforme giurisprudenza).

²⁵¹ V., *ex pluris*, Cass. 4 dicembre 2003 (dep. 19 febbraio 2004), Camicia, CED 228461, in *Cass. Pen.* 2005, p. 1259.

²⁵² Sul punto v. anche COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, p. 265, secondo cui il legislatore, ai fini della redazione dell'art. 572 "ha sostanzialmente recepito un linguaggio collaudato da decenni di uso e che non aveva creato particolari problemi interpretativi; e sembra ragionevole che il legislatore possa pur fare affidamento sul significato di un termine ormai acquisito all'esperienza giuridica e che, in mancanza di segni contrari, l'interprete possa a sua volta riferirsi al contenuto tradizionale dell'espressione". Sulla variabilità del concetto di "maltrattamenti" in funzione della cultura di riferimento, si veda pure quanto rilevato da FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, II ed., Roma-Bari, 2004, cit., p. 134: "ciò che è considerato come 'maltrattamento' dalla cultura occidentale è invece ritenuto un comportamento normale e talvolta doveroso all'interno di comunità immigrate".

²⁵³ Per un elenco aggiornato di norme incriminatrici in cui figura il concetto di "prostituzione" (o quello analogo di "meretricio"), v. APRILE, *I delitti contro la personalità individuale - Schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori*, Padova, 2006, p. 137 s.

²⁵⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, cit., p. 140 (corsivo aggiunto). V. pure APRILE, *op. cit.*, p. 138, ad avviso del quale il concetto di prostituzione va ricostruito "secondo la *comune esperienza*" (corsivo aggiunto); v., infine, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 406, per il quale, accanto ad una prostituzione femminile, deve oggi darsi rilevanza penale anche alla prostituzione maschile perché "tale ritenuta dall'attuale *coscienza sociale*" (corsivo aggiunto).



3. Oltre agli esempi sopra riferiti – esempi noti e pacifici, ovvero meno noti o meno pacifici di elementi normativi culturali, che comunque trovano un diretto ancoraggio testuale nella lettera della legge – possiamo menzionare anche alcuni esempi di elementi normativi culturali *di matrice*, per così dire, *giurisprudenziale*, in quanto è stata la giurisprudenza a dare spazio, pur in assenza di univoche indicazioni testuali, a valutazioni culturali per la loro interpretazione ed applicazione:

- così, ad esempio, in tema di *circostanze attenuanti generiche*, benché nel testo dell'art. 62 *bis* c.p. non compaia, alla lettera, alcun elemento normativo culturale, nella concreta dinamica applicativa esse sono state talora negate dai giudici in casi in cui l'imputato aveva mostrato "ferocia" nell'esecuzione dell'azione criminosa²⁵⁵, ovvero "insensibilità morale"²⁵⁶: in tal modo, quindi, si è subordinata la concessione di queste attenuanti a valutazioni condotte alla stregua di norme culturali, solo sulla scorta di siffatte norme potendo, evidentemente, essere accertata la "ferocia" o l'"insensibilità morale" dell'imputato;

- a parametri culturali la giurisprudenza ha dato, altresì, spazio in sede di valutazione dell'*imputabilità dell'infradiciottenne* (art. 98 c.p.), giacché si è ritenuto che ai fini del suo accertamento occorra "valutare la capacità del soggetto in concreto in relazione alla natura del reato, con la conseguenza che l'imputabilità di uno stesso soggetto può essere ritenuta per alcuni reati ed esclusa per altri in considerazione della maggiore o minore avvertibilità del *disvalore etico-sociale* del reato e dell'*immoralità secondo il comune modo di sentire*"²⁵⁷;

- analogamente, tra gli indici di valutazione del "sicuro ravvedimento" quale presupposto per la concessione della *liberazione condizionale* (art. 176 c.p.), la giurisprudenza ha talora utilizzato anche un parametro culturale (segnatamente, etico-sociale), giacché si è affermato che l'accertamento del sicuro ravvedimento postula un'ampia e penetrante valutazione della personalità del soggetto, che tenga conto, tra l'altro, "della volontà di reinserimento nella società, dedotta dall'*interesse dimostrato per i valori etici e sociali*, dalle prove di *altruismo* e di *solidarietà*"²⁵⁸. Sempre in ambito penitenziario, un analogo parametro di matrice culturale (etico-sociale) è stato talora utilizzato dai giudici anche ai fini della concessione della *liberazione anticipata*²⁵⁹, e della *semi-libertà*²⁶⁰.

²⁵⁵ Così Cass. 6 ottobre 1975 (dep. 13 maggio 1976), in *Cass. Pen. Mass. Ann.* 1976, p. 1013.

²⁵⁶ Così Cass. 7 aprile 1980 (dep. 15 giugno 1981), in *Cass. Pen.* 1982, p. 1160.

²⁵⁷ V., ad es., Cass. 28 settembre 1989 (dep. 17 novembre 1989), CED 182554; Cass. 6 ottobre 1986 (dep. 16 aprile 1987), CED 175733.

²⁵⁸ V. Cass. 7 aprile 1993 (dep. 8 giugno 1993), CED 194403 (corsivo aggiunto). Nello stesso senso v. pure Cass. 26 marzo 1992 (dep. 17 settembre 1992), CED 191760; Cass. 13 maggio 1991 (dep. 22 agosto 1991), CED 188096.

²⁵⁹ V., ad es., Cass. 20 ottobre 1992 (dep. 2 dicembre 1992), CED 192397.

²⁶⁰ V., ad es., Cass. 26 febbraio 1991 (dep. 29 aprile 1991), CED 187043.



L'elenco esemplificativo degli elementi normativi culturali presenti nella nostra legislazione potrebbe, infine, ulteriormente allungarsi se intendessimo procedere lungo i binari indicati da autorevole dottrina, la quale ha limpidamente intuito che:

- "attraverso le interpretazioni anche l'elemento più descrittivo può diventare normativo"²⁶¹;

- "è la cultura che influenza l'interpretazione"²⁶².

Al di là di quest'ultima suggestione, un dato pare comunque innegabile: la presenza, nel nostro ordinamento, di numerose ipotesi in cui la norma penale si 'appoggia' ad una norma culturale, al pari della vite che, per portar frutto, deve aggrapparsi al suo sostegno.

2.5.2 - Altre norme penali 'impregnate' di cultura

Un secondo "settore" all'interno del quale assistiamo all'intersecazione tra il cerchio delle norme penali ed il cerchio delle norme culturali, è costituito da una serie di previsioni incriminatrici le quali – pur non utilizzando elementi normativi culturali (*supra*, 2.5.1) – nondimeno risultano particolarmente 'impregnate' di cultura, a tal punto che la loro introduzione nella legislazione penale italiana e la loro successiva permanenza, modificazione o scomparsa dal diritto vigente si spiega solo in funzione della parallela evoluzione conosciuta dalle corrispondenti norme culturali.

Se, infatti, andiamo a guardare la versione originaria del codice Rocco, vi troviamo alcune fattispecie criminose chiaramente 'modellate' su altrettante norme culturali che, all'epoca dell'emanazione di tale codice, erano diffuse tra gli Italiani (o, per lo meno, nella cultura all'epoca 'egemone' in Italia²⁶³). La successiva evoluzione di queste norme culturali ha, tuttavia, reso "anacronistiche" le corrispondenti norme incriminatrici, rimaste "ancorate a valori che l'attuale società non sente più come tali"²⁶⁴, ed ha quindi comportato, in alcuni casi, la loro abrogazione o dichiarazione di incostituzionalità, in altri casi, la loro

²⁶¹ BETTIOL, *Il ruolo svolto dal codice penale Rocco nella società italiana*, in *La questione criminale* 1981, p. 35.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ Sul concetto di cultura 'egemone', v. *supra*, nota 53, e testo corrispondente.

²⁶⁴ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. L.



modificazione²⁶⁵, in altri casi ancora, una loro re-interpretazione evolutiva ad opera della giurisprudenza²⁶⁶:

1) si pensi, ad esempio, all'originaria presenza, nel codice Rocco (artt. 394 ss. c.p.), di una disciplina apposita per il *duello* e gli altri delitti cavallereschi, e alla particolare mitezza delle pene ivi previste²⁶⁷. Per effetto di tale disciplina (si veda in particolare l'art. 396 c.p. Rocco, ora abrogato: "uso delle armi in duello"), se il duellante cagionava una lesione personale grave o gravissima all'avversario, era punito con la reclusione fino a due anni, mentre se ne cagionava la morte era punito con la reclusione da uno a cinque anni: pene ridicole per la loro mitezza se confrontate con quelle che sarebbero derivate dall'applicazione delle ordinarie fattispecie di lesioni personali gravi o gravissime (art. 583 c.p.), o di omicidio doloso (art. 575 c.p.) o preterintenzionale (art. 584 c.p.), le quali avrebbero altresì dovuto subire l'aumento per effetto dell'aggravante dell'uso delle armi (art. 585 c.p.). Ebbene, che cosa giustificava la presenza nel codice Rocco di una disciplina così magnanima per i duellanti, se non le convinzioni culturali diffuse, in tema di onore e difesa dell'onore, nella società italiana nei primi decenni del Novecento²⁶⁸? La disciplina penale del duello costituiva, quindi, un 'prodotto' della cultura di quell'epoca, ma era divenuta, in tempi più recenti, "un fossile"

²⁶⁵ V. in proposito, il chiaro invito formulato dalla Corte costituzionale nei confronti del legislatore con la sentenza 28 giugno 1973 n. 133: "non è certo sottratto alla discrezionalità del legislatore l'abrogare o il modificare una legge *ove si ravvisi un mutamento dei presupposti etico-sociali di essa*" (par. 11 della motivazione "in diritto"; corsivo aggiunto): trattasi, tuttavia, di un invito spesso trascurato dal nostro legislatore, sicché in molti casi, come vedremo, il ri-allineamento delle norme penali alle (nuove) norme culturali è stato operato – nell'inerzia del legislatore – dalla stessa Corte costituzionale o dalla giurisprudenza ordinaria.

²⁶⁶ Sull'interpretazione evolutiva di norme incriminatrici divenute "anacronistiche", v. BIANCHI D'ESPINOSA, *Introduzione*, in AA.VV., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, cit., p. 3, secondo cui i giudici procedono ad una siffatta interpretazione "allorché si verifica un contrasto tra il giudizio di valore tenuto presente all'epoca dell'emanazione della norma e la realtà in sviluppo, e che si è andata trasformando".

²⁶⁷ Tale disciplina in parte riproduceva, rendendole però ancora più indulgenti, le previsioni già contenute negli artt. 237 ss. del codice Zanardelli.

²⁶⁸ In argomento, v. per tutti AZZALI, voce *Duello (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, 1965, p. 95, il quale fra l'altro ben sottolinea che il duello era concepito come una sorta di "procedimento di accertamento" della "qualità di uomini d'onore" dello sfidante e dello sfidato. A riprova delle concezioni dell'onore e del duello diffuse in Italia nei primi decenni del Novecento, si veda poi un'autentica apologia di un duello, avvenuto sul prato del Velodromo di Milano nel maggio del 1922, pubblicata in *Riv. Pen.* 1922, vol. XCV, p. 509 (senza firma, quindi attribuibile al direttore della rivista, Lucchini), in cui si esalta la natura "cavalleresca" della condotta tenuta dai duellanti, ritenuta ben più apprezzabile della "rettorica pietistica e socialista di quanti preferiscono colpire a tergo, che non di fronte gli avversari".



del passato²⁶⁹, e, pertanto, molto opportunamente è stata cancellata dal nostro ordinamento²⁷⁰;

2) analogo discorso vale anche per i delitti di *adulterio* (art. 559 c.p.) e di *concubinato* (art. 560 c.p.): non solo la disparità di trattamento tra marito e moglie ivi sancita, ma, prima ancora, la stessa previsione di delitti siffatti all'interno del nostro codice penale non si comprende, se non si ha riguardo alle norme culturali diffuse nella società italiana negli anni di gestazione del codice²⁷¹. E tali delitti sono a lungo sopravvissuti nel nostro ordinamento, per esserne espunti dalla Corte costituzionale alla fine degli anni Sessanta, sotto la pressione – divenuta ormai incontenibile – di un rinnovamento culturale maturato nella coscienza collettiva a partire dal Secondo Dopoguerra. Nelle motivazioni delle relative sentenze di incostituzionalità (la n. 126/1968 e la n. 149/1969), in effetti, la Corte prende atto del ruolo svolto dalle norme culturali nel determinare l'introduzione, prima, la permanenza, poi, e, infine, l'esigenza di rimozione di tali norme incriminatrici dal nostro ordinamento²⁷²:

- nella prima di tali sentenze, quella con cui è stata dichiarata l'illegittimità dei commi 1 e 2 dell'art. 559 c.p. per contrasto con l'art. 29 Cost., la Corte costituzionale ha infatti rilevato quanto segue: "con la sentenza n. 64 del 23 novembre 1961, questa Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 559, primo comma, del codice penale, in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione. L'ordinanza del Tribunale di Ascoli Piceno prima, e le altre successivamente hanno riproposto la questione ulteriormente argomentando e sostenendo che, negli ultimi anni, è sostanzialmente mutata in materia la *coscienza collettiva*. Di conseguenza sarebbe necessario accertare se – *nell'attuale momento storico sociale* – continui a sussistere oppur no quella diversità obbiettiva di situazione che nella precedente sentenza la Corte ritenne di riscontrare sì da giustificare il differente trattamento, fatto dal legislatore penale all'adulterio della moglie rispetto a quello del marito. La Corte ritiene che la questione meriti di essere riesaminata (...). Ritiene la Corte, alla stregua dell'*attuale realtà sociale*, che la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia"²⁷³;

- nella seconda di tali sentenze, dichiarativa dell'illegittimità del comma 3 dell'art. 559, e dell'intero art. 560 c.p. per contrasto con l'art. 29 Cost.,

²⁶⁹ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. L; nello stesso senso v. pure PIFFER, *Commento all'art. 394*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1992, p. 865.

²⁷⁰ Sia pur con un colpevole ritardo da parte del legislatore, che ha provveduto all'abrogazione degli artt. 394 ss. c.p. solo con l. 25 giugno 1999, n. 205.

²⁷¹ V. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. L e LI.

²⁷² Come giustamente rileva ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, VI ed., Torino, 1972, p. 347, nota 30, il solo principio di uguaglianza tra coniugi (art. 29 Cost.) non sarebbe stato da solo sufficiente a determinare l'integrale espulsione di tali delitti dal nostro codice.

²⁷³ Corte costituzionale, sent. 19 dicembre 1968, n. 126 (corsivo aggiunto).



la Corte costituzionale ha poi aggiunto che “tutto il sistema desumibile dagli artt. 559 e 560 c.p. (...) reca l'impronta di un'epoca nella quale la donna non godeva della stessa posizione sociale dell'uomo e vedeva riflessa la sua situazione di netta inferiorità nella disciplina dei diritti e dei doveri coniugali”²⁷⁴;

3) similmente, è stata ancora una volta l'originaria congruenza (nei primi decenni del secolo scorso) e la sopravvenuta incompatibilità (al più tardi, negli anni Settanta di quel secolo) con le norme culturali diffuse nella “coscienza comune” a spingere la Corte costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità del delitto di *incitamento a pratiche contro la procreazione* di cui all'art. 553 c.p. Nella sentenza dichiarativa di incostituzionalità, la Corte ha, infatti, tra l'altro rilevato che “il problema della limitazione delle nascite ha assunto, nel momento storico attuale, una importanza e un rilievo sociale tale, ed investe un raggio di interesse così ampio, da non potersi ritenere che, secondo la coscienza comune e tenuto anche conto del progressivo allargarsi della educazione sanitaria, sia oggi da ravvisare un'offesa al buon costume nella pubblica trattazione dei vari aspetti di quel problema, nella diffusione delle conoscenze relative, nella propaganda svolta a favore delle pratiche anticoncettive”²⁷⁵;

4) una forte impronta culturale reca, altresì, la disciplina dei *delitti in materia sessuale*²⁷⁶. In particolare, la disciplina originariamente prevista nel codice Rocco (artt. 519-526 c.p.) era stata concepita in un'epoca in cui le norme culturali attribuivano alla donna e alla sua sessualità un valore profondamente diverso da quello acquisito nei decenni successivi: basti pensare che tali delitti erano originariamente collocati tra quelli contro la moralità pubblica e il buon costume!

Al più tardi a partire dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso, tuttavia, la dottrina aveva messo in evidenza il fatto che tale disciplina non fosse “del tutto immune da concezioni della sessualità femminile ormai

²⁷⁴ Corte costituzionale, sent. 3 dicembre 1969, n. 147 (corsivo aggiunto).

²⁷⁵ Corte costituzionale, sent. 16 marzo 1971, n. 49 (corsivo aggiunto). Anche in questa occasione, la Corte costituzionale si è, quindi, rivelata più capace del pigro legislatore di intercettare l'evoluzione culturale della società italiana e di saggiarne le conseguenze sulla disciplina penalistica di alcune condotte.

²⁷⁶ V., in proposito, quanto rilevato da ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, XV ed. (agg. a cura di Grosso), Milano, 2008, p. 549: “non vi è forse un terreno in cui così sensibilmente differiscano le vedute etiche e giuridiche sul limite tra il lecito e l'illecito, persino tra popoli della stessa epoca e civiltà. Anche un esame sommario di diritto comparato lo dimostra nel modo più palese”. Un semplice esempio può chiarire tali concetti: in molte culture un seno nudo femminile è considerato erotico e sessualmente eccitante, ma ciò non è vero dappertutto, tant'è che presso alcune popolazioni tribali [oltre che su molte spiagge italiane] le donne non indossano alcun indumento a copertura del seno (per tale esempio, v. TAYLOR, *Cultural Ways*, III ed., Illinois, 1988, p. 263).



obsolete", dal momento che essa presupponeva "una realtà storico-culturale della donna e della sua sessualità ormai tramontata"²⁷⁷. L'esigenza di ri-allineare la disciplina dei delitti in materia sessuale a più moderne concezioni della libertà sessuale femminile ha, quindi, indotto il legislatore ad abrogare le originarie fattispecie criminose e ad emanare i nuovi artt. 609 *bis* ss. c.p. con una legge di riforma²⁷⁸ che ha voluto "innanzitutto essere espressione, anche sul piano normativo, della rivoluzione culturale e sociale che ha preso di mira la concezione della sessualità della donna nella società moderna"²⁷⁹, e che ha tenuto, pertanto, conto del "profondo cambiamento dei costumi sociali, frutto del rapido mutamento del modo di vivere e del fenomeno della emancipazione femminile"²⁸⁰;

5) forse l'esempio più evidente di norme penali culturalmente 'impregnate' era costituito, all'interno del testo originario del codice Rocco, dall'art. 544 c.p., che prevedeva il c.d. *matrimonio riparatore* quale causa speciale di estinzione dei reati in materia sessuale, nonché dagli artt. 551, 578 (vecchio testo), 587 e 592 c.p., che prevedevano un trattamento sanzionatorio particolarmente benevolo, rispettivamente, per i delitti di aborto, infanticidio, omicidio o lesioni personali, e abbandono di neonato, commessi per *causa d'onore*²⁸¹.²⁸²: si consideri, ad esempio, che grazie all'art. 587 c.p., se un omicidio era commesso "per causa d'onore", la pena massima prevista in via ordinaria per l'omicidio (ventiquattro anni di reclusione *ex art.* 575 c.p.) si riduceva a sette anni; se poi la vittima era la moglie o la sorella dell'autore, i predetti sette anni si sostituivano alla pena massima di trent'anni di reclusione altrimenti comminati dall'art. 577 comma 2 c.p., mentre se la vittima era la

²⁷⁷ BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, rispettivamente p. 60, e p. 55.

²⁷⁸ Legge 15 febbraio 1996, n. 66.

²⁷⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, cit., p. 198.

²⁸⁰ FIANDACA-MUSCO, *op. loc. ult. cit.*; in argomento, v. pure MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 327, il quale, pur esprimendo forti perplessità nei riguardi della riforma del 1996 (paragonata, "sotto il profilo della politica criminale", alla "classica montagna che partorisce il topolino"), nondimeno riconosce che essa introduce "innovazioni di valore genericamente culturale". In parallelo all'evoluzione – culturale prima, legislativa poi – dei delitti contro la libertà sessuale in Italia, può essere osservata anche l'analoga vicenda svoltasi in Germania, ove si è passati dai "*Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit*", alle "*Straftaten gegen die Selbstbestimmung*": sul punto v. per tutti ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in *Scritti in onore di Marinucci*, cit., p. 722.

²⁸¹ Per un quadro ricostruttivo della disciplina dei delitti d'onore, v. CASALINUOVO, *La causa d'onore nella struttura del reato*, Napoli, 1939; CARACCIOLI, voce *Causa d'onore*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, 1960, p. 580 ss.

²⁸² Norme analoghe a quelle citate erano peraltro presenti anche nel codice Zanardelli: si vedano gli artt. 352 (matrimonio riparatore); 363 (causa d'onore in relazione ai delitti di supposizione e soppressione di stato); 369 (causa d'onore in relazione all'infanticidio); 377 (causa d'onore in relazione ai delitti di omicidio e lesioni personali); 385 (causa d'onore in relazione all'aborto).



figlia, i sette anni sostituivano l'ergastolo altrimenti derivante dall'art. 577 comma 1 c.p.

La presenza, e la lunga sopravvivenza, di disposizioni siffatte all'interno del nostro ordinamento penale si spiega soltanto con la loro originaria, e a lungo perdurante, congruenza con altrettante norme culturali, diffuse nella società italiana almeno fino agli anni Cinquanta del secolo scorso. Il contenuto di queste norme culturali che fornivano la linfa vitale alle citate norme penali, trapela dalla lettura di alcune risalenti pronunce della Cassazione:

- così, da una sentenza del 1932 risulta che, ad avviso della Cassazione, *"il fondamento morale e sociale delle disposizioni contenute nell'art. 587 c.p., pur non dovendosi ricercare in un ritorno a forme barbariche del diritto familiare di uccidere e neppure nella possibilità di una vendetta ammessa come forma di soddisfazione del patito oltraggio, ma soltanto in uno stato umano ed insopprimibile di angoscia e di dolore che suscita l'impeto d'ira e determina i conseguenti atti di violenza, pur tuttavia sta [stava] sostanzialmente nella colpevole relazione del coniuge, delle figlie e delle sorelle che recarono offesa a quell'onore familiare, la cui tutela e il cui rispetto sono loro commessi come adempimento di uno specifico dovere"*²⁸³;

- in una successiva sentenza del 1950, la Cassazione, a proposito dell'omicidio a causa d'onore, aveva poi affermato che *"una tale speciale figura di reato trova la sua ragion d'essere, oltre che nello stato d'ira, nel desiderio di tutelare l'onore proprio e della famiglia, inteso come patrimonio morale proprio e della famiglia e pertanto in un sentimento spiccatamente morale e sociale corrispondente a quello che può determinare l'attenuante comune [di cui all'art. 62 n. 1]"*²⁸⁴;

- addirittura, l'asserita corrispondenza della *"causa d'onore"* con un *"motivo di particolare valore morale e sociale"* ad avviso della Cassazione consentiva all'autore di un omicidio, commesso per motivi d'onore ma in assenza degli ulteriori presupposti indicati dall'art. 587 c.p., di beneficiare comunque dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 1 c.p.: *"poiché la tutela dell'onore sessuale della donna attiene non solo all'interesse della donna sedotta ma anche a quello dei di lei stretti congiunti, oltre a quello più lato della morale, com'è intesa nell'attuale momento storico dalla coscienza sociale, ben può la causa d'onore, ai fini della concessione dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 1 c.p., essere invocata da chi uccide il seduttore della propria sorella"*²⁸⁵.

²⁸³ Cass. 21 ottobre 1932 (corsivo aggiunto), riportata da CELORIA-PETRELLA, *La condizione della donna*, in AA.VV., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, cit., p. 147 s., cui si rinvia per una più ampia ricostruzione del concetto di onore sessuale sulla scorta dell'analisi della giurisprudenza relativa agli artt. 551, 578 (vecchio testo) e 587 c.p.

²⁸⁴ Cass. 30 giugno 1950 (corsivo aggiunto), riportata da CELORIA-PETRELLA, *op. cit.*, p. 151.

²⁸⁵ Cass. 13 marzo 1952 (corsivo aggiunto), riportata da CELORIA-PETRELLA, *op. cit.*, p. 148.



Tuttavia, negli anni Sessanta e Settanta una parte della dottrina aveva cominciato a denunciare apertamente l'anacronismo delle norme penali in parola. Scriveva, ad esempio, Antolisei nel 1972 che l'omicidio per causa d'onore, "porto di rifugio di non pochi e gravi fatti delinquenziali, caratterizzato da una pena edittale assai lieve e quasi mai scontata per l'incidenza di diminuenti e per la prassi dell'indulto, ha fatto il suo tempo. Frutto di una *forma mentis* improntata a retributivo egoismo e di concezioni ancestrali dell'onore che non trovano più rispondenza nella coscienza della maggior parte dei cittadini, esso si risolve in un ramo secco dell'ordinamento destinato inevitabilmente a cadere"²⁸⁶.

Nonostante questa ed altre prese di posizioni critiche²⁸⁷, tuttavia, il legislatore è intervenuto per espellere dal nostro codice le fattispecie in questione solo nel 1981²⁸⁸, così finalmente adeguando le norme penali alla rapida evoluzione conosciuta, nel Dopoguerra, dalle norme culturali in materia di onore sessuale e di libertà di autodeterminazione sessuale della donna.

La ritrovata corrispondenza tra norme penali e norme culturali *in subiecta materia* risulta oggi certificata da recenti pronunce giurisprudenziali in cui la Suprema Corte – prendendo nettamente le distanze dalle posizioni conservatrici ancora emerse negli anni Cinquanta del secolo scorso – ha ritenuto che la tutela dell'onore non possa nemmeno essere più invocata ai fini della concessione dell'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale, giacché "la c.d. causa d'onore non può assurgere al rango di circostanza attenuante generale secondo il dettato dell'art. 62 n. 1 c.p., in quanto espressione di una concezione angusta e arcaica del rapporto di coniugio, *apertamente confliggente con valori ormai acquisiti nella società civile* che

²⁸⁶ ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, edizione 1972, p. 51. Sorprende, invece, l'assenza (nella stessa edizione del manuale citato) di qualsiasi cenno critico rispetto all'istituto del matrimonio riparatore: l'insigne Autore si limita, infatti, a considerarlo "un caso di ravvedimento attivo *post delictum*, al quale eccezionalmente è attribuita l'efficacia di estinguere la punibilità" (ivi, p. 400). Molto più aspro, invece, era il giudizio di MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979, p. 30: "l'istituto del matrimonio riparatore (...) aggiunge all'onta dell'offesa subita (normalmente) dalla donna la beffa di un matrimonio, sovente contratto dal reo al solo scopo di sottrarsi alla pena" (giudizio ribadito, in retrospettiva, anche nell'edizione più recente del manuale: v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, 2007, p. LI).

²⁸⁷ Tra le più penetranti, v. quella di PISANI, *Pena di morte all'italiana*, in ID., *Tutela penale e processo: studi*, Milano, 1978, p. 409, secondo cui il delitto d'onore costituiva una sorta di "pena di morte ad iniziativa privata".

²⁸⁸ Tali norme sono state abrogate nel 1981 con la legge 5 agosto n. 442, ad eccezione dell'art. 551 c.p. che, riguardando la materia dell'aborto, venne già in precedenza abrogato con la legge 22 maggio 1978 n. 194, recante la nuova disciplina dell'interruzione della gravidanza. Per una ricostruzione storica delle fattispecie in parola, v., anche per ulteriori rinvii, RIONDATO, «Famiglia» nel diritto penale italiano, in RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, Milano, 2002, p. 48 s.



ricevono un riconoscimento e una tutela anche a livello costituzionale (...). Pertanto, l'omicidio commesso dal marito per salvaguardare l'onore asseritamente offeso da una pretesa relazione sentimentale della moglie e dettato da un malinteso senso dell'orgoglio maschile è l'espressione di uno stato passionale *sfavorevolmente valutato dalla comune coscienza etica*, in quanto manifestazione di un sentimento *riprovevole* ed *esasperato* di superiorità maschile²⁸⁹.

2.6 - Riepilogo sulla 'non-neutralità culturale' del diritto penale: "il diritto penale è fortemente impregnato di cultura"

Giunti a questo punto – dopo aver toccato con mano le plurime intersezioni esistenti tra il cerchio delle norme penali ed il cerchio delle norme culturali – ci sembra risulti confermata l'affermazione di partenza: il diritto penale, più di altri settori dell'ordinamento giuridico, presenta la caratteristica di essere un diritto 'impregnato' di cultura, un diritto, cioè, che risente particolarmente della cultura dello Stato, del popolo, degli uomini che tale diritto hanno elaborato (v. *supra*, 2.2).

Pare, quindi, condivisibile una valutazione di recente formulata da Hassemer proprio in sede di riflessione sulle tematiche del multiculturalismo derivante dall'immigrazione:

"il diritto penale, accanto al diritto di famiglia, è indubbiamente l'unico settore dell'ordinamento giuridico, la cui vita risente con tale intensità dei fattori culturali e delle norme sociali (*von den kulturellen Gegebenheiten und den sozialen Normen*) dei luoghi in cui vige, che la pluralità delle sue norme e dei suoi strumenti e la stessa possibilità di una sua modificazione dipendono, di volta in volta, dai contenuti e dall'evoluzione della cultura locale (...). Il diritto penale è l'unico settore dell'ordinamento giuridico (...) fortemente

²⁸⁹ Cass. 26 settembre 2007 (dep. 10 ottobre 2007), CED 237679 (corsivo aggiunto). Nello stesso senso, v. anche Cass. 14 ottobre 1996 (dep. 24 ottobre 1996), Giordano, CED 205918: "*va escluso che un omicidio, commesso per salvaguardare l'onore pretesamente offeso dalla relazione amorosa con il proprio coniuge, e per ricostituire l'unità familiare, trovi approvazione nella coscienza etica collettiva: la gelosia e la vendetta, dettate da un malinteso senso dell'orgoglio maschile colpito dall'infedeltà coniugale, costituiscono sempre passioni morali riprovevoli mai suscettibili di valutazione etica positiva*" (corsivo aggiunto); v. infine Cass. 1° marzo 1994 (dep. 16 aprile 1994), CED 197192, secondo cui "la causa d'onore non può identificarsi con un malinteso senso dell'orgoglio maschile che è *incompatibile con i valori sociali che si sono consolidati nella moderna società* in tema di infedeltà coniugale" (corsivo aggiunto).



impregnato di cultura (*stark kulturell verhaftet*) al punto che è praticamente impossibile trasferirlo da una cultura all'altra (*kaum interkulturell beweglich*)²⁹⁰.

3 - Conclusioni: le implicazioni di 'localismo' e 'non-neutralità culturale' del diritto penale in ordine al fenomeno dei reati 'culturalmente motivati' commessi dagli immigrati

1. I risultati raggiunti nelle precedenti pagine possono essere così riepilogati:

- il diritto penale è un prodotto 'locale': "paese che vai, reato che trovi" (*supra*, 1.4);

- il diritto penale non è 'culturalmente neutro': è un diritto "fortemente impregnato di cultura" (*supra*, 2.6).

'Localismo' e 'non-neutralità culturale' sono caratteristiche tradizionali e, in un certo senso, naturali di ogni ordinamento penale, che non pongono particolari problemi, fin tanto che il diritto penale, quale prodotto 'locale', è destinato ad essere applicato a soggetti che da sempre abitano in quel luogo, e fin tanto che il diritto penale, quale diritto 'impregnato' di cultura, è destinato ad essere applicato a soggetti formati all'interno di quella cultura (e che tale cultura conoscono anche quando decidono di ribellarsi ad essa, eventualmente proprio tramite la commissione di un reato).

In Italia e in altri paesi europei, tuttavia, 'localismo' e 'non-neutralità culturale' del diritto penale vivono oggi una *stagione di forti tensioni*, in quanto sono scossi e messi in crisi da un processo tipico delle società contemporanee: *l'immigrazione*²⁹¹.

²⁹⁰ HASSEMER, *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts*, in appendice a HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, cit., p. 157; nello stesso senso, v. pure HURTADO POZO, *Schuld, individuelle Strafzumessung und kulturelle Faktoren*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Festschrift für Tiedemann*, Köln - München, 2008, p. 359: "in ambito penale, fatto tipico e colpevolezza sono costantemente legati a norme etiche e sociali. La determinazione del comportamento penalmente rilevante e l'ambito della colpevolezza dipendono fortemente dal contesto sociale e culturale. Questo legame è una peculiarità del diritto penale".

²⁹¹ In tal senso, v. HASSEMER, *Vielfalt*, cit., p. 158, il quale giustamente segnala che, oltre all'immigrazione, anche un secondo processo, tipico della società contemporanea, scuote e mette in crisi quanto meno il 'localismo' del diritto penale: la globalizzazione (o internazionalizzazione), dal momento che l'aumentata circolazione transfrontaliera di merci e capitali sconvolge inevitabilmente l'originario assetto di un diritto penale chiuso nei confini nazionali e ripiegato su se stesso. Sul tema degli effetti della globalizzazione sul diritto penale – tema che non rientra nell'oggetto della nostra indagine – la dottrina ha già avviato da qualche decennio un'approfondita riflessione, come testimonia una bibliografia divenuta ormai sconfinata: anche per



Che cosa succede, infatti, quando un migrante lascia un Paese e va in un altro Paese?

Succede che, nel *luogo* di arrivo, il migrante trova un diritto penale *diverso* da quello del *luogo* di partenza e che tale diversità è dovuta, almeno in alcuni settori e almeno da alcuni punti di vista, alla diversità di *cultura*. Il passaggio dei confini da uno Stato all'altro viene allora a coincidere con il *passaggio ad un ordinamento penale diverso, talora significativamente diverso, da quello di origine*.

Ai migranti in arrivo da altri luoghi e formati in altre culture, le intersezioni *tra* le norme penali vigenti nel luogo d'arrivo, e le norme culturali diffuse in quel luogo, non possono certamente comunicare i medesimi messaggi che sono, invece, percepibili dalla 'gente del luogo'²⁹².

Conseguentemente, per un verso le condizioni di 'successo' di ogni ordinamento penale, che sono emerse osservando il diritto penale dai punti di vista della prevenzione generale c.d. positiva, della prevenzione speciale intesa come rieducazione, e della possibilità di conoscere la norma penale violata (v. *supra*, 2.4), risulteranno inevitabilmente depotenziate nei confronti di chi è estraneo alle norme culturali che, nel luogo d'arrivo, si intersecano con le norme penali ivi vigenti. Per altro verso, le norme penali che impiegano elementi normativi culturali, nonché le altre norme penali comunque 'impregnate' di cultura (v. *supra*, 2.5), assumeranno necessariamente un significato diverso quando sono rivolte a soggetti rispetto ai quali le corrispondenti norme culturali sono mute o hanno, addirittura, un significato di segno opposto²⁹³.

ulteriori rinvii, v., oltre agli scritti citati alla nota 47, HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, cit.; DAVID, *Globalizzazione, prevenzione del delitto e giustizia penale*, Milano, 2001 (tr. it. di Amendolito); de SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York - London, 1995; TWINING, *Globalisation and Legal Theory*, London-Edinburgh-Dublin, 2000.

²⁹² In senso analogo, v. pure EGETER, *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, cit., p. 28.

²⁹³ Con specifico riferimento agli elementi normativi culturali (ma con validità estendibile anche agli altri settori di intersecazione tra norme penali e norme culturali), v. quanto rilevato da MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 138: "le norme etico-sociali [richiamate dagli elementi normativi culturali], soprattutto in società pluralistiche come quelle contemporanee, hanno una naturale incertezza di contenuti e validità per i consociati". Sottolinea la problematicità degli elementi normativi culturali all'interno di "una società pluralista nella quale diverse culture e diverse etiche possono legittimamente confrontarsi e convivere", anche PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 168; in termini altrettanto problematici, v. pure ROXIN, *Strafrecht. AT*, Band I, cit., p. 932: "die sozialen und moralischen Bewertungen in einer pluralistischen



Tutto ciò ha, inevitabilmente, implicazioni assai significative per il diritto penale del nostro Paese e degli altri Paesi europei recettori, negli ultimi decenni, di massicci flussi immigratori²⁹⁴. La diversità culturale dell'immigrato – *rectius*, la sua estraneità rispetto alla cultura di cui sono impregnate le norme penali vigenti nel luogo d'arrivo – può, infatti, portarlo a scontrarsi con tali norme penali, ogni qual volta egli commetta un fatto previsto come reato nell'ordinamento giuridico di quel luogo, ma che risulta, invece, conforme, o per lo meno tollerato, nella cultura del luogo d'origine.

'Localismo' e 'non-neutralità culturale' del diritto penale creano, quindi, fatalmente, condizioni 'favorevoli' alla commissione, da parte degli immigrati, di reati 'culturalmente motivati'.

2. Le precedenti considerazioni 'teoriche' trovano, in effetti, piena conferma anche nella 'prassi' giudiziaria, italiana ed europea. Come risulterà dalla rassegna di giurisprudenza svolta nel successivo capitolo, non costituiscono più una rarità, infatti, i casi in cui l'imputato chiede (o il giudice ritiene comunque opportuna) un'estensione della cognizione processuale anche al suo *background* culturale, alla sua mentalità, alle sue tradizioni d'origine, affinché si giunga ad una più corretta ricostruzione dei fatti e, quindi, nelle aspettative dell'imputato, ad una decisione a lui più favorevole.

I reati commessi per motivi culturali dagli immigrati stanno, pertanto, assumendo una significativa dimensione prasseologica in Italia ed in altri paesi europei ricettori di flussi immigratori – giacché l'immigrato, giunto nel nuovo Paese, deve fare i conti con una prospettiva ("ciò che è reato qui, potrebbe non esserlo in un altro luogo"²⁹⁵) che per i più – per gli 'autoctoni', per i 'sedentari', per tutti coloro che non devono cambiare luogo – rimane solo teorica.

Tale prospettiva diviene, invece, drammaticamente concreta per l'immigrato, che deve fare esperienza, talora sulla propria pelle, del fatto che "ciò che non è reato nel paese d'origine, potrebbe invece esserlo nel paese d'arrivo".

Gesellschaft (sind) so schwankend, dass das Recht nicht die unbedingte Orientierung an ihnen verlangen kann".

²⁹⁴ Come ha osservato di recente BERNARDI, *Modelli*, p. 1, "l'incrementata facilità di spostamento da un punto all'altro del globo – dei singoli come di intere comunità, spinte a emigrare dalla crescente ricchezza dell'Occidente e dalla viepiù vistosa povertà del terzo mondo – tende ormai a porre in stretto contatto soggetti appartenenti a culture spesso assai diverse, con conseguenze difficilmente preventivabili ma comunque ricche di implicazioni a sfondo penale".

²⁹⁵ V. *supra*, nota 14.