

ORIENTAMENTI

PAOLA SCEVI

Riflessioni su reati culturalmente motivati e sistema penale italiano

SOMMARIO: 1. Diritto penale e pluralismo culturale. - 2. Diritto alla cultura e immunità fondamentali. - 3. L'eventuale previsione di fattispecie di reato culturalmente connotate. - 4. Fatti culturalmente motivati e antigiuridicità. - 5. Fatti culturalmente motivati e colpevolezza. La questione dell'imputabilità dell'autore culturale. - 6. (*Segue*). L'errore sull'illiceità penale. La mancata percezione dell'offensività del fatto. - 7. (*Segue*). L'inesigibilità. - 8. La categoria della "non punibilità" nel quadro dei conflitti di cultura. - 9. Reati culturalmente motivati e commisurazione della pena. - 10. (*Segue*). Le circostanze del reato. - 11. La tutela delle vittime di reati culturalmente motivati. Le misure di protezione: strumenti e prospettive. - 12. Considerazioni conclusive.

1. Diritto penale e pluralismo culturale

La pluralità culturale delle società contemporanee è ormai da diversi anni divenuta oggetto di studio e di confronto anche da parte della dottrina penalistica¹.

Posto che i contenuti del diritto penale sono profondamente permeati dalla cultura della parte maggioritaria e originaria della società di riferimento², tra il sistema egemone e i gruppi etnici di minoranza possono sorgere conflitti di cultura particolarmente intensi: sono sempre più numerosi i procedimenti

¹ Quanto ai rapporti tra diritto penale e radici culturali dell'agire v.: SELLIN, *Culture Conflict and Crime*, New York, 1938; RENTELN, *The Cultural Defense*, New York, Oxford, 2004; J. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9/1, 2001; BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e "reati culturalmente motivati" (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1296 ss.; ID., *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale società multiculturali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 149 ss.; ID., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; ID., *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, in *Ragion pratica*, 1, 2013, 9 ss.; BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1193 ss.; ID., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006; ID., *Società multiculturali e "reati culturali". Spunti per una riflessione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, I, Milano, 2006, p. 45 ss.; ID., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006; ID., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., specialmente 152 ss.; DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Scritti per Federico Stella*, a cura di Bertolino, Forti, Napoli, 2007, 3 ss.; ID., *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 215 ss.; ID., *Multiculturalismo (Dir. pen)*, voce in *Enc. giur. Sole 24 Ore*, IX, Milano, 2007, 732 ss.; ID., *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1088 ss.; ID., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La Magistratura*, 2010, 24 ss.; GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 1, 2007, 245 ss.; STORTONI, TORDINI CAGLI *Cultura, culture e diritto penale*, Bologna, 2012.

² Al riguardo cfr. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in cit., 137 s.

penali a carico di soggetti appartenenti a tali gruppi, nell'ambito dei quali si dibatte se l'appartenenza culturale dell'autore abbia influito sulla genesi e sulle modalità esecutive della condotta. Siffatta condotta, che è considerata reato dalle norme del sistema della cultura dominante, è invece tollerata, approvata o addirittura incoraggiata o imposta nella cultura del gruppo etnico di appartenenza dell'agente³. Si pensi ad esempio ai casi di poligamia; alle mutilazioni genitali femminili⁴; alle condotte violente in ambito domestico, quali i maltrattamenti nei confronti dei minori e delle donne nel rispetto di un'ancestrale concezione dello *ius corrigendi*; al ricorso alla violenza in funzione vendicativa di un torto patito, motivato da una visione arcaica dell'onore; ai matrimoni tra parenti stretti che sono ammessi da alcune tradizioni asiatiche e che viceversa nei Paesi occidentali integrano l'incesto; ai 'riti matrimoniali' che per i codici penali occidentali integrano il reato di violenza sessuale e sequestro di persona; alle violenze sessuali intraconiugali; alle molteplici violazioni dei diritti dell'infanzia, quale l'avviamento precoce dei minori al lavoro, ovvero all'accattonaggio; ai riti di iniziazione che comportano lo sfregio del viso o del corpo e che nel nostro sistema integrano il reato di lesioni gravissime; all'utilizzo di accessori nell'abbigliamento rituale di talune confessioni religiose, che può comportare la violazione di norme penali, come nei casi di porto del coltello tradizionale - il *kirpan* - dei sikh, fuori della propria abitazione, ovvero ancora all'uso in luogo pubblico del *burqa*, velo femminile in grado di occultare i lineamenti del volto.

Gli autori sono indotti a violare la norma positiva dalla forza cogente di una norma di matrice culturale⁵, alla cui indubbia rilevanza nella genesi delle condotte illecite è ascrivibile la denominazione di "reati culturalmente motivati"⁶.

³ Cfr. BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, cit., 5. V., altresì, F. STRIJBOSCH, *The Cultural Defense in the Criminal Law*, in *Harvard Law Review*, 1986, 1293, il quale rileva che "The values of individuals who are raised in minority cultures may at times conflict with the values of the majority culture. To the extent that the values of the majority are embodied in the criminal law, these individuals may face the dilemma of having to violate either their cultural values or the criminal law".

⁴ Proprio l'approvazione della legge n. 7 del 2006, recante *Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, che ha introdotto nel codice penale italiano l'art. 583-bis, *Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, ha concorso a rendere attuale nel sistema interno la questione del trattamento penalistico del fattore culturale.

⁵ Il contenuto della norma culturale può talora rispecchiare il contenuto di una norma positiva vigente nell'ordinamento giuridico del Paese d'origine dell'autore. Va evidenziato che gli autori dei reati culturalmente motivati provengono da contesti sociali nei quali le norme culturali sono dotate di una capacità di orientare i comportamenti individuali spesso superiore a quella delle norme giuridiche, anche penali. Va altresì osservato che la distinzione fra diritto e sfera religiosa è aliena agli ordinamenti islamici radicali per i quali la fonte principale del diritto è la *Shari'a* ove confluiscono i precetti del Corano - espressione diretta della volontà divina - e la *Sunna*, ossia le norme comportamentali osservate dal profeta

Si disvela dunque la possibile antinomia tra due norme aventi come destinatario il medesimo soggetto: quella culturale che tollera, autorizza o prescrive ciò che invece quella giuridica vieta e punisce. È peraltro necessario precisare quali categorie di norme culturali debbano essere considerate ai fini del diritto, e in particolare del diritto penale – soggetto a precisi vincoli di tassatività e determinatezza – e individuare quale è la nozione penalmente rilevante di cultura⁷.

Del concetto di cultura sono state suggerite nel tempo un'infinità di nozioni⁸, a partire dalla nota definizione del padre fondatore dell'antropologia culturale Edward B. Tylor per il quale “cultura” è “quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo come membro di una società”⁹. Va rilevato che differenze culturali possono derivare da diversi fattori: si pensi alla nazionalità, all'appartenenza religiosa, all'ideologia politica. Ogni gruppo culturale si identifica con un nucleo di valori e di credenze, che possono talora confliggere con la cultura che permea di sé il diritto penale, quale frutto della cultura del gruppo sociale di maggioranza.

Maometto in vita. Ne derivano precetti che riguardano gli aspetti sia della vita religiosa che di quella civile, talché non è possibile sceverare tra precetti giuridici e precetti religiosi, tra religione e Stato: i precetti della *Shari'a* sono legge dello Stato. Il diritto è studiato e interpretato (*Fatwa*) dai religiosi nelle scuole coraniche e non dai giuristi laici. In argomento v. BARBERA, *Il cammino della laicità*, in S. *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, 25 ss. Afferma BOUSQUET, *Les grandes pratiques rituelles de l'Islam*, Paris, 1949, 8: “la loi musulmane possède à un haut degré un des caractères des législations primitives où le droit, morale et religion, sont intimement confondus. Le fiqh est toujours religion puisqu'il est expression de la volonté inscrutable d'Allah: il est toujours morale, puisque à propos de toutes les matières traitées, il spécifie la qualification légale de l'acte, il est enfin droit, puisqu'une bonne partie des matières dont il traite sont d'ordre juridique”.

⁷ Va evidenziato che la dottrina penalistica europea ha posto l'attenzione sui reati culturalmente motivati, mentre la dottrina nord-americana sulla “cultural defense” – formula di matrice dottrinale ricomprendente la strategia difensiva che facendo leva sull'appartenenza dell'imputato in un processo penale ad una minoranza culturale e sull'influenza che la cultura di origine avrebbe esercitato sulla sua condotta, è volta ad ottenere l'assoluzione, ovvero la derubricazione del reato contestato, ovvero un trattamento sanzionatorio più mite: due approcci diversi per analizzare una stessa tematica, giacché una *cultural defense* può venire in considerazione solo in relazione ad un reato culturalmente motivato. Come è stato opportunamente rilevato “*cultural offence and cultural defence can be seen as two sides of the same coin*”, così VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, cit., 30.

⁸ Sul punto, v. DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, cit., 1088 ss.

⁹ Cfr. INGLIS, *Culture*, Cambridge, 2004, 1 ss.; HENDRICKS, NICKOLI, *Multicultural Issues and Perspectives*, in Hendrick, Byers *Multicultural Perspectives in Criminal Justice and Criminology*, 2000, 14 ss.; HANNERZ, *Transnational Connections. Culture, People, Places*, London-New York, 1996, (trad. it., *La diversità culturale*, Bologna, 2001, 43 ss.).

⁰ TYLOR, *Primitive Culture. Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*, London, 1871 (trad. it. *Alle origini della cultura*, Roma, 1985).

Occorre circoscrivere la nozione penalmente rilevante di cultura alle appartenenze culturali in grado di conferire “ai propri membri modi di vivere dotati di senso in un ampio spettro di attività umane, ivi comprese la vita sociale, formativa, religiosa, ricreativa ed economica, nonché la sfera pubblica come quella privata” secondo il concetto di “*societal culture*” - che implica “la condivisione non solo di ricordi e valori, ma anche di istituzioni e pratiche” - elaborato dal filosofo canadese Will Kymlicka¹⁰.

Kymlicka evidenzia da un lato un collegamento tra cultura e libertà individuale - la libertà implica l'effettuazione di scelte fra più alternative, e la nostra cultura societale non solo ci fornisce queste alternative ma conferisce loro significato¹¹ - e d'altro lato che l'identità culturale costituisce un ancoraggio per l'autoidentificazione, talché l'autostima degli individui è legata alla stima che viene accordata al loro gruppo nazionale¹². L'appartenenza degli individui alla loro cultura di tipo societale - o pervasiva¹³ - “contribuisce alla capacità di effettuare scelte individuali dotate di senso e alla costruzione dell'identità di sé”; questa ci conferisce “un contesto intelligibile di scelta e uno stabile senso di identità e di appartenenza, ai quali attingiamo quando dobbiamo risolvere problemi riguardanti valori e progetti personali”¹⁴.

La nozione penalmente rilevante di cultura è quella che effluisce dall'appartenenza ad una specifica etnia o comunità nazionale, proprio in quanto è da tale appartenenza -non viceversa dall'orientamento politico, religioso, etc., come sarebbe secondo una visione parcellizzata di cultura - che discende la formazione individuale al pari di una determinata cultura societale. L'utilizzo dell'accezione del concetto di cultura in senso etnico-nazionale comporta che la nozione penalmente rilevante di gruppo culturale collimi con l'accezione comune di nazione o popolo, ossia di una “comunità intergenerazionale, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e condivide una lingua e una storia distinte”¹⁵.

¹⁰ KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, (trad. it., *La cittadinanza multicultural*, Bologna, 1999, 134 s.).

¹¹ KYMLICKA, *La cittadinanza multicultural*, cit., 145.

¹² KYMLICKA, *La cittadinanza multicultural*, cit., 157.

¹³ Sul concetto di cultura pervasiva - ossia di una cultura che circomprensive plurimi, importanti aspetti della vita dei membri del gruppo definendo una varietà di forme o stili di vita, tipi di attività, occupazioni, obiettivi, relazioni - v. MARGALIT, RAZ, *National Self-Determination*, in *The Journal of Philosophy*, 9/1990, p. 439 ss.

¹⁴ KYMLICKA, *La cittadinanza multicultural*, cit., 184.

¹⁵ KYMLICKA, *La cittadinanza multicultural*, cit., 35. Del resto, la dottrina penalistica - quella nord-americana che ha posto l'attenzione sulla *cultural defense* e poi quella europea sui reati culturalmente motivati - si è sempre riferita alle culture di gruppi caratterizzati da un consistente numero di appartenenti, dalla condivisione di una lingua comune e dal legame con un determinato territorio geografico,

La disciplina dei reati culturalmente motivati appare carica di rilevanti implicazioni in ambito di politica criminale. I diversi orientamenti legislativi, quanto alla valutazione penalistica del fattore culturale, rappresentano il riflesso degli indirizzi di politica generale circa l'adozione di uno tra i modelli alternativi di riconoscimento della diversità culturale. Le possibili 'politiche della differenza' possono essere ricondotte, sia pur con una certa schematizzazione, al modello 'assimilazionista' alla francese e al modello 'multiculturalista' all'inglese¹⁶.

Il primo modello, ispirato ad un'interpretazione formale del principio di uguaglianza, prescinde dalle differenze culturali, mirando a realizzare una parità di trattamento¹⁷. In particolare, quanto alla politica criminale, dal modello assimilazionista deriva sovente la scelta di non attribuire rilievo all'appartenenza culturale nella modulazione del trattamento penalistico dei reati commessi dai soggetti appartenenti ai gruppi culturali di minoranza; anzi,

v.: RENTELN, *The Cultural Defense*, cit.; FOLETS, RENTELN, *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defence*, Oxford, 2009. Per una disamina dei requisiti che il gruppo di riferimento deve presentare perché il reato commesso dal singolo possa essere definito come reato culturalmente motivato, v. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 27 ss., secondo la quale le caratteristiche che identificano il gruppo di appartenenza sono: *una cultura comune*, intesa secondo un'accezione etnica, che influenzi in modo determinante i comportamenti degli appartenenti al gruppo; *cultura del gruppo e formazione del singolo* quale condizionamento profondo dei gusti e delle scelte individuali; *reciproco riconoscimento*, non necessariamente formale ma indispensabile per sancire l'appartenenza; *riconoscimento del gruppo e autoidentificazione*: il legame tra l'individuo e il gruppo può costituire il modo che il soggetto ha per riconoscere sé stesso e attraverso l'affermazione del gruppo il soggetto può superare la barriera dell'emarginazione sociale; *appartenenza e riconoscimento esterno* dei gruppi con i loro simboli ed i loro valori, che scongiura il fenomeno del 'miconoscimento' percepito nella sua portata collettiva; *appartenenza e acquisizione*: l'appartenenza ad un gruppo etnoculturale, conseguenza del riconoscimento, non è uno *status* che si acquisisce, giacché, come osservato da MARGALIT, RAZ, *National Self-Determination*, cit., 447, "uno non può scegliere di appartenere. Uno appartiene perché è".

¹⁶ Quanto all'individuazione di questi due modelli, v.: LAPEYRONNE, *L'individu et le minorités. La France et la Grande-Bretagne face à leurs immigrés*, Paris, 1993; COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, 2006. Per le possibili criticità correlate a ciascuno dei due modelli sia in ordine alle scelte politiche generali di uno Stato, sia in ordine, segnatamente, alla politica criminale, v. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., 88 ss.

¹⁷ Emblematica la legge francese 15 marzo 2004, n. 228, che vieta l'esposizione di simboli religiosi all'interno delle scuole pubbliche, imponendo a ciascuno, a prescindere dall'appartenenza religiosa e culturale, l'uguaglianza formale nell'ambito dello spazio pubblico. Il riflesso delle politiche francesi in materia s'appalesa se si considera la riserva di non applicabilità nel proprio territorio formulata dalla Francia in sede di ratifica del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (adottato a New York il 16 dicembre 1966), con riferimento all'art. 27 del Patto, ove - in contrasto con il modello di assimilazione 'alla francese' - si afferma che "In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo".

talvolta, alla matrice culturale della condotta consegue un inasprimento della risposta sanzionatoria.

Diversamente, il secondo modello si fonda su di un'interpretazione sostanziale del principio di uguaglianza, volta a riconoscere e valorizzare le specificità identitarie dei gruppi etnici di minoranza. Il modello multiculturalista circomprensive opzioni di politica criminale più indulgenti quanto alla diversità culturale, anche attraverso l'adozione di norme che prevedano deroghe o esenzioni, oppure una valutazione di tale fattore in chiave di esclusione ovvero attenuazione della pena¹⁸.

L'interesse penalistico per la tematica è dettato dagli evidenti riflessi sotto il profilo della dogmatica dei distinti indirizzi di politica generale e criminale in tema di riconoscimento della diversità culturale; le scelte di politica criminale si riverberano necessariamente sugli itinerari dogmatici volti alla loro realizzazione, con significativi effetti qualora si propenda per una soluzione sensibile al fattore culturale.

Questo lavoro è mirato all'analisi delle categorie giuridiche proprie dell'ordinamento italiano - il fattore culturale interseca la tipicità, l'antigiuridicità, la colpevolezza, la punibilità - onde verificare se all'interno del nostro sistema penale possa effettivamente essere attribuita rilevanza alla motivazione culturale dell'autore. La medesima analisi quindi riguarderà la fase di commisurazione della pena.

Aspetto fondamentale è altresì quello che concerne le misure di protezione delle vittime: i reati culturalmente motivati sono sovente costituiti da condotte nelle quali si manifestano retaggi culturali dei soggetti forti del gruppo culturale a danno dei soggetti deboli, quali violazioni di immunità fondamentali come il diritto alla vita, i diritti di libertà personale, la libertà delle donne consistente nell'immunità da coercizioni e violazioni del loro corpo (stupri, violenze, molestie, mutilazioni genitali, servitù coniugali). Assume dunque particolare rilievo la questione della tutela dei soggetti vulnerabili, che subiscono gravi violazioni dei loro diritti, attraverso interventi volti a riconoscere loro una tutela rinforzata. Verranno quindi presi in considerazione gli strumenti volti alla

¹⁸ Tra le disposizioni aventi rilevanza anche in ambito penale adottate in Inghilterra in coerenza col modello multiculturalista giova richiamare il *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act* del 1972 che contempla la possibilità di riconoscere effetti giuridici e dichiarare valido un matrimonio contratto all'estero sotto la vigenza di una legge che ammette la poligamia; il *Criminal Justice Act* del 1988, sezione 139(5), che consente di portare armi da taglio o da punta anche per motivi religiosi o legati ai singoli costumi nazionali, e in forza del quale gli indiani sikh possono indossare, anche in luogo pubblico, il loro pugnale tradizionale, il *kirpan*; e altresì l'istituzione nel 2007 delle c.d. *Sharia Courts*, ossia di tribunali arbitrali che applicano il diritto islamico, competenti anche su questioni aventi rilevanza penale, quali violenze domestiche o matrimoni forzati.

tutela delle vittime con approccio critico e costruttivo per la prospettazione di soluzioni finalizzate alla loro tutela effettiva.

2. Diritto alla cultura e immunità fondamentali

Quale premessa generale all'analisi della questione va rilevato che il riconoscimento della diversità culturale non può essere assoluto ed incondizionato: la tolleranza trova il suo limite nel rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, segnatamente quali leggi del più debole avverso la legge del più forte, che può essere la legge espressa dalla sua stessa cultura¹⁹.

I diritti fondamentali sono riconosciuti a tutti e a ciascun individuo in egual misura e tutelano ciascuno avverso tutti: avverso le maggioranze, ma anche avverso chiunque altro. Le garanzie dei diritti fondamentali, tutelando i più deboli, anche avverso le culture nei loro confronti dominanti, valgono invero a proteggere tutte le differenze - a partire dalla fondamentale e irriducibile differenza che contraddistingue l'identità di ogni individuo nei confronti di tutti gli altri - e dunque, in concreto, a proteggere la donna nei confronti del padre o del marito, il minore nei confronti dei genitori. Basti considerare pratiche quali le mutilazioni genitali femminili o gli atti di violenza per finalità educative: il rispetto per le culture di cui sono manifestazione non può legittimare simili lesioni.

È l'uguaglianza delle differenze che delinea la dignità della persona e, al contempo, costituisce la principale garanzia - attraverso l'uguaglianza nei diritti di libertà - di una convivenza non conflittuale e del rispetto reciproco di differenti culture, credenze religiose, concezioni morali, costumi, qualora la loro pratica non leda le libertà e l'integrità degli altri soggetti.

¹⁹ Invero, sono solamente gli individui - e non le culture - i soggetti deboli tutelati dai diritti fondamentali; e sarebbe arbitrario "negarli in danno di quanti hanno la ventura di appartenere a popoli e a culture che non hanno compiuto il nostro stesso percorso storico, quasi che essi debbano attendere un analogo sviluppo prima di vederli riconosciuti anche in loro favore", così FERRAJOLI, *Stato laico ed etica laica. Laicità e diritto penale*, cit., 134. Rileva come la scelta se privilegiare il diritto alla diversità e i comportamenti che ne sono espressione, ovvero l'omogeneità del corpo sociale, possa essere determinata dal rango dei beni o interessi sottesi alle contrapposte istanze di diversificazione o uniformazione culturale, BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., 7. In materia va richiamata la Dichiarazione Universale dell'UNESCO sulla Diversità Culturale, adottata all'unanimità a Parigi durante la 31esima sessione della Conferenza Generale dell'UNESCO, il 2 novembre 2001, che all'art. 4, *I diritti dell'uomo, garanti della diversità culturale*, afferma: "La difesa della diversità culturale è un imperativo etico, inscindibile dal rispetto della dignità della persona umana. Essa implica l'impegno a rispettare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, in particolare i diritti delle minoranze e dei popoli autoctoni. Nessuno può invocare la diversità culturale per minacciare i diritti dell'uomo garantiti dal diritto internazionale, né per limitarne la portata".

Talché si evidenzia l'implicazione reciproca tra rispetto delle differenti culture e libertà fondamentali. La libertà religiosa è stata il primo, fondamentale, diritto culturale: sulla sua ambivalenza sono modellati tutti i diritti culturali, che sono libertà delle culture, ossia tutela delle differenti culture, ma anche libertà dalle culture, ossia rispetto dei loro limiti a tutela di coloro che, nell'ambito dei relativi gruppi culturali, non vogliono esserne condizionati²⁰.

Le 'libertà da' - o immunità fondamentali - svolgono dunque il ruolo di limite nel loro rapporto con le 'libertà di' o facoltà fondamentali: in forza di questo limite, l'esercizio dei diritti di 'libertà di', non può ledere gli altrui diritti di libertà²¹. Tale limite fondamentale si sostanzia nella garanzia della libertà religiosa, e dunque anche della libertà dalla religione, quale immunità dalle lesioni fisiche o dalla coazione psicologica che possono derivare dall'esercizio della libertà di religione in senso attivo, a cui essa è sovraordinata.

Le uniche libertà in linea di principio illimitate sono le immunità fondamentali, che consistono in 'libertà da' - quali il diritto alla vita, la libertà di coscienza, la tutela da torture e le varie forme di *habeas corpus* - le quali, proprio in quanto si sostanziano solamente in aspettative negative, non possono collidere con i diritti e con le libertà degli altri individui.

È il diritto alla vita il principale diritto di immunità, non disgiunto dall'altra immunità fondamentale, che circomprensive i diritti di libertà personale; segnatamente la prima libertà personale è l'esclusione della schiavitù. Di fatto la schiavitù non è stata eradicata ed il fenomeno si ripropone in forme nuove²².

La schiavitù moderna, che colpisce in modo particolare alcuni gruppi vulnerabili - segnatamente donne, minori, lavoratori migranti - assume diverse forme: tratta di esseri umani, prevalentemente a scopo di sfruttamento sessuale o di manodopera, schiavitù per debito, schiavitù sessuale, lavoro forzato, schiavitù agraria, servitù della gleba, servitù domestica, accattonaggio.

Tra gli elementi che caratterizzano la riduzione in schiavitù sono da ricomprendere il controllo e la proprietà, la limitazione o la soppressione dell'autonomia individuale, della libertà di scelta o di movimento della vittima. L'assenza di libero arbitrio da parte della vittima è determinata dalla minaccia o dall'uso della forza o di altre forme di coercizione, dalla paura di subire violenza, dall'inganno o da false promesse, dall'abuso di potere, dalla

²⁰ Cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 2. *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2012, 316.

²¹ V. sul punto l'elaborazione teorica di FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 2. *Teoria della democrazia*, cit., 314 ss.

²² Per approfondimenti sul tema, sia consentito rinviare a SCEVI, *Nuove schiavitù e diritto penale*, Milano, 2014.

posizione di vulnerabilità, dalla condizione di detenzione, prigionia, o di oppressione psicologica, ovvero dalle condizioni socio-economiche. Altri elementi distintivi della riduzione in schiavitù sono lo sfruttamento della vittima, ovvero l'imposizione forzata o obbligatoria di lavoro o di prestazioni professionali, spesso non retribuiti e frequentemente implicanti sofferenze fisiche.

Vi è poi una libertà-immunità che viene anche oggi minacciata, ossia la libertà delle donne consistente nell'immunità da coercizioni e violazioni del loro corpo, che si sostanzia nell'immunità del corpo della donna da stupri, violenze, molestie, mutilazioni genitali o servitù coniugali, ovvero nell'immunità da prostituzione coatta o da traffico di persone.

La tutela delle immunità fondamentali, in quanto immunità inviolabili, non può mai essere pretermessa, nemmeno allorché confligga con l'esercizio di un diritto qualificato come fondamentale.

Ne derivano conseguenze rilevanti quanto alle questioni che qui interessano.

Il diritto alla cultura è indubbiamente un diritto umano di carattere universale²³; tuttavia le modalità del suo esercizio non possono ledere siffatte immunità fondamentali.

Ove il comportamento in cui il fatto culturalmente motivato si sostanzia violi un'immunità fondamentale, non potrà essere riconosciuto un valore positivo alla motivazione culturale della condotta, e quindi un trattamento favorevole per l'agente.

Emblematico al riguardo il caso *Hina Saleem*²⁴: la cultura del gruppo etnico di riferimento che ha determinato gli autori ad agire non delinea un diritto tale da soverchiare le immunità fondamentali del diritto alla vita e dell'invulnerabilità della persona, talché il conflitto tra diritti vede il diritto alla cultura soccombere.

Solamente allorché il diritto alla cultura non collida con le immunità fondamentali sarà possibile seguire nell'analisi sistematica, mirata a valutare la sua incidenza sui singoli elementi del reato.

²³ Sul punto v. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2012, 766. Sul diritto alla cultura nella legislazione internazionale v. RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., 211 ss.

²⁴ Cass, Sez. I, 12 novembre 2009, Saleem e altri, in *Foro it.*, 2010, II, c. 516 ss., con nota di PARISI, *I motivi abiecti tra consuetudini culturali e mero "possesso parentale": alcune precisazioni sul valore del fattore culturale in sede penale*. La giovane pakistana Hina viene uccisa dal padre e dai due cognati, che hanno voluto punirla per essersi sottratta al codice etico del suo gruppo culturale. Il padre viene condannato per omicidio premeditato con le aggravanti contemplate dagli artt. 577 e 61, n. 1 c.p.; nessun rilievo viene dato alla sua cultura d'origine ai fini di una mitigazione della pena.

3. L'eventuale previsione di fattispecie di reato culturalmente connotate

La matrice culturale di una particolare condotta offensiva potrebbe costituire l'elemento qualificante sul quale creare fattispecie penali *ad hoc*, fondate sul fattore culturale. Tali fattispecie potrebbero essere funzionali a diverse finalità, segnatamente alla finalità di predisporre un quadro normativo idoneo a sanzionare fatti altrimenti difficilmente perseguibili mediante l'applicazione di fattispecie comuni²⁵, o alla finalità di estrinsecare in logica retributiva la peculiare gravità - o, viceversa, tenuità - del fatto materiale tipico non opportunamente colta dalle fattispecie in essere, ovvero alla finalità di prevenzione generale.

Si pensi alla configurazione di un reato autonomo di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, di cui all'art. 583-*bis* c.p., sanzionato molto più gravemente delle lesioni volontarie comuni: il "disvalore aggiunto" è ascrivibile alla motivazione culturale del fatto²⁶. Invero, è previsto per gli autori di tali mutilazioni un trattamento sanzionatorio decisamente più afflittivo rispetto a quello contemplato per i soggetti che volontariamente pongono in essere altro tipo di lesioni di analoga gravità: ove sussista una delle circostanze aggravanti contemplate dall'art. 583-*bis* c.p., può essere applicata la pena della reclusione fino a sedici anni. Di più, qualora i fatti previsti dall'art. 583-*bis* siano commessi dal genitore o dal tutore, alle pene principali si affiancano rispettivamente le pene accessorie della decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale e dell'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno²⁷.

²⁵ Sulle difficoltà affrontate dai giudici francesi per ascrivere i fatti di infibulazione al reato di "mutilazioni" previsto dall'art. 312.3 del previgente c.p. francese cfr. VERNIER, *Le traitement pénal de l'excision en France: historique*, in *Droit et Cultures*, 20, 1990, 193 ss.

²⁶ Cfr. PALAZZO, *Considerazioni conclusive*, cit., 191.

²⁷ Sulle incongruenze dogmatiche della disciplina v.: FORNASARI, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale*, in *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà, Zatti, Milano, 2011, 715 ss.; ID., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI, PASTORE, PUGIOTTO Milano, 2008, 185 ss.; SALCUNI, *Multiculturalismo e forme di democrazia: il fenomeno delle mutilazioni genitali femminili*, cit., 105 ss.; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 39 ss.; BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., 14; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, cit., 466 s.; ID., *Società multiculturali, immigrazione e reati "culturalmente motivati" (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, cit., 1336 ss.; GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., 269 ss. Per un'analisi della prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 583-*bis*, v.: BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583-*bis* c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 4, 311 ss.

Va osservato che le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, che costituiscono violazioni gravi ed intollerabili dell'integrità personale, non sono ammissibili nel mero rispetto della cultura del gruppo etnico di appartenenza ovvero della libertà religiosa del soggetto agente. Certo, la criminalizzazione di pratiche così profondamente radicate nelle culture di cui sono espressione, in particolare se con pene draconiane come quelle previste dalla disciplina in oggetto, può comportare effetti controproducenti, come la clandestinizzazione delle pratiche e il loro incremento in difesa dell'identità culturale che si avverte minacciata.

Talché, al fine di creare i presupposti per il superamento di tali pratiche, si disvelano quanto mai necessarie - oltre alla indispensabile stigmatizzazione giuridica - opportune politiche di prevenzione.

4. Fatti culturalmente motivati e antigiuridicità

Per quanto attiene all'antigiuridicità - nel contesto dei reati culturalmente motivati - la prima questione da considerare riguarda il consenso dell'avente diritto²⁸.

In argomento valgono le osservazioni che si farebbero in relazione a qualsiasi altro tipo di reato: se si ha riguardo alla lesione di un bene disponibile, ove la vittima abbia la capacità richiesta per poter esprimere un valido consenso, non sussiste alcun motivo per non invocare l'efficacia scriminante dell'istituto. Il consenso deve essere libero, ossia non viziato da violenza, errore, dolo. Determinante per l'applicazione della scriminante dell'art. 50 c.p. ai fatti culturalmente motivati è accertare se la manifestazione di volontà del soggetto sia realmente libera. Sono prevedibili invero l'intensa pressione sociale del gruppo culturale di appartenenza e la profonda influenza della cultura del gruppo stesso sul singolo, sulle sue scelte e le sue azioni: "soltanto una volontà genuina può esplicare efficacia scriminante"²⁹.

²⁸ Cfr. GROSSO, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988, 1 ss.

²⁹ Così PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, in *Diritto penale*, vol. I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 247 ss. il quale scrive: "Questa esigenza porta a riconoscere la massima espansione ai vizi del volere: esclude il sussistere di un consenso operante, oltre al dolo, qualunque errore, anche sui motivi, in difetto del quale l'avente diritto non avrebbe consentito, o avrebbe consentito in più ristretta misura; oltre alla violenza assoluta o relativa, ogni forma di captazione, o suggestione che porti il consenziente a subire la volontà altrui". Critiche all'adozione di formule rigide, o troppo sintetiche, ove il discrimine tra volontarietà e involontarietà è chiaro, netto, senza contaminazioni né sfumature, sono espresse da DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 196 ss., la quale ritiene che "sarà invece opportuno distinguere tra la semplice influenza del gruppo sulla decisione del singolo e la vera e propria coazione psicologica".

Quanto al consenso della vittima ad atti lesivi della propria integrità fisica, va osservato che attraverso tale consenso, il soggetto invoca il riconoscimento della propria identità etnico-culturale, avvertito come necessario affinché venga garantito lo sviluppo della sua personalità, sia come singolo che come membro del gruppo culturale di appartenenza. Tuttavia in forza del principio personalistico gli atti dispositivi potenzialmente svantaggiosi per la propria salute, ai sensi degli artt. 32 Cost. e 5 c.c., non debbono causare una “diminuzione permanente” dell’integrità fisica: scriminante è il consenso ad un tatuaggio sul braccio, alla asportazione di lembi di pelle, non ad uno sfregio permanente, o a mutilazioni³⁰.

Anche i diritti della libertà personale, della dignità, dell’identità personale, dell’onore, in forza del principio personalistico e in analogia al disposto dell’art. 5 c.c., sono disponibili per limitazioni circoscritte, purché non così gravi da diminuirli in modo notevole o permanente o annullarli. Poiché implica atti dispositivi del proprio corpo, anche la libertà sessuale è sottoposta ai limiti dell’art. 5 c.c.

Indisponibili sono i beni facenti capo alla famiglia, tutelati dai delitti contro la famiglia. In materia di consenso dell’avente diritto, la Cassazione ha evidenziato in modo inequivoco come tale consenso non possa oltrepassare la soglia dei diritti inviolabili dell’uomo. In particolare, affrontando un caso di maltrattamenti in famiglia commessi da un immigrato ai danni della moglie e dei figli minori, la Corte bolla come “manifestamente infondate” le affermazioni difensive secondo le quali sia l’imputato che le persone offese hanno un concetto della convivenza familiare e delle potestà spettanti al capofamiglia diverso da quello corrente in Italia, tanto da poter configurare una sorta di consenso dell’avente diritto rilevante *ex art. 50 c.p.* Tali affermazioni, secondo la Cassa-

³⁰ Sulla rilevanza del consenso dell’avente diritto in relazione alle pratiche di mutilazioni genitali femminili v.: FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., 195 ss.; ID., *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, cit., 29 ss., il quale ritiene che sia possibile invocare l’efficacia scriminante dell’istituto, in caso di lesioni lievi agli organi genitali femminili (sanzionate dal secondo comma dell’art. 583 *bis*), ove la donna su cui sono procurate non sia minorenni ed esprima un consenso che si possa dimostrare libero, ossia, secondo i canoni ordinari di accertamento, non viziato da violenza o errore. Ed è qui che l’Autore prospetta la possibilità di configurare cause di giustificazione a struttura procedimentale. Muovendo dalla prospettiva che in linea di principio comportamenti considerati illeciti, in quanto effettivamente lesivi di un bene giuridico, possano essere realizzati a certe condizioni normativamente fissate, l’Autore evidenzia che la proposta di un *modus operandi* volto a bilanciare i beni in gioco può fondare un’ipotesi accoglibile di causa di giustificazione; tuttavia, “non si deve trattare, anche in una prospettiva *de iure condendo*, di una scriminante tacita, la determinazione dei cui confini è assegnata al giudice, ma sempre e comunque di una norma derivante da un bilanciamento espressamente effettuato dal legislatore”.

zione si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano³¹.

Quanto all'esercizio di un diritto previsto dall'art. 51 c.p.³², occorre evidenziare che il concetto di diritto va inteso estensivamente³³, non soltanto quale diritto soggettivo - con il suo contenuto di singole facoltà - ma altresì quale interesse legittimo³⁴, ovvero come qualunque situazione giuridica attiva: basta che l'ordinamento riconosca al soggetto un potere di agire per la realizzazione di un suo interesse.

La dottrina dominante³⁵ ritiene che il diritto possa essere definito da qualsiasi *fonte*, potendo derivare quindi indifferentemente da una legge statale, da una legge regionale, da un regolamento, da una consuetudine *secundum legem*³⁶.

Questione di particolare rilevanza per le tematiche qui affrontate riguarda la possibilità di una legge straniera di costituire fonte di diritto e quindi

³¹ Cfr. Cass., Sez. VI, 24 novembre 1999, Bajrami, in *Riv. pen.*, 2000, 3, 238 ss. Invero la Corte afferma che i principi costituzionali sanciti dall'art. 2 Cost., relativi alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo - ai quali appartiene senza dubbio quello attinente all'integrità fisica - sia come singolo sia nelle formazioni sociali - e fra esse è certamente da annoverare la famiglia; dall'art. 3 Cost., relativi alla pari dignità sociale, alla eguaglianza senza distinzioni di sesso e al compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana; dagli artt. 29 e 30 Cost. concernenti i diritti della famiglia e i doveri verso i figli, rappresentano uno "sbarramento invalicabile" contro l'introduzione di diritto e di fatto nella società civile di consuetudini, prassi, costumi "che suonano come 'barbari' a fronte dei risultati ottenuti nel corso dei secoli per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona. (...) L'imbarbarimento del diritto e della giurisprudenza quale si pretende invocando la scriminante di cui all'art. 50 c.p. di fronte a comportamenti lesivi della integrità fisica, della personalità individuale, della comunità familiare trova un *insormontabile ostacolo* nella normativa giuridica (per non dire della coscienza sociale) che presiede all'ordinamento vigente".

³² Cfr. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 622 ss.

³³ Cfr. ROMANO, *Art. 51*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 542.

³⁴ Nei limiti del riconoscimento a tale situazione giuridica di un qualche contenuto di attività per MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Padova, 2011, 248.

³⁵ Cfr. per tutti ROMANO, *Art. 51*, cit., 543; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 242 s. e 249.

³⁶ In tal senso la Cassazione, in un caso riguardante alcuni nomadi di origine slava che avevano ridotto e mantenuto in stato di soggezione continuativa, costringendoli all'accattonaggio (*mangel*), alcuni minori di quattordici anni, loro parenti, ha affermato che non è invocabile, ex art. 51 c.p., l'esercizio di un diritto da parte degli autori delle condotte, giacché la facoltà di ridurre i figli e gli altri discendenti in stato di soggezione continuativa e di costringerli all'accattonaggio esula dalle potestà parentali di educazione e direzione. Né tale diritto può derivare dalla consuetudine delle popolazioni zingare di usare i bambini nell'accattonaggio, posto che la consuetudine può avere valenza scriminante ai sensi dell'art. 51 c.p., solamente ove la stessa sia richiamata da una legge, secondo quanto disposto dall'art. 8 disp. prel. Talché "anche un popolo allogeno come quello degli zingari, quando si insedia nel territorio italiano, deve osservare le norme dell'ordinamento giuridico vigente in questo territorio; e non può invocare i propri usi tradizionali per scriminare comportamenti che sono vietati dalle norme penali, eccetto il caso in cui questi usi siano richiamati, e quindi legittimati, dalle leggi territoriali" (Cass., Sez. III, 25 gennaio 2007, Djordjevic et al., in *Cass. pen.*, 2007, 12, 4587 ss.).

l'invocabilità *ex art. 51 c.p.* di una norma che appartiene ad un altro ordinamento. Le soluzioni prospettate in dottrina propendono per una risposta negativa³⁷, anche se vi è chi ammette tale possibilità in modo limitato ed applicabile solo ad un ristretto novero di ipotesi, presupponendo sempre che non sussista un'antinomia per incompatibilità con una norma del nostro ordinamento o un contrasto che blocchi ogni efficacia della norma straniera per la legge nazionale, "non si può escludere che anche diritti attribuiti da altri ordinamenti, ai quali tuttavia il nostro si conforma o che comunque riconosce e rispetta (art. 10 Cost.), possano ben essere esercitati con effetti scriminanti per l'art. 51, proprio come se si trattasse di diritti (direttamente) attribuiti dalla legge italiana"³⁸.

Il diritto invocabile *ex art. 51 c.p.* potrebbe essere il diritto alla propria cultura quale diritto fondamentale. Come già evidenziato il diritto alla cultura è indubbiamente un diritto umano di carattere universale; tuttavia le modalità del suo esercizio non possono ledere le immunità fondamentali quali il diritto alla vita, i diritti di libertà personale, la libertà delle donne consistente nell'immunità da coercizioni e violazioni del loro corpo (stupri, violenze, molestie, mutilazioni genitali, servitù coniugali), ovvero nell'immunità da prostituzione coatta o da traffico di persone. Talché, laddove il comportamento in cui il fatto culturalmente motivato si sostanzia violi un'immunità fondamentale, non potrà essere riconosciuto un valore positivo alla motivazione culturale della condotta.

Al riguardo, la Cassazione, in alcuni casi di reati culturalmente motivati, nei quali veniva in rilievo il conflitto tra il diritto alla propria cultura e diritti di rilevanza costituzionale, offesi dal fatto tipico di reato, ha affermato che i principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3 Cost. "costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come "antistorici" a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero"³⁹.

³⁷ Ritiene che sia esclusa l'efficacia scriminante di norme straniere per condotte criminose tenute nel territorio italiano (artt. 3, 6 c.p.) mentre possa esserlo per le condotte tenute all'estero, soggette all'efficacia extraterritoriale della legge italiana, in virtù dell'art. 10 Cost., MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 243 e 249.

³⁸ Così ROMANO, *Art. 51*, cit., 543.

³⁹ In particolare, affrontando un caso di maltrattamenti in famiglia, sequestro di persona, violenza sessuale ai danni della moglie e violazione degli obblighi di assistenza familiare sia nei confronti della moglie che del figlio minore, commessi da un cittadino marocchino immigrato in Italia, la Corte ha respinto risolutamente l'assunto difensivo secondo cui i giudici di merito avrebbero risentito di un "pregiudizio etnocentrico" applicando schemi valutativi tipici della cultura occidentale, senza rispetto delle esigenze

Cadenze argomentative analoghe si evidenziano in una recente pronuncia⁴⁰ ove la Corte rileva che in una società multietnica non è pensabile la scomposizione dell'ordinamento in tanti statuti individuali quante sono le etnie che la compongono: l'ipotesi della convivenza in un unico contesto civile di culture tra loro confliggenti non è compatibile con l'unicità del tessuto sociale e dunque con l'unicità dell'ordinamento giuridico. La soluzione giuridicamente percorribile è quella opposta, della armonizzazione dei comportamenti individuali riferiti alla diversità delle culture in base al principio unificatore della centralità della persona umana, come denominatore minimo comune per l'instaurazione di una società civile.

Non è tuttavia da escludersi che possa essere invocata la scriminante dell'esercizio di un diritto: specifiche norme autorizzative possono essere mirate a liceizzare fatti che potrebbero risultare penalmente tipici, consentendo - in salvaguardia della libera esplicazione dell'appartenenza culturale di alcuni soggetti - condotte che violano beni giuridici non dotati di rilevanza primaria. Si pensi ad esempio all'articolo 1 del decreto ministeriale 11 giugno 1980 che autorizza la macellazione degli animali secondo i riti religiosi ebraico e islamico "senza preventivo stordimento", talché all'uccisione mediante dissanguamento risulta inapplicabile la fattispecie di "maltrattamento di animali" prevista originariamente quale contravvenzione dall'art. 727 c.p. e, dopo la legge n. 189 del 2004, quale delitto dall'art. 544-ter c.p.

In dottrina si è delineata la possibilità di conferire rilevanza alla matrice culturale di una condotta tipica attraverso una valorizzazione della categoria delle "quasi scriminanti"⁴¹, ossia "le ipotesi in cui vi è la presenza incompleta degli estremi di una causa di giustificazione (il consenso all'offesa di un bene non disponibile, una difesa non proporzionata o non priva di alternative)"⁴².

di integrazione e senza considerare, nella condotta del reo, la diversità culturale e religiosa che aveva improntato ed informato, finalisticamente, le sue azioni (Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2008, Fhami, in *Guida dir.*, 2009, 63). V. altresì: Cass., Sez. VI, 30 marzo 2012, A. R., in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, 2012; Cass., Sez. VI, 13 maggio 2014, A. D., in *Mass. Uff.*, n. 260288.

⁴⁰ Cass., Sez. III, 29 gennaio 2015, E. H. S., in *Dir. e giust.*, 2015.

⁴¹ V.: BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., 121 s.; GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., 273 s.; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, cit., 381 s.

⁴² Così MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, 186. Ritene di fondamento dubbio la categoria delle "quasi scriminanti" DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 68 s.; secondo l'Autrice appare arduo sostenere che una categoria concettuale, ed anche una categoria giuridica, si possano fondare qualificandole con un "quasi", introducendo così un elemento irriducibile di indeterminatezza in tale concetto: "se vi è la "presenza incompleta degli estremi di una causa di giustificazione", ciò significa che non vi è la causa di giustificazione".

Muovendo dalla concezione gradualistica dell'antigiuridicità⁴³ si è prospettata la possibilità di una generale attenuazione della pena, allorché l'antigiuridicità del fatto tipico sia significativamente attenuata a cagione della connotazione culturale della vicenda criminosa, ma sia incompleta la presenza degli elementi necessari ad integrare una causa di giustificazione⁴⁴. Un esempio in tal senso è riferito al consenso all'offesa di un bene indisponibile⁴⁵.

Al riguardo va osservato che si disvelano criticità circa la trasposizione sul piano sanzionatorio di una graduazione su base culturale dell'antigiuridicità del fatto materiale tipico, sino a giungere a forme di rinuncia alla pena nei casi di estrema valorizzazione degli effetti del condizionamento culturale⁴⁶.

5. Fatti culturalmente motivati e colpevolezza. La questione dell'imputabilità dell'autore culturale

La categoria del reato che viene più intensamente posta in tensione dalla commissione di fatti culturalmente motivati è senza dubbio la colpevolezza⁴⁷. Occorre dunque analizzare i presupposti su cui si fonda e si gradua il rimprovero di colpevolezza, secondo la concezione normativa.

La possibilità di pervenire ad una soluzione dei conflitti di cultura sul versante dell'imputabilità è stata delineata in dottrina, *in primis*, mediante un'interpretazione ampia dell'art. 85 c.p.⁴⁸. Si è sostenuto che la norma, richiedendo in via generale il requisito della imputabilità, pone la capacità di intendere e di volere quale presupposto imprescindibile della responsabilità penale, indipendentemente dalla natura e dal tipo di causa che ne abbia determinato concretamente l'esclusione. Le ipotesi previste dagli artt. 88 ss., che escludono o diminuiscono l'imputabilità, non sarebbero, dunque, tassative; se ne è dedotto che "ben potrebbero essere considerate situazioni di incapacità

⁴³ In argomento cfr., per tutti, MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, cit., 186, il quale osserva che "il fatto potrà (...) essere "o" antigiuridico "o" conforme a diritto. Ciò non esclude che, una volta acquisita l'antigiuridicità del fatto, la si possa poi "graduare": benché antigiuridico, irrevocabilmente, il fatto può esserlo "più" o "meno". La concezione gradualistica dell'antigiuridicità si disvela nel diritto positivo italiano nell'art. 579 c.p., che contempla una minor pena rispetto a quella stabilita per l'omicidio comune, allorché il fatto venga commesso con il consenso della vittima.

⁴⁴ Cfr.: BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., 121 s.; GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., 274; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, cit., 382.

⁴⁵ Va sul punto richiamato il già citato caso *Bajrami* (Cass., Sez. VI, 24 novembre 1999, Bajrami, cit., 238 s.).

⁴⁶ Cfr. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., 122.

⁴⁷ In generale, in argomento v. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.

⁴⁸ Cfr. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., 276.

non previste derivanti, ad esempio (...) da un difetto di civilizzazione (la c.d. *rusticitas* di chi sia cresciuto in un ambiente selvaggio)⁴⁹.

Occorre rilevare che la possibilità di pervenire così alla soluzione dei conflitti di cultura è inattuabile, giacché l'autore culturale non è assimilabile al *rusticus*: un contesto culturale contraddistinto da valori e regole diversi rispetto a quelli che caratterizzano l'ordinamento positivo non può per ciò solo essere definito "selvaggio".

Appare poi improponibile l'opzione sistematica volta a trovare una soluzione ai conflitti di cultura sul piano del vizio totale o parziale di mente⁵⁰.

⁴⁹ Così PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Torino, 2011, 446. Sul punto MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 660, osserva che "Vi sono soggetti incapaci di intendere i valori della nostra società, non rientranti nei casi espressamente previsti dalla legge (...) ma nei confronti dei quali esiste la stessa *ratio* che sorregge la non imputabilità, la quale ad essi va pertanto estesa per analogia o, per altri Autori, affermata in base al principio dell'art. 85. Sono i casi del selvaggio o dei c.d. uomini-lupo e quelli, meno scolastici, dei soggetti tenuti in segregazione fin dall'infanzia e poi liberati oppure perché vissuti in un isolamento socio-culturale, impeditivo di un normale sviluppo intellettuale". In tal senso già ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIII ed., Milano, 1994, 570, ha affermato che debba "considerarsi incapace penalmente il selvaggio che venga all'improvviso portato a contatto con la nostra civiltà, per quanto non esista una norma espressa che preveda la qualità di essere primitivo come causa escludente l'imputabilità". Come è stato puntualmente osservato da NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, 258, per "un soggetto che provenga da una diversa "cultura" (p. es. da quelle che, con un'evidente petizione di principio, si sogliono chiamare le "sottoculture") e che si trovi improvvisamente di fronte a valori nei quali non si riconosce (...) l'azione criminosa discende da un'incapacità di comprendere il carattere illecito del fatto, e anzi dalla convinzione che proprio l'azione proibita dalla legge costituisca un valore positivo: in alcuni paesi, l'omicidio per ragion d'onore, l'esecuzione di una vendetta, sono atti dovuti secondo un codice extrastatuale o antistatuale cui il soggetto si sente vincolato. Per questo alcune legislazioni fanno rientrare nella definizione di imputabilità anche la capacità di intendere il carattere illecito del fatto. Ciò deve escludersi per quanto concerne il codice penale italiano, nella prospettiva dei delinquenti adulti".

⁵⁰ Soluzione sperimentata dalla giurisprudenza statunitense, ad esempio, nel caso *Kimura* (Los Angeles Superior Court, *People v. Kimura*, No. A-091133, 21 novembre 1985, *inedita*), una donna giapponese immigrata in California accusata di aver tentato di praticare il c.d. *oyako-shinju* (antica pratica giapponese di omicidio-suicidio di figlio-genitore). Dopo aver appreso dell'infedeltà del marito, la donna si getta nelle acque dell'Oceano Pacifico con i due figlioletti i quali muoiono, mentre la madre sopravvive. La difesa invoca dapprima il fattore culturale poi la *insanity defense* per far rilevare come la pressione della cultura d'origine e l'incapacità di superare il conflitto tra il passato e il presente abbiano comportato una profonda alterazione delle facoltà mentali della donna al momento del fatto. In seguito alle risultanze delle perizie psichiatriche l'originaria imputazione di *first degree murder* viene derubricata in *voluntary manslaughter* e l'imputata viene condannata ad un anno di reclusione e a cinque anni di *probation*. Per una ricostruzione del caso, v.: WOO, *The People v. Fumiko Kimura: But Which People?*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 1989, 4, 403 ss.; MATSUMOTO, *A Place for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System: Japanese Law and the Kimura case*, in *DCL Journal of International Law and Practice*, 1995, 4, 507 ss.; RASHMI, *Can I Call Kimura Crazy? Ethical Tensions in Cultural Defense*, in *Seattle Journal for Social Justice*, 2004, 3, 443 ss.; RENTELN, *The Cultural Defense*, cit., 25. Sulla struttura dell'*insanity defense* v.: EWING, *Insanity: Murder, Madness, and the Law*, Oxford, 2008.

Sul punto va evidenziato che l'incapacità di intendere il carattere illecito del fatto in sé e per sé non è un'infermità, bensì, "nella sua essenza, solo uno *status* psichico di incomunicabilità tra l'individuo e la società"⁵¹.

Come noto, l'interpretazione della nozione di infermità si è significativamente evoluta, disancorandosi dal paradigma della malattia mentale strettamente intesa. Se il nucleo centrale ed indiscusso del concetto di infermità è costituito da un'alterazione di natura organica, ovvero nosograficamente definibile – essenzialmente le psicosi – oggi si tende ad includere nella nozione di infermità modelli esplicativi di tipo psicologico, che consentono di qualificare come infermità – idonea ad escludere l'imputabilità – anche disturbi psichici, dei quali si riconosca il carattere patologico o morboso, anche qualora risultino non inquadrabili nosograficamente o non ben definibili clinicamente⁵².

Talché possono altresì essere considerati, quali cause di esclusione dell'imputabilità, stati psichici anomali come le nevrosi e le psicopatie e in senso lato le abnormità psichiche non riconducibili ad un'alterazione di natura organica. Ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, sono da ricomprendersi nel concetto di infermità anche i gravi disturbi della personalità, a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l'intensità, tali da escludere o ridurre notevolmente la capacità di intendere o di volere, e il nesso eziologico con la specifica azione criminosa⁵³; il reato deve aver avuto nel vizio di mente la sua causa.

Non possono invece assumere alcun rilievo gli stati emotivi e passionali⁵⁴, per la espressa disposizione normativa di cui all'art. 90 c.p., sul quale, per vero, si appuntano critiche di parte della dottrina, osservandosi che tale preclusione rappresenterebbe una deroga al principio formulato dall'art. 85 c.p. – motivata da preoccupazioni di prevenzione generale da conciliare comunque con il principio di colpevolezza – tanto da rendere auspicabile, in prospettiva di riforma, l'eliminazione di siffatta preclusione⁵⁵ o, perlomeno, un'interpretazione che permetta di attribuire rilevanza, ai fini

⁵¹ Così NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 259.

⁵² Al riguardo v. Cass., Sez. I, 4 marzo 1997, Chiatti, in *Riv. pen.*, 1997, 766.

⁵³ In questo senso Cass., Sez. un, 25 gennaio 2005, Raso, in *Foro it.*, 2005, II, c. 425; con nota di BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 853 ss.

⁵⁴ "Emozione" da intendersi quale profondo turbamento affettivo, generalmente improvviso e di breve durata, scaturito come reazione a dati accadimenti e che va a soverchiare le altre attività psichiche. "Passione" da intendersi quale stato affettivo violento e perdurante, che tende a soverchiare l'attività psichica al punto da determinare talora alterazioni della condotta che può evolvere in modo irrazionale per difetto di controllo; in argomento v.: CARRARA, *Il delinquente per passione*, in *Arch. antrop. crim.*, 1933; FERRACUTI, GIARRIZZO, voce *Stati emotivi e passionali*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990, 661 ss.

⁵⁵ In tal senso PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 451.

dell'imputabilità, a stati di profondo perturbamento della coscienza, a prescindere dall'origine patologica di essi, come accade nel caso delle c.d. reazioni a corto circuito⁵⁶. L'orientamento prevalente è nel senso di attribuire rilevanza, ai fini del giudizio di imputabilità, a stati emotivi e passionali quando essi costituiscano la manifestazione esterna di una patologia mentale, qualificabile come infermità ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p.⁵⁷.

Il soggetto che si adegui ad una differente regola culturale non può, per ciò solo, essere considerato come affetto da patologia mentale. Ciò significherebbe degradare le credenze degli appartenenti ai diversi gruppi etnici di minoranza al livello di casi psichiatrici suscettibili di interventi mirati a sanarne gli squilibri ed i *deficit* intellettivi⁵⁸.

L'opzione sistematica volta ad escludere la responsabilità dell'autore culturale facendo leva sul vizio totale o parziale di mente va dunque nettamente ripudiata.

6. (Segue). L'errore sull'illiceità penale. La mancata percezione dell'offensività del fatto

Altro punto nodale riguarda la coscienza del disvalore giuridico del fatto giacché può rimproverarsi al soggetto di avere commesso un fatto che non doveva volere o non doveva produrre, ove egli abbia conoscenza effettiva o potenziale (conoscibilità) dell'antidoverosità di quel modo di agire.

La diversità culturale dell'autore di un fatto tipico potrebbe essere considerata quale fattore incidente sulla conoscibilità del precetto penale alla luce della storica sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988⁵⁹, che dichiarò

⁵⁶ Cfr. PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, 419. Rileva MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 684, che l'art. 90 si è prestato a critiche non soltanto giacché contrasta con l'unitarietà della psiche, ma altresì perché "anche al di fuori della patologia, gli stati affettivi possono interferire sulla capacità di intendere e di volere, fino a menomarla gravemente o addirittura escluderla".

⁵⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, Raso, cit.

⁵⁸ In tal senso DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., 143. Osserva che tale soluzione comporterebbe una doppia conseguenza negativa, sia sul gruppo, che sul singolo, DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 216, secondo la quale "la soluzione (...) non solo si abbatte irrimediabilmente sul *gruppo etnico* di appartenenza del soggetto attivo, perché la prova del fatto culturalmente motivato implica l'affermazione che la comunità di appartenenza si sarebbe comportata nello stesso modo in cui si è comportato l'agente; ma ha una ricaduta anche sul singolo autore, che esce dalla vicenda processuale non punibile, ma con quel carico di diffidenza e di timore, che spesso accompagna i proscioglimenti per malattia mentale".

⁵⁹ Corte cost., n. 364 del 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385 ss., con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza 364/1988*; in *L.P.*, 1988, 499, con nota di PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686, con nota di PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*.

l'illegittimità dell'art. 5 c.p., nella parte in cui questo escludeva la rilevanza scusante di un errore 'inevitabile' sul precetto.

L'errore inevitabile - che esclude la colpevolezza - in generale deve essere identificato con l'errore che non si è potuto evitare neppure mediante l'adempimento dei doveri strumentali di informazione.

Per quanto concerne i 'delitti naturali'⁶⁰, ipotetici errori sull'illiceità dovrebbero tendenzialmente essere esclusi dalle "normali condizioni di socializzazione, dalle quali ciascun appartenente ad una determinata 'cultura' apprende le regole basilari della convivenza e dell'agire sociale"⁶¹, ancorché non possa escludersi che, anche riguardo a tali delitti, determinate situazioni possano rendere in conoscibile il precetto; si pensi, ad esempio, allo straniero appena giunto in Italia, che non attribuisca all'incesto la portata determinata dall'art. 564 comma 1 c.p., in quanto nell'ordinamento del suo Paese di provenienza esso è declinato entro un perimetro più limitato, non includendo, in ipotesi, il rapporto sessuale con gli affini in linea retta⁶².

Proprio la "non colpevole carenza di socializzazione" è indicata dalla Corte Costituzionale come una delle condizioni di un errore incolpevole sui doveri giuridici, ipotesi questa tuttavia non facile a profilarsi, trattandosi di casi limite⁶³. Questa prospettiva risulta incompatibile, perlomeno in molti casi, con la tematica dei reati culturalmente motivati, oggetto del presente studio.

Non pare utilizzabile neppure la categoria dell'errore sul disvalore del fatto quanto a soggetti i quali commettendo l'illecito nel convincimento di adem-

⁶⁰ Va qui richiamata la distinzione tra reati naturali e reati artificiali: i primi consisterebbero in fatti aventi un disvalore immediatamente e totalmente compreso dai consociati, apprezzabile anche oltre e prima della dimensione giuridica, che si limiterebbe a recepire un disvalore sociale preesistente (come, ad esempio, l'omicidio, la rapina, il furto). I secondi - di pura creazione legislativa - consisterebbero in fatti il cui disvalore è esclusivamente giuridico, poiché essi appaiono socialmente neutri e solo il divieto legislativo attribuisce loro tale qualificazione negativa: la percezione del disvalore dunque non è immediata come nei delitti naturali, ma presuppone una conoscenza da parte dei destinatari della norma. Il distinguo tra reati naturali e reati artificiali non deve peraltro essere sopravvalutato: esso appare invero relativo, specie in un contesto sociale contraddistinto dalla presenza di gruppi culturalmente disomogenei; sul punto, cfr. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., 125.

⁶¹ Così PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 406.

⁶² Sul punto, cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012, 245.

⁶³ In argomento, v. Cass., Sez. VI, 22 giugno 2011, K. S., in *Studium Iuris*, 3, 2012, 354 ss., con nota di PALMA, *Ignoranza della legge penale*; il caso riguarda una donna nigeriana cui è stato contestato il concorso in esercizio abusivo della professione medica (art. 348 c.p.) per aver sottoposto il figlio neonato ad un intervento di circoncisione ad opera di una commovente non abilitata all'esercizio della professione medica, ignorando che in Italia tale tipo di intervento sia riservato al personale medico-sanitario. La Corte ha ritenuto che "la valutazione dell'inevitabilità dell'errore di diritto, rilevante ai fini dell'esclusione della colpevolezza, deve tener conto tanto dei fattori esterni che possono aver determinato nell'agente l'ignoranza della rilevanza penale del suo comportamento quanto delle conoscenze e delle capacità del medesimo".

piere un dovere vigente nel gruppo culturale di appartenenza, disvelerebbero una sostanziale incapacità di percepire la dimensione offensiva del fatto realizzato.

Come noto, per attenuare il rigore assoluto dell'art. 5 c.p., che precedentemente alla sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 non comprendeva la coscienza dell'antigiuridicità del fatto non soltanto tra gli elementi del dolo - come nella prospettiva della teoria del dolo - ma nemmeno tra gli elementi della colpevolezza - come nella prospettiva della teoria della colpevolezza, accolta nel nostro sistema dalla suddetta sentenza - si è ritenuto che il dolo dovesse includere la consapevolezza dell'offesa, talché, per rispondere a titolo di dolo, il soggetto dovesse rappresentarsi e volere anche il danno o la messa in pericolo degli interessi protetti dall'ordinamento⁶⁴.

In adesione alla teoria della colpevolezza, collegata la coscienza dell'antigiuridicità alla colpevolezza stessa, la scelta del nostro sistema è quella di ammettere anche l'imputazione dolosa ove il soggetto - che si sia rappresentato e abbia voluto gli elementi del fatto - conoscesse o potesse conoscere la contrarietà della sua condotta al precetto penale. Talché non vi potrà essere imputazione dolosa ogniqualvolta il soggetto, pur consapevole del disvalore sociale della propria condotta, non potesse conoscere il divieto legale; viceversa, vi potrà essere imputazione dolosa anche quando il soggetto, conoscendo o potendo conoscere il divieto legale, abbia ciononostante considerato il proprio comportamento del tutto innocuo⁶⁵.

Si è altrimenti postulata l'esclusione del dolo qualora l'autore culturale sia cosciente che il suo comportamento è contrario alla legge penale del sistema di accoglienza, ma non abbia la consapevolezza del disvalore della propria condotta, proprio in quanto lo stesso agisce in base agli imperativi della sua cultura d'origine, nella quale non è percepita la potenzialità lesiva di talune condotte⁶⁶. Talché si è ritenuto, ad esempio, che i genitori che effettuano pratiche di mutilazione genitale nei confronti delle figlie sono convinti di agire per il loro bene, rendendole pienamente accette nel gruppo etnico di riferimento⁶⁷. Va sul punto osservato peraltro che lo scopo di scongiurare l'isolamento delle giovani non può certamente considerarsi quale finalità ap-

⁶⁴ Cfr. Bricola, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960, 94; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 296. In senso critico, v. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., 506 ss.

⁶⁵ Cfr. ROMANO, *Art. 43*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 437 s.

⁶⁶ Sul punto cfr. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 224 ss., la quale ritiene che la mancanza di consapevolezza di recare pregiudizio all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, derivante dall'appartenenza dell'agente ad un gruppo etnico nella cui cultura il comportamento lesivo è considerato doveroso, conduca alla soluzione che esclude la colpevolezza dell'autore culturale.

⁶⁷ Cfr. PITCH, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Quest. Giust.* 3, 2001, 506.

prezzabile per escludere la rimproverabilità dell'autore del fatto: l'onore e il rispetto sociale devono essere coltivati in un assetto sociale improntato alla tutela dei diritti fondamentali dell'essere umano, e volto a promuoverne le possibilità di realizzazione⁶⁸.

7. (Segue). L'inesigibilità

Questione particolarmente delicata si pone laddove il soggetto, educato ad un credo culturale "altro", sia consapevole dell'illiceità del proprio comportamento e sia in grado di coglierne la dimensione offensiva rispetto all'interesse protetto dalla norma positiva ma ritenga che il diritto cui si deve adeguare sia il *suo* diritto, antepoendo - nella situazione di conflitto - la norma etica o religiosa alla norma giuridica confliggente con essa. Nodo gordiano dell'intera questione è l'impossibilità di plasmare un modello di risoluzione del conflitto idoneo a conferire efficacia esimente a scelte di valore radicalmente differenti rispetto alla "teleologia immanente al sistema complessivo in cui quel conflitto" è "destinato ad iscriversi"⁶⁹. La natura della finalità perseguita, se non rinvenibile negli orientamenti fondamentali che connotano l'assetto sociale ed istituzionale della comunità giuridicamente organizzata, impedisce di attribuire rilevanza scusante al processo di motivazione mirato al conseguimento di tale finalità. Di più, il ricorso ad una scusante *latu sensu* riferibile al parametro dell'inesigibilità⁷⁰ si rivela particolarmente critico, in quanto confliggente con il principio di legalità formale che connota il nostro sistema impedendo di attribuire rilevanza a motivazioni della condotta non munite di una base di legittimazione nell'ambito dell'ordinamento positivo⁷¹.

⁶⁸ In argomento, v. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., 150 ss.

⁶⁹ Così DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., 146.

⁷⁰ In argomento v., per tutti, FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

⁷¹ In dottrina vi è un rifiuto pressoché totale dell'inesigibilità quale causa generale di scusa "dovuto alla sua incompatibilità con primarie esigenze di "tenuta" dell'ordinamento e di determinatezza dei confini legali della responsabilità personale", così osserva ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 43. Critiche consistenti alla prospettiva di attribuire all'inesigibilità il ruolo di scusante generale sovralegale sono espresse, in particolare, da F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 366, per il quale "la formula della "inesigibilità di una condotta diversa" manca di quella concretezza necessaria per costituire un principio giuridico superiore, cui ricondurre casi non contemplati dalla legge". L'A. rileva altresì la mancanza di un parametro idoneo, al quale commisurare l'inesigibilità, che esuli da espressioni generiche quali "umanamente", "ragionevolmente" e simili. Analogamente, nella sostanza, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed. agg., Bologna, 2008, 405 ss. Ritiene che l'inesigibilità non possa essere "un grimaldello utilizzabile in sede interpretativa per arrivare ad esiti di deresponsabilizzazione, al di fuori delle scusanti che il legislatore abbia specificamente riconosciuto" PULITANO, *Diritto penale*, cit., 397. Incertezze concettuali ed applicative sono rilevate altresì da PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 465 ss., il quale, segnatamente riguardo alle ipotesi di (soggettivo) conflitto di doveri, osserva che in mancanza di

Nemmeno appare opportuna l'introduzione di una tale scusante, che non solo risulterebbe connotata da un significativo grado di indeterminatezza ma anche fondata su di un atteggiamento interiore dell'autore⁷², agevole via per l'impunità, che lascerebbe prive della tutela penale le vittime.

8. La categoria della “non punibilità” nel quadro dei conflitti di cultura

La categoria che è parsa più adeguata per una soluzione sensibile al fattore culturale è la categoria della “non punibilità”⁷³. Come noto, secondo autorevole dottrina la punibilità dovrebbe essere inserita nel novero delle componenti essenziali dell'illecito penale⁷⁴, mentre altri ritiene che possano essere avanzate alcune obiezioni quanto alla sua effettiva collocazione all'interno dei requisiti essenziali del reato⁷⁵. Pur rilevando la fondamentale funzione di politica criminale svolta dalla categoria della punibilità, si osserva come sia comunque privo di rilievo per la tematica dei reati culturalmente motivati, oggetto del presente studio, che la si consideri o meno requisito essenziale del reato.

Si tratterebbe in ogni modo di prendere atto che la funzione preventiva della pena non è in grado di dispiegarsi nei casi di conflitti interculturali⁷⁶. Il feno-

una clausola generale di non punibilità per inesigibilità del comportamento doveroso, anch'esse sono destinate a non produrre efficacia scusante. Con specifico riferimento ai reati culturalmente motivati cfr. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., 150, ed anche BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., 124 s. Diversamente DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 229, sostiene che il rifiuto nei confronti del principio di inesigibilità quale clausola generale di esclusione della colpevolezza possa essere superato proprio relativamente ai reati culturalmente motivati. Segnatamente, le obiezioni sollevate circa l'inafferrabilità dei criteri di concretizzazione di tale categoria potrebbero, secondo l'Autrice, essere ridimensionate accogliendo la *nozione ristretta* di reato culturalmente motivato da lei proposta e procedendo alla *prova rigorosa* del fatto culturalmente motivato.

⁷² Diversamente DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 230, ritiene che non si tratti di assecondare gli interessi e le passioni dei singoli; l'autore non è “un *quivis* in balia delle sue pulsioni psichiche: è invece un soggetto che agisce in risposta ai comandi di una cultura, che non è solo la sua (“*it's my culture*!”), ma è la cultura di un definito gruppo etnico di cui egli fa parte e che lo riconosce proprio perché egli si comporta secondo quegli imperativi”.

⁷³ In argomento cfr. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 127 s.; DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., 153 ss., ed anche DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 247 ss.

⁷⁴ V. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 2012, 177 e 375; è stato considerato che una volta accertata l'esistenza di un fatto antigiuridico e colpevole, non è ancora possibile affermare che il fatto costituisce reato, giacché “le minacce di pena operano ‘*con riserva*’: si applicano cioè ai fatti antigiuridici e colpevoli solo in presenza di una serie di ulteriori condizioni. (...) Compare così nella struttura del reato l'ultimo elemento, la punibilità, la cui *idea-guida* risiede nell'opportunità di sottoporre a pena l'autore del fatto antigiuridico e colpevole”. Con la formula *punibilità* si designerebbe pertanto l’“insieme delle eventuali condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto antigiuridico e colpevole, che fondano o escludono l'opportunità di punirlo”.

⁷⁵ Sul punto rinvio ai rilievi di DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 248 s.

⁷⁶ In proposito BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., 99 s. ha rilevato l'inefficacia sostanziale nonché la perdita di legittimità sia della funzione di *prevenzione generale negativa* della pena,

meno dei conflitti interculturali pone tuttavia un ulteriore ambito di valutazioni che scaturisce dal confronto con situazioni nelle quali il “linguaggio dei diritti” appare sovente del tutto assente dall’orizzonte culturale e politico-sociale delle diverse tradizioni: “a non essere conosciuti o conoscibili non sono, in realtà, per i soggetti che le esprimono, i contenuti dei delitti (...) bensì proprio (...) il senso dei *diritti*”⁷⁷.

La ragione più profonda di un eventuale ricorso alla categoria della non punibilità sarebbe allora offrire la possibilità di conoscere e concretamente sperimentare il significato ed il contenuto dei diritti. In attesa che abbia esito positivo un serio impegno politico in tal senso, sarebbe opportuno, sia pure con riguardo a fatti di limitata gravità, astenersi dal punire, anche per evitare “il rischio di esacerbare ulteriormente le potenzialità disgregatrici di conflitti che si sarebbe potuto (e dovuto) prevenire tramite il ricorso ad interventi più efficaci e consentanei allo scopo”⁷⁸.

Osservando il fenomeno dalla prospettiva delle vittime, si evidenzia comunque un aspetto nevralgico dell’intera problematica: la punizione di fatti culturalmente motivati, lesivi di diritti fondamentali della persona, sovente soggetti vulnerabili – donne sottoposte a coercizioni e violazioni del loro corpo, servitù coniugali, mutilazioni genitali o minori sottoposti ad atti di violenza per finalità educative – è da ritenersi l’unico strumento per scongiurare simili lesioni⁷⁹.

9. Reati culturalmente motivati e commisurazione della pena

La fase di commisurazione della pena si è disvelata in dottrina come l’ambito più adeguato per dare rilievo ai conflitti culturali.

in ragione di un inadeguato potenziale deterrente, sia della funzione di *prevenzione generale positiva* “qualora il suo effetto di convalida dei valori tutelati implichi la negazione di tradizioni e comportamenti diversi da quelli condivisi dalla maggioranza”, sia della funzione specialpreventiva poiché “una politica criminale refrattaria alle istanze “pluraliste” verrebbe a snaturare la funzione rieducativo-risocializzativa della pena nei confronti dei soggetti immigrati ‘culturalmente diversi’”.

⁷⁷ Così DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., 158.

⁷⁸ Così DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., 159. Sostanzialmente in tal senso anche DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 245 ss., la quale pone fortemente l’accento sulla *nozione ristretta* di reato culturalmente motivato e sulla *prova* rigorosa della sua esistenza, da lei proposta, per ipotizzare una causa di non punibilità “culturale”.

⁷⁹ Al riguardo, FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, cit., 37, rileva il pericolo di un indebolimento della “carica di protezione di beni giuridici di rango primario”.

Quanto alla commisurazione della pena in senso stretto sono stati ravvisati spazi per riconoscere un trattamento favorevole all'autore culturale⁸⁰. Certo, la commissione di un fatto criminoso culturalmente motivato può disvelare un'elevata capacità criminale del suo autore: ciò potrebbe restringere l'ambito di utilizzo di questa opzione politico-criminale.

La capacità a delinquere, di cui all'art. 133 c.p., costituisce una caratteristica della personalità. Quanto al modo di intendere tale carattere della personalità e al ruolo da esso svolto, come è noto, le opinioni si sono polarizzate secondo due orientamenti: assumendo la personalità del reo come "personalità morale", i retribuzionisti sostengono che la capacità a delinquere attiene al passato, configurandosi come attitudine al reato commesso che riguarda dunque l'effettiva intensità criminale, la malvagità espresse dal reo ed attualizzate nel reato commesso; riferendosi alla "personalità criminologica" dell'autore, i positivisti, sostengono che la capacità a delinquere attiene al futuro, alle potenzialità criminali del reo, configurandosi come attitudine del soggetto a commettere nuovi reati, come criminalità latente o potenziale⁸¹. Più convincente appare l'orientamento intermedio che attribuisce alla capacità a delinquere una dimensione sia statica, che si esplicita nella malvagità espressa dal reo con l'azione criminosa e nelle circostanze di spazio e di tempo contigue ad essa, sia dinamica, quale attitudine - potenzialmente ma non necessariamente volta al futuro - a commettere delitti⁸².

L'intensa pressione e la profonda influenza della cultura del gruppo di appartenenza sull'autore potrebbero far disvelare, a prescindere dall'orientamento scelto, una rilevante capacità a delinquere. Solo valorizzando il diritto alla cultura quale diritto fondamentale, e purché questo non collida con le immunità fondamentali, potrebbero essere ravvisati spazi per riconoscere un trattamento favorevole all'autore culturale.

Segnatamente per quanto riguarda la capacità a delinquere, tra gli indicatori che devono essere presi in considerazione, si distinguono i "motivi a delinquere" (art. 133, co. 2, n. 1 c.p.)⁸³.

Giacché i motivi dell'azione umana costituiscono una stilla pregnante della complessiva personalità dell'individuo, questi proiettano un cono di luce non solamente sul fatto criminoso, bensì anche sul modo di essere dell'agente,

⁸⁰ In tal senso, BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, cit., 425 ss.

⁸¹ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 645 s.

⁸² In tal senso, NUVOLONE, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 593 s.

⁸³ In generale, v. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000.

concorrendo in tal modo ad adeguare la sanzione alla complessiva antisocialità della condotta e del suo autore⁸⁴.

Il motivo a delinquere, nel reato culturalmente motivato, affonda le sue radici nella cultura di appartenenza dell'autore, talché mediante la valutazione del motivo a delinquere il giudice potrebbe attribuire rilevanza alla motivazione culturale dell'autore⁸⁵.

Così anche per quanto concerne le “condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo” (art. 133, co. 2, n. 4 c.p.) il giudice potrebbe attribuire rilevanza alla particolare natura del reato culturalmente motivato. Al fine di accertare la capacità criminale è necessario invero valutare anche l'ambiente in cui il reo vive e svolge la sua attività⁸⁶: il riferimento di cui all'art. 133 comprende tutte le condizioni economiche, sociali, culturali, morali, tanto del soggetto quanto del gruppo familiare e sociale in cui questi vive⁸⁷, gruppo che potrebbe essere caratterizzato da un impenetrabile ordine omogeneo al proprio interno, alieno da influenze culturali.

10. (Segue). Le circostanze del reato

Quanto alla commisurazione della pena in senso lato, una disposizione evidenziata da parte della letteratura come idonea a regolare le ipotesi di conflitti culturali è la circostanza dell'art. 62, n. 1, c.p., che contempla un'attenuante per chi ha agito “per motivi di particolare valore morale o sociale”⁸⁸, benché il consolidato orientamento della Corte di cassazione evidenzi che si debba trattare di valori condivisi dalla maggioranza dei consociati⁸⁹.

⁸⁴ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 648 s.

⁸⁵ In tal senso, BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., 126; GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive* de iure condendo, cit., 286; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, cit., 426 s.; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 239, la quale puntualizza che è rilevante il “superamento della prova della “coincidenza di reazione”, che conferma come la causa psichica, che ha portato l'agente a commettere il reato, non è solo espressione di una sua aspirazione individuale, ma è invece riconducibile a pratiche, riti o tradizioni ben sedimentate in un determinato gruppo etnico”.

⁸⁶ Sul punto cfr. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, cit., 21 s.

⁸⁷ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 650.

⁸⁸ Cfr. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., 126; GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive* de iure condendo, cit., 284; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 241 ss.; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, cit., 434 s.; FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, cit., 40.

⁸⁹ I più frequenti riferimenti concernono: la “coscienza etica media del popolo italiano” (Cass., Sez. I, 22 febbraio 1990, Khalil, in *Riv. pen.* 1990, 1063); il “generale consenso sociale” (Cass., Sez. VI, 13 marzo 2003, Vigevano, in *Riv. pen.*, 2003, 93); l’“incondizionato e generale apprezzamento nel comune sentire” (Cass., Sez. I, 11 dicembre 1993, Algranati, in *Mass. Uff.*, n. 195757). In tal senso si esprime anche

Si è peraltro osservato che tale interpretazione appare inadeguata rispetto alla struttura multiculturale della società attuale ove risulta di pressoché impossibile individuazione un modello sociale quale parametro univoco per stabilire il “particolare valore sociale” di un motivo⁹⁰. L’orientamento emerso in dottrina evidenzia l’opportunità di valutare i motivi dell’agente in base a parametri oggettivi, ancorché non necessariamente corrispondenti con i valori etico-sociali dominanti, bensì coerenti con un indirizzo significativo, purché conformi a Costituzione⁹¹.

La motivazione culturale si ritiene possa essere in ogni caso considerata al fine di integrare quelle “altre circostanze diverse” che possano giustificare una diminuzione della pena ai sensi dell’art. 62-*bis* c.p.

Vi è poi un’altra circostanza che può venire in considerazione in materia di reati culturalmente motivati ossia quella dei motivi abietti o futili, contemplata dall’art. 61, n. 1, c.p., frequentemente evocata per comminare una sanzione più severa nei casi ove i motivi a delinquere risultino particolarmente riprovevoli in base alla morale corrente ma che sono riconducibili a precetti culturali del gruppo etnico di appartenenza dell’agente. Il consolidato orientamento della Corte di cassazione propende per una valutazione dell’abiezione o futilità dei motivi riferita al sentire comune della collettività⁹², ancorché in alcune

autorevole dottrina: v., per tutti, PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, 478.

⁹⁰ In tal senso, DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 243. Circa la difficoltà di definire i motivi di particolare valore morale o sociale, i problemi che suscita al riguardo la società multiculturale ed il concetto di tolleranza, quale possibile criterio esegetico in linea con il principio costituzionale di eguaglianza, v. ampiamente VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 234 ss.

⁹¹ Osserva come in una società pluralista appaia eccessivo richiedere una valutazione unanime PULITANO, *Diritto penale*, cit., 438, per il quale, ai fini dell’attenuante, dovrebbe ritenersi sufficiente “una valutazione spiccatamente positiva da parte di un indirizzo significativo, coerente con indicazioni di valore desumibili dai principi costituzionali”. Non diverso il punto di vista di PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 266, il quale ritiene che possa assumere rilievo qualunque movente che derivi da una concezione della vita e della società compatibile con la Costituzione, “sempre che si tratti di un movente suscettibile di esprimere con intensità elevata lo spirito di moralità che lo anima”. Qualora, al contrario, la giurisprudenza dovesse persistere nell’orientamento restrittivo, ad avviso di BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., 126 s., sarebbe opportuno riformulare la circostanza in oggetto, segnatamente “esplicitando che i motivi atti ad attenuare la pena possono anche essere quelli interni al gruppo etnico-culturale cui l’autore appartiene”. Al fine di scongiurare “oscillazioni” troppo ampie nella prassi applicativa, che risultino incompatibili con il principio di determinatezza, e col rispetto della parità di trattamento, DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., 160, rileva come sia auspicabile impegnarsi con lungimiranza nell’elaborazione di soluzioni *de lege ferenda*.

⁹² I più frequenti riferimenti concernono: il “sentire comune della comunità sociale” (Cass., Sez. I, 19 dicembre 2001, Vaccaro, in *Mass. Uff.*, n. 221525); la “coscienza collettiva” (Cass., Sez. I, 11 febbraio 2000, Dolce, in *Mass. Uff.*, n. 215806, ed altresì Id., Sez. I, 4 luglio 2007, Zheng, *ivi*, n. 237686); “il comune modo di sentire” (Id., Sez. I, 13 ottobre 2010, Mele, *ivi*, n. 248832, ed altresì Id., Sez. I, 18

pronunce la Corte sia stata più propensa ad un'apertura riguardo alle tradizioni ed ai valori dell'autore osservando che il giudizio sulla futilità del motivo non possa essere astrattamente ricondotto ad una medianità comportamentale, peraltro di ardua individuazione in una realtà sociale contraddistinta da disomogeneità, ma debba essere riferito agli elementi concreti della fattispecie, tenendo in considerazione le connotazioni culturali del soggetto agente, il contesto sociale in cui l'evento ha avuto luogo, nonché i fattori ambientali che possono avere condizionato la condotta criminosa, poiché solo se valutato in tale contesto il movente può ritenersi palesemente sproporzionato e tale da disvelare un istinto criminale più marcato⁹³. Così anche nel caso Hina Saleem⁹⁴ la Corte si discosta dall'orientamento basato sulla morale corrente, e pur ritenendo sussistenti gli estremi della circostanza aggravante, rileva che il motivo appare futile anche con riferimento alle connotazioni culturali del soggetto ed al contesto sociale nel quale si è verificato l'evento.

11. La tutela delle vittime di reati culturalmente motivati. Le misure di protezione: strumenti e prospettive

Nell'ambito dei reati culturalmente motivati assume particolare rilievo la questione della tutela dei soggetti vulnerabili, vittime di abusi e manipolazioni, ovvero delle proprie scelte di appartenenza, di affermazione della propria identità etnico-culturale sia come singolo che come membro del proprio gruppo.

Più in generale, come noto, l'attenzione alla vittima nella dottrina penalistica ha originato studi in materia che, pur fondati sull'idea che all'interno del reato e nella composizione dei suoi effetti la vittima costituisca figura di notevole importanza, hanno sviluppato due orientamenti divergenti. La c.d. vittimodonnica⁹⁵ muovendo dall'acquisizione del ruolo giocato dalla vittima nella genesi del fatto criminoso, ha approfondito una prospettiva dialettica e circolare del reato che, in taluni casi, è stato ritenuto quale espressione di una specie di sinergia tra la vittima e l'autore, da considerare in sede di accertamento della sussistenza degli elementi del reato o, quanto meno di commisurazione

dicembre 2013, H. H. H., in *Dir. e giust.*, 2013). Anche autorevole dottrina si esprime in tal senso: v., per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 409

⁹³ Cfr. Cass., Sez. I, 21 dicembre 2011, H. L., in *Leggi d'Italia*; Id., Sez. I, 18 novembre 2010, Muzaka, in *Mass. Uff.*, n. 249010; Id., Sez. I, 14 giugno 2007, Vallelunga, *ivi*, n. 237336 ed altresì Id., Sez. I, 17 dicembre 1998, Casile, *ivi*, n. 213378.

⁹⁴ Cass, Sez. I, 12 novembre 2009, Saleem e altri, cit., c. 516 ss.

⁹⁵ Cfr., per tutti, DEL TUFO, *Profili critici della vittimodonnica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990, ed altresì DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.

della pena. Mentre la vittimologia⁹⁶, muovendo dall'esigenza di accrescere, e non solamente sul piano processuale, la tutela di un soggetto debole, assai poco considerato dal diritto penale moderno, ha congegnato e sviluppato le modalità operazionali per un approccio vittimo-orientato della politica socio-criminale. È sorta poi l'esigenza di riconsiderare anche dalla prospettiva della vittima l'intero sistema di reazione sociale al crimine. Da qui l'idea di affiancare ai due tradizionali modelli di giustizia - retributiva e riabilitativa - un diverso modello: di giustizia riparativa⁹⁷. Siffatto modello, che ha per oggetto i danni arrecati alla vittima dal reato, si prefigge di eliminarne le conseguenze dannose - psicologiche e materiali - mediante la partecipazione, nell'ambito della comunità, dei principali attori del conflitto, l'autore e la sua vittima. Va rilevato che il profilo concernente la riconsiderazione della posizione della vittima ha assunto un notevole grado di rilevanza nel più ampio quadro dell'amministrazione della giustizia e dell'offerta dei servizi sociali e, quanto al profilo prettamente penalistico, costituisce una priorità nella ridefinizione degli strumenti di intervento⁹⁸. Va del pari rilevato che la possibilità di creare modelli che aprano alla giustizia riparativa quale proficuo paradigma di intervento si sta profilando anche a livello internazionale. Il legislatore comunitario ha posto la vittima al centro della vicenda processuale con la Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 (cui si è data attuazione con d.Lgs 15 dicembre 2015, n. 212) che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato⁹⁹.

Con riferimento alle violazioni delle immunità fondamentali nell'ambito dei gruppi culturali, si evidenzia la questione della protezione delle vittime, segnatamente delle più vulnerabili. Si tratta di contesti ove mediante pratiche consuetudinarie vengono lesi beni della persona indisponibili, talvolta con il consenso delle vittime stesse - o, nel caso di minori, di chi ne abbia la tutela - le quali aderiscono per convinzione al modello culturale in virtù del quale subiscono violenze o vessazioni, ma più frequentemente non hanno una capacità

⁹⁶ V., per tutti, FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000.

⁹⁷ Cfr., per tutti, MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

⁹⁸ In argomento, v. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo. Tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, 2012.

⁹⁹ Per un'analisi del provvedimento v. LUPARIA *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova, 2015; v. altresì ROSSI, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *questa Rivista online*, 2015, 2.

di scelta autonoma e consapevole, o sono persino nettamente contrarie a quel modello.

L'applicazione del diritto penale potrebbe dunque essere talvolta avvertita dalle stesse vittime delle violenze come l'imposizione di un modello culturale "altro", una particolare forma di ri-vittimizzazione, che non risulta dalle conseguenze traumatizzanti relative alla partecipazione al processo penale, bensì proprio dall'attivazione stessa del processo, che la vittima rifiuta perché in contrasto con l'affermazione della propria identità etnico-culturale. Tuttavia appare opportuno ribadire, che i reati culturalmente motivati sono sovente costituiti da condotte nelle quali si manifestano retaggi culturali dei soggetti forti del gruppo culturale a danno dei soggetti deboli: violazioni di immunità fondamentali quali il diritto alla vita, i diritti di libertà personale, la libertà delle donne consistente nell'immunità da coercizioni e violazioni del loro corpo (stupri, violenze, molestie, mutilazioni genitali, servitù coniugali).

Aspetto fondamentale è dunque quello che concerne le misure di protezione delle vittime, che subiscono gravi violazioni dei loro diritti, incluso quello all'integrità fisica e psicologica, attraverso interventi volti a riconoscere loro una tutela rinforzata in quanto in situazioni di particolare vulnerabilità anche in ragione del rapporto di fiducia o di affidamento tra queste e l'autore, ovvero per la posizione di predominio di quest'ultimo.

A tal fine la legge 15 ottobre 2013, n. 119 (di conversione del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93), che ha introdotto nell'ambito del diritto penale sostanziale e processuale una serie di misure, preventive e repressive, per contrastare la violenza di genere, ha contemplato una tutela specifica per le vittime straniere di "violenza domestica" - espressione con la quale designa uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima - inserendo nel Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, l'art. 18-*bis* che prevede il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari alle vittime straniere di atti di violenza in ambito domestico.

Di talché, ove, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per delitti quali maltrattamenti contro familiari e conviventi (572 c.p.), lesione personale (582 c.p.) grave o gravissima (583 c.p.), pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (583-*bis* c.p.), sequestro di persona (605 c.p.), violenza sessuale (609-*bis* c.p.), atti persecutori (612-*bis* c.p.), nonché

per uno dei delitti previsti dall'articolo 380 c.p.p., commessi in ambito di violenza domestica siano accertate situazioni di violenza o abuso nei confronti di una vittima straniera il questore, con il parere favorevole dell'autorità giudiziaria precedente ovvero su proposta di quest'ultima, rilascia un permesso di soggiorno per motivi umanitari per consentire alla vittima di sottrarsi alla violenza, purché si disveli un concreto ed attuale pericolo per la sua incolumità, come conseguenza della scelta di sottrarsi alla violenza stessa o per effetto delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio. Un ruolo significativo nell'avvio della procedura di rilascio del permesso di soggiorno è riconosciuto ai centri antiviolenza dei servizi sociali territoriali o dei servizi sociali specializzati nell'assistenza delle vittime di violenza.

Va rilevato che nella relazione illustrativa del DDL di conversione del D.L. n. 93 del 2013 si afferma che con l'art. 18-*bis* si “dà attuazione all'articolo 59 della Convenzione di Istanbul consentendo il rilascio di un permesso di soggiorno alle vittime degli atti di violenza perseguiti dalla Convenzione”¹⁰⁰. L'articolo 59. 1 della Convenzione non richiede peraltro ai fini del rilascio del permesso di soggiorno la sussistenza di un “concreto ed attuale pericolo” per l'incolumità della vittima - come previsto dall'art. 18 *bis* - riferendosi invece solamente a “situazioni particolarmente difficili” e attribuendo rilevanza alla situazione personale, con l'obiettivo di garantire tutela alle vittime che si trovano in una condizione doppiamente vulnerabile rispetto agli atti di violenza perpetrati nei loro confronti.

Per assicurare alle vittime la possibilità di trovare protezione da costrizioni, maltrattamenti, ritorsioni e dai condizionamenti della identificazione coatta sarà inoltre necessario prevedere che le stesse possano ottenere la sospensione delle procedure di espulsione avviate perché la regolarità del loro soggiorno dipendeva da quella del familiare, al fine di consentire loro di chiedere un

¹⁰⁰ *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*. La Convenzione aperta alla firma a Istanbul l'11 maggio del 2011 è entrata in vigore il 1° agosto 2014. L'Italia ha sottoscritto la Convenzione il 27 settembre 2012 e il Parlamento ha autorizzato la ratifica con legge n. 77 del 2013 che, tuttavia, non contempla norme di adeguamento. La Convenzione, primo strumento internazionale giuridicamente vincolante volto a creare un quadro normativo completo a tutela delle donne contro qualsiasi forma di violenza, individua una serie di reati (tra cui violenza fisica e psicologica, sessuale, stupro, mutilazioni genitali, *stalking*, matrimonio forzato) per i quali chiede alle Parti di adottare le misure necessarie al fine di garantire che nei procedimenti penali che li concernono la cultura, gli usi e costumi, la religione, le tradizioni o il cosiddetto "onore" non possano essere addotti quale scusa. La Convenzione mira inoltre ad introdurre un'ottica di genere nei confronti della violenza di cui sono vittime le migranti accordando ad esse la possibilità di ottenere uno *status* di residente indipendente da quello del coniuge o del partner e stabilendo l'obbligo di riconoscere la violenza di genere come una forma di persecuzione (ai sensi della Convenzione del 1951 sullo *status* dei rifugiati).

titolo di soggiorno autonomo, al pari di quanto contemplato dall'art. 59. 2 della Convenzione di Istanbul.

La scelta operata dal legislatore italiano in ordine a delitti che riguardano in particolare donne e minori amplia la protezione che l'articolo 18 del T.U. immigrazione e l'articolo 27 del d.P.R. n. 394 del 1999 assicurano alle vittime di schiavitù e servitù contemplando interventi volti a sottrarle dalla condizione di schiavitù e di asservimento, ovvero per quanto di interesse per questo studio, da matrimoni forzati, servitù coniugali, accattonaggio (*mangel*)¹⁰¹.

12. Considerazioni conclusive

Il quadro complessivo sinora delineato consente di cogliere il senso e la portata della dialettica di fondo tra illecito e concrete scelte punitive che attraversa il sistema penale, chiamato a fronteggiare la complessa sfida costituita dal confronto tra sistemi culturali.

L'interesse penalistico per la tematica è dettato dagli evidenti riflessi sotto il profilo della dogmatica dei distinti indirizzi di politica generale e criminale in tema di riconoscimento della diversità culturale; le scelte di politica criminale si riverberano necessariamente sugli itinerari dogmatici volti alla loro realizzazione, con significativi effetti qualora si propenda per una soluzione sensibile al fattore culturale.

Certo, il riconoscimento della diversità culturale non può essere assoluto ed incondizionato giacché la tolleranza trova il suo limite nel rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo: la tutela delle immunità fondamentali, in quanto immunità inviolabili, non può mai essere pretermessa, nemmeno allorché confligga con l'esercizio di un diritto qualificato come fondamentale.

Di più, aspetto nodale è quello che concerne le misure di protezione delle vittime, che subiscono gravi violazioni dei loro diritti, incluso quello all'integrità fisica e psicologica, attraverso interventi volti a riconoscere loro una tutela rinforzata in quanto in situazioni di particolare vulnerabilità.

La direttrice fondamentale da seguire è dunque costituita dalla costante ricerca del punto di equilibrio tra il riconoscimento della diversità culturale e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Di fronte ad uno scenario di tale complessità, le scelte politiche che si pongono richiedono una flessibilità dialogica che induce processi trasformativi anche del diritto penale e che indubbiamente rappresenta la più efficace risposta alle sfide della contemporaneità.

¹⁰¹ Per approfondimenti sul tema, sia consentito rinviare a SCEVI, *Nuove schiavitù e diritto penale*, Milano, 2014, 91 ss.