

Università degli Studi di Catania
Dottorato in Politiche europee, di diritto penale, processuale e di
cooperazione giudiziaria

XXV Ciclo

Tesi di dottorato

Identità culturale e diritto penale.
Riflessioni sul reato culturalmente motivato

Relatore
Prof.ssa Anna Maria Maugeri

Dottoranda
Alessandra Paladino

Anno accademico 2012-2013

«Non voglio che la mia casa sia murata su tutti i lati e le mie finestre sbarrate. Voglio che le culture di tutti i paesi soffino attorno alla mia casa con la massima libertà possibile. Ma rifiuto di essere messo in ginocchio da chiunque.»

Mahatma Gandhi

Abstract

Sono due le sfide lanciate dall'immigrazione che oggi il diritto penale si trova a raccogliere. La prima è quella relativa al rapporto tra diritto penale ed esigenze securitarie, la seconda, invece, è quella relativa al rapporto tra diritto penale e diversità culturale.

Nella nuova società multiculturale, caratterizzata dalla convivenza tra la cultura dominante e altre numerose subculture, si pone la questione d'avanguardia della rilevanza penale della diversità culturale.

Con questa tematica, oggi di scottante attualità in Europa e in Italia, si sono confrontati già negli anni '30, i paesi che sono stati recettori dei primi massicci flussi migratori, tra cui Stati Uniti, Canada e Australia. Paesi nei quali il tema del rilievo da riconoscere alla diversità culturale, in sede di apprezzamento delle condotte tenute da immigrati, è venuto in rilievo spesso, con riguardo a fattispecie di reato poste in essere proprio da immigrati italiani.

Tradizionalmente, invece, il diritto italiano si è dimostrato insensibile alla diversità culturale. La principale ragione storica di siffatto atteggiamento è

stata la monoculturalità del tessuto sociale¹. “Per due secoli l’Europa ha esportato emigranti, non ha importato immigrati”.²

Oggi, il diritto italiano si trova di fronte a una nuova esigenza, quella di esaminare ed eventualmente ripensare il dato normativo, alla luce delle trasformazioni socio-culturali in atto.

I nuovi reati “culturalmente motivati” rappresentano un tema molto complesso nel quale si intrecciano problematiche delicate di natura giuridica, psicologica sociologica e antropologica e pongono vari e complessi interrogativi.

Quale deve essere la reazione dell’ordinamento giuridico a tali condotte penalmente rilevanti? Bisogna conferire valore al condizionamento esercitato dall’appartenenza culturale di un individuo sulla genesi e sulle modalità esecutive delle stesse? E se sì, attraverso gli strumenti tradizionali o mediante l’inserimento di norme *ad hoc*?

I rischi sono quello di tollerare pratiche culturali incompatibili con i valori liberal-democratici cui si ispirano le società europee o in senso antitetico, quello di schiacciare il pluralismo culturale, sotto il peso della minaccia della sanzione penale.

¹ De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, p. 35

² Sartori, *Pluralismo multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multietnica*, 2007, p.95

La politica italiana è chiamata a trovare delle soluzioni di compromesso, a mediare fra interessi in contrasto, abbandonando l'idea che sia prioritario solo il presidio dei valori della nazione dall'attacco dei nuovi flussi.

I migranti non devono essere visti solo come responsabili della crisi sociale e come minaccia all'identità culturale nazionale. Occorre invece sostenere la diversità culturale e riconoscere le differenze per la costruzione dell'armonia e dell'unità sociale all'interno della società multiculturale. E la lotta contro il pregiudizio sociale e la xenofobia restano tappe cruciali di questo difficile cammino.

L'oggetto dell'indagine interseca trasversalmente diversi ambiti del sapere e presuppone necessariamente l'approfondimento della nozione di società multiculturale e di cultura e lo studio dell'influenza sulle singole volizioni individuali. I contributi saranno attenti alla filosofia, alla sociologia e alla criminologia e saranno utili al fine di trovare una soluzione al trattamento giuridico del soggetto culturalmente diverso, specie nei casi in cui questo dimostra di incontrare delle difficoltà a integrarsi nella società del paese di accoglienza.

In particolar modo, l'attenzione sarà rivolta ai c.d. reati culturalmente motivati o orientati, ovvero a quelle fattispecie poste in essere nel paese di

accoglienza da un soggetto appartenente a un gruppo culturale minoritario, in ottemperanza alle regole di comportamento della cultura d'origine. Naturalmente queste situazioni rischiano di mettere in imbarazzo il diritto penale e la tua tendenza “ localistica”, trovandosi esso a dover mediare tra esigenze di natura opposte e potenzialmente in conflitto. Da un lato, urge la considerazione della dato culturale e del suo riconoscimento, dall'altro però tutto ciò rischia di mettere in pericolo il rispetto dei diritti fondamentali e la tutela di valori altrettanto significativi. Occorre dunque un' apertura del gruppo sociale di maggioranza e al contempo una ridefinizione dei limiti della tolleranza interculturale.

Una via efficace per studiare nuovi modelli della diversità culturale è senz'altro quella di guardare ai precedenti dottrinari e giurisprudenziali del sistema angloamericano che si è cimentato nel dibattito sulle ragioni di un'eventuale formalizzazione della cd. *cultural defense*.

L'analisi inevitabilmente ci conduce verso una disamina del panorama dottrinario e giurisprudenziale italiano e *iure condendo* alla valutazione degli strumenti esistenti e non, cui il diritto penale, sul piano legislativo e giurisdizionale, può rivolgersi per riequilibrare il rapporto tra diritto alla cultura e diritti umani, nell'ottica di un approccio rispettoso del principio di colpevolezza.

Introduzione

I differenti tassi di ricchezza e natalità tra nord e sud del pianeta, il crescente bisogno di manodopera attinta dai paesi poveri, i conflitti politici, religiosi, etnici hanno avuto l'effetto di intensificare progressivamente la portata dei flussi migratori.

Anche la globalizzazione ha condizionato enormemente la qualità e la quantità dei movimenti internazionali. Grazie alla facilità di spostamento delle persone, all'avanzamento tecnologico dei mezzi di trasporto e comunicazione, un numero sempre crescente di migranti si è trasferito in un paese ad alto reddito, spinto dalla prospettiva di migliorare il proprio avvenire. Tuttavia, se la globalizzazione da una parte ha aperto nuovi scenari, nuovi spazi di libertà, di azione ad alcuni soggetti, dall'altra parte ha sottoposto altri ad una sorte infelice. Essa infatti è il nuovo e principale fattore di stratificazione sociale e causa di segregazione, esclusione e nuove povertà.³

Si è ormai avviata una separazione tra i luoghi in cui è prodotta la cultura e quelli in cui essa può essere fruita. Sono saltati i confini che determinavano

³ Bauman, *Dentro la globalizzazione: le conseguenze sulle persone*, Roma, 2000

le culture. La cultura si è de-territorializzata e alla luce di questo assunto appare fuorviante la tesi della continuità tra le odierne migrazioni e le prime migrazioni di massa del XIX e XX secolo.

Mentre in passato, infatti, il migrante si apriva agli usi e ai costumi della nuova patria, costituendo l'assimilazione il presupposto per il riconoscimento sociale e il successo economico, oggi egli tende ad acquisire i modi del paese ospitante solo sul piano dell'agire pratico, restando fedele sul piano dei valori e dei sentimenti morali, alla propria cultura di provenienza.⁴ Egli non solo è desideroso di mantenere un legame con il proprio paese d'origine, con le proprie tradizioni, con la propria identità culturale, ma è anche spesso fiero di ostentare una vera e propria “*expressive ethnicity*”⁵, restando così di fatto cittadino di due mondi.

Il celebre antropologo Geertz⁶ si chiede che cosa sia una nazione, un paese in assenza di uno stile di vita condiviso. Il mondo appare frammentato, l'identità frantumata. L'arrivo dei nuovi gruppi trasforma la società occidentale in una società “multiculturale”.

Nasce il problema del pluralismo culturale, conseguente all'esplosione delle barriere culturali. La globalizzazione minaccia le identità storiche mediante l'esposizione della propria relatività e mette a nudo i nuovi

⁴ Lepenis, *Multiculturalità e globalizzazione*, Il sole 24 ore, 31 dicembre 2000

⁵ Papini, *Globalizzazione, culture e religioni*, Napoli, 2001, p.221

⁶ Geertz, *Mondo Globale, mondi locali*, Bologna, 1999

conflitti di cui soffre la società. L'universalismo democratico occidentale entra in contatto con altri universalismi, come ad esempio quello islamico. Le culture da cui promanano i flussi migratori tendono a scontrarsi con il modello occidentale e a opporre resistenza alle sue pretese, compresa quella di universalità dei diritti dell'uomo.

Preso atto che la società occidentale si è trasformata da terra di emigrazione in terra di immigrazione,⁷ come configurare il rapporto tra multiculturalità e identità? Quale modello di integrazione realizzare? Fino a che punto può spingersi una politica dell'identità se si desidera conciliare il pluralismo culturale con un ordine sociale garante della pace sociale? E' giusto riconoscere dei diritti in funzione dell'appartenenza etnica a soggetti la cui visione del mondo si pone in modo assolutamente contrastante e talvolta confliggente con quella maggioritaria?⁸

Con queste e altre spinose questioni causate dai flussi immigratori i sistemi politici occidentali si sono confrontati. Questioni in grado di coinvolgere principi fondamentali, quali l'uguaglianza, la tolleranza, la libertà di coscienza, la libertà di religione e i diritti fondamentali, storici pilastri su cui si regge la cultura occidentale.

⁷ Sartori, Pluralismo multiculturalismo ed estranei. Saggio sulla società multi-etnica, 2007, p.95

⁸ Colasanto, Ambrosini, L'integrazione invisibile, Vita e pensiero, Milano, 1993

Capitolo primo

Fenomeno migratorio e pluralismo culturale

1. La questione migratoria

Dopo la caduta del muro di Berlino e soprattutto negli ultimi decenni il fenomeno migratorio ha assunto caratteri e tendenze del tutto diversi rispetto al passato.

Come già accennato prima, la globalizzazione ha accelerato enormemente la libertà di trasferimento e movimento facendo sì che il fenomeno migratorio assumesse ampie proporzioni. I flussi migratori portano con sé all'interno della cultura occidentale tradizioni culturali differenti.

Man mano che il fenomeno si è diffuso, è dilagata una spasmodica paura collettiva del migrante. Lo straniero è visto come colui che, superando i confini, altera i modelli acquisiti e condivisi, scompiglia le linee di separazione e scombussola la placida tranquillità del vivere associato. Il migrante è paventato come possibile responsabile della crisi sociale e costante minaccia per l'identità nazionale.

I paesi destinatari dei flussi migratori hanno innalzato frontiere sia materiali che simboliche. Da un punto di vista sociale, si sono etichettate tradizioni, incasellate culture e conferiti tratti unitari a gruppi umani differenti per

istituzioni e modalità di organizzazione. Questo ha favorito la stigmatizzazione del migrante, a prescindere dalla sua provenienza geografica e dalla sua appartenenza culturale.

Da un punto di vista politico e giuridico, la disciplina che concerne l'immigrazione è un chiaro esempio della volontà dello Stato di non rinunciare alle proprie prerogative sovrane di controllare i confini, di determinare condizioni di accesso e permanenza nel territorio nazionale, rivelando la persistenza della centralità del possesso della cittadinanza per la titolarità ed esercizio di alcuni diritti fondamentali. Lo status di cittadino appare diverso da quello di persona umana.⁹

L'ingresso e la permanenza dello Stato sono subordinati, dalle varie legislazioni nazionali, ad un'autorizzazione per lo più connessa non alle esigenze della persona, ma dello Stato. L'attenzione, affrontando la questione migratoria, si è concentrata solo sull'espulsione, sul razionamento degli ingressi e dei permessi, dimenticando che prima di essere un migrante lo straniero è un uomo, a cui va riconosciuta innanzitutto la dignità. L'immigrazione mostra che il principio di universalità e di eguaglianza vengono accantonati, quando l'estensione dei diritti umani tocca lo status privilegiato dei membri di alcuni paesi.

⁹ Dal Lago, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, 2004

Una scottante problematica è quella del rapporto tra identità culturale e universalità dei diritti. L'immigrazione è la cartina tornasole di questo ambiguo rapporto. Ci si chiede quale sia il confine tra il rispetto delle differenze culturali e la tutela dei diritti della persona umana.¹⁰

Zamagni individua cinque principi che dovrebbero stare alla base di un modello di integrazione culturale che tutela i diritti fondamentali e al tempo stesso garantisce uno spazio pubblico ai soggetti portatori di una identità culturale diversa da quella del paese ospitante.¹¹

Il primo principio è quello del primato della persona sia sullo Stato sia sulla comunità- acquisizione pressoché indiscutibile delle società occidentali.¹²

Il secondo concerne invece la relazione tra persona e comunità. La soggettività della persona è il fondamento del rapporto comunitario, il quale trova consistenza a partire da soggetti che sono capaci e liberi di scegliere e dunque capaci di assumersi la responsabilità delle proprie azioni. Tuttavia, l'individuo isolato è pura astrazione ed egli non può prescindere dalla trama di rapporti che lo legano alla sua comunità. La persona, a differenza dell'individuo, è definita anche dalla cultura in cui essa è cresciuta e nella

¹⁰ Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Bologna, 1999 p.169 ss.

¹¹ Zamagni, Nuova questione migratoria, globalizzazione e integrazione culturale, novembre 2006

¹² Sen, *La ragione prima dell'identità*, in *La ricchezza della ragione*, Bologna, Il Mulino, 2000.;

Hardin, *One for all: the logic of group conflict*, Princeton University Press, 1995

quale essa sceglie di riconoscersi. Ecco perché le culture meritano tutela e riconoscimento.¹³

Il terzo principio è quello della neutralità dello Stato nei confronti delle culture che sono “portate” da coloro che in esso risiedono. Esso non va confuso con indifferentismo, tipico di uno Stato che si dichiara incapace di scegliere ovvero di stabilire differenze tra culture diverse.¹⁴

Secondo il quarto principio, lo Stato laico e neutrale, allo scopo di integrare le minoranze etnoculturali stabilisce una condizione minima, ossia che tutte facciano proprio un nucleo duro di valori irrinunciabili, a prescindere dall'appartenenza a una specifica cultura. E' dunque l'accettazione da parte di chi è portatore di una particolare cultura di tale nucleo di valori che, marca la soglia al di sotto della quale non è possibile accogliere alcuna legittima richiesta di riconoscimento a livello istituzionale, cioè pubblico, per quella cultura.¹⁵

Il rischio è quello di ricadere in atteggiamenti di imperialismo culturale. Nella ricerca di una soluzione, giunge in aiuto la riflessione di Viola, secondo cui i diritti dell'uomo non sono più definiti a prescindere dalle differenze (di genere, di religione, di razza, di cultura) ma come veri e propri diritti delle

¹³ Zamagni, *ibidem*

¹⁴ Zamagni, *ibidem*

¹⁵ *Ibidem*

differenze.¹⁶ Come a dire che la storia dei diritti si muove verso un universalismo né rigido né astratto o sradicato dal contesto esistenziale e, in linea di principio, è possibile trovare convergenza su un nucleo di valori comuni e condivisi, basilari per una pacifica convivenza all'interno della comunità.

2. La società multiculturale e i gruppi etnici

Le migrazioni accrescono in modo rilevante la varietà etnica, religiosa e culturale della società. Nascono così i concetti di “società multiculturale” e “società multi-etnica”, che sono descrittivi di una situazione reale, di fatto e che si distinguono dal “multiculturalismo”, in quanto questo rappresenta una possibile risposta alle problematiche che nascono all'interno della società multiculturale o etnica.

¹⁶ Viola, *Le origini ideali dei diritti dell'uomo*, in *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2000.

Basile definisce egregiamente il concetto di società multiculturale e specifica una distinzione tra “società multiculturale di tipo multinazionale” e “società multiculturale di tipo polietnico”.¹⁷

Secondo l'autore, la “società multiculturale” è una società caratterizzata al proprio interno dalla presenza di più gruppi culturalmente non omogenei. Per “gruppo culturale” si intende un gruppo socio-politico stanziato in un territorio geografico di regola di ampie dimensioni, composto da un numero considerevole di individui, che condividono una lingua comune.¹⁸

Nella società multiculturale di tipo multinazionale, il pluralismo culturale trae origine dall'assorbimento di gruppi culturali concentrati in un determinato territorio che in precedenza si governavano da soli. Si tratta delle cosiddette “minoranze nazionali autoctone”, le quali in genere rivendicano forme di autogoverno e preferiscono rimanere società distinte, caratterizzate da un patrimonio culturale inequivocabilmente diverso.¹⁹

Nella società multiculturale di tipo polietnico, il pluralismo culturale trova la propria genesi nell'immigrazione di individui e famiglie, reti di parentele e alleanze costituite in base alla provenienza geografica e che si limitano a perseguire finalità economiche, culturali e religiose, ma non politiche.²⁰ I

¹⁷ Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, p.29 ss

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999, p.15, p.37

²⁰ Kymlicka, *La cittadinanza*, cit. p.21

gruppi di immigrati aspirano alla conservazione di una parte del loro patrimonio culturale e a un adeguamento delle istituzioni e delle leggi dello Stato di accoglienza che renda loro più agevole la partecipazione alla vita pubblica, ma essi non sono politicamente organizzati e non mirano a rivendicare un'autonomia di gruppo.²¹

Nei confronti delle minoranze nazionali autoctone gli Stati sono tendenzialmente più propensi a concedere un trattamento differenziato in virtù della loro diversità culturale, probabilmente perché esse sono insediate sul territorio da secoli. Generalmente riconosciuto, anche attraverso convenzioni e dichiarazioni internazionali, è il loro diritto all'autodeterminazione.²²

Nel mondo, la considerazione della diversità culturale delle minoranze nazionali ha condotto all'adozione di rilevanti interventi legislativi in loro favore e, nella specie, all'accoglimento di ordinamenti consuetudinari diffusi presso le locali minoranze e al riconoscimento di esoneri o regimi speciali anche in ambito penale.²³

Nei confronti dei gruppi etnici di immigrati, invece, gli Stati sono disposti a fare concessioni solo limitate, nutrendo maggiori aspettative circa un loro

²¹ Facchi, *I diritti nell' Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*. Roma- Bari, 2004, p.9

²² Lattanzi, voce *Autodeterminazione dei popoli*, in *Dig. Disc pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, p.4

²³ Renteln, *The cultural defense*, 2004, p.94 ss.

inserimento sociale e adeguamento alla cultura del gruppo di maggioranza.²⁴

Kymlicka distingue i “diritti polietnici” dai “diritti nazionali”. Nel primo caso, egli fa riferimento ai diritti degli immigrati, ossia alle pretese di riconoscimento di condizioni più eque per l’integrazione, con cui si tenga conto della loro differenza culturale.

Mentre, nel secondo caso, il filosofo fa riferimento a rivendicazioni tipiche delle minoranze nazionali, come l’autogoverno, la possibilità di utilizzare nel pubblico la propria lingua madre e la possibilità di avere proprie istituzioni pubbliche, propri territori, università, reparti dell’esercito.²⁵

Nella trattazione che segue, si prenderanno in considerazione solo le società di tipo polietnico, per motivi di semplificazione, ma soprattutto per l’attualità del fenomeno migratorio in Europa e in Italia e per le ricadute dello stesso in ambito penale, pressoché assenti in riferimento alle società di tipo multinazionale (con la sola eccezione del caso dei Rom).

Alcuni autori preferiscono utilizzare il termine “multietnicità”, anziché “multiculturalità”. Nel primo caso le differenze sarebbero esclusivamente riconducibili alla diversa etnicità, contrariamente, nel secondo potrebbero

²⁴ Bernardi, *Modelli Penali e società multiculturale*, Torino, 2006, p.73 ss.

²⁵ Kymlicka. *La cittadinanza*, cit. p.170

derivare anche da altre diversificazioni di natura sociale, religiosa, ideologica.²⁶

Smith nel suo studio sulle radici etniche delle nazioni, ha definito il presupposto per la nascita e l'esistenza dei "gruppi etnici" come il convincimento di "condividere un'unica comunità di origine".²⁷

L'autore ha individuato sei elementi che caratterizzano le etnie. Ogni etnia ha: 1) un nome collettivo, 2) un mito di discendenza comune, 3) una storia condivisa, 4) una cultura distintiva condivisa, 5) l'associazione a un territorio specifico e infine 6) un senso di solidarietà attiva. Pertanto, può definirsi multi-etnica una società se i componenti dei vari gruppi all'interno della stessa sono consapevoli di possedere una cultura diversa ed esprimono l'intenzione di salvaguardare l'identità della stessa, anche con l'eventuale ricorso ad azioni collettive.²⁸

La trasformazione di una cultura da un modello sociale omogeneo a un modello sociale eterogeneo, non ancora integrato, è dolorosa e accompagnata da un aumento delle situazioni conflittuali, causate anche dalle rivendicazioni dei gruppi.

²⁶ Cesareo, *Società multi-etniche e multiculturalismi*, 2002, p.9; De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, cit. p.1 ss.

²⁷ Smith, *Il revival etnico*, 1984, p.68 in De Maglie, *I reati*. cit.

²⁸ *Ibidem*

Kymlicka opera una distinzione tra due tipi di rivendicazioni che essi possono avanzare. Le cd. “rivendicazioni di restrizioni interne” fanno capo a tutte le richieste rivolte ai componenti dello stesso gruppo. In sostanza, si cerca di imporre un modo tradizionale di vivere. Questo tipo di atteggiamento non può che implicare limitazioni più o meno invasive della libertà di alcuni individui che intendono discostarsene, in funzione della solidarietà del gruppo.

Le cd. “rivendicazioni di tutele esterne”, al contrario, riguardano i rapporti con il gruppo di maggioranza e sono finalizzate a proteggere la propria identità culturale dal potere economico o politico esercitato dall’altro gruppo.

Secondo il filosofo, Kymlicka le restrizioni interne non vanno assolutamente tollerate, in quanto non è giustificata la pretesa di imporre ad altri determinati aspetti di una tradizione culturale, che nello specifico non appare condivisa dal soggetto. Maggiore apertura si potrebbe avere nei confronti delle restrizioni esterne, ferma restando la loro legittimità solo nella misura in cui sono destinate a promuovere la parità tra i gruppi e non la discriminazione dell’uno a vantaggio dell’altro.²⁹

²⁹ Kymlicka, *La cittadinanza*, cit. p.265 ss.

3. La nozione di cultura

Un altro dei concetti da cui prende inizio la trattazione è quello di “cultura”, notoriamente esteso e compatibile con un grande numero di accezioni e definizioni. La definizione di cultura nelle scienze sociali è sempre stata al centro di ampi dibattiti: i diversi significati, infatti, non riflettono solo una diversa visione del concetto in sé, ma anche un diverso sguardo sulla realtà e differenti categorie percettive.

La nascita del concetto di cultura tradizionalmente si fa risalire alla crisi della concezione illuministica che considerava irrilevanti le differenze tra gli uomini allo scopo di descriverne la natura, in una visione egualitaria e universale dell'individuo.³⁰ E' in questa fase che si prende atto dell'assoluta inconsistenza dell'idea che la natura dell'uomo possa essere immune dal condizionamento dell'ambiente e delle circostanze di tempo e luogo. Ed è così che si comprende l'importanza rivestita dalla cultura nella formazione dell'identità dell'individuo ed essa diviene oggetto di studio da parte degli antropologi, dei filosofi e dei sociologi.

³⁰ Parisi, *La cultura dell'altro e diritto penale*, 2010, p.8

La prima definizione antropologica di cultura che si allontana dall'universalismo illuminista e sottolinea il carattere relativo della cultura è quella di Tylor, che nel 1871 definisce la cultura come il “complesso che include le conoscenze, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo come membro della società”.³¹

La definizione del padre fondatore dell'antropologia culturale è il punto di partenza essenziale per ogni tentativo di ricostruzione dell'evoluzione storica del concetto di cultura. Nella visione tyloriana, la cultura è un complesso statico, costante, immutabile di credenze che si incolla sul singolo da generazione in generazione.³²

Nella seconda metà del novecento, questa concezione statica entra in crisi. Essa viene attaccata dagli esponenti del postmodernismo e, in particolar modo, da Talcott Parsons e successivamente da Clifford Geertz.

La cultura secondo Parsons è un “sistema strutturato e ordinato di simboli e significati”, il quale ha influenza sull'agire umano, insieme ad altre componenti.³³ A differenza di Tylor, che equipara il fenomeno sociale e quello culturale, Parsons li distingue in modo più lucido, pur non dimenticando il rapporto di connessione in cui operano. Un aspetto

³¹ Tylor, *Primitive Culture*, in Bohannan-Glazer, *High Points in Anthropology*, New York, 1988, p.6

³² Sunder, *Cultural disset*, in Stan, L. Rev.2001, p.511

³³ Parsons, *Il sistema sociale*, Milano, 1965

importante della sua concezione è il riferimento a un sistema di simboli culturali, condiviso e organizzato all'interno del gruppo.

Il rapporto tra cultura e simbolo è poi approfondito da Clifford Geertz,³⁴ il quale specifica meglio la funzione del simbolo, ritenendo che esso non agisca solo a livello cognitivo, bensì volizionale, orientando anche le azioni del singolo.

Geertz inoltre sovverte del tutto il modello tradizionale tyloriano, attribuendo alla cultura i caratteri della dinamicità e dell'interazione.³⁵

Sulla scia di queste critiche, James Clifford introduce l'idea che la cultura non sia un bagaglio di modelli definiti, ma un insieme di possibilità e vincoli che strutturano la realtà in un processo dinamico di continua ibridazione con altre culture.

Fondamentale, nel quadro della nostra riflessione, è soffermarsi sugli esiti della speculazione di Charles Taylor, filosofo appartenente alla corrente multiculturalista, che approfondisce in particolar modo la nozione di "autenticità culturale" e il tema del riconoscimento.³⁶ Per Taylor l'identità individuale non è un prodotto sociale, ma si "genera interiormente", senza la necessità di conformarsi con un sistema eterno di valori e gerarchie.³⁷

³⁴ Geertz, *Interpretazione di culture*, Bologna, 1987, p. 86 ss. in Parisi, *La cultura dell'altr.* Cit.

³⁵ Wagner, *L'invenzione della cultura*, 1992, p.55

³⁶ Taylor, *La politica del riconoscimento in Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento.* 2003 p.9 ss.

³⁷ *Ibidem*

Nonostante questo assunto, il filosofo riconosce l'esistenza di un dialogo tra l'identità e l'altro.

Dunque, secondo la sua visione, l'identità, di per sé unica e irripetibile, finisce per necessitare di un riconoscimento sociale. Il riconoscimento è un bisogno insopprimibile dell'individuo e si pone al centro del dibattito sul concetto di cultura nel novecento.

Il ruolo delle culture sociali è stato ulteriormente approfondito dal filosofo Kymlicka, il quale ritiene che la cultura sia di fondamentale importanza per lo sviluppo della libertà individuale.³⁸

Secondo la sua impostazione, l'appartenenza ad una cultura di tipo "societale" (o pervasiva) influisce in modo determinante sull'identità individuale, pesa sulla formazione della personalità complessiva di ciascun individuo, condizionando la percezione di se stessi, la capacità di comprensione del reale e la possibilità di autodeterminarsi liberamente.

Kymlicka insiste, oltre che sul collegamento tra cultura e libertà individuale, sull'importanza dell'appartenenza culturale. Egli ritiene infatti che quest'ultima giochi un ruolo decisivo nella formazione dell'identità individuale e contribuisca all'affermazione dell'autorispetto.³⁹

³⁸ Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, 1995, p.134 ss.

³⁹ Kymlicka, *ibidem*

Nella sua lungimirante visione, la cultura è sinonimo di “nazione” o “popolo”, cioè di una comunità che occupa un determinato territorio e condivide una lingua e una storia distinte⁴⁰.

Questa è anche la formulazione della nozione di cultura accolta dalla dottrina penalistica, da cui prende forma la nozione di “reato culturalmente motivato” che presuppone per la sua configurazione un “conflitto culturale”.⁴¹

Allo scopo di attuare una delimitazione del campo di indagine, occorre infatti operare una *summa divisio*, distinguendo “cultura in senso ampio” da “cultura in senso stretto”. Essa può essere intesa, infatti, in un’accezione più ampia, come “modo di vivere e di pensare”⁴², ossia come modo di vivere complessivo. In questa accezione, il fattore culturale penalmente rilevante tende a confondersi con il concetto di *Weltanschauung*, di “visione del mondo” influenzata dalle proprie posizioni ideologiche e religiose⁴³.

⁴⁰ De Maglie, *Società multiculturale e diritto penale. La cultural defense*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, p. 226, 227; Basile, *Società multiculturali. Immigrazione e reati culturalmente motivati*, in Riv. it. dir. proc. penale 2008, p.1298

⁴¹ De Maglie, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2005, pag.187

⁴² Cuche, *La nozione di cultura nelle scienze sociali*, Bologna 2006, p.123; Bernardi, *Società multiculturali e “reati culturali”*. Spunti per una riflessione, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, p.6 ss; Bernardi, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, cit. p.141 ss.

Sempre in senso più ampio, si può parlare di cultura, intendendola in un'accezione per così dire "localizzata", in riferimento a specifici gruppi portatori di valori omogenei. In questo caso la cultura si fonda sul riconoscimento di determinate credenze e valori comuni, i quali possono discendere dalla nazionalità, dall'appartenenza religiosa e sociale, dal pensiero politico, dall'orientamento sessuale e così via, potenzialmente in conflitto anche con la cultura penale del gruppo egemone.

Ma un'eccezione così lata porta a ritenere la cultura una componente variabile da individuo a individuo, mentre perché possa darsi rilievo alla nozione sul piano penalistico, occorre che si faccia riferimento a un intero gruppo culturale e che sia così radicata al punto da aver creato consuetudini di comportamento riconosciute come valide dall'etnia e unanimemente osservate dai membri. Dunque, il fondamentale tratto della etnicità, presente nella speculazione Kymlickiana è essenziale ai fini della selezione dell'accezione di cultura penalmente rilevante.⁴⁴

Inoltre, il concetto di cultura, così come lo abbiamo specificato, affinché sia penalisticamente rilevante, non deve fare riferimento al singolo, bensì al gruppo. Margalit e Raz⁴⁵ elaborano uno studio molto utile sui requisiti che il gruppo di riferimento deve possedere perché il fattore culturale possa

⁴⁴ Basile, *Immigrazione*, cit. p. 39; De Maglie, *I reati*, cit. p. 23, entrambi citando Kymlicka, *La cittadinanza*, cit.

⁴⁵ Margalit e Raz, *National Self-Determination*, in *Journal of Philosophy*, 1939, p. 442 ss.

considerarsi rilevante da un punto di vista penalistico. A loro parere, i caratteri identificativi del gruppo sono: 1) la cultura comune, intesa nel senso “etnico” di cui sopra, che deve condizionare in modo determinante lo stile di vita e i comportamenti dei singoli componenti del gruppo, 2) il legame tra cultura del gruppo e la formazione del singolo, per quanto non sia esclusa la possibilità di modificare la propria “cultura di nascita”, 3) il reciproco riconoscimento o approvazione “con effetti interni”, anche se non necessariamente formale, che segnala l’appartenenza al gruppo e la condivisione di certi valori, 4) l’autoidentificazione con il gruppo, un atteggiamento che serve a conoscere e riconoscere se stessi, evitando la solitudine e l’emarginazione sociale del singolo, 5) il riconoscimento “con effetti esterni”, che diviene lo strumento attraverso cui si formulano richieste di apprezzamento nei confronti della società di maggioranza e infine 6) l’appartenenza e l’acquisizione, che sono conseguenza del riconoscimento del gruppo e che vengono accordati in conseguenza della loro origine o provenienza sociale e non di una scelta individuale.

Parisi sottolinea come un concetto di cultura più funzionale alle esigenze del diritto penale debba necessariamente fare riferimento a quegli aspetti della cultura che hanno la capacità di influenzare concretamente la capacità

d'orientamento e d'azione dell'agente.⁴⁶ In tal senso egli mostra di condividere il pensiero di Geertz che definisce la cultura come un “sistema di simboli significanti (...) di concezioni ereditate, per mezzo delle quali gli uomini comunicano, perpetuano e sviluppano la loro conoscenza e i loro atteggiamenti verso la vita (...) e che agisce come sistema di controllo per la direzione del comportamento umano”.⁴⁷

4. I conflitti di cultura

Definito il concetto di cultura e delineati i limiti di una concezione penalmente rilevante, occorre specificare l'importanza del ruolo della cultura nell'interpretazione delle emozioni e delle azioni umane. La condotta individuale non può esimersi dal subire un certo condizionamento da parte del modello culturale di riferimento; tuttavia è utile ricordare come il soggetto possa conservare un determinato margine di libertà di autodeterminarsi in modo differente. Proprio l'ampiezza di questo margine è da valutare caso per caso. Entro questi limiti residua la possibilità di muovere un rimprovero all'individuo, che ha agito dietro la spinta di diversi

⁴⁶ Parisi, *La cultura*, cit.p.16

⁴⁷ Geertz, *Interpretazione di culture*, cit.p. 139 in Parisi, *La cultura*, cit. p. 16

fattori. Da un punto di vista sociologico, si può inquadrare tale situazione nella categoria del “conflitto culturale”.⁴⁸

Sellin ha elaborato “la teoria dei conflitti culturali” e nella sua trattazione egli opera una distinzione tra “conflitto primario” e “conflitto secondario”.

Il conflitto primario è un conflitto tra codici di aree culturali diverse che vengono in contatto tra loro. Si verifica in aree geograficamente contigue o a seguito di una conquista o occupazione territoriale o, infine, a seguito delle migrazioni. Il conflitto secondario invece si risolve nell’ambito del processo di trasformazione di una medesima cultura.⁴⁹

Sellin distingue ancora tra “conflitto culturale interno” e “conflitto culturale esterno”. Nel primo caso, il conflitto rileva come aspetto interno della personalità dell’individuo e l’agente si trova esposto a condizionamenti di diversa natura e potenzialmente in conflitto⁵⁰. Il conflitto interno può essere molto grave e creare un forte disagio, una sorta di disorientamento psicologico, al punto da far saltare i meccanismi di autocontrollo, i quali normalmente assicurano un comportamento conforme alla legge. Manifestazioni di conflitto interno sono state riscontrate soprattutto tra gli immigrati, specie di seconda generazione. Si tratta perlopiù di giovani, sospesi tra due culture e due mondi, che non si riconoscono nella cultura

⁴⁸ Sellin, *Culture conflict and crime*, New York, 1938 p.57 ss.

⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁰ *Ibidem*

dei padri, né si identificano nella nuova cultura, di cui non hanno ancora assorbito gli usi e i costumi, i valori. Questo tipo di conflitto interessa prevalentemente le scienze psicologiche o psichiatriche ed esula dall'indagine in esame, non essendo decisivo per la costruzione della categoria dei reati culturalmente orientati.

Ciò che rileva ai fini della nostra trattazione, invece, è il conflitto esterno⁵¹. In questo caso, non è l'individuo a essere deviante rispetto alle norme della società ospitante, a causa del disorientamento di cui è vittima, ma le motivazioni che lo spingono a comportarsi in un determinato modo sono identiche a quelle di chi osserva la legge. Chi commette il reato lo fa perché resta fedele alle norme di condotta del suo gruppo, ai valori che ha interiorizzato nei primi anni della sua vita.

In alcuni casi i conflitti sono determinati da forti contraddizioni con le norme giuridiche penali dell'ordinamento dello Stato ospitante. I comportamenti illeciti, in contrasto con il sistema, sono permessi e accettati e, addirittura, in alcuni casi estremi, incoraggiati dai gruppi di appartenenza, in quanto conformi al loro bagaglio di regole culturali.⁵²

⁵¹ De Maglie, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, cit.

⁵² Ind. Pen., 2003 pag. 534 ss.

5. La cultura e il diritto penale

Esiste un forte legame tra cultura e diritto penale. Esso è ancora più forte e pregnante che in altri settori dell'ordinamento giuridico. Il diritto penale si caratterizza per essere un diritto prevalentemente locale e frammentario da un punto di vista geografico. Ogni Stato infatti ha il suo catalogo di reati e il suo catalogo di sanzioni, a causa del fatto che le leggi penali devono essere particolarmente “adatte” al popolo cui si applicano.⁵³ In ambito penale, il processo di statalizzazione risulta molto accentuato. Lo Stato ha il monopolio normativo e coercitivo, poiché le norme giuridiche penali devono dare garanzia assoluta di certezza e determinatezza e sono finalizzate a punire un determinato comportamento.⁵⁴

Altro carattere del diritto penale è la non-neutralità culturale, ovvero il forte condizionamento del contenuto delle norme penali ad opera della tradizione culturale.⁵⁵ Il diritto penale infatti è in costante cambiamento da un punto di vista storico-temporale.

⁵³ Basile, *Immigrazione e reati*, cit. p.76 ss.

⁵⁴ Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, p.30 ss.

⁵⁵ Basile. *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit. p.76 ss.

Le norme penali devono corrispondere a norme culturali diffuse nel corpo sociale, affinché il contenuto risulti conoscibile e affinché aumentino le *chances* di effettività ed efficacia del diritto penale.⁵⁶

Basile mette in luce, come, nell'ordinamento italiano, il legislatore faccia ricorso frequentemente a norme contenenti "elementi normativi c.d. culturali", il cui significato dipende dall'interpretazione "culturale" degli stessi, come ad esempio "il comune sentimento del pudore, il pubblico scandalo, la morale familiare, la pubblica decenza, i motivi di particolare valore morale o sociale ovvero abietti o futili, i concetti di onore, decoro, atti sessuali, maltrattamenti" e così via;⁵⁷ e anche a "norme penali impregnate di cultura", ovvero quelle la cui introduzione, modifica o eliminazione è dipesa dalla evoluzione delle norme culturali sottostanti, ad esempio il duello e di tutte le fattispecie, che denotavano un'ipervalutazione del sentimento dell'onore.⁵⁸

Solo a partire dal secondo dopoguerra le tendenze localistiche e non neutralistiche del diritto penale sono state in parte temperate dal processo di riavvicinamento degli ordinamenti giuridici, promosso dal Consiglio d'Europa, approvato alla nascita dell'Unione Europea e al Trattato di Lisbona.

⁵⁶ *Ibidem*

⁵⁷ Basile, *Ibidem*, cit. p.132

⁵⁸ Basile, *Ibidem*, cit. p.144

Altro elemento che ha messo in crisi le due caratteristiche, apportando crisi e tensioni è proprio l'immigrazione. Il passaggio del migrante da un ordinamento penale all'altro e il conflitto di norme che ne deriva può di certo essere causa di insuccesso per un ordinamento penale che si fonda sulla possibilità di conoscere la norma violata e sulla prevenzione generale e speciale della pena, finalizzata alla rieducazione.

Sono numerosi i procedimenti penali a carico di stranieri nell'ambito dei quali si è dibattuto se l'appartenenza culturale dell'autore possa avere influenzato la genesi e le modalità esecutive della condotta.⁵⁹

Posto che il sistema penale è quasi sempre espressione della “cultura locale maggioritaria”⁶⁰, come accennavamo prima, ben si comprende come un individuo appartenente a un gruppo minoritario possa violare una norma penale dell'ordinamento di accoglienza, pur essendo pienamente convinto di tenere “un comportamento invece tollerato, autorizzato o persino imposto nel contesto culturale di provenienza”.⁶¹

Di fronte a queste situazioni, l'interprete è costretto a chiedersi quale efficacia preventiva, generale e speciale, possa conservare il diritto penale

⁵⁹ Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit. p.2; De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010. p. 5; Bernardi, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*. Torino, 2010 p.57

⁶⁰ Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*.cit., Milano, 2010 p.14

⁶¹ Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit. cap.2

rispetto a chi non ne condivide il senso precettivo, legato indissolubilmente a valori culturali diversi dai propri.

Significative sono dunque le risonanze sul piano della dogmatica e dei diversi orientamenti di politica generale e criminale. Il fattore culturale coinvolge trasversalmente un gran numero di istituti penalistici, intersecando sia la struttura del reato, sia la tipicità, sia l'antigiuridicità, sia la colpevolezza, sia la punibilità, che la fase di commisurazione della pena.

6. Il reato culturale

Già in passato i reati commessi per motivi culturali erano oggetto di indagini di taglio comparatistico, relative a realtà socio-giuridiche contrassegnate dalla presenza di consistenti minoranze etniche. È paradigmatico il caso della società statunitense, da molti decenni composta da un gruppo culturale egemone e da un enorme numero di comunità di immigrati insediate nel territorio. Oggi a seguito dell'intensificazione dei flussi migratori, essi sono divenuti oggetto di interesse diretto per i paesi Europei.

La dottrina si è impegnata in modo assai laborioso sul fronte delle questioni terminologiche e della descrizione della categoria del reato culturale, ma i risultati non sono stati sempre coincidenti. La definizione di "reato

culturale” o “reato culturalmente motivato” o “reato culturalmente orientato” rappresenta uno degli aspetti più controversi in materia.

L’orientamento maggioritario mostra di condividere la definizione già suggerita da Jeroen Van Broeck.⁶² La condotta si sostanzia in un comportamento realizzato da un soggetto appartenente a un gruppo culturale di minoranza, che è considerato reato dall’ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza. Questo stesso comportamento, tuttavia, all’interno del gruppo culturale del soggetto agente è condonato o accettato come comportamento normale, approvato, o addirittura incoraggiato o imposto.⁶³ Pertanto, il reato culturale si configura soltanto sulla base del presupposto che il retroterra culturale dell’agente abbia avuto un ruolo importante, anzi decisivo, nella realizzazione della condotta criminosa.

Bernardi, in disaccordo con la posizione maggioritaria, propone una definizione di reati culturali di respiro più ampio, includendo non solo quelli “in senso stretto”, ovvero commessi da minoranze etnico-culturali, ma anche quelli “in senso lato”, ovvero commessi da cittadini di Paesi con

⁶² Van Broek, *Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural defense)* in European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2001, 1

⁶³ Grandi. *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?* In Pifferi, Giolo, *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*. Torino, 2009, p. 208, 209; Basile, *Immigrazione e reati ‘culturalmente motivati’*, cit. p. 53, De Maglie, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2005, 1, 191; ID, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in Scritti in onore di Marinucci, Milano, 2006, 215

cultura giuridica affine alla nostra, nei quali la matrice genericamente “culturale” della condotta discende dall’adesione a religioni, sette, tradizioni, concezioni del mondo caratterizzate da “norme culturali” in conflitto più o meno evidente con le “norme giuridiche positive”.⁶⁴ Tuttavia, l’adesione a tale posizione conduce con sé il rischio di considerare culturalmente motivato ogni reato commesso sotto l’influenza di un “modo di pensare” diffuso anche solamente in un micro-gruppo sociale o culturale. La definizione fornita dalla dottrina maggioritaria permette di mettere in evidenza due aspetti fondamentali. *In primis*, in ambito europeo, il problema dei reati culturalmente connotati è legato al fenomeno migratorio. Inoltre, il sistema penale è espressione della cultura maggioritaria e quindi si corre il rischio che determinati valori e principi storicamente connotati vengano universalizzati.

Da quanto detto emerge che un conflitto tra una norma culturale, radicata nella cultura del gruppo etnico di appartenenza dello straniero e una norma giuridica penale vigente nel paese di accoglienza dell’immigrato può fare da sfondo alla commissione di un reato. Tale situazione può essere astrattamente inquadrata nel “conflitto improprio di norme”, formula

⁶⁴ Bernardi, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, cit. p.141

utilizzata per indicare in diritto penale il contrasto tra una norma giuridica ed extragiuridica.⁶⁵

E' possibile individuare tre elementi fondamentali nella struttura del reato culturalmente motivato:

- 1) il motivo culturale, ovvero la riconducibilità della causa psichica soggettiva della condotta al bagaglio culturale di cui il reo è portatore;
- 2) la convergenza oggettiva tra la motivazione psichica individuale e una regola culturale diffusamente e generalmente osservata nell'ambito del gruppo etnico di appartenenza;
- 3) il divario tra culture, ovvero la consistente differenza tra la cultura del gruppo etnico dell'imputato, trasfusa nella norma culturale che ha motivato la condotta, e la cultura maggioritaria della società di accoglienza, che permea la norma penale violata.⁶⁶

I summenzionati requisiti vanno accertati processualmente al fine di accertare l'esistenza di un reato culturalmente motivato.

La prova del "motivo culturale" e della sua convergenza con una regola culturale diffusa e approvata dal gruppo si prospetta particolarmente onerosa, trattandosi di un fatto meramente psichico. Ancor più ardua

⁶⁵ Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, p.10

⁶⁶ Van Broeck, *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, 9, p.23; De Maglie, *Società multiculturali* cit., p. 232 ss.; ID, *Multiculturalismo e diritto penale* cit.p.28 ss.; Grandi, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana:una categoria negletta?*, in Pifferi, Giolo, (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, Torino, 2009, 205-207.

risulta la dimostrazione della c.d. “coincidenza di reazione”, per la quale occorre che sussista nella cultura del gruppo una norma, una regola, una prassi in grado di orientare in concreto la condotta dell’imputato e in astratto la generalità dei membri del gruppo ⁶⁷. Una parte della dottrina ritiene opportuno il ricorso alla prova scientifica, ovvero a una perizia culturale, che rappresenta un contributo indispensabile per coadiuvare il giudice, le cui conoscenze professionali e personali non si estendono alle nozioni delle scienze antropologiche.

7. La tipologia dei reati

La tipologia dei casi che rientrano nella categoria dei reati culturalmente motivati è composta e concerne la lesione di beni o interessi oggetto di tutela penale vari.⁶⁸ Nei casi più gravi offendono beni come l’incolumità individuale, la salute, la libertà individuale. Uno degli ambiti in cui essi si consumano più frequentemente è la dimensione familiare, scenario nel quale è più forte il richiamo del codice etico-culturale. Orbene, una determinata visione del nucleo familiare basata su una rigida divisione dei

⁶⁷ De Maglie, *Società multiculturali* cit, p.147

⁶⁸ Parisi, *Cultura dell’altro e diritto penale*, cit. p.43 ss.

ruoli familiari e dei poteri, in gran parte concentrati nelle mani del capo famiglia può influire sulla commissione di reati come la bigamia o l'incesto o l'abuso di mezzi di correzione o di disciplina, i maltrattamenti in famiglia, l'uso della violenza in funzione vendicativa di un torto subito, la sottrazione consensuale di minorenni, l'inadempimento dell'obbligo dell'istruzione scolastica, l'abituale esercizio di mestieri girovagli o l'impiego di minori nell'accattonaggio o nella commissione di reati contro il patrimonio⁶⁹.

Il contesto culturale di appartenenza può avere grande peso anche sul modo di concepire la libertà sessuale, specie se la società impone una visione maschilista del rapporto uomo-donna. Alcuni rituali di matrimonio, infatti, presuppongono una qualche forma di violenza fisica o morale e possono spingere al compimento di illeciti come un sequestro finalizzato al matrimonio o alla violenza sessuale intraconiugale. Mentre lo scopo di iniziare o purificare una donna può condurre alle mutilazioni genitali femminili, ossia forme di ablazione degli organi sessuali femminili. Allo stesso modo, alcune forme di contatto con le parti intime dei minori, semplici manifestazioni d'affetto dei genitori verso i figli, possono risultare lesive della libertà sessuale e del pudore.

⁶⁹ Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit. p.159 ss.

Un altro ambito di reati interessati al condizionamento culturale è quello delle c.d. scarificazioni o i tatuaggi ornamentali che possono causare lesioni permanenti dell'integrità fisica, ma appaiono giustificati da una peculiare idea del corpo umano e da una particolare funzione simbolica attribuita ad alcune parti di esso.

Inoltre, possono assumere fondamentale rilievo anche i reati legati alla detenzione di sostanze stupefacenti. In diversi paesi del mondo, la detenzione e l'uso di sostanze stupefacenti non solo non sono proibiti, ma addirittura sono enfatizzati e incoraggiati per ragioni di stampo culturale o religioso.

Accanto a queste condotte, ve ne sono alcune caratterizzate da minore contenuto offensivo. Ne sono un chiaro esempio le condotte legate all'utilizzo di taluni accessori nell'abbigliamento rituale di certe confessioni religiose, come nei casi di porto in luogo pubblico del coltello tradizionale (il kirpan) dei sikh, oppure l'uso del turbante in luogo del casco protettivo obbligatorio all'interno dei cantieri o alla guida dei motoveicoli, ovvero ancora l'uso di veli femminili in grado di nascondere i tratti del viso (il burqa) nel corso di pubbliche manifestazioni,⁷⁰ o ancora l'impiego di

⁷⁰ *Ibidem*

animali in cerimonie tradizionali o in competizioni sportive, che ne comporta il maltrattamento.

Capitolo secondo

Le diverse reazioni alla diversità culturale

1. Il multiculturalismo

La sfida lanciata dal fenomeno migratorio può essere affrontata in termini di chiusura ossia di imposizione di una cultura e rifiuto delle altre o in termini di rispetto delle stesse. La teoria politica ha messo a punto innumerevoli approcci e prospettive per affrontare la questione del multiculturalismo.

Si muove da una posizione di eguaglianza formale che significa eguale rispetto, ma anche di indifferenza nei confronti delle specificità, ad una posizione di implementazione delle culture, attraverso la promozione delle identità e previsione di azioni positive per il riconoscimento dei diritti culturali.

La vasta letteratura in argomento si può raggruppare intorno a quattro principali posizioni, ciascuna delle quali destinata ad ospitare un certo numero di varianti.⁷¹

⁷¹ Galeotti, *Multiculturalismo*, Napoli, 1999

Secondo la prima di tali posizioni il multiculturalismo costituisce un fattore di pericolo per i valori fondanti della società occidentale. Per questo motivo, i sostenitori della stessa suggeriscono alle istituzioni di tutelare i loro interessi, senza mai spingersi oltre fino al riconoscimento della loro identità. Le culture sono concepite su un piano di eguaglianza, ma sostanzialmente non interessano allo Stato. In tale ipotesi la società è multiculturale di diritto, ma non di fatto.⁷²

I migranti tutt'al più hanno la possibilità di associarsi privatamente per tutelare i propri interessi e dar corso alla proprie pratiche di vita sociali e religiose. Si tratta di un' auto-difesa dei valori intransigente di marca liberale.⁷³

La seconda posizione è quella dei sostenitori della società interculturale. A loro parere, è necessario sì conservare inalterato il nucleo di principi dell'ordine sociale liberale, ma è altrettanto necessario prendere in considerazione le domande identitarie delle minoranze al fine di assicurare loro l'integrazione nel tessuto sociale. Quindi non basta attribuire in astratto diritti e libertà, ma occorre garantire in concreto agli immigrati la capacità di godere di quei diritti per via della loro identità culturale. Occorre riconoscere pubblicamente le identità e ciò può avvenire solo attraverso la

⁷² Bouchard, *Identità culturale, uguaglianza, diversità* in *Quest.giust.*2001/3, p.473

⁷³ Sartori, *Pluralismo, multiculturalismo ed estranei*, Milano, 2000; Schesinger, *La disunione dell'America, Riflessioni sulla società multiculturale*, Princeton, 1991

predisposizione di interventi adeguati da parte delle istituzioni. In questa accezione di multiculturalismo, si opta per una politica attiva nei confronti delle culture e si cerca di trovare un equilibrio tra promozione differenziata di ciascuna cultura e discriminazione.

Il terzo approccio teorico è quello del multiculturalismo pluralista. L'idea di fondo di questa posizione è che le politiche pubbliche debbano spingersi fino a rinegoziare i termini dell'integrazione, consentendo agli immigrati di esprimere la loro diversità all'interno delle istituzioni del paese ospitante.

In ogni caso, è utile sottolineare come anche per questo tipo di approccio rimangono inaccettabili provvedimenti che mettono in pericolo i diritti umani fondamentali.⁷⁴ Quindi il progetto è quello di una società multiculturale nella quale vi sia un nucleo comune di valori c.d. "intoccabili", i quali rappresentano un limite al riconoscimento delle culture.⁷⁵ Lo Stato democratico liberale deve accogliere una nuova categoria di diritti, specificatamente pensati per la tutela dei gruppi minoritari contro le pretese assimilazioniste della maggioranza: i diritti culturali. Essi sono una categoria di diritti per i quali è discussa la titolarità del singolo o del gruppo.⁷⁶ Il diritto culturale non è il diritto di essere come gli altri, ma di essere altro. Si parla in proposito di "diritto alla differenza"

⁷⁴ Kymlicka, *Associazioni etniche e cittadinanza democratica*, Ricerca, 2000

⁷⁵ De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998 p.214

⁷⁶ Vitale, *Rivendicazioni etnoculturali e nazionalismi. Una prospettiva laica. Teoria politica*. 2001/2 p.75 ss.

ed esso non riguarda solo la protezione di una tradizione o di una pratica sociale differente, ma obbliga a consentire che ognuno individualmente e collettivamente possa costruirsi le proprie condizioni di vita.⁷⁷

La quarta e ultima posizione è quella dei liberal comunitaristi.⁷⁸ Essa fa proprio il principio del relativismo culturale e afferma che ogni cultura già per il solo fatto di esistere va giustificata. I valori e principi hanno statuto soggettivo e non possono mai diventare universali. Per questo non si può che prendere atto dell'esistenza di una cultura e porla in un piano di assoluta equivalenza rispetto alle altre. In definitiva, il comunitarismo finisce per relegare ciascuna cultura in una monade e negare la possibilità di un confronto, di un dialogo tra culture. Essa suggerisce e impone il principio di tolleranza.

Noi riteniamo che sia opportuno garantire uno spazio pubblico di riconoscimento ai soggetti portatori di un'identità culturale diversa da quella del paese ospitante. La piena realizzazione dell'identità personale non può dunque limitarsi al semplice rispetto dell'altrui libertà. In contrasto con la posizione neoliberale, occorre dare riconoscimento alle particolarità culturali anche a livello della sfera pubblica. Lo Stato non può trincerarsi dietro un bieco indifferentismo, ma occorre che scenda in campo per

⁷⁷ *Ibidem*

⁷⁸ Petroni, *Comunitarismo e liberalismo*, Keiron, 2001

salvaguardare i diritti culturali, seppur tentando di restare neutro e di trattare in modo imparziale le singole culture.

Lo Stato può far propri una serie di valori, considerati il nocciolo duro del proprio ordinamento sociale e civile, valevoli per tutti gli uomini, quale che sia la loro specifica cultura, senza che questa scelta rischi di condurre verso l'imperialismo culturale. Il modello culturale dei diritti umani oggi dominante è quello occidentale ma la nozione di diritti umani non è esclusiva dell'Occidente⁷⁹ e i diritti dell'uomo non sono più definiti a prescindere dalle differenze, ma come veri e propri diritti alle differenze.⁸⁰

L'obiettivo dunque è quello di far coesistere il principio di differenza culturale con il principio di eguaglianza interculturale e di consentire alle varie culture di dialogare e confrontarsi tra loro pacificamente, senza correre il rischio di assolutizzare una cultura. La nostra società deve trovare elementi di modernità nello straniero, così come lo straniero deve provare a giudicare la propria esperienza storica e le proprie pratiche culturali. Infatti, l'identità culturale non è mai un insieme concluso e definitivo di elementi culturali, quanto invece il risultato di un complesso intreccio di tradizioni e culture.⁸¹

⁷⁹ Sen, *I valori tra occidente e Oriente*, Avvenire, 2001

⁸⁰ Viola, *Le origini ideali dei diritti dell'uomo*, in *Etica e metafisica dei diritti umani*, Torino, 2000

⁸¹ Zoletto, *Gli equivoci del multiculturalismo*, in *Aut aut*, 2002, p.191

2. Assimilazionismo e multiculturalismo: due modelli di politica criminale a confronto

A partire dalla seconda metà del Novecento gli Stati Europei si sono trovati ad affrontare questioni del tutto nuove, connesse al fenomeno migratorio, come la concessione della cittadinanza, l'attribuzione di diritti civili, sociali, politici allo straniero, la disciplina della famiglia, dell'istruzione, del lavoro.⁸²

Differenti sono stati gli approcci al fenomeno della nascita della società multiculturale e le reazioni alla diversità culturale. Schematicamente in Europa essi possono essere ricondotti a due modelli: il modello "assimilazionista" o alla francese e il modello "multiculturalista" all'inglese.

Il primo modello cd. assimilazionista o integrazionista, diffuso in Francia, è volto ad una politica di inclusione delle diverse etnie, tendenzialmente votato all'eliminazione di ogni barriera culturale. Il modello si ispira a una logica di eguaglianza formale, di assoluta neutralità di fronte alle differenze culturali. Esso si basa sulla scelta di non riservare trattamenti speciali alle minoranze o ai gruppi etnici, rendendo la loro diversità culturale irrilevante

⁸² Facchi, *I diritti*, cit. p12

in ambito giuridico.⁸³ Solo per fare un esempio, la legge francese n.228 del 2004 vieta l'ostensione di simboli religiosi all'interno della scuola, allo scopo precipuo di imporre a tutti l'assoluta uguaglianza nello spazio pubblico.⁸⁴

In Francia, le politiche di integrazione sono tradizionalmente orientate all'obiettivo della condivisione di valori pubblici comuni, al raggiungimento di una certa omogeneità culturale. Secondo l'Haut Conseil à l'Intégration del 1993, la via francese all'integrazione dovrebbe conformarsi a una logica di uguaglianza tra individui e non a una logica di riconoscimento di diritti collettivi delle minoranze. L'inclusione dovrebbe avvenire su base individuale attraverso un accesso relativamente facile alla cittadinanza, e al conseguente riconoscimento dei diritti (quelli politici in particolare) e dei doveri propri del cittadino (incluso il servizio militare). La strategia francese si fonda sull' "uguaglianza degli individui di fronte alla legge, indipendentemente dalle loro origini, dalla loro razza e religione". L'interazione è favorita dalla condivisione di una lingua comune, dall'accesso all'istruzione pubblica sulla quale è incardinato fare un esempio il sistema educativo nazionale.⁸⁵

⁸³ Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit. p. 57-60

⁸⁴ Tega, *Il Parlamento francese approva la legge anti-velo*, in Quad.Cost.2004

⁸⁵ Zincone, a cura di, *Immigrazione: segnali di integrazione. Sanità, scuola e casa*, Il Mulino 2009, pp. 22-32

Il secondo approccio cd. multiculturalista o all'inglese si fonda sul riconoscimento e sul mantenimento delle differenze in ambito nazionale, esigendosi dai gruppi etnici solo il rispetto delle regole fondamentali per la convivenza civile. Esso si ispira a una concezione sostanziale dell'uguaglianza ed è quindi caratterizzato dall'accettazione delle diversità, con conseguente adozione di strategie tolleranti e pluraliste, che consentono agli immigrati di conservare la loro identità, la loro unicità.⁸⁶ In questo modello, infatti, l'obiettivo ideale consiste nel permettere ai membri delle minoranze etniche di partecipare liberamente e pienamente alla vita economica, sociale e pubblica del paese, con tutti i benefici e le responsabilità che ciò comporta, ma essendo ancora in grado di mantenere la propria cultura, le proprie tradizioni, la propria lingua e i propri valori.⁸⁷ A livello legislativo, l'adesione a tale modello in Inghilterra ha comportato l'adozione di alcune norme che prevedono deroghe, esenzioni o comunque regimi giuridici speciali in virtù dell'appartenenza ad un gruppo etnico di immigrati (ad esempio: legge che consente ad ebrei e musulmani di macellare gli animali secondo le loro tradizioni seppur in deroga alle disposizioni, anche penali, vigenti in materia; disposizioni che consentono agli indiani sikh di portare il turbante al posto dell'elmetto protettivo nei

⁸⁶ Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit. p.60-61

⁸⁷ Zincone, *ibidem*

cantieri edili e al posto del casco quando sono alla guida di motoveicoli, etc.).

Secondo il penalista Bernardi, entrambi i modelli perseguono, seppur ricorrendo a metodi antitetici, lo stesso scopo, ossia l'integrazione degli immigrati nella società d'accoglienza, ma in entrambi i casi si può affermare che esso non sia stato raggiunto.⁸⁸ L'autore ritiene che sia impossibile considerare i due modelli in una versione per così dire "pura". Ciascuno di essi conosce innumerevoli sfumature e forme di contaminazione. Il tentativo di schematizzare i diversi approcci scelti dagli Stati corre il rischio di apparire semplicistico, se si tiene conto della mutevolezza delle opzioni attuate dai legislatori e dai giudici anche all'interno dello stesso Paese.

Sotto un profilo più strettamente penalistico, i contrapposti modelli di un modello orientato in senso assimilazionista o multiculturalista presentano diversi nodi critici. Una politica criminale che rispetta in modo ossequioso e rigido il principio di uguaglianza formale, senza tener conto del fattore culturale, rischia di mettere in ombra un aspetto centrale della personalità dell'autore e ciò sembra entrare in conflitto con il principio di colpevolezza

⁸⁸ Bernardi. *Modelli*, cit.p. 88 ss. in Basile, *Società multiculturali*, cit. p.1312 ss

e con il principio di proporzionalità della pena e sembra non essere opportuno neanche sotto il profilo della prevenzione generale e speciale.⁸⁹

Al contempo, sul versante del modello multiculturalista, un'accentuata valorizzazione in sede penale dell'identità culturale diversa avrebbe delle ricadute sia sul principio di tassatività e determinatezza della norma, sia sulla funzione deterrente della norma penale e di quella di orientamento culturale. Inoltre, essa comporterebbe un sacrificio di beni giuridici di fondamentale importanza come la vita, la salute, la libertà persona, di pensiero, espressione, religiosa.⁹⁰

La più ricorrente obiezione al modello multiculturalista asserisce infatti che l'incoraggiamento di pratiche culturali diverse potrebbe essere causa di un attentato ai valori liberal-democratici degli Stati Europei. Di fatto tale obiezione risulta facilmente superabile, in quanto anche nel modello multiculturalista sono ravvisabili dei limiti alla tolleranza.⁹¹ Esso infatti non mostra accondiscendenza per comportamenti che, seppur radicati in una data cultura, mettono a repentaglio i diritti umani, così come sviluppati nell'ordinamento internazionale e dei singoli paesi.⁹²

⁸⁹ Bernardi, *Modelli*, cit. p.68-69

⁹⁰ Bernardi, *Modelli penali*, p.63-70

⁹¹ Bobbio, *Le ragioni della tolleranza*, in *L'età dei diritti*, Torino, 1992

⁹² *Manifiesto sobre diversidad cultural y política criminal*, Bilbao, 1996; Olivares, *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, 2012, p.13

Naturalmente la portata del riconoscimento del fattore culturale in sede penale non dipende soltanto da ragioni politico-ideologiche, ma anche dalla tipologia di reato commesso, specie in relazione al diverso coefficiente di offensività di ciascun fatto illecito e dal grado di soggettivizzazione dell'ordinamento penale.⁹³

Sotto il primo profilo, nel novero dei reati culturali possono rientrare, infatti, sia comportamenti dalla carica offensiva pressoché nulla o modesta, sia comportamenti offensivi di beni di rango non primario o primario sia, infine, fatti gravemente offensivi di diritti fondamentali.⁹⁴ Così il legislatore e l'interprete tendono a valutare favorevolmente il condizionamento culturale solo qualora si tratti di comportamenti connotati da un modesto contenuto offensivo e non suscitanti particolare allarme sociale.

Sotto il secondo profilo, assume un grande rilievo lo spazio che un ordinamento riserva all'elemento soggettivo della condotta delittuosa. Quindi un'apparente contraddizione tra la politica criminale e la prassi giurisprudenziale trova spiegazione proprio in una maggiore attenzione verso le componenti psicologiche che influenzano la condotta.⁹⁵

⁹³ Nuvolone, *I fini e i mezzi della scienza penale*, In *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1969, p.152

⁹⁴ Bernardi, *ibidem*, p.88 ss.

⁹⁵ Bernardi, *L'ondivaga rilevanza*, cit.p.25 ss.

Anche le contingenze storiche e politiche possono avere un peso decisivo sulla rilevanza attribuita al fattore culturale, posto che la valutazione dell'allarme sociale gioca un ruolo non indifferente. Ciò ha un impatto determinante sia sulle politiche legislative che sulle decisioni giurisprudenziali.

Infine, ultimo fattore condizionante e ineliminabile delle scelte in sede di applicazione della legge è la cultura del giudice.⁹⁶

Nel panorama di giurisprudenza degli Stati Europei, con facilità si riscontrano oscillazioni tra l'atteggiamento di benevola tolleranza, caratterizzato dalla valorizzazione della matrice culturale della condotta ai fini dell'esclusione o dell'attenuazione della risposta punitiva nei confronti dell'autore e l'atteggiamento di indifferenza contrassegnato dall'assenza di qualsivoglia trattamento diversificato nei riguardi dell'autore culturalmente motivato o ancora l'atteggiamento di intolleranza, contraddistinto dalla valorizzazione della matrice culturale della condotta in senso sfavorevole all'autore, con il risultato di punire o punire più gravemente determinate condotte commesse sotto l'influsso dell'appartenenza culturale.⁹⁷

⁹⁶ Pastore, *Identità culturali, confini normativi e processo penale*, in Pastore- Lanza, *Multiculturalismo*, cit. p.50

⁹⁷ Bernardi, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, p.3 ss.

3. La posizione italiana, tra aperture e intransigenze

La posizione italiana è di assai difficile individuazione, in quanto il nostro Paese non ha aderito a nessuno dei due modelli di cui abbiamo dibattuto sopra. Parte della dottrina ha provato a ricondurre l'ordinamento italiano al modello assimilazionista⁹⁸, altra parte della dottrina ha parlato di oscillazione tra i due paradigmi⁹⁹.

Da un lato, infatti, si registra un'apertura ai valori interculturali, essendo riscontrabili singole disposizioni di legge che prevedono deroghe, sanzioni, regimi giuridici speciali in virtù dell'appartenenza al gruppo culturale immigrato¹⁰⁰; dall'altro, diversi interventi legislativi appaiono ispirati a una logica di repressione e disincentivazione di pratiche, usanze, tradizioni culturali diverse dalla nostra¹⁰¹.

Una debole adesione al modello multiculturalista potrebbe desumersi dall'art.42 T.U. Immigrazione che sottolinea l'esigenza di favorire “la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali, ricreative, sociali, economiche e religiose degli stranieri regolarmente soggiornanti in

⁹⁸ Bernardi. *Minoranze culturali e diritto penale*, in Dir. Pen. Proc. 2005, 10, 1200; De Maglie. *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, cit.

⁹⁹ Basile. *Immigrazione e reati culturalmente motivati*. cit. p.63; Basile. *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 2007, p.1336 ss.

¹⁰⁰ Aperture verso il modello interculturale sarebbero ravvisabili: nel T.U. immigrazione, nella “Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione”, in alcuni pareri del Comitato Nazionale di Bioetica, nel documento su “Alimentazione differenziata e interculturalità. Orientamenti bioetici”.

¹⁰¹ Basile. *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 2007, p.1336 ss.

Italia”); dall’art. 43 T.U. che vieta ogni discriminazione a danno degli immigrati; dall’art. 38, comma 3 T.U. che recita “la comunità scolastica accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra le culture della tolleranza; a tal fine promuove e favorisce iniziative volte alla accoglienza, alla tutela della cultura della lingua d’ordine e alla realizzazione di attività interculturali comuni”.

Anche dalla Carta dei Valori della cittadinanza e dell’integrazione, adottata dal Ministero dell’Interno il 23 aprile 2007, si può evincere l’intento di assicurare agli immigrati la fruizione dei diritti fondamentali e di offrire un cammino di integrazione e partecipazione attiva alla vita sociale. La Carta, redatta secondo i principi della Costituzione italiana e delle principali Carte europee e internazionali dei diritti umani, si sofferma in modo particolare sui problemi posti dalla multiculturalità alle società occidentali. Nel prologo si legge “La Carta enuclea, anche in un’ottica programmatica e in vista di una sempre più ampia realizzazione, i principi ispiratori dell’ordinamento e della società italiana nell’accoglienza e regolazione del fenomeno migratorio di un quadro di pluralismo culturale e religioso”.

Tuttavia, da altri elementi potrebbe invece desumersi un atteggiamento dello Stato italiano di marca assimilazionista nei confronti della diversità culturale.

La Costituzione italiana, pur attribuendo al cittadino e allo straniero un grande numero di diritti e di libertà fondamentali, contempla alcune deroghe esplicite, come ad esempio il limite del buon costume o il limite dell'ordine pubblico, a cui si accompagna l'elaborazione della c.d. "teoria dei limiti impliciti" da parte della Corte costituzionale, in base alla quale le libertà e i diritti individuali di fonte costituzionale possono essere compressi o derogati per talune ragioni deducibili da altre norme costituzionali ovvero dall'intero sistema¹⁰². Così facendo, rischia di ampliarsi notevolmente il margine di discrezionalità degli organi nazionali e di rendere le scelte frutto di giudizi di bilanciamento travagliati e discutibili¹⁰³, mentre in una società segnata da multiculturalità le pratiche non caratterizzate da un insanabile conflitto con i diritti fondamentali dei consociati o con i supremi interessi dello Stato dovrebbero essere tollerate e sottratte all'intervento penale, che ha un preciso ruolo di *extrema ratio*¹⁰⁴.

De Maglie, che distingue ulteriormente il modello assimilazionista in "assimilazionista-egualitario", ispirato alla logica dell'uguaglianza formale, e "assimilazionista-discriminatorio", caratterizzato da reazioni "iperpunitive", in caso di mancato adeguamento alla cultura del sistema di

¹⁰² Barile. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 42 ss.

¹⁰³ D'Alessio. *Commentario breve alla Costituzione*, cit., sub art. 17, p. 105, 109

¹⁰⁴ Marinucci, Dolcini. *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, p. 802 ss.

accoglienza,¹⁰⁵ definisce “assimilazionista discriminatorio” il sistema penale italiano, rintracciando nel nostro ordinamento fattispecie tese a colpire condotte di chiara matrice culturale attraverso un considerevole inasprimento dell’apparato punitivo: l’introduzione del reato di mutilazioni genitali femminili (art. 583bis c.p.) e il reato di impiego di minori dell’acattonaggio (art. 600octies c.p.). Così facendo l’Italia ha inaugurato una reazione del tutto nuova nel panorama europeo, nel segno dell’intolleranza nei confronti dei reati culturalmente orientati.¹⁰⁶

¹⁰⁵ De Maglie. *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, cit. p.32

¹⁰⁶ De Maglie. *I reati culturalmente motivati*. Cit. p.36 ss.

Capitolo terzo

L'esperienza statunitense: la cultural defense

1. Il dibattito sulla “ragione culturale”

Il multiculturalismo è il tratto tipico della società statunitense, in virtù del fatto che, all'interno del medesimo territorio convivono etnie differenti, *backgrounds* culturali molto variegati e inevitabilmente una pluralità di modi di pensare e di vivere.¹⁰⁷ E' proprio nell'esperienza statunitense che nasce convenzionalmente, nel corso degli anni ottanta del secolo scorso, la riflessione sui reati culturali, ad opera di avvocati di imputati asiatici che si erano resi responsabili di condotte, che oggi potremmo ricondurre alla categoria in esame.¹⁰⁸ Si tratta dei c.d. *leading cases*, ovvero i casi più eclatanti in cui il collegio difensivo ha tentato di introdurre la ragione culturale.¹⁰⁹ Questo segna l'avvio di un ampio dibattito sul

¹⁰⁷ De Maglie, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in Riv. It. Dir.Proc. Pen., 2005, p. 175; Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995, p. 13-14

¹⁰⁸ Grandi, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in Ind. Pen. 2007, 1, 252

¹⁰⁹ Monticelli, *Le cultural defenses (esimenti culturali) e i reati culturalmente orientati*, in Ind. Pen. 2003, 2, 541-543 C. De Maglie, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in Scritti in onore di Marinucci, Milano, 2006, 217; ID, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in Bertolino, Forti (a cura di), Scritti per Federico Stella, Napoli, 2007, 185; Basile, *Immigrazione e reati “culturalmente motivati”*. *Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, 272; ID. Si tratta perlopiù di omicidi (filicidi o uxoricidi dell'infedele) e condotte offensive della libertà sessuale (in seguito a matrimoni combinati o forme particolari di corteggiamento).

multiculturalismo e sulla convivenza di molteplici culture diverse e, in particolare, su quale debba essere il punto d'equilibrio fra giustizia e libertà, su quali limiti invalicabili debbano essere frapposti all'esercizio del c.d. "diritto alla diversità culturale", che viene a scontrarsi con le esigenze di uniformità, efficacia e credibilità del sistema penale.¹¹⁰

Lo studio e l'analisi delle esperienze statunitensi può dunque fornire all'interprete europeo utili indicazioni.

2. La cultural defense, ovvero la cultura come difesa

In ambito penalistico il dibattito si sviluppa mettendo a fuoco il fenomeno delle c.d. "*cultural offences*" o dei c.d. "*culturally motivated crimes*". Con l'obiettivo di rendere armonico il rapporto tra norme culturali e diritto penale, tra tradizioni appartenenti a minoranze etniche e consuetudini o valori etico-sociali ritenuti prevalenti nel paese ospitante, dottrina e giurisprudenza statunitensi elaborano la nozione di "*cultural defense*".

La "*defense*" nel diritto statunitense costituisce un "argomento che l'imputato può addurre a propria difesa per confutare l'accusa mossa a suo

¹¹⁰ Capotorti, *Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Rivista Internazionale sui diritti dell'Uomo*, 1992, p.102 ss.

carico”¹¹¹ o ancora “una classe determinata di condizioni o di circostanze che possono escludere l’imputazione o comportare un trattamento più favorevole per un reato”.¹¹²

La “*cultural*” *defense*, dunque, non è un istituto ma una strategia difensiva, un argomento di difesa, nello specifico, fondato sulla diversità culturale dell’imputato e sul presupposto che il fattore culturale abbia esercitato un’influenza determinante sulla commissione del reato. A fondamento di ciò sta la convinzione che la cultura eserciti una forte influenza sugli individui, predisponendoli ad agire in modo conforme alla loro educazione.¹¹³

Tuttavia, le Corti statunitensi non considerano sufficiente l’invocazione di un proprio modo di vivere o di una particolare ideologia, ma ritengono necessario che l’agente si sia mosso, spinto da un vero e proprio *humus* culturale che ha fortemente condizionato la sua condotta.

La *cultural defense* può essere cognitiva o volitiva. Si tratta di una distinzione che mira a evidenziare quali aspetti del processo decisionale dell’agente siano stati investiti dalla motivazione culturale.

¹¹¹ Grande, voce *Justification and Excuse* (le cause di non punibilità nel diritto angloamericano), in Dig. Disc. Pen., vol. VII, Torino, 1993, p. 310.

¹¹² La Fave, *Criminal Law*, St. Paul (Min.), 2003, p.445.

¹¹³ Renteln, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, in Canadian Journal of Law and Society, Vol. 20, 1, 2005, p. 48.

La prima situazione emerge quando il retroterra culturale dell'agente gli impedisce di capire che il suo comportamento integra un reato; in altre parole, l'imputato non si rende conto che le azioni dettate dalla sua cultura sono, invece, in contrasto con le leggi del Paese ospitante.

La seconda ricorre quando il soggetto è ben consapevole del fatto che la sua condotta è proibita dalla *criminal law* dominante, ma agisce perché obbligato dalla forza imperativa della sua cultura d'origine. Una differenziazione che, come si avrà modo di verificare, ha incidenza in materia di inescusabilità dell'*ignorantia legis*.

3. La natura giuridica della cultural defense

La *cultural defense* si configura come una causa di giustificazione o una causa di esclusione della punibilità o una circostanza attenuante applicabile ai soli gruppi etnici che vantano tradizioni culturali non affini a quelle del gruppo di maggioranza, nel rispetto del principio di eguaglianza, inteso nella sua accezione sostanziale, e del giusto processo. Il riconoscimento di una siffatta *cultural defense* implica che i soggetti appartenenti ad una minoranza culturale che agiscono in conformità alle prescrizioni della

propria cultura, non debbano essere considerati pienamente responsabili per la condotta che viola la legge vigente.¹¹⁴

Nel diritto statunitense non esiste una norma o un istituto che dia espressamente rilevanza giuridica alla *cultural defense*.¹¹⁵

La *cultural defense* non opera dunque mai autonomamente, bensì attraverso il ricorso ad altre *defenses* da tempo riconosciute dalla giurisprudenza, come ad esempio la legittima difesa (*self defence*), l'errore di fatto (*mistake of fact*) o lo stato passionale e depressivo (*unconsciouness and heat of passion*), la provocazione (*provocation*), il vizio di mente (*insanity*), non intenzionalità (*lack of specific intent*), o una generica diminuzione della pena (*diminished responsibility*).¹¹⁶

Emergono tre diverse categorie dottrinali all'interno delle quali l'elemento culturale ricopre di volta in volta un ruolo profondamente diverso: la *cultural defense* come causa di esclusione dell'antigiuridicità del reato (*affermative defense o complete defense*), come scusante tesa ad escludere o ridurre l'elemento soggettivo del reato (*derivative defense*) ovvero come circostanza attenuante (*mitigative defense*).

¹¹⁴ Van Broek, *Cultural Defense*, cit., p. 28.

¹¹⁵ Monticelli, *Le "Cultural Defenses"*, cit., p. 547

¹¹⁶ Robinson elenca un numero pari circa a cinquanta cause di esonero da responsabilità e le raggruppa in cinque categorie: *failure of proof defenses*, *offense modifications defenses*, *justifications*, *excuses*, *monexculpatory defenses*. Esse si contrappongono alle offenses, le quali operano con funzione incriminatrice. Robinson. *Criminal Law defenses: A systematic analysis*, in Colum, L. Rev.1982 p.117 ss.

Nel primo caso, essa rientrerebbe nella categoria delle *justifications*. “La condotta rimane criminale, ma per le circostanze del caso concreto è socialmente accettabile e non merita né imputazione né censura”,¹¹⁷ così come accade per le altre cause di esclusione del reato codificate, ad esempio la legittima difesa o lo stato di necessità.

Nel secondo caso, invece, la *cultural defense* si configurerebbe come *excuse*. Il soggetto attivo non subisce alcuna pressione “esterna”, a differenza di quanto avviene per le *justifications*, ma una pressione “interna”, che esclude la colpevolezza giacché implica una condizione soggettiva di minore rimproverabilità del comportamento del soggetto attivo. Il background culturale gioca un ruolo di fondamentale rilievo nel considerare il livello di riprovazione morale del soggetto o di un ragionevole agente posto nella medesima situazione, caratterizzata da eccezionalità.

La *cultural defense* come *derivative defense* mette in dubbio la presenza di *actus reus* o *mens rea* similmente a quanto accade per l’infermità mentale o l’errore di fatto.

Infine, tale figura potrebbe operare come circostanza attenuante, nelle vesti di *mitigative defense*, sia per derubricare il titolo di reato che per imporre

¹¹⁷ La Fave, *Criminal Law*, cit., p. 446

una pena più lieve o, meno formalmente, per beneficiare del patteggiamento.

Analizzando la casistica giurisprudenziale americana, emerge che la strategia difensiva della *cultural defense* viene utilizzata in fasi diverse.

In fase predibattimentale, in sede di *plea bargaining*, essa viene utilizzata al fine di indurre il *prosecutor* a una definizione anticipata del processo.

L'istituto è molto simile al patteggiamento e consente all'imputato che si riconosce colpevole di ottenere tutta una serie di benefici, come la derubricazione del reato o la diminuzione dei capi d'accusa o una pena più mite.¹¹⁸

In altri casi invece la motivazione culturale viene in considerazione, successivamente, in fase dibattimentale, in veste di una vera e propria eccezione processuale, opposta dall'imputato allo scopo di confutare l'accusa mossa a suo carico o in fase di *sentencing*, come circostanza attenuante allo scopo di ottenere una pena più mite per specie o durata.¹¹⁹

¹¹⁸ Note, *The cultural defense in the Criminal Law*, In Harv. L. Rev., 1986, p.1295

¹¹⁹ Lee, *Cultural Convergence: Interest convergence Theory Meets the cultural defense* in Ariz. L. Rev., 2007, p. 915

4. La cultural evidence

Al *background* culturale dell'autore del reato si attribuisce rilievo attraverso modalità riconducibili allo schema della *cultural evidence*, la quale rappresenta perlopiù una prova “culturalmente connotata”. Si tratta di una strategia processuale che tiene in considerazione la diversità culturale, senza stravolgere i principi su cui si fonda il diritto penale americano.

Per quanto concerne l'ammissibilità e la rilevanza della *cultural evidence* nel processo penale americano, le Corti godono di ampia discrezionalità in merito all'ammissione della stessa. Tuttavia è possibile individuare i principi base che consentono di ritenere ammissibile e rilevante la prova e dunque di qualificare il fatto commesso come reato culturale.¹²⁰

E' possibile distinguere tre gradi o fasi di accertamento della prova.¹²¹ Nel primo grado, occorre indagare sui motivi che hanno spinto l'imputato a commettere il reato, valutando tutti gli aspetti della personalità del singolo e della sua vita, per verificare se la cultura d'origine può davvero essere stata in grado di influenzare la sua condotta.¹²² La Corte potrebbe non ammettere la prova culturale, ad esempio, quando nell'imputato è presente un elevato

¹²⁰ Foblets, *Cultural delicts: The repercussion of cultural conflicts of delinquent behaviour. Reflections on the contribution of legal anthropology to a contemporary debate*, in Eur. J. Crime Crim. L. and Crim. Just., 1988, p. 187 ss.

¹²¹ De Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit. p.117 ss.

¹²² De Maglie, *ibidem*

livello di integrazione, tenendo conto della durata della permanenza nel paese ospitante o anche di altri fattori come l'esposizione alle istituzioni socializzanti, il contatto con soggetti appartenenti alla sua stessa cultura.¹²³

In un secondo momento, nel secondo grado per l'appunto, occorre dimostrare che la motivazione culturale dell'individuo ha una dimensione oggettiva, ovvero che essa è espressione del bagaglio culturale del gruppo etnico di appartenenza.¹²⁴ E' necessario avvalersi della testimonianza di esperti culturali o di altri membri del suo gruppo culturale per dar prova del contenuto della cultura. Deve sussistere infatti quella che De Maglie definisce la c.d. "coincidenza di reazione" tra il singolo e la generalità dei membri del gruppo etnico.¹²⁵ Il difetto di una significativa relazione tra il fatto commesso e la cultura d'origine, potrebbe essere anch'esso causa di inammissibilità o irrilevanza della prova.

Infine, nell'ultimo dei tre gradi, è imprescindibile anche fare un raffronto tra le norme, della cui esistenza è stata data prova, e quelle del gruppo dominante per verificare se esiste un divario notevole, avvalendosi della consulenza di un esperto culturale. Solo l'esistenza di una forte diversità di

¹²³ Van Broeck, *Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offense)* in Eur. J. Crime Crim. L. and Crim. Just, 2001, p. 23 ss; Goldstein, *Cultural conflicts in Court: Should the american criminal justice system formally recognize a cultural defense?* In Dick, L. Rev.1994, p. 1994, p.141 ss.

¹²⁴ Woo, *The people v. Fumiko Shimura: But which people?* In Int. J. Soc. L., 1989, p.410

¹²⁵ De Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit. p.117 ss.

vedute può condurre la Corte a ritenere che la motivazione culturale sia degna di considerazione.¹²⁶

5. Il dibattito sull'introduzione della “*formal cultural defense*”

In dottrina è ampiamente dibattuta la possibilità di introdurre la c.d. *formal cultural defense*, ovvero una causa di giustificazione o di esclusione della punibilità formulata *ex novo* e applicabile ai soli gruppi che vantino particolari tradizioni culturali.

Le motivazioni con cui una parte della dottrina argomenta la necessità di introdurre una scriminante culturale nel sistema statunitense ruotano essenzialmente attorno al rispetto dei valori di uguaglianza e di *individualized justice*.

In riferimento al principio di uguaglianza, si sostiene che un sistema in cui un immigrato o un appartenente a una minoranza venga condannato e punito per essersi comportato secondo i dettami della propria cultura è un sistema in cui chiaramente la maggioranza si pone nei confronti di

¹²⁶Van Broeck, *Cultural defense*, cit. p. 24

quest'ultima con un atteggiamento di superiorità.¹²⁷ La società è tenuta a considerare il fatto che un immigrato non ha le stesse opportunità di assorbire, attraverso istituzioni sociali come la scuola, il lavoro la famiglia i valori sottostanti alle norme penali del paese di destinazione.¹²⁸

Altro principio fondamentale strettamente connesso al principio di eguaglianza è la garanzia dell'imparzialità del giudice poiché una *formal cultural defense* contribuirebbe a ridurre la dose di discrezionalità e arbitrio nella considerazione dell'elemento culturale all'interno delle Corti.¹²⁹

Un'ulteriore considerazione attiene all'istituto dell'*insanity defense*, al quale si ricorre spesso allo scopo di far operare la *cultural defense*. Questa operazione potrebbe avere in alcuni casi valore discriminante, in quanto induce all'apprezzamento dei valori culturali diversi in qualità di sintomi di *mental illness*. Lo stesso concetto di *mental illness* infatti è culturalmente influenzato e può divergere da quello di altre culture.¹³⁰

Assai più numerose sono le voci che si schierano contro la *cultural defense*. Le motivazioni addotte sono le più varie, ma più frequentemente esse sono riconducibili alla difficoltà di mantenere la deterrenza primaria e secondaria e alla messa in pericolo dei diritti fondamentali, quali il diritto alla vita e

¹²⁷ Note, *The Cultural Defense in Criminal Law*, in *Harvard Law Review*, 1986, 99, 1302.

¹²⁸ *Ibidem*, p.1299

¹²⁹ Garland, *The limits of the sovereign state*, in *Brit. J. Criminology*, 1996, p.445 ss.

¹³⁰ Goel, *Can I call Kimura crazy? Ethical Tensions in the cultural defense*, in *Seattle J. Soc. Just*, 2005, p.458

all'integrità psicofisica, alla salvaguardia del principio di legalità e di uguaglianza nei confronti della maggioranza della popolazione.¹³¹

In relazione alla prevenzione generale, si sostiene che l'introduzione di un simile istituto e la considerazione dei c.d. *cultural impulses* comporterebbe un rallentamento nel processo di adeguamento alle regole del paese ospitante. L'esistenza di tale scriminante potrebbe suggerire erroneamente agli immigrati che essi non sono soggetti alla legge o che hanno il diritto di essere trattati dall'ordinamento in modo privilegiato.¹³² La *cultural defense* così non solo non riuscirebbe a prevenire il reato, ma addirittura finirebbe per incoraggiarlo.¹³³

Per quanto concerne la prevenzione speciale, la *cultural defense* non consentirebbe di scongiurare la recidiva. In assenza di una punizione o di una punizione adeguata, il soggetto potrebbe più facilmente ricadere nel delitto.¹³⁴

L'Autrice Gallin sottolinea anche come, pur essendo tale figura basata sulla tolleranza nei confronti delle altre culture, essa potrebbe avere un effetto perverso, ovvero quello di promuovere la violenza domestica nei confronti delle donne, che nell'ordinamento penale americano si è cercato di arginare

¹³¹ Poulter, *Ethnic minority customs, English law and human rights*, in Int'l and Com. L. Q., 1987, p.589 ss.

¹³² Tomao, *The Cultural Defense*: cit., 256

¹³³ Goldstein, *Cultural conflicts in Court: Should the American criminal justice system formally recognize a cultural defense?* In Dick.L.Rev., 1994. p.141 in De Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit.p.134

¹³⁴ Coleman, *Individualizing Justice through multiculturalism: the liberal's dilemma*, in Col.L.Rev. 1996, p.1093 ss. In De Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit. p.134

attraverso l'introduzione di una particolare scriminante, la *battered women's defense*.¹³⁵

Altro profilo emblematico nell'applicazione di tale figura consiste nella creazione di stereotipi negativi e pregiudizi sociali a danno delle minoranze e degli immigrati, in quanto si suppone erroneamente che tutte le persone provenienti dalla stessa cultura siano costrette ad agire nello stesso modo o che ciascun membro non sia capace di autogestirsi autonomamente dal suo *background* culturale.

Altrettanto controverso e dibattuto è il tema del rispetto del principio di legalità e di uguaglianza. Entrambi verrebbero violati dalla *cultural defense* sia in relazione alla generalità dei consociati, che delle vittime. Parte della dottrina sostiene infatti che si potrebbe arrivare a un'erronea percezione del sistema penale come qualcosa di meramente soggettivo, in aperto contrasto con la certezza del diritto e il giusto processo.

Infine, alcuni autori prospettano il pericolo di una potenziale "*balkanization*" del sistema giuridico penale, intendendo con questa espressione la possibilità per gli immigrati di avvalersi di un'intera serie di norme giuridiche create solo per loro, ottenendo il risultato del superamento del canone "*ignorantia legis non excusat*".

¹³⁵Gallin, *The cultural defense: undermining the policies against domestic violence*, in Boston College Law Review, 1994, May, 735 e ss..

Per quanto riguarda l'individuazione della tipologia di reati cui andrebbe applicata la *cultural defense*, si possono segnalare due tendenze opposte. De Maglie, in proposito, distingue tra una versione ampia dell'*excuse* e una versione ristretta della *defense*.¹³⁶

Nello specifico, nella c.d. versione ampia dell'*excuse*, la *cultural defense* si configura come un'esimente assoluta che comporta l'esclusione della pena e non la mera diminuzione della stessa e dunque, in caso di violazione di beni personalissimi e indisponibili, come la vita, l'incolumità fisica, la libertà sessuale, si escluderebbe a priori il riconoscimento dell'esimente. Pertanto, si tende a considerare l'istituto non applicabile alla generalità dei reati. La scelta è frutto di un bilanciamento tra il diritto alla cultura e gli altri diritti fondamentali, rispetto ai quali il primo è destinato a soccombere per il maggior peso dei secondi.¹³⁷

Un altro orientamento¹³⁸ ritiene che la *cultural defense* sia applicabile alla generalità dei reati. Nella c.d. versione ristretta, infatti, essa consiste in una *partial excuse*, il cui riconoscimento determina una diminuzione della responsabilità del soggetto, attraverso la derubricazione del reato oppure agendo come una circostanza attenuante. In entrambi i casi, si realizza una

¹³⁶ De Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit., p.113

¹³⁷ Note, *The cultural defense in the criminal law*, in Harv. L. Rev. 1986, p.1309

¹³⁸ Renteln, *The use and abuse of Cultural defense*, In Foblets- Renteln, *Multicultural Jurisprudence*, cit. p.78

soluzione di compromesso, che mira a tutelare sia i diritti fondamentali dell'uomo che il pluralismo culturale.¹³⁹

6. I leading cases

Nella trattazione che segue, sinteticamente verranno analizzati alcuni tra i più noti *leading cases*. Si tratta di casi eclatanti, che alla fine degli anni ottanta e inizi anni novanta hanno scosso la coscienza del popolo statunitense. Per la prima volta la giurisprudenza si è preoccupata di valorizzare il fattore culturale.¹⁴⁰

Il modello applicato dai giudici tenta di dare risalto alla *cultural evidence*, lasciando inalterato il sistema, al fine di bilanciare la necessità di sancire il primato del diritto penale del sistema di maggioranza e di dare spazio, al contempo, alle pretese di riconoscimento degli immigrati.

7. Il caso Moua

¹³⁹ Renteln, *Ibidem*

¹⁴⁰ De Maglie, *I reati*, cit. p.73 ss.

Il fatto rappresenta uno dei casi di scuola sui *cultural crimes*. Nel 1985 un rifugiato laotiano di 21 anni viene imputato di sequestro di persona e violenza carnale ai danni della fidanzata, anch'ella laotiana. L'imputato si difende dicendo di aver realizzato lo “*zzj poi niam*” (*marriage by capture*), un rituale di matrimonio che secondo un'antica tradizione *Hmong* è considerato una fuga d'amore.¹⁴¹

Il rituale è molto preciso. Il rapimento deve essere preceduto da un corteggiamento fatto di incontri sorvegliati dalla famiglia della donna, regali e lettere d'amore. Il giorno del matrimonio l'uomo conduce la promessa sposa nella sua abitazione dove le nozze vengono consumate. La tradizione impone che la donna si schermisca e opponga una falsa resistenza, e nonostante ciò, che l'uomo debba insistere, apparendo forte e virile. Nel caso in esame, la donna, respingendo l'uomo, però non simula alcun comportamento e Moua viene denunciato.¹⁴²

Al processo egli invoca la propria buona fede in sua difesa. Diventa decisivo, pertanto, comprendere come l'imputato abbia interpretato i comportamenti della fidanzata nel periodo antecedente al rapimento, al

¹⁴¹ People v. Moua, No. 315972-0 Fresno County 1985

¹⁴² *Ibidem*

punto che alcune circostanze, a prima vista del tutto irrilevanti, possano assumere significati decisivi nella cultura dell'agente.¹⁴³

Nel corso del processo viene prodotta una ricca documentazione sui riti matrimoniali *Hmong* che sottolinea la necessità dell'insistenza dell'uomo e della resistenza simulata della donna.¹⁴⁴

La versione di Moua viene accettata dalla Corte che valuta ammissibile la *cultural evidence* dell'imputato, ovvero il fatto che egli abbia ingenuamente creduto, in base agli usi e alle tradizioni della sua gente, che il consenso fosse autentico e che la resistenza facesse parte del rito in questione.

L'imputazione è ridotta da *rape* a *false imprisonment*, facendo leva sull'errore di fatto (*mistake of fact excuse*), a causa del convincimento sull'esistenza del consenso della vittima.¹⁴⁵

La sentenza diviene un vero e proprio caso di scuola sulle *cultural offenses*, ma suscita molte polemiche, soprattutto perché pare comprovare un orientamento della giurisprudenza di stampo maschilista.¹⁴⁶ Infatti, in tema di violenza sessuale essa sembra ribadire la superiorità maschile, garantendo all'aggressore la *defense* sull'*error facti*.

¹⁴³ *Ibidem*

¹⁴⁴ Song, *Justice, Gender and the Politics of Multiculturalism*, 2007, p.91

¹⁴⁵ *People v. Moua*, cit.

¹⁴⁶ De Maglie, *I reati*, cit. p. 79 ss, Basile, *Immigrazione*, cit. p. 272 ss.

8. Il caso Kimura

Sempre nel 1985, in California una cittadina americana di origine giapponese si getta nell'Oceano Pacifico con i due figli di quattro anni e sei mesi. I bambini muoiono, mentre la madre viene soccorsa e salvata. Imputata di omicidio di primo grado punibile con la pena di morte, l'ergastolo o la pena detentiva non inferiore a 25 anni, nel processo la donna riferisce di un matrimonio fallito e di un marito infedele.¹⁴⁷

Dagli atti processuali, emerge come la donna sia completamente isolata dal contesto sociale americano, viva nel pieno rispetto delle regole e dei rituali tradizionali giapponesi.

La difesa punta sulle radici della cultura giapponese: l'imputata ha commesso il c.d. "*o-yako-shinzju*" o "*parent-child suicide*", una forma di omicidio-suicidio punita in modo molto lieve dal diritto giapponese perché considerata l'unica soluzione percorribile al verificarsi di eventi particolarmente drammatici e disonorevoli.¹⁴⁸

Studi di antropologia evidenziano come in Giappone i bambini non siano considerati delle persone, ma un'estensione del genitore. Quando si

¹⁴⁷ People v. Fumiko Kimura, Case no A-091133, inedita

¹⁴⁸ *Ibidem*

verificano delle situazioni che portano disonore nella famiglia l'atteggiamento di una madre che uccide i figli è ritenuto caritatevole e onorevole. Sarebbe ancora più grave abbandonarli in una società in cui gli orfani sono costretti all'emarginazione.¹⁴⁹

La notizia dell'omicidio si diffonde nella comunità giapponese residente negli Stati Uniti e provoca una reazione unanime. Una petizione popolare chiede un trattamento più mite, per la Kimura.

Nel processo si cerca di far emergere a tutti i costi il retroterra culturale dell'imputato e il significato del rito dell'*oyako-shinju*, omicidio non volontario, punito con pena lieve, modo non raro di risolvere situazione divenute intollerabili nella cultura giapponese.¹⁵⁰

La difesa in questo caso decide di non puntare solo sul fattore culturale, ma di combinare una strategia più complessa. Essendo infatti decisivo per l'imputazione di un omicidio di primo grado l'elemento della "*malice*", questo rischiava di risultare provato proprio dalla deliberata intenzione di uccidere, seppur nel rispetto di un'antica tradizione. Così la difesa decide di ricorrere anche all'argomento della *insanity defense*, sostenendo che lo sconvolgimento derivante dal contrasto tra le due culture è stato tale da

¹⁴⁹ *Ibidem*

¹⁵⁰ *Ibidem*

alterare le facoltà mentali della donna. Sono perciò convocati sei psichiatri per dar prova dello stato mentale malato dell'imputata.¹⁵¹

La Kimura quindi viene riconosciuta affetta da temporaneo vizio di mente. Si parla di una reazione a corto circuito con manifestazione di depressione acuta che l'ha spinta a commettere il reato e di un disturbo di introiezione psicologica, che le ha impedito di distinguere tra sé e i suoi figli.

L'imputazione viene ridotta da *murder* a *voluntary manslaughter*, in sede di *plea bargaining* e condannata solo a un anno di reclusione e cinque anni di *probation*. La sentenza raccomanda anche una terapia psichiatrica.¹⁵²

9. Il caso Chen

Nel 1987 un cinese immigrato da un anno negli U.S.A. uccide a martellate la moglie, dopo aver scoperto che lo tradiva e viene imputato di omicidio di secondo grado. Durante il processo la difesa, avvalendosi di una perizia antropologica, invoca le pressioni culturali del gruppo di appartenenza. Secondo la tradizione cinese è inaccettabile che una donna tradisca il

¹⁵¹ *Ibidem*

¹⁵² *Ibidem*

marito il quale, se non reagisce, è considerato un fallito e viene bandito dalla comunità d'origine.¹⁵³

La difesa invoca l'*excuse* della *provocation*, basata sulla considerazione che Chen, al momento del fatto, ha agito spinto da un *heat of passion*, un improvviso impeto passionale ed emotivo. Inoltre, tenta di ridurre l'imputazione da *voluntary* a *involuntary manslaughter*, adducendo che l'imputato non aveva l'intenzione di uccidere.¹⁵⁴

Nel corso del processo, un antropologo chiarisce come in Cina l'adulterio commesso nei confronti del marito sia considerato "un'onta incancellabile" che colpisce non solo il coniuge, ma che "si estende anche ad antenati e discendenti".¹⁵⁵ L'uccisione della moglie quindi viene prospettata come l'unica soluzione possibile e il parere dell'esperto diviene determinante sulla decisione della Corte.

Il giudice afferma che: "Chen è il prodotto della sua cultura (...). La cultura non ha escluso la responsabilità, ma è qualcosa che lo ha fatto incrinare più facilmente. E' stato quello il fattore, il fattore dirompente" e condanna l'imputato per omicidio di secondo grado¹⁵⁶, a soli cinque anni di *probation*, senza pena detentiva.

¹⁵³ People v. Chen, No 87-7774 New York County 1988

¹⁵⁴ *Ibidem*

¹⁵⁵ De Maglie,, *Società multiculturali*, cit., p. 217 s. e Monticelli L., *Le cultural de-fense*, cit. p. 451 s.

¹⁵⁶ In base al New York Penal Law "una soggetto è punibile per omicidio di secondo grado quando, con l'intenzione di uccidere un'altra persona ha causato la morte di detta persona o di un'altra persona."

10. Il caso Kargar

Un afgano rifugiato negli Stati Uniti da quattro anni con la famiglia viene sorpreso mentre bacia il pene al figlio di diciotto mesi e viene denunciato da una vicina di casa all'autorità locale. Il padre viene arrestato per *gross sexual assault*.¹⁵⁷

Secondo la legge penale dello Stato del Maine, “violenza sessuale” è “qualunque contatto tra la bocca di un adulto e l'organo genitale di un bambino”. Non è neanche richiesta la prova dell'intenzione della gratificazione sessuale.¹⁵⁸

Al processo la difesa invoca la c.d. *de minimis defense*, secondo cui non è punibile nell'ordinamento statunitense un comportamento che, seppur *prima facie* criminoso, si riveli di fatto privo di offensività.

Nella giurisdizione del Maine, secondo il Penal Code,¹⁵⁹ la *de minimis defense* può intervenire in tre casi: la condotta dell'agente deve essere abitualmente permessa o tollerata, oppure non ha cagionato il danno né ha esposto a pericolo il bene tutelato dalla norma incriminatrice o lo ha realizzato in modo irrilevante o si è realizzata in altre condizioni, che il legislatore non può avere ragionevolmente incluso nell'incriminazione.

¹⁵⁷ State v. Kargar, 679 A2d 81 (Me 1996)

¹⁵⁸ *Ibidem*

¹⁵⁹ Robinson, Criminal Law defences, cit. vol. I, p. 320 ss.

L'imputato sostiene che la pratica è nel paese d'origine assolutamente lecita, considerata una manifestazione d'amore nei confronti della prole e così cerca di dimostrare l'inoffensività della condotta. Sono chiamati a testimoniare sull'esistenza della pratica antropologi esperti della cultura afgana.¹⁶⁰

Tuttavia, in primo grado l'imputato viene condannato. Successivamente, la difesa contesta il fatto che il giudice abbia ritenuto del tutto irrilevante lo stato mentale innocente di Kargar.

In appello il giudice ritiene fondate tutte le istanze difensive e proscioglie Kargar. Egli ricostruisce la natura e il significato della *de minimis defense*, specificandone lo scopo nella necessità di consentire un auspicabile grado di flessibilità nell'amministrazione della giustizia.¹⁶¹

Egli ritiene che il comportamento di Kargar integri gli estremi della *de minimis rule* e che dall'incapacità della nostra cultura di distinguere questa pratica dall'abuso non può scaturire una sentenza di condanna. Il carattere sessuale della pratica infatti è del tutto assente, anzi essa è ben accettata nella cultura d'origine e priva di impatto nei confronti della vittima.¹⁶²

11. Caso Saeturn

¹⁶⁰ *Ibidem*

¹⁶¹ State v Kargar, cit. p.84

¹⁶² *Ibidem*, p. 86

Kounay e Kao Saeturn sono due uomini laotiani, appartenenti al gruppo etnico Mien, rifugiati negli Stati Uniti d'America. Nel 1990 essi vengono trovati in possesso di un ingente quantitativo di oppio e imputati per *conspiracy*, finalizzata all'importazione di sostanze stupefacenti.¹⁶³

Al processo la difesa punta tutto sul fattore culturale al fine di ottenere una pena più mite. Viene chiamato un esperto, grazie al quale la difesa al processo riesce a provare che presso i Mien l'uso dell'oppio è una pratica comune ed è utilizzata per finalità terapeutiche. L'intero villaggio dei Mien utilizza l'oppio come farmaco. Inoltre, la difesa sottolinea come esso fosse destinato solo a uso personale.¹⁶⁴

Il giudice accoglie le istanze difensive, ritenendo che il fattore culturale possa avere piena rilevanza in fase di *sentencing* e possa venire in considerazione in qualità di circostanza attenuante. Egli in particolar modo, specifica che “i fattori relativi a razza, sesso, origine nazionale, credo, religione e *status* sociale ed economico non sono rilevanti nella determinazione della pena, ma specifica anche come il concetto di cultura,

¹⁶³ U.s. v. Saeturn, No 9-20085 (N.d. cal. 1992), inedita

¹⁶⁴ *Ibidem*

non sia equiparabile a quello di razza e quindi sia assolutamente rilevante nella determinazione della pena.¹⁶⁵

La legge della California consente di oltrepassare i limiti edittali previsti dall'incriminazione quando esistono circostanze aggravanti o attenuanti non adeguatamente tenute in considerazione dai giudici che condurrebbero ad una pena diversa da quella prevista. Così la pena così viene ridotta in modo consistente a soli otto mesi per entrambi gli imputati, valutando a favore degli imputati il fattore culturale e superando la cornice edittale fissata per la fattispecie di *conspiracy*.¹⁶⁶

¹⁶⁵ *Ibidem*

¹⁶⁶ *Ibidem*

Capitolo quarto

La rilevanza del fattore culturale

1. L'esperienza europea e italiana

Fino ad oggi in nessun ordinamento europeo è stata introdotta una norma di parte generale, che dà rilievo alla situazione di conflitto normativo-culturale in cui si trova l'immigrato. Non è previsto alcun trattamento di favore per il soggetto attivo, che ha commesso qualsivoglia reato in conformità di una norma culturale del suo gruppo etnico di provenienza. Tuttavia, è possibile riscontrare una varietà di strumenti tecnico-giuridici utilizzati di volta in volta dalle difese degli autori di reati culturalmente motivati per far valere la motivazione culturale, come il riconoscimento di una causa di giustificazione, l'esclusione del dolo, per la presenza di un errore sul fatto, il riconoscimento di un'ignoranza inevitabile della legge penale vietata, l'invocazione di circostanze attenuanti e via dicendo.

L'assenza a livello legislativo di una disposizione di parte generale, nei paesi che seguono un modello cd. assimilazionista, appare del tutto giustificata dalla necessità di garantire il rispetto del principio di eguaglianza formale e la neutralità dello Stato di fronte alla diversità culturale.

Più singolare appare la scelta degli ordinamenti multiculturalisti di non approdare a un simile riconoscimento a livello legislativo, fermo restando lo slancio con cui si supporta il fine dell'integrazione sociale. Tuttavia, anche in quest'ultimo caso, non è difficile trovare una risposta, se si tiene conto del fatto che il riconoscimento della diversità culturale anche nei paesi orientati al multiculturalismo non è mai stato incondizionato, ma segnato, al contrario da un profondo rispetto per i diritti fondamentali dell'uomo. Per questa ragione in questi paesi è possibile trovare delle disposizioni di parte speciale che attribuiscono regimi di favore, ma mai disposizione di parte generale, che si presterebbero a legittimare quanto mai rischiose violazioni di legge.¹⁶⁷

Nel nostro Paese si registra un ampio e vivace dibattito sia culturale che scientifico. Nondimeno, le argomentazioni della dottrina e della giurisprudenza sono state oggetto di scarsa attenzione da parte del legislatore italiano.

Nella trattazione che segue, *de iure condito*, l'attenzione si concentrerà sulla rilevanza della motivazione culturale all'interno di uno dei tre elementi del reato, secondo la concezione cd. tripartita classica: 1) tipicità, 2) anti giuridicità, 3) colpevolezza.

¹⁶⁷ Basile, *Immigrazione e reati*, cit. p.353 ss.

In seguito, sarà necessario verificare se la motivazione culturale può assumere rilievo in fase di commisurazione della pena e *de iure condendo*, analizzare l'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento nuove norme *ad hoc*.

2. La tipicità

Nell'ambito del diritto penale la nozione di “fatto tipico o fattispecie tipica” indica “il complesso degli elementi che delineano il volto di uno specifico reato”.¹⁶⁸ Pertanto, essa fa riferimento a tutti i presupposti soggettivi e oggettivi produttivi della conseguenza giuridica.

La funzione preminente del fatto tipico è quella di circoscrivere specifiche forme di aggressione ai beni penalmente tutelati, in stretta connessione al principio del *nullum crimen sine lege*.¹⁶⁹ Il fatto tipico segna i confini della tutela del diritto penale, il limite oltre il quale non si può giustificare il ricorso alla pena.

Di fatto, si riscontrano diverse sentenze in materia di stupefacenti, di atti sessuali, di uso del *burqa* durante le manifestazioni pubbliche, in cui i

¹⁶⁸ Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2010, p.187 ss.

¹⁶⁹ Fiandaca, Musco, *Ibidem*

giudici ricostruiscono il fatto in modo più corretto, facendo riferimento alla motivazione culturale, e da ciò ne deriva la sua effettiva non corrispondenza alla fattispecie descritta in astratto dalla norma.¹⁷⁰

Secondo la dottrina dominante, la Costituzione ha accolto il principio di offensività, secondo cui non può esservi reato, senza una lesione o una messa in pericolo effettiva del bene giuridico protetto. Il principio è destinato a vincolare sia il legislatore nella creazione di fattispecie di reato sia l'interprete nella ricostruzione dei singoli casi concreti, facendo ricorso al criterio del bene giuridico.¹⁷¹

Una parte della dottrina fautrice della cd. "concezione realistica del reato", ritiene di poter desumere un principio di necessaria lesività o offensività dall'art. 49 c.p.¹⁷², estendibile all'intero sistema penale. Nei casi cd. di "tipicità soltanto apparente", ovvero di mancata corrispondenza tra tipicità e offesa al bene protetto, la condotta da un punto di vista formale integrerebbe la fattispecie, mentre da un punto di vista sostanziale sarebbe inidonea a pregiudicare gli interessi tutelati dalla norma. Sarebbe compito del giudice valutare la concreta portata lesiva della condotta.

¹⁷⁰ Cass. 8 agosto 2003, n.34072; Cass. 5 dicembre 2005, n. 44227; Cass. 17 settembre 2007 n.34909, Cass. 10 luglio 2008, n. 28720; Cass. 29 maggio 2009, n.22700,

¹⁷¹ Marinucci Dolcini, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato, nozione, struttura e sistematica*, 2001, p. 449; Mantovani, *Il principio di offensività nella Costituzione in Scritti in onore di Mortati*, 1991, p.72; Bricola, *Teoria generale del reato*, voce in Nss. Dig. It.vol XIX, 1973, p.82 ss., Fiore, *Il principio di offensività*, in Ind. Pen. 1994, p.278

¹⁷² Gallo, *Il dolo. Oggetto e accertamento* in Studi Urbinati, 1951-52, p.269; Neppi Modona, *Reato impossibile*, voce in Nss.dig.it. vol.XIV, 1967, p.980, Fiore, *La concezione realistica dell'illecito*, in A.A.V.V. *Problemi generali di diritto penale*, cit. p.57, Fiore, *Il reato impossibile*, 1959, p.41

Anche parte della giurisprudenza ritiene che il criterio della non offensività possa rivelarsi uno strumento importante al fine di evitare condanne inutili e ingiuste per gli stranieri. La giurisprudenza ha affermato che “la norma dell’art. 49, comma 2, lungi dal porsi in funzione di limite negativo alla fattispecie di delitto tentato, (...) afferma il principio dell’offensività del reato, per cui non è punibile (...) il comportamento conforme alla fattispecie legale e penale, che tuttavia non manifesta obiettivamente, nel caso concreto l’attitudine causale a ledere o porre in pericolo il bene giuridico protetto”.¹⁷³ E ancora la Corte, nel 1986: “è compito del giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene o i beni tutelati, attraverso l’incriminazione d’una determinata fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò che, non raggiungendo la soglia dell’offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente irrilevante”.¹⁷⁴

Tuttavia, bisogna rendere conto del fatto che la concezione realistica del reato va incontro a tutta una serie di fondate obiezioni. Innanzitutto, l’art. 49 non concorre in alcun modo a informare sulla natura degli interessi tutelati, rendendo indispensabile il ricorso alle singole fattispecie incriminatrici per individuare il bene protetto. Inoltre, la tesi cade in

¹⁷³ Cass. Sei. I, 15 maggio 1989 in Cass. Pen. 1991, p.572 ss.; Cass. Pen. , SS.UU., sentenza 10 luglio 2008 n. 28605; Cass. Pen., sez. IV, sentenza 28 giugno 2011 n. 25674

¹⁷⁴ Corte Cost. n.62/1986, in Cass. Pen., 1986, p.1053 ss.

contraddizione poiché, se l'interesse tutelato deve essere dedotto dalla struttura della fattispecie, ne consegue che risulta difficile immaginare un fatto conforme alla fattispecie, ma non lesivo dell'interesse tutelato.¹⁷⁵

Per Fiandaca, l'adesione a questa concezione comporta una minaccia per la certezza del diritto e il rischio di confondere le distinte funzioni giudiziaria e legislativa.¹⁷⁶

Abbastanza originale è la posizione di Micheletti. Egli definisce l'illecito culturale quale "fatto completamente inidoneo a minare la validità sociale della regola di condotta penalmente presidiata". Di fatto egli propone, in una prospettiva *de iure condendo*, di introdurre nel nostro codice una norma così predisposta: "salvo istanza della persona offesa, la legge penale italiana non si applica quando il fatto, sebbene verificatosi nel territorio dello Stato, è commesso da uno straniero ai danni di uno straniero e risulta lecito secondo il diritto dello stato di cittadinanza."¹⁷⁷ Micheletti esclude l'operatività della sua proposta laddove si verta in tema di beni fondamentali.

¹⁷⁵ Stella, *La descrizione dell'evento. L'offesa-il nesso causale*, 1970, p.58 ss., Stella, *La teoria del bene giuridico e i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in Riv.it.dir.proc.pen., 1973, p.3 ss.; Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, 1976, p.153 ss., Fiandaca, *Note sul principio di offensività e sul ruolo del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV. *Le discrasie*, cit. p.63, Fiandaca, *Diritto penale*, cit. p.443, Mantovani, *Diritto penale*, cit. p.458 ss.

¹⁷⁶ Fiandaca, *Il diritto penale*, cit. p. 443

¹⁷⁷ Micheletti, contraddittore a Grandi, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de jure condendo*, in De Francesco, Piemontese e Venaftro, *Religione e religioni, prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, p. 375

Accogliere questa proposta, valorizzando in modo così forte lo *status societatis*, significherebbe però mettere completamente fuori gioco il principio di territorialità, secondo in quale in Italia si applica la legge italiana, adottato con una certa intransigenza nel settore penale, più che in altri dell'ordinamento. Inoltre, significherebbe non tener del tutto conto del grado di effettivo inserimento del soggetto nella società di accoglienza, con tutte le conseguenze del caso in relazione alla presa di coscienza dei propri diritti e propri doveri.¹⁷⁸

Questa soluzione, potrebbe comportare un'ingiusta violazione del principio di uguaglianza, venendo così l'ordinamento a predisporre un trattamento differenziato nei confronti delle vittime, in virtù semplicemente dello *status civitatis*, di cui sono portatrici.¹⁷⁹

3. Antigiuridicità

Se la tipicità consiste in un “indizio del carattere antigiuridico del fatto, dal momento che i modelli di reato della parte speciale configurano fatti

¹⁷⁸ Fornasari, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo* in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, Munchen: Beck, 2009, p. 177-192

¹⁷⁹ Fornasari, *Ibidem*

normalmente illeciti”, la categoria penalistica dell’antigiuridicità, invece, si configura come un secondo filtro del carattere di illiceità del fatto tipico.¹⁸⁰

Sostanzialmente, è possibile affermare che l’antigiuridicità ha carattere oggettivo ed è un requisito da accertare una volta per tutte con riguardo a tutti i settori dell’ordinamento giuridico. Essa trova il proprio fondamento logico nel principio di non contraddizione dell’ordinamento giuridico e rappresenta un bilanciamento di interessi in conflitto, risolvendosi di fatto nell’assenza di cause di giustificazione.

Nello specifico, si approfondirà la trattazione, con la disamina di alcune singole cause di giustificazione e la dimostrazione di come ciascuna di esse si presta ad accogliere il fattore culturale all’interno del processo penale.

3.1. Il consenso dell’avente diritto

Ai sensi dell’art. 50 c.p. “ non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto con il consenso della persona che può validamente disporne”. La norma fa esplicito riferimento al concetto di “diritti disponibili”, ovvero i diritti che ineriscono a beni che siano privi di utilità sociale e che lo Stato

¹⁸⁰ Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit. p.162

riconosce unicamente al fine di garantire al singolo il libero godimento. Quindi si deve trattare di beni di pertinenza esclusiva o prevalente del privato che è titolare.

In questo caso ciò che si chiede la dottrina è se si possa valorizzare il ruolo del soggetto passivo del reato e il principio di auto-responsabilità.¹⁸¹

La questione è molto attuale specie con riferimento a comportamenti lesivi della propria integrità fisica come le mutilazioni genitali o lo *scarring* sul volto.

Sul piano dogmatico, si tratta di dare un rilievo al contributo della vittima, in modo tale da incidere sul giudizio di responsabilità¹⁸² o addirittura, sul piano politico criminale, di mettere in discussione il bisogno della salvaguardia di quel bene.

La posizione di chi è favorevole all'applicazione della scriminante in oggetto incontra l'imbarazzo di dover operare una distinzione tra diritti disponibili e indisponibili, ma soprattutto di accertare che il consenso prestato sia effettivamente libero.

Nella maggior parte dei casi, infatti, l'adesione a simili pratiche è da una parte il risultato di una scelta libera e autonoma, ma al tempo stesso è fortemente condizionata dal contesto culturale di appartenenza.

¹⁸¹ Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, 2003 p.3 ss.

¹⁸² *Ibidem*

Probabilmente la chiave di risoluzione di tale problema è nelle mani del giudice, che deve distinguere tra la mera influenza del gruppo sulla vittima e la vera e propria coazione psicologica.¹⁸³

A proposito del fatto tipico di lesioni, l'art. 5 c.p. sancisce i limiti della disponibilità del diritto di incolumità individuale. La portata della norma appare anacronistica, a causa del rinnovarsi del progresso e delle tecniche.¹⁸⁴

La dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno offerto una lettura nuova della disposizione, bilanciando l'offesa all'integrità fisica con il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. Secondo questa interpretazione, il benessere psico-fisico della persona si considera raggiunto quando attraverso la lesione si riconosce il diritto alla cultura.¹⁸⁵

La scriminante dell'avente diritto è venuta in considerazione anche in riferimento al reato di maltrattamenti in famiglia.

Nel caso Bajrami, la difesa ha sostenuto che “sia l'imputato che le persone offese hanno un concetto della convivenza familiare e delle potestà spettanti al capo-famiglia diverso da quello corrente in Italia, tanto da poter configurare una sorta di consenso dell'avente diritto rilevante ex art. 50

¹⁸³ De Maglie, *I reati*, cit.p.199

¹⁸⁴ D'Arrigo, *Integrità fisica*, voce in Enc. Dir. Aggiornamento, vol, IV, 2000, p. 716

¹⁸⁵ De Maglie, *I reati*,cit. p.206

c.p.”.¹⁸⁶ In questa fattispecie la scriminante del consenso dell’avente diritto era stata fondata sull’origine albanese dell’imputato e delle persone offese. Questa ipotesi è, tuttavia, ben diversa da quella analizzata in precedenza. Innanzitutto, il bene giuridico tutelato è chiaramente indisponibile. Analizzando poi i requisiti della validità del consenso prestato, possiamo dire che nei casi di violenza intrafamiliare, esso è determinato da un peculiare modo di intendere il rapporto coniugale e familiare, ovviamente lontano dalle scelte effettuate dal nostro legislatore, in termini di parità dei sessi, eguaglianza giuridica dei coniugi e della dignità della persona .¹⁸⁷

Il conflitto in questo caso investe la libera autodeterminazione della persona e il principio di uguaglianza sostanziale, non potendo trovare accoglimento uno stile di vita familiare basato sulla violenza e sul sopruso, in una società che si proclama scevra da disparità di ogni genere.¹⁸⁸

Il consenso in particolar modo deve essere libero, cioè immune da dolo, violenza, errore. Tale requisito andrà valutato di volta in volta, tramite le testimonianze dei soggetti coinvolti e le eventuali perizie volte ad indagare se e quanto sia compromessa la libertà di volere del titolare del diritto¹⁸⁹,

¹⁸⁶ Ced 215158, in Riv, Pen, 2000, p.238

¹⁸⁷ Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*. Bologna 2008, p.223

¹⁸⁸ Tordini, Cagli, *Ibidem*; Albeggiani, *Profili problematici del consenso dell’avente diritto*, Milano, 1995, p. 50 ss.; Cass. 8 gennaio, 2003, in Dir. Pen. Proc. 2003, p.285; Tribunale di Bologna, 22 gennaio 2007; Cass.17 settembre 2007, n.34909 in Riv.It. proc.pen. 2008, p.407;

¹⁸⁹ Romano. *Commentario sistematico del codice penale. Art.1/84*, Milano, 2004, p.529

sempre che la violenza sia un elemento costitutivo dell'illecito, vertendo nell'ambito dell'errore ex art. 47, c.3 c.p.

Se la causa di giustificazione non può operare oggettivamente, essa può essere valutata nella prospettiva dell'erroneità della sua esistenza da parte dell'agente. La tematica della scriminate putativa è stata indagata dalla nostra giurisprudenza, ma per reati molto diversi da quelli di cui ci stiamo occupando. Tuttavia l'interpretazione privilegiata è stata quella di richiedere all'errore connotati di ragionevolezza e plausibilità molto rigorosi.¹⁹⁰

L'art. 59 c. 4 stabilisce l'equivalenza tra reale e putativo e quindi la valutazione a favore dell'autore di situazioni in cui il soggetto si sia rappresentato per errore, salvo residuare una responsabilità colposa, laddove sussista un'espressa fattispecie o l'errore sia dovuto a colpa¹⁹¹.

L'errore, ad esempio, sulle prerogative e i poteri del capofamiglia potrebbe ricadere nell'ambito della scriminante putativa dell'esercizio del diritto, riconducendosi quindi alla disciplina dell'art. 5 c.p.

In conclusione, la causa di giustificazione può operare oggettivamente solo se il bene giuridico è disponibile e se si accerta che il consenso è stato

¹⁹⁰ Fornasari, *Voce Colpevolezza* in Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 973- 974

¹⁹¹ Romano, *Commentario*, cit. p.657; Pulitanò, *voce Ignoranza della legge*, in *Enciclopedia del diritto*, vol.XX, Milano, 1970; Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004

liberamente prestato. Inoltre, se l'agente ha erroneamente ritenuto sussistente una giustificante e se l'errore è scusabile, ove inevitabile, il giudice sarà tenuto a valutare la concreta incidenza delle circostanze di fatto che abbiano fatto ritenere ragionevole la persuasione di comportarsi secondo diritto.¹⁹²

3.2. Esercizio di un diritto

A norma dell'art. 51 del c.p. “ l'esercizio di un diritto (...) esclude la punibilità”. La *ratio* fondante della norma va ricercata nella prevalenza accordata all'interesse di chi agisce esercitando un diritto, rispetto ad altri interessi configgenti.¹⁹³ Questa è una logica applicazione del principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico.

Nel caso di un reato culturalmente motivato, il diritto invocabile in funzione scriminante potrebbe essere un diritto previsto da una norma del suo ordinamento d'origine (fenomeno del pluralismo normativo). Si tratta

¹⁹² Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p.529; Fornasari, *Voce Colpevolezza*, cit. 2006, p. 974; Marinucci, Dolcini, *Codice penale commentato*, art. 50 c.p., Ipsoa, 2006

¹⁹³ Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit. p.241

del c.d. conflitto di doveri “improprio”, che interviene tra norme che trovano la loro fonte in ordinamenti giuridici diversi.¹⁹⁴

Di questa questione si sono occupati pochi Autori. Tendenzialmente si è ammessa la praticabilità del richiamo dell’ordinamento solo in ipotesi marginali.¹⁹⁵

Assai più vasta rilevanza è stata data all’efficacia scriminante del diritto alla propria cultura. Esso infatti è riconosciuto come diritto fondamentale esplicitamente da Patti e Convenzioni internazionali¹⁹⁶ e quindi sarebbe astrattamente riconducibile alla nozione di diritto richiamata dall’art.51.

Seri ostacoli all’invocabilità del diritto, si riscontrano ove la condotta sia lesiva di beni di rango costituzionale. La necessità di procedere infatti ad un bilanciamento per accertare i cd. limiti esterni del diritto scriminante, hanno portato la giurisprudenza a ritenere l’art. 2 Cost. e l’art. 3 Cost. “uno sbarramento invalicabile”.¹⁹⁷

A un esito diverso potrebbe pervenirsi, qualora la condotta dell’imputato non offendesse beni di rango costituzionale. Per alcuni reati concernenti l’abbigliamento rituale, come, ad esempio, nel caso in cui una donna islamica è stata denunciata per aver indossato in luogo pubblico il burqa o

¹⁹⁴ Parisi, *Cultura dell’altro e diritto penale*, cit. p.59

¹⁹⁵ Leone, *Applicabilità della legge straniera in materia penale*. Annali Dir. Proc.Pen. 1932, p.41 ss.;

Romano, *Commentario*, cit. p.543; Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*. 2003, p.435

¹⁹⁶ Patto Internazionale sui diritti civili e politici, New York, 1966, art. 27 ratificata con l. 881/1977; Convenzione Onu sui diritti dell’infanzia, New York, 1989, art.30 ratificata con l. 176/1991

¹⁹⁷ Cass. 16 dicembre 2008. n.46300. CED.242229

due indiani sikh per aver portato al collo un coltellino ornamentale, i giudici hanno ritenuto prevalente in diritto alla cultura, in considerazione della minima offensività del fatto e pronunciato assoluzione.¹⁹⁸

La questione è stata affrontata soprattutto a proposito di maltrattamenti familiari. Più comunemente, la difesa ha invocato una diversa concezione dei rapporti familiari e dei poteri del capofamiglia,¹⁹⁹ tuttavia in alcuni casi ha fatto riferimento al tradizionale *jus corrigendi*. Esso consiste nel diritto dei genitori esercenti la potestà di educare i figli, talora ricorrendo ad offese, percosse e limitazioni della libertà personale.²⁰⁰

Non essendo specificati i limiti del diritto, si suole rinviare per la loro determinazione alla valutazione del contesto sociale di riferimento. Nella nostra cultura, diffusosi il senso di rispetto per la personalità del minore, il contenuto dello *jus corrigendi* si è notevolmente ristretto a qualche decennio fa.²⁰¹

Parallelamente al restringimento dello stesso, si è registrato un ampliamento in dottrina e giurisprudenza dell'ambito di applicazione del reato di maltrattamenti in famiglia e di altre fattispecie.²⁰²

¹⁹⁸ Tribunale di Cremona, 27 novembre 2008 in Corr. Merito, 2009, p.294; Tribunale di Cremona, 19 febbraio 2009 in Corr. Merito 2009, p.399

¹⁹⁹ Trib. Udine, 21 novembre 2002, in Riv. It. Med. Leg. 2003, p. 704

²⁰⁰ Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit. p.245, Antolisei, *Osservazioni in tema di jus corrigendi*, in Giur, It.1952, p.14

²⁰¹ *Ibidem*

²⁰² Lamberti, *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, Voce in Nss. Dig. It., vol.I, 1957 .p.102-103; Coppi *Maltrattamenti in famiglia*, 1979, p.295

In passato, l'impostazione tradizionale individuava la linea di confine tra lecità e illiceità del comportamento nell'*animus corrigendi*.²⁰³ Il discrimine era dunque lo scopo correttivo della condotta.

Oggi invece si tende a ravvisare il requisito qualificante del delitto di abuso dei mezzi di correzione nell'idoneità del mezzo utilizzato dall'agente.²⁰⁴ Da un lato poi si è dato maggiore rilievo al concetto di abitualità del comportamento e dall'altro si è ammesso l'uso della forza solo in misura "modicissima", qualora "risulti necessaria per rafforzare una proibizione, non arbitraria né ingiusta, di comportamenti oggettivamente pericolosi o dannosi rispecchianti la inconsapevolezza o la sottovalutazione del pericolo, la disobbedienza gratuita, oppositiva e insolente".²⁰⁵

L'efficacia scriminante dell'esercizio di un diritto acquista rilievo anche per quanto attiene alla condotta di interventi di modificazione del corpo di minori, la norma richiamata è stata l'art. 19 Cost, la libertà religiosa. La nostra Costituzione prevede quale limite interno all'esercizio del diritto la non contrarietà al buon costume, mentre quale limite esterno tutte le norme che tutelano beni di rango costituzionale.²⁰⁶

²⁰³ Manzini. *Trattato di diritto penale*. Vol.Vii, 1984, p. 901 ss.

²⁰⁴ Larizza, *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione*, p.37 in De Maglie, I reati, cit.p.211 ss.

²⁰⁵ Cass. Sez.VI, 28 dicembre 2001, p.1844 e Cass. Sez. VI, 26 marzo, 1998 in De Maglie, I reati, p. 211 ss.

²⁰⁶ Dolcini, Marinucci, *Codice penale commentato*, vol 1, Milano, 2006, p. 554

La dottrina tende a differenziare la propria posizione a proposito della valenza scriminante della libertà religiosa, a seconda proprio del valore del bene leso. In particolare il diritto alla religione è stato ritenuto prevalente rispetto ad altri interessi, con riferimento alla questione dei simboli religiosi, all'uso del burqa e del Sikh e in materia di detenzione di sostanze stupefacenti, come accennavamo in precedenza.²⁰⁷

In relazione invece alle condotte modificatorie del corpo, come le mutilazioni genitali femminili e lo *scarring*, riconducibili al diritto di professare liberamente la propria religione, di diverso e vario avviso sono stati gli interpreti.

A tal proposito, Denaro²⁰⁸ ha efficacemente specificato: “tendenzialmente il dovere educativo è libero nei contenuti: i genitori, nei limiti del rispetto della legalità, sono nel pieno diritto di trasmettere ai figli la propria cultura, le proprie tradizioni e convinzioni, anche religiose, potendo liberamente avviarli verso l'uno o l'altro credo religioso, verso nessun credo o verso l'ateismo. Naturalmente questo dovere educativo deve essere rispettoso dei loro diritti fondamentali e non deve degenerare nel fanatismo o in altre manifestazioni illecite: il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa o di educare alla stessa i proprio figli non può escludere nè

²⁰⁷ Gatta, *Corriere del merito*, 2009, 4, p.399ss; Risicato, *La detenzione rituale di sostanze stupefacenti, tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità*, in *Quad.dir. pol.eccl.* 2008, 3, p.1039 ss.

²⁰⁸ Denaro, *Diritti dei minori e libertà religiosa*, in *Dir. Eccl.*2000, p.2

limitare l'obbligo giuridico di garantire e proteggere i figli da eventi pregiudizievoli". E ancora "fondamento dell'istituto della potestà dei genitori (è) il supremo ed esclusivo interesse del minore, un bene che deve reputarsi costituzionalmente garantito, sebbene indirettamente, dall'art. 30, comma 1, Cost."

Quindi se astrattamente è possibile invocare il diritto alla libertà religiosa in funzione scriminante, tuttavia nel caso di comportamenti educativi, che incidono sull'integrità sessuale, la libertà morale o sessuale, esso potrà subire un contemperamento con l'art. 30 cost. o in alcuni casi anche con l'art. 32 cost. e dunque ne sarà esclusa l'operatività.

4. Colpevolezza

4.1. Imputabilità

In base alla concezione normativa della colpevolezza, l'imputabilità costituisce il primo presupposto della colpevolezza e consiste nella capacità di intendere e volere, ossia la capacità di comprensione del significato dei propri comportamenti e di controllo dei propri istinti, in conformità al giudizio formatosi.

La cultura, secondo le scienze psicologiche, riveste una profonda importanza, incidendo notevolmente sul comportamento umano.²⁰⁹

Naturalmente però, per quanto marcata sia l'influenza del fattore culturale sulle scelte d'azione dell'uomo (già la scuola positiva nel 1870 riconosceva il peso che i fattori sociali e antropologici avevano sulla commissione del crimine), senz'altro residua una certa dose di autonomia, intesa come "capacità di gestirsi senza intervento esterno, in modo spontaneo"²¹⁰.

In questa sede si cercherà di esaminare l'ipotesi secondo la quale le carenze di socializzazione potrebbero escludere o far scemare l'imputabilità.

Una parte della dottrina ritiene che conferire rilievo alla motivazione culturale e alla diversità culturale in sede di valutazione dell'imputabilità dell'autore del reato culturalmente motivato, potrebbe comportare diversi rischi.²¹¹

Il primo degli argomenti che tradizionalmente viene opposto è dato dalla mancanza di rispetto per la dignità dello straniero. Richiamare questa categoria infatti potrebbe portare ad una mortificazione delle culture espresse e di coloro che ne invocano il rispetto, degradandone le

²⁰⁹ Anolli, *Psicologia*, p. 28

²¹⁰ Dennet, *Coscienza. Che cos'è?* Milano, 1993, p.228

²¹¹ Basile, *Immigrazione*, cit.p.382 ss. Grandi, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure codendo*, in *Ind. Pen.* 2007,1,p.276, Bernardi, *Multiculturalismo, diritti umani, pena.* Milano 2006, p143

convinzioni e le credenze²¹², seppure è ormai lontana la visione etnocentrica e razzista della dottrina classica, riconducibile all'esempio del buon selvaggio di Antolisei²¹³, basata sulla carenza di civilizzazione dei gruppi provenienti da alcune aree del mondo.

Negli anni venti, Manzini definiva alcuni stranieri "appartenenti a civiltà inferiori" e specificava che non avendo un certo grado di sviluppo intellettuale ed etico, tipico invece dei cittadini di uno Stato civile, ad essi mancassero i presupposti di molte norme penali.²¹⁴

Basile ricorda che in alcuni ordinamenti penali sudamericani si riconosceva agli indigeni lo status di soggetti non imputabili o semi-imputabili.²¹⁵

Il secondo argomento fa leva sul fatto che il richiamo alla categoria dell'imputabilità conduce a una sorta di accettazione dell'idea di "determinismo culturale", facendo slittare il giudizio di responsabilità dal singolo al gruppo, ledendo il principio di personalità della responsabilità.

Malgrado minoritaria, altra parte della dottrina²¹⁶, sottolinea invece come non possa ritenersi offensivo per lo straniero affermare che l'imputabilità del reato è esclusa o diminuita, a fronte dell'incapacità di comprendere il significato del proprio agire, a causa dei propri valori interiorizzati. In altre

²¹² Grandi, *ibidem*

²¹³ Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*. Torino, 2003, p.623

²¹⁴ Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, voll eII, Torino, 1926, p.400 in Basile, *Immigrazione*, cit. p.382

SS.

²¹⁵215

²¹⁶ Miazzi, *Immigrazione, regole familiari e criteri di giudizio*, In Quest, Giust, 2005, p.763

parole, considera praticabile la via dell'imputabilità, senza che si riconduca necessariamente il motivo culturale al vizio di mente. Il presupposto di questa posizione è che l'accertamento dell'incapacità di intendere e volere sia svincolato dalla necessaria sussistenza di un'abnormità di natura patologica.²¹⁷

Quest'ultima posizione porta con sé degli spunti degni di interesse ed è assolutamente lontana dalla prospettiva razzista cui si accennava prima.

Tuttavia è utile ricordare quanto Pulitanò ha sostenuto, specificando che il diritto penale non può farsi carico di compiti di supplenza rispetto a carenze di istituzioni terapeutiche, educative e riabilitative.²¹⁸ E ineffecti occorre ricordare che in materia di *cultural defense*, se è giusto che il diritto penale riveda i propri orientamenti e il proprio dato normativo, è altrettanto giusto che non si carichi del peso di quanto dovrebbe essere fatto dalle politiche di accoglienza e integrazione dell'immigrato, capaci in questo senso di risolvere da sé già buona parte delle questioni che ci stiamo ponendo.

²¹⁷ Marinucci, Dolcini, *Manuale*, cit. p.133

²¹⁸ Pulitanò, *La disciplina dell'imputabilità tra diritto e scienza*, in *Legislazione penale* 2006, 1, p.257

4.2. Scusanti e inesigibilità

Secondo la concezione normativa, il rimprovero di colpevolezza presuppone “l’assenza di circostanze anormali, concomitanti all’azione che rendano necessitato il comportamento delittuoso”, ossia cause di esclusione della colpevolezza o scusanti.²¹⁹

Una parte della dottrina ha elaborato la categoria della c.d. inesigibilità, ritenendola una causa generale di esclusione della colpevolezza, che consiste nell’impossibilità di pretendere un comportamento diverso da quello tenuto, a causa di circostanze concrete in cui l’agente si è trovato ad operare.²²⁰

Essa si compone di due elementi, quello psicologico, costituito da una coazione reale o presunta e quello normativo, la valutazione compiuta sui motivi, al fine di verificare se essi siano positivi o negativi.²²¹

Secondo questa visione, l’inesigibilità risulterebbe utile per spiegare il fondamento di alcune cause di discolta espressamente codificate e per applicarlo analogicamente a situazioni simili.²²² Oltre allo stato di necessità e la coazione morale, si configurerebbero quali cause di esclusione della

²¹⁹ Fiandaca, Musco, *Il diritto penale*, cit. p.369

²²⁰ Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990; Scarano, *La non esigibilità in diritto penale*, Napoli, 1948; Perini, *Ai margini dell’esigibilità*, in Riv.it.dir.proc.pen, 1999, p.557; Bettiol, *Diritto penale*, cit. p.489 ss.

²²¹ Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, 1972, p.100

²²² *Ibidem*

colpevolezza altre non esplicitamente previste, ma meritevoli di essere tenute in considerazione dall'ordinamento giuridico. In particolare, un'applicazione analogica del criterio di inesigibilità sarebbe configurabile nell'ipotesi di conflitto di doveri, imposti dall'ordinamento giuridico, e nell'ipotesi di conflitto di norme, appartenenti a sfere normative diverse e autonome.²²³

Altra parte della dottrina ritiene che invece che l'inesigibilità si risolva in una "clausola vuota", che rischia di condurre ad applicazioni arbitrarie e incompatibili con i principi di legalità ed eguaglianza, non facendo riferimento alla figura dell'uomo medio, ma all'agente di fatto.²²⁴ Questa parte della dottrina preferisce circoscrivere l'applicazione del principio di inesigibilità alle sole scusanti previste dal legislatore: lo stato di necessità e la coazione morale, l'ordine criminoso insindacabile dell'Autorità, l'ignoranza o errore inevitabile-scusabile della legge penale.²²⁵

²²³ Scarano, *La non esigibilità*, cit. p.65; Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963

²²⁴ Antolisei, *Manuale*, cit.

²²⁵ Fiancaca, *Il diritto penale*, cit. p.375 ss.

4.2.1. Conflitto di doveri

Per “conflitto di doveri” si intende “il dovere di astenersi dalla commissione di un fatto penalmente rilevante e l’opposto dovere di compiere il fatto medesimo, in presenza di particolari circostanze”²²⁶.

Secondo questa ipotesi, essenziale sarebbe che la norma in conflitto avesse natura giuridica e fosse vigente in un ordinamento straniero.

Tuttavia appare preferibile l’ipotesi secondo cui il conflitto sia ravvisabile anche nei confronti di una norma che appartiene ad un ordinamento diverso o ad un sistema morale.²²⁷ Baratta distingue a tal proposito tra “conflitti propri”, interni all’ordinamento giuridico e “conflitti impropri”, esterni all’ordinamento.

L’inesigibilità non va intesa comunque come una sorta di *escamotage* per fare delle arbitrarie concessioni alle convinzioni morali del reo. Non si tratta infatti di difendere le concezioni etiche individuali dell’autore.²²⁸

E’ imprescindibile infatti porre l’accento sulla differenza che esiste tra il “delinquente per convinzione” e l’autore di un reato culturalmente motivato. Il primo infatti agisce contro le regole dell’ordinamento

²²⁶ Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*. Milano.2000, p.476

²²⁷ Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, 1963, p. p.63

²²⁸ Parisi, *La cultura dell’altro*, cit.p.53 ss

giuridico, in piena consapevolezza e spesso proprio con l'intenzione di opporsi a determinati valori che tuttavia ha interiorizzato. Il secondo invece non sempre è consapevole di ledere un interesse meritevole di tutela.²²⁹

Si può cogliere l'occasione in questa sede per specificare anche la differenza con la "sub-cultura mafiosa". Numerosi sono stati nella storia i tentativi di spiegare il fenomeno mafioso ricorrendo ad "espedienti culturali".²³⁰ Tuttavia non si può rischiare di praticare un accostamento tra la figura del mafioso e l'autore di un reato culturale.

Difatti, quando si affronta la questione di dare rilevanza alla cultura degli immigrati, si discute sulla possibilità ipotetica di conferire maggiore rilievo a diritti come quello alla cultura o alla religione o alla diversità culturale consacrati in documenti internazionali.

Quando invece si affronta il problema in riferimento alla sub-cultura mafiosa si tratterebbe di riconoscere meritevolezza agli interessi perseguiti, che nello specifico sono in aperto contrasto con tutti i valori affermati dagli ordinamenti giuridici contemporanei.²³¹

²²⁹ Parisi, *ibidem*

²³⁰ Santoro. Mafia, culture e subculture. In Polis.vol.I, aprile 2000, p.95 ss.

²³¹ Parisi, *ibidem*

4.2.2. Ignoranza inevitabile del precetto penale

Nel rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, la colpevolezza sussiste solo dove l'individuo abbia la coscienza del disvalore del fatto, quindi può rimproverarsi al soggetto di aver commesso un fatto vietato dalla legge solo se egli sapeva che così facendo si sarebbe posto contro la legge stessa. Si tratta di stabilire se sia necessaria una conoscenza potenziale o la cd. conoscibilità del disvalore sociale e dell'antisocialità del fatto.

La giurisprudenza ha elaborato la tesi della scusabilità limitata all'errore inevitabile. La Corte Costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 "nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile".²³²

La sentenza fa esplicito riferimento ai criteri da adoperare per operare un discrimine tra ignoranza evitabile e non evitabile così chiarendo: "l'inevitabilità dell'errore sul divieto (e, conseguentemente, l'esclusione della colpevolezza) non va misurata alla stregua di criteri c.d. soggettivi puri (ossia di parametri che valutino i dati influenti sulla conoscenza del precetto esclusivamente alla luce delle specifiche caratteristiche personali

²³² Sentenza Corte Cost. 364/1988

dell'agente) bensì secondo criteri oggettivi: ed anzitutto in base a criteri (c.d. oggettivi puri) secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato. Tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari ecc".²³³

La Cassazione distingue tra l'ipotesi in cui quella in cui il soggetto effettivamente si rappresenti la possibilità che il suo fatto sia antigiuridico e quella in cui l'agente neppure si rappresenti tale possibilità. Nella prima ipotesi, in concreto non può ravvisarsi ignoranza inevitabile della legge penale, essendo il soggetto obbligato a risolvere l'eventuale dubbio attraverso l'esatta e completa conoscenza della legge penale o, nel caso di soggettiva invincibilità del dubbio, ad astenersi dall'azione; nella seconda ipotesi, il giudice deve attivarsi per valutare attentamente le ragioni per le quali l'agente non si è prospettato un dubbio sull'illiceità del fatto. "Se l'assenza di tale dubbio discende, principalmente, dalla personale non colpevole carenza di socializzazione dell'agente, l'ignoranza della legge penale va, di regola, ritenuta inevitabile. Inevitabile si palesa anche l'errore

²³³ *Ibidem*

sul divieto nell'ipotesi in cui, in relazione a reati sforniti di disvalore sociale e, per l'agente, socializzato oppur no, oggettivamente imprevedibile l'illiceità del fatto. Tuttavia, ove (a parte i casi di carente socializzazione dell'agente) la mancata previsione dell'illiceità del fatto derivi dalla violazione degli obblighi d'informazione giuridica, che sono, come s'è avvertito, alla base d'ogni convivenza civile deve ritenersi che l'agente versi in evitabile e, pertanto, rimproverabile ignoranza della legge penale.”

Nello studio delle questioni inerenti la rilevanza del fattore culturale nel diritto penale, con grande frequenza si dedica ampio spazio al profilo della conoscibilità concreta della norma. I problemi derivanti dalla mancanza di un'effettiva conoscenza del precetto sono abbastanza difficili da risolvere.

In proposito, la dottrina è solita far riecheggiare una nota classificazione dei reati: i “reati artificiali” e i “reati naturali”. I primi sono le tradizionali figure di reato “nate con l'uomo ed espressione dei suoi bisogni primordiali di protezione; il disvalore conseguente alla loro realizzazione viene immediatamente e totalmente compreso dai consociati”.²³⁴

I secondi invece sono “reati di pura creazione legislativa, per lo più sganciati dal consenso dei destinatari del messaggio: di qui la percezione del disvalore non è automatica ed evidente come nei delitti naturali, ma

²³⁴ De Maglie, *I reati*, cit.p.222

richiede un'informazione, una spiegazione, insomma una conoscenza da parte dei soggetti destinatari della norma”.

In Italia la nostra giurisprudenza conferisce un ruolo decisivo alla distinzione tra delitti naturali e artificiali.²³⁵ In particolar modo, in riferimento ai delitti naturali, i giudici italiani tendono a escludere qualsiasi spazio di operatività dell'inevitabilità dell'ignoranza. A differenza dei giudici stranieri che, al contrario, tendono a ravvisare l'ignoranza anche in relazione ai delitti naturali.²³⁶

La dottrina è abbastanza compatta nel ritenere doveroso il dare uno spazio di rilevanza alla non colposa ignoranza del fatto criminoso.²³⁷ In sostanza, dovendo fare i conti con la realtà di una società multiculturale, non sarebbe aprioristica la possibilità di ammettere l'ignoranza inevitabile anche in presenza di una norma incriminatrice di un reato culturale.

Nel panorama dottrinario si alza dissonante la voce di Salcuni che ritiene che sugli immigrati non integrati nella società gravi addirittura un obbligo più grave che sugli altri consociati di informarsi sui diritti riconosciuti dal nuovo ordinamento.²³⁸

²³⁵235 Palazzo, *Corso di diritto penale*, Parte generale, 2008, p.432

²³⁶ Basile, *Immigrazione*, cit. p.394

²³⁷ Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit. p.305; Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2006, p.239; Fornasari, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, 2009, p.177; Bartoli, *Colpevolezza tra personalismo e prevenzione*, 2005, p.159 ss; Bernardi, *Modelli penali*, cit. p.125; Grandi, *Diritto penale e società multiculturali*, cit. p.277

²³⁸ Salcuni, *Libertà di religione e limiti della punibilità. Dalla paura del diverso al dialogo*. In *Indice pen.*2006, 2, 635

In conclusione, si trasferisce sul piano processuale, sull'esame del singolo imputato il compito di definire se l'ignoranza è evitabile o meno e in quali circostanze si può muovere concretamente un rimprovero per non aver adempiuto un obbligo informativo. Sarebbe infatti assolutamente riduttivo pensare di fare esclusivo riferimento al criterio della permanenza nel territorio. Esso deve essere complementare ad altre indagini, volte a verificare il grado di familiarità del soggetto con l'ordinamento italiano.

La valutazione della inevitabilità dell'ignoranza della norma penale dipende infatti da una pluralità di fattori. Basile individua oltre alla naturalità e artificialità del reato e la durata del soggiorno nel paese d'arrivo, il grado di eterogeneità tra cultura italiana e cultura d'origine, l'esistenza nel paese d'origine di una norma penale dal contenuto analogo alla norma violata, e ancora la conoscenza della lingua italiana, l'età, la disponibilità di canali di informazione della legislazione penale italiana.²³⁹

5. Punibilità

²³⁹ Basile, *Immigrazione*, cit. p.391 ss.

L'istituto delle condizioni obiettive di punibilità è uno dei più controversi tra quelli previsti dal diritto penale. Nemmeno la collocazione nella struttura del fatto di reato appare certa.

Esse sono accadimenti futuri e incerti concomitanti o successivi rispetto al fatto di reato, al verificarsi dei quali è subordinata la punibilità del fatto criminoso. Assolvono la funzione di delimitare la rilevanza penale di determinati comportamenti e al contempo una funzione di garanzia connessa al rispetto del principio di legalità.²⁴⁰

Si ritiene comunemente che esse accedano a un reato già perfetto e siano riconducibili ad esigenze di politica criminale. Devono infatti essere valutate in funzione della pena, sotto il profilo della praticabilità e opportunità concreta dell'incriminazione. Essa deve essere valutata in funzione delle finalità proprie della pena, sotto il profilo della praticabilità e opportunità concreta dell'incriminazione: “se la pena ha uno scopo diverso dalla sola riaffermazione dei valori violati e dalla compensazione delle colpe, deve poter essere disapplicata tutte le volte in cui appaia inutile rispetto alle finalità dell' intervento. Il diritto penale viene concepito non più solo come limite alla libertà, ma come strumento di libertà, strumento non di compressione ma di protezione dei diritti umani considerati beni fine (...). Il significato della punibilità (...) va individuato nella previsione di

²⁴⁰ Fiandaca, Musco, *Il diritto penale*, cit. p.748

istituti che consentano la trasformazione, la riduzione o l'eliminazione della risposta punitiva, conducendo anche ad un'ulteriore selezione di fatti ed autori in un contesto di degradazione giudiziale della risposta sanzionatoria. Sicché potrebbe condividersi l'osservazione che “la non punibilità esprime l'idea che rieduca di più la pena che non si applica”.²⁴¹

Riteniamo che sia possibile escludere fin da subito dalla considerazione quei reati che ledono beni giuridici di fondamentale rilievo. Davanti a lesioni particolarmente gravi, infatti, la finalità rieducativa infatti deve essere realizzata in carcere per non mortificare le esigenze di prevenzione (generale e speciale).²⁴² L'ingiustizia di condotte aventi quale esito ad esempio la soppressione di un'altra vita umana condurrebbe a ritenere inaccettabili misure di acquisizione dei valori fondanti del vivere civile che non passassero, almeno per una fase, per un percorso ritenuto sufficientemente afflittivo.²⁴³

Diversamente si ritiene che, per le ipotesi di minore gravità, come le lesioni agli organi genitali, lo *scarring*, l'accattonaggio non sistematico o alcune forme di maltrattamenti non particolarmente gravi, pur trattandosi di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, la particolarità del movente potrebbe

²⁴¹ Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 262 ss.

²⁴² Paterniti, *Cotributo allo studio della punibilità*, Torino, 2009, p.144

²⁴³ *Ibidem*

rendere necessaria ed inderogabile la rinuncia alla pena affiancata da strumenti specialpreventivi.

Siamo tuttavia convinti che né il legislatore, né la giurisprudenza siano pronti per sentire avanzare una tale proposta; *de iure condito* non resta che affidarsi agli istituti esistenti, i quali, in combinato disposto potranno far sì che surrettiziamente si possa raggiungere tale scopo mediante l'approdo a cornici di pena che consentano l'affidamento in prova ai servizi sociali.

Qualche spazio alla rilevanza del motivo culturale può residuare, *de iure condendo*, in sede di punibilità, valorizzando le clausole di “particolare tenuità del fatto” e “irrilevanza del fatto”, previste rispettivamente dalla legge sulla competenza del giudice di pace e dalla legge sul processo penale minorile.²⁴⁴

6. Commisurazione della pena

Anche la commisurazione della pena è un terreno sintomatico per risolvere le questioni inerenti ai *cultural crimes*.

Al giudice dall'ordinamento è affidato il delicato ruolo di scegliere la pena più adatta al reo, sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo. Egli è

²⁴⁴ Basile, *Immigrazione*, cit. p.423

chiamato a percepire “le sfumature di valore o disvalore del singolo episodio criminoso”²⁴⁵.

Ai sensi dell’art. 133 la particolare natura del reato culturalmente motivato potrebbe essere tenuta in considerazione al momento della valutazione della “gravità del reato” o della “capacità a delinquere” del soggetto.

In particolare, la capacità a delinquere è un’espressione dotata di grande ambiguità. Secondo un primo significato, essa potrebbe essere interpretata come proiettata nel passato²⁴⁶, cioè come capacità di commettere il fatto. Secondo un altro significato, essa potrebbe al contrario proiettarsi nel futuro e potrebbe intendersi come propensione o tendenza a commettere nuovi reati.²⁴⁷ Secondo un altro orientamento, essa presenterebbe entrambi i caratteri di proiezione al futuro e al passato.²⁴⁸

I singoli indici fattuali sono i motivi a delinquere, il carattere del reo, la condotta antecedente, contemporanea e susseguente al reato, le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

²⁴⁵ *Ibidem*

²⁴⁶ Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 2003, p.495

²⁴⁷ Dolcini, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979 p.43

²⁴⁸ Nuvolone, *La capacità a delinquere nel sistema di diritto penale*, in *Trent’anni di diritto e procedura penale*, I, p.593

Il motivo a delinquere è “la causa psichica, conscia o inconscia della condotta umana, cioè la forza psichica, lo stimolo che ha indotto l’individuo ad agire, la molla che ha fatto scattare la volontà”.²⁴⁹

Attraverso il motivo, il giudice potrebbe valutare in favore del reo il fattore culturale in fase di commisurazione della pena. Tra l’altro il motivo culturale potrebbe essere sintomatico di una minore capacità a delinquere del soggetto, spinto da un attaccamento alla tradizione e non da motivazioni antisociali²⁵⁰ e sarebbe espressione non di un’aspirazione individuale, bensì collettiva.

Gli indici del carattere del reo e della condotta contemporanea, susseguente del reato, al contrario, potrebbero rivelare un’adesione pervicace alla motivazione e quindi essere valutati *contra reum*.

Assai maggiore rilevanza è possibile dare alla valutazione della condotta del reo in suo favore, se si fa riferimento al criterio delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale. Un’attenta valutazione dell’ambiente, delle condizioni economiche, sociali, culturali e morali sia del soggetto che del gruppo familiare e sociale di appartenenza possono aiutare a selezionare la pena più appropriata.

²⁴⁹ Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, cit.p 640 ?

²⁵⁰ Bernardi, *L’ondivaga rilevanza*, cit.p. 28, Basile, *Immigrazione*, cit. p.425 ss.

Valenza opposta a quella invocata dagli imputati è stata assegnata all'art. 133 c. 2 n.4 dal Tribunale di Bologna nel 2006.²⁵¹ Il giudice ha sostenuto che: “il criterio fissato (...) potrebbe avere una valenza addirittura opposta a quella invocata dagli imputati, poiché sta a significare che quanto più le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo rispecchiano un sistema di regole antitetico a quelle a cui si ispira la tutela penale, tanto più deve essere severa la sanzione, apparendo evidenti la maggior pregnanza della finalità di prevenzione cui la pena deve ispirarsi nel caso concreto. Chi proviene da uno Stato straniero in cui vigono regole ordinamentali e comportamentali inconciliabili con quelle del nostro paese è comunque tenuto ad osservare la nostra legge penale. La provenienza individuale da un sistema di vita del tutto alieno dai nostri principi non può valere ad attenuare la pena, al contrario, proprio in applicazione della norma citata, la condotta che sia espressione diretta di tali principi deve essere sanzionata con congruo rigore”.

La portata di questa asserzione è piuttosto grave, perché mette in discussione i limiti di cui all'articolo 27 Cost. e rischia di travolgere il principio di uguaglianza sostanziale.

²⁵¹ Gup Bologna del 16 novembre 2006 in Bruno, *Diversità culturale e principio di uguaglianza nel processo penale*. In *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2009, 1, p. 33

7. Le circostanze del reato

Le circostanze del reato sono elementi che stanno intorno (dal latino *circumstant*) o accedono ad un reato che è già provvisto di tutti i suoi elementi costitutivi. Esse sono elementi accidentali, che hanno la funzione di determinare una modificazione della pena, elevando o diminuendo la pena editale prevista o determinando un vero e proprio mutamento della pena stessa. Il legislatore con la previsione di questo sistema ha inteso incidere sulla gravità astratta del reato e al tempo stesso meglio adeguare la pena al singolo caso.²⁵²

A questo punto della trattazione, non resta che interrogarsi sulla possibilità di dare rilievo, in sede di commisurazione “in senso lato”, al fattore culturale ai fini dell’applicazione di alcune circostanze attenuanti o della non applicazione di alcune circostanze aggravanti.

Qualora l’autore dell’illecito, che di per sé resta un fatto antisociale per l’ordinamento, abbia compiuto il fatto per motivi di particolare valore morale o sociale, ovvero di per sé apprezzabili e condivisibili, l’ordinamento consente al giudice di concedere l’attenuante di cui all’art. 62 c.1.c.p.

²⁵² Fiancada, Musco, *Il diritto penale*, cit. p 379-380

Secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante, il parametro oggettivo cui ancorare la valutazione del comportamento deve corrispondere alla coscienza etica della generalità dei consociati²⁵³, con conseguente irrilevanza dei motivi approvati solo da alcuni ambienti sociali.

La dottrina più sensibile ha criticato questo orientamento, ritenendo che l'accoglimento dello stesso porti in concreto alla disapplicazione dell'attenuante e ritenendo che un simile atteggiamento sia in contrasto con i valori del pluralismo ideologico, religioso e culturale cui si ispira la Costituzione Italiana.²⁵⁴

In particolare, Veneziani ha proposto di applicarla laddove “si tratti ad un tempo di non rinunciare ad elevare il rimprovero giuridico- penale e di personalizzare però il limite della reazione punitiva statale, tenendo conto di un conflitto di doveri in capo a colui che non possa dirsi pienamente inserito nel nostro contesto socio culturale (e analogamente è a dirsi nei casi in cui il soggetto abbia agito nella consapevolezza della doverosità della condotta in base alle prescrizioni religiose, morali, sociali proprie della

²⁵³ Cass. 22 febbraio 1990 ced 183431, in Riv. Pen. 1990, p. 1063, Cass. 6 luglio 1988, ced.178833; Cass. 13 marzo ed.224077, in Riv. Pen.2004, p.93

²⁵⁴ Padovani, Circostranze del reato, voce in Dig.disc.pen, II, 1988. p.220; Fiore, *Diritto penale. Parte generale*,2008, p.448

comunità di appartenenza e nell'ignoranza -pur colpevole- del contrasto tra quelle e la normativa penale).²⁵⁵

Questa soluzione appare condivisibile, fermo restando che sarebbe sicuramente inutile e svantaggioso per la cultura dominante rifiutare la contaminazione esterna, chiudendosi in una roccaforte, per conservare a tutti i costi la propria identità.

Naturalmente questa soluzione solleva tanti dubbi. Da una parte infatti si propone di dare rilievo a valori di particolare valore o sociale. Ma dall'altra ci si chiede se, ad esempio, possa ritenersi tale il motivo che induce il padre a picchiare la figlia per punirla di una relazione adulterina o sottoporla a mutilazioni genitali, in entrambi i casi per garantire una migliore prospettiva di vita e integrazione.

Si tratta invero di fatti gravemente e oggettivamente in contrasto con i valori fondamentali. Dall'*impasse* si può uscire forse solo seguendo le indicazioni di Fiandaca e Musco.²⁵⁶ Bisogna infatti ricordare di tenere distinta la valutazione della condotta da quella del motivo. La condotta, essendo illecita, è sempre antisociale e inaccettabile per l'ordinamento, ma anche il più riprovevole dei reati può essere contraddistinto da un motivo

²⁵⁵ Veneziani, *Motivi, e colpevolezza*, 2000, p.240

²⁵⁶ Fiandaca, Musco, *Il diritto penale*, cit. p.444

meritevole. Solo attraverso questa via si può trovare uno varco per l'applicazione dell'attenuante.

Le circostanze possono essere anche aggravanti e comportare un rimprovero maggiore. L'aver agito per motivi futili o abietti (art.61 n.1.c.p.) può infatti comportare un aumento di pena fino a un terzo, in luogo di una diminuzione. "Abietto" è il motivo che appare "turpe, ignobile, totalmente spregevole, tale da suscitare una diffusa ripugnanza", mentre "futile" è il motivo che risulta "del tutto sproporzionato rispetto al reato al quale ha dato origine".²⁵⁷

In relazione a questa aggravante, valgono perlopiù le stesse considerazioni fatte in proposito dell'attenuante precedentemente descritta. Per un primo orientamento, dominante, si deve fare riferimento a una persona di media moralità o alla generalità delle persone.²⁵⁸ Secondo un orientamento minoritario ma più innovativo, i motivi andrebbero sindacati in base a un parametro maggiormente aderente alla persona agente, i valori della "media dei delinquenti" o l'ambiente in cui vive il reo.²⁵⁹

Per quanto concerne invece la circostanza attenuante della provocazione (art. 62. n.2 c.p.), possiamo dire che essa ricorre quando l'agente commette il fatto in una situazione di grave turbamento emotivo. Affinché essa si

²⁵⁷ Marinucci, Dolcini, *Manuale*, cit. p.481 in Basile, *Immigrazione*, cit. p.435-436

²⁵⁸ Basile, *Immigrazione*, cit.p. 435 ss.

²⁵⁹ Mantovani, *Diritto penale, parte generale*. Cit. p. 402 in Basile, *Ibidem*

configuri devono ricorrere i seguenti elementi: 1) lo stato d'ira, 2) il fatto ingiusto altrui e 3) il rapporto di causalità psicologica tra l'offesa e la reazione. Non deve necessariamente ricorrere il requisito della proporzionalità tra l'offesa e la reazione. Il fattore culturale potrebbe essere messo in rilievo a causa del fatto che l'ingiustizia del fatto può essere determinata anche dalla contrarietà a norme culturali, oltre che da norme dell'ordinamento giuridico. A detta di Basile, con l'aggravante della provocazione, ci troviamo di fronte a un "elemento normativo culturale di fattispecie".²⁶⁰

Analogamente a quanto detto in relazione alle precedenti attenuanti, l'applicabilità dell'attenuante dipende strettamente dal sistema di valori che si richiama come parametro di riferimento.

Se si considera possibile fare riferimento solo al sistema di norme diffuso in Italia, si finisce per negare ogni funzione alla cd. provocazione putativa dell'immigrato,²⁶¹ rischiando però di trascurare un effettivo perturbamento emotivo che ha di fatto influenzato la colpevolezza.

In alcune pronunce si è tenuto conto dell'ambiente socio-culturale in cui vive l'imputato²⁶² e delle qualità personali dei protagonisti della vicenda,

²⁶⁰ Capitolo primo; Basile, *ibidem*

²⁶¹ Basile, *ibidem*, Mantovani, *Diritto penale*, cit.p.595

²⁶² Cass.10 agosto 1987, ced 176527

dei loro rapporti, delle circostanze di tempo, luogo in cui si è verificato il fatto.²⁶³

In altre, i giudici hanno categoricamente escluso la possibilità di riconoscere l'attenuante della provocazione. Di recente la Cassazione ha integralmente confermato le statuizioni della Corte d'Appello di Brescia che ha escluso la sussistenza dell'attenuante, affermando che “se anche l'imputato possa avere considerato come un'offesa a lui e alla sua gente il comportamento della figlia, tale obiettivamente detto comportamento non era, e soprattutto la reazione è stata talmente abnorme da escludere la circostanza”, valutando così il requisito dell'ingiustizia sulla scorta del sistema di norme proprie della maggioranza.²⁶⁴

²⁶³ Cass. 16 Marzo 2004, n.; Cass. 30 marzo 1982, in Riv. Pen. 1982, p. 1029;

²⁶⁴ Corte d'Appello di Brescia, 5 dicembre 2008 in Basile, *Immigrazione*, cit. p. 185 ss.

Capitolo quinto

Analisi dei reati culturali: le mutilazioni genitali femminili

1. Introduzione

Il tema delle mutilazioni genitali femminili è uno tra i più complessi e difficili da affrontare. Esso include riferimenti di carattere antropologico, religioso, sociale e assume anche una decisa colorazione politica.

Complesso appare il tentativo di ricercare un equilibrio tra tutela delle differenze culturali e difesa dei diritti umani, posto che si fa riferimento alle mutilazioni come “diritti culturali”. I rischi sono tanti, da una parte quello di cedere ad una visione etnocentrica e intollerante del diverso, dall'altra quella di non operare un corretto bilanciamento tra il rispetto delle identità culturali e quello della salvaguardia dei diritti della persona.

Data l'estensione massiccia del fenomeno e la sua progressiva penetrazione nel nostro continente, a seguito dei fenomeni migratori, anche alcuni Paesi europei, tra i quali l'Italia, hanno deciso di intervenire con l'adozione di leggi penali che esplicitamente condannano e sanzionano tale violazione dei diritti umani fondamentali. Nel prosieguo della trattazione analizzeremo la fattispecie penale *ad hoc* introdotta nel 2006 dal nostro ordinamento e ci interrogheremo sull'efficacia della stessa.

2. Il fenomeno antropologico e le origini storiche

L'espressione "mutilazioni dei genitali femminili" è una definizione recente, affermata progressivamente a partire dalle prime elaborazioni concettuali della fine degli anni settanta del secolo scorso. L'utilizzazione del termine, diventato ufficiale nei documenti internazionali soltanto a partire dal 1990,²⁶⁵ ha assunto un'immediata valenza negativa, fortemente voluta dalla cultura occidentale, per evitare qualsiasi ipotesi di sovrapposizione con il concetto di circoncisione maschile o con la più blanda espressione di "escissione", normalmente utilizzata nelle lingue africane²⁶⁶.

Alla fine degli anni novanta si è diffusa anche l'espressione "*female genital cutting*" che non assume un giudizio valoriale. L'Unicef ed altre agenzie ONU preferiscono l'adozione del concetto di *femal genital mutilation/cutting* che media tra la necessità di non esprimere giudizi e quella di utilizzare un'espressione forte tale da motivare decise prese di posizione governative.

265 Essa fu adottata nel 1990 dall'Assemblea generale dell'Inter African Committee on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children (I.A.C.) e, a partire dall'anno successivo l'O.M.S. ha raccomandato alle Nazioni Unite di adottare sempre tale terminologia che è così stata utilizzata in tutti i documenti internazionali successivi: cfr. www.stopfgm.org.

266 In Somalia, dove la pratica è più cruenta il termine si traduce come "cucitura".

Con tale locuzione si è soliti indicare una serie di pratiche rituali consistenti nella modificazione più o meno estesa degli organi sessuali esterni della donna a scopo non terapeutico. Secondo la classificazione fornita dall'Organizzazione mondiale della sanità si possono distinguere²⁶⁷:

I tipo: escissione del prepuzio, con o senza escissione parziale o totale del clitoride, tradizionalmente denominata “*sunna*”;

II tipo: escissione del prepuzio e del clitoride, con escissione parziale o totale delle piccole labbra;

III tipo: escissione di parte o della totalità dei genitali esterni con cucitura o restringimento del canale vaginale (cd. “infibulazione”: si tratta della forma più estrema, perché dopo l’escissione dei genitali esterni i due lobi della vulva vengono tra loro cuciti con fili di seta o *catgut* o tenuti assieme con spine, così che, una volta cicatrizzati, occludono il canale vaginale ad eccezione di un piccolo foro per consentire il passaggio dell’urina e del sangue mestruale);

IV tipo: non classificato, ricomprensivo di pratiche consistenti nel forare (*pricking*), trapassare (*piercing*), incidere il clitoride e/o le labbra o nel produrre il loro stiramento; nel cauterizzare mediante ustione il clitoride ed i tessuti circostanti; nel raschiare i tessuti attorno all’orifizio vaginale (tagli

²⁶⁷ WHO, *Female Genital Mutilation, Information Pack*, in www.who.int/docstore/frhwhd/FMG/infopack/English/fgm_infopack.htm; Associazione Equamagliana, *Mutilazioni Genitali Femminili* in www.aidos.it, dossier

“ad anguria”) o nell’incidere la vagina (tagli “*gishiri*”); nell’introdurre nella vagina sostanze corrosive per causarne il sanguinamento o erbe per serrarla o restringerla; in ogni altra pratica che rientri nella surriferita definizione di MGF.

Secondo una prospettiva innovativa e recente sarebbe possibile scomporre l’elenco di cui sopra in sette diverse procedure:²⁶⁸

1. incisione del clitoride;
2. separazione del cappuccio clitorideo senza amputazione di tessuto;
3. rimozione del cappuccio clitorideo;
4. mutilazione delle labia minora;
5. mutilazione delle labia majora;
6. rimozione di parte o di tutto il clitoride;
7. sutura dell’apertura vaginale.

Le pratiche di modificazione degli organi genitali femminili sono diffuse in alcuni gruppi sociali di circa quaranta Paesi, dislocati soprattutto nell’Africa subsahariana (Somalia, Sudan settentrionale, Djibouti, Etiopia, Eritrea, Kenya settentrionale, alcune zone del Mali e della Nigeria

²⁶⁸Darby, Svoboda, *A rose by another name? Rethinking the similarities and differences between male and female genital cutting*, in *Medical Anthropology quarterly*, 2007, 3, p.308

settentrionale), in Egitto e in alcune circoscritte regioni dell'Asia (Indonesia, Malaysia, Yemen, Emirati A.U.)²⁶⁹.

L'OMS, in collaborazione con l'UNICEF e l'UNFPA, ha stimato in 130 milioni di donne il numero di donne che ha subito mutilazioni e in due milioni il numero di donne che vi viene sottoposto ogni anno.²⁷⁰

Le pratiche più comuni (oltre l'80%) sono quelle di I e di II tipo. Le MGF di III tipo costituiscono, invece, circa il 15%, e quelle del IV tipo circa il 5% dei casi.²⁷¹

L'età dei soggetti vittime delle diverse forme di mutilazione varia, sia in base al gruppo etnico di appartenenza che in relazione alle aree geografiche, partendo da qualche giorno di vita fino ai vent'anni circa ed è attualmente sempre più praticata sulle bambine di età compresa tra i tre e gli otto anni.

Solo nelle aree urbane, le mutilazioni vengono praticate da personale sanitario e in ambienti sterili. Più di frequente esse vengono praticate secondo riti tribali in condizioni igieniche non sterili, da persone che non possiedono una formazione ufficiale in ambito sanitario, con l'utilizzo di

²⁶⁹ Sincich, *Circoncisione femminile "mutilazioni genitali femminili" argomenti per una riflessione*, in www.stopfgmc.org.

²⁷⁰ WHO, *Female Genital Mutilation, Information Pack*, in www.who.int/docstore/frhwhd/FMG/infopack/English/fgm_infopack.htm

²⁷¹ *Ibidem*

strumenti primitivi, come lame di rasoio e pezzi di vetro e senza l'utilizzo di anestetici e disinfettanti.²⁷²

Oltre che di numerosi casi di donne mutilate da giovanissime nei loro Paesi d'origine, si ha notizia anche di casi di mutilazioni praticate all'interno della comunità d'origine, sul territorio del Paese occidentale di immigrazione, in condizioni di clandestinità.

Per quanto riguarda in particolare l'Italia una ricerca del 1996 stima in 28 mila il numero di donne, presenti in Italia, che avrebbero subito, nel Paese d'origine, una mutilazione, mentre 50.000 rappresenterebbero la popolazione a rischio.²⁷³

Tali pratiche hanno un'origine plurimillenaria. Non è ancora del tutto chiaro dove le mutilazioni siano effettivamente nate. Secondo la maggior parte delle teorie, tuttavia, l'origine potrebbe essere da ricollegare alle regioni del Corno d'Africa, dell'Egitto o Penisola Arabica.²⁷⁴

Già Erodoto (sec. V a.C.) riferisce di pratiche di mutilazione genitale femminile diffuse presso gli egizi, i fenici, gli hittiti e gli etiopi. Nell'Antica Roma l'infibulazione maschile si sarebbe attuata intorno al I secolo d. C., mentre quella femminile intorno al III secolo d. C. A partire dal VI secolo

²⁷² Morrone, *Usanza che crea danni fisici e psicologici*, in Guida al Diritto, 2006/5, 30.

²⁷³ D'Angelo, *Documento di lavoro sulle MGF*, in www.radiclparty.org/fgm/documentodilavoro.htm; Missier, *Le mutilazioni genitali femminili*, in Medicina e Morale, 2000,6, p. 1098-1100

²⁷⁴ Pasquinelli, *Antropologia delle mutilazioni genitali femminili. Una ricerca in Italia*. Roma, 2000, p.3 ss.

d. C. Emergono testimonianze anche in territorio greco-bizantino e nei testi letterari arabo-persiani di epoca preislamica.²⁷⁵

I primi a proibire tali mutilazioni sono i gesuiti. Durante il periodo medievale, in Etiopia, si accende un conflitto tra la chiesa monofita e i gesuiti portoghesi che condannano la pratica, ritenuta d'origine giudaica. Il conflitto viene risolto dalla Santa Sede che decreta la liceità delle pratiche, basandosi su un'asserita ipertrofia clitorido-labiale propria delle donne autoctone.²⁷⁶

Il problema viene seriamente affrontato solo a partire dagli inizi del XX secolo su iniziativa dei missionari. In Sudan ed in Kenia le amministrazioni coloniali tentano interventi legislativi, incontrando resistenze e opposizioni a livello locale, assumendo la pratica i connotati di un'opposizione ideologica alle mire espansionistiche e imperialistiche dei popoli colonialisti. Tali mutilazioni divengono, così, in molte regioni africane, il simbolo della tutela della propria identità.²⁷⁷

Con la riconquista dell'indipendenza, alcuni Paesi come l'Egitto e l'Eritrea, tentano propri interventi legislativi ma la diminuzione della pratica è dovuta più che all'impegno del governo, a una mobilitazione sociale promossa e amplificata dalle organizzazioni internazionali e, in primis, dall'O.M.S.

²⁷⁵ Pasquinelli, *ibidem*

²⁷⁶ Pasquinelli, *Ibidem*

²⁷⁷ *Ibidem*

(Organizzazione Mondiale della Sanità) che sin dal 1982 ha sottolineato la necessità di interventi governativi e, soprattutto, il coinvolgimento di organizzazioni di donne, a livello locale, per diffondere ed informare capillarmente sui rischi per la salute connessi a tali pratiche²⁷⁸.

Le mutilazioni genitali non sono comunque prerogative esclusive del continente africano. A partire dalla fine del XVIII secolo anche in Europa si assiste a una forma di medicalizzazione dell'attività sessuale, volta alla cura della masturbazione compulsiva, della ninfomania, dell'omosessualità e di svariate psicopatologie, che si avvale del ricorso ad ablazioni chirurgiche, applicazioni di soluzioni caustiche sugli organi esterni e infibulazioni.²⁷⁹

In tempi recenti, però, esse hanno visto il loro ingresso in Europa principalmente a seguito delle ondate migratorie di soggetti provenienti dalle aree suindicate.

Le mutilazioni genitali femminili oggi sono messe in pratica in comunità etniche e religiose tra loro anche molto differenti, tutte, però, caratterizzate da una struttura organizzativa essenzialmente patrilineare e patriarcale.²⁸⁰

²⁷⁸ Dichiarazione sulla posizione e l'attività dell'OMS sottoposta alle Nazioni Unite nel 1982. Anche l'UNICEF è intervenuta a sostegno di tali interventi. In Europa nello stesso anno era sorta un'associazione volontaria in Francia, il Gams, Groupe de femmes pour l'abolition des mutilations sexelles, prima organizzazione al mondo che aveva come obiettivo l'abolizione della pratica. Dopo due anni nasce l'I.A.C. Nel tempo sono intervenute l'Aidos, Associazione donne italiane per lo sviluppo, che ha avviato molti progetti nel continente africano.

²⁷⁹ Elchalal, Ben Ami, *Female circumcision: the peril remains*, in Bju International, 1999, 1, p.103-108

²⁸⁰ Basile, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 4 ott. Dic. 2007 pag. 1296 e ss.; Di Pietro, *Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, cit.

L'analisi impone di esaminare il profondo significato attribuito loro nel contesto nel quale vengono praticate.

In primis, l'intervento può essere motivato da ragioni di purificazione ed esaltazione della sessualità femminile. Esso costituirebbe un rito di passaggio dall'infanzia alla pubertà. La bambina diviene donna. Pasquinelli definisce le mutilazioni: "pratiche cerimoniali che guidano, controllano e regolano i mutamenti di *status*, di ruolo o di età delle persone e, così facendo, scandiscono le varie fasi del ciclo della vita trasformandole in un percorso ordinato e dotato di senso che soddisfa i bisogni di identità e di riconoscimento".²⁸¹ Il rito serve a costruire l'identità di genere e spesso è parte di un percorso che prevede un intervento di modificazione dell'intero aspetto esteriore della donna e della sua espressività, correggendone anche le movenze, la postura, il portamento.

In altri casi, la ragione profonda della pratica affonda nella necessità di salvaguardare la castità della donna per aumentare le *chances* di trovare marito o per rafforzare la fedeltà matrimoniale. Esiste, infatti, un legame molto forte tra il matrimonio e le modificazioni genitali.

In Sudan, ad esempio, le nozze tra soggetti non circumcisi sono invalide, perché ritualmente vietate e le giovani donne non possono essere deinfibulate, finché l'aspirante sposo non abbia versato alla famiglia un

²⁸¹ Pasquinelli, *Antropologia*, cit. p. 4

determinato quantitativo di beni (istituto del *bridewealth*).²⁸² Risulta chiaro, quindi, come il rito della mutilazione costituisca un atto indispensabile, perché rappresenta la garanzia di una risorsa patrimoniale, utile alla sopravvivenza stessa della donna e del clan di appartenenza.

Altre motivazioni possono essere legate alla convinzione religiosa. In riferimento alla religione islamica, il Corano non parla della circoncisione femminile. Tuttavia, anche se l'escissione non è direttamente prescritta, l'Islam è fortemente ancorato ai valori della castità e della purezza, il che porta dunque a una sorta di giustificazione a posteriori di una pratica avente altre finalità.²⁸³ Inoltre, l'associazione con le usanze religiose è, in linea generale, legata ad un atteggiamento comune alle grandi religioni monoteiste, di controllo e di repressione degli istinti sessuali, soprattutto femminili.

Va, tuttavia, sottolineato, che le mutilazioni non sono diffuse solo fra i musulmani ma anche fra comunità di cristiani protestanti, cattolici e copti, fra gli ebrei falascià, gli animisti e che nessuna confessione religiosa le impone esplicitamente.

Altre ragioni a sostegno delle mutilazioni possono essere:

²⁸² Favali, *Le mutilazioni del corpo: tra relativismo e universalismo. Oltre i diritti fondamentali?* In *Rivista critica del diritto privato*, 2002, 1, p. 106

²⁸³ Patruno, *Mutilazioni genitali, circoncisioni e ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e Giustizia*, 2003, 9, p.91; Missier, *Le mutilazioni*, cit., p.1111; Atighetchi, *La legge islamica ed il corpo delle donne*, 1996, 5, p.1000

- di ordine igienico (in alcune comunità si ritiene che i genitali femminili esterni siano “sporchi”, e in alcuni casi addirittura le donne non escisse non possono maneggiare né acqua, né cibo);
- di ordine estetico (i genitali sono considerati di aspetto poco gradevole, in alcuni gruppi si pensa che la donna con il clitoride sia mascolina o che i genitali possano continuare a crescere fino ad arrivare a “pendere” tra le gambe);
- di ordine riproduttivo (si crede che la donna non possa fecondare o partorire);
- di ordine psicologico (si intende accrescere il piacere dell’uomo o si intende ridurre l’istinto femminile in modo da evitare il compimento di atti proibiti o facilitare il matrimonio poligamico, divenendo la donna meno esigente).²⁸⁴

Come si può facilmente notare, la sessualità non costituisce un bene in sé ma risulta socialmente costruita in funzione del ruolo che la donna deve occupare nel gruppo. La sottoposizione alla mutilazione per le donne africane ha quindi un complesso e preciso significato sociale di cerimonia di iniziazione, di rituale di ingresso e di marcatore di appartenenza a una

²⁸⁴ Cassano, Patruno, *Mutilazioni genitali, circoncisioni*, cit. p.91; Favali, *Le mutilazioni*, cit., p.103; Facchi, *I diritti nell’Europa multiculturale*, Roma, 2001, p.84; Del Missier, *Le mutilazioni*, cit. p.1110

determinata comunità, nell'ambito di una strategia di assoggettamento, che mira a difendere soprattutto l'onore familiare.²⁸⁵

Oggi alcuni di questi significati tendono a sbiadire per il mutamento delle condizioni sociali e culturali di molti paesi africani per cui la pratica diventa meno coatta e vi è una certa tendenza alla medicalizzazione.

Tuttavia, la pratica non è abbandonata dai gruppi immigrati. Anzi, la decisione di effettuare l'intervento è dovuta sia all'attaccamento alle tradizioni della società d'origine, sia alle caratteristiche del progetto migratorio. Infatti, rimane viva l'esigenza di evitare l'esclusione sociale della donna, al momento del ritorno in patria, se previsto. Inoltre, la chiusura della società di accoglienza, l'incapacità di tessere relazioni sociali portano ad attribuire alle mutilazioni il carattere di "confine etnico", come rifugio dalla contaminazione e dal contatto con valori estranei e pericolosi.

²⁸⁵ Ciminelli, *Le ragioni culturali delle mutilazioni genitali femminili* in *La ricerca folk lórica*, 2001

2. I possibili danni all'integrità fisica e alla salute psico-sessuale, prodotti dalle mutilazioni genitali

Secondo l'OMS, le mutilazioni genitali femminili (MGF) possono causare “gravi danni alle fanciulle e alle donne”.²⁸⁶ Dal punto di vista medico, tali danni sono di due ordini:

- 1) danni all'integrità fisica della donna;
- 2) danni alla salute psico-sessuale della donna.²⁸⁷

I danni all'integrità fisica possono essere distinti, seguendo la catalogazione fatta dall'OMS, in danni immediati e danni nel lungo periodo.

Tra i danni immediati, il più frequente è costituito dall'emorragia, dovuta a rescissione dell'arteria vulvare o dell'arteria dorsale del clitoride, ovvero al danneggiamento dei vasi sanguigni delle labbra, che in taluni casi può addirittura portare al dissanguamento. Possono, inoltre, verificarsi shock emorragici o anche per il dolore e l'angoscia vissuti, infezioni di vario tipo e diffusività a causa delle condizioni non igieniche e degli strumenti non

²⁸⁶WHO, *Female Genital Mutilation*, Information Pack, in www.who.int/docstore/frh/whd/FMG/infopack/English/fgm_infopack.htm; Amnesty International sulle MGF, *Dossier*, in www.amnesty.it/educazione/formazione/mainstreaming/bambini/mutilazione.html; Presidenza del Consiglio dei ministri –Ministero Pari Opportunità, *Opuscolo sulle MGF*, in www.pariopportunita.gov.it; Turillazzi, Neri, *Luci ed ombre nella legge in tema dimutilazioni genitali femminili: una visione di insieme medico legale*, in *Juris Data - Note e Dottrina*, vedianche *Riv. It. Medicina Legale*, 2006, 2, 286; Dorkenoo, *Combating female genital mutilations: an agenda for the next decade*, in *World health statistics quarterly*, 1996, p. 49, p.143

²⁸⁷*Ibidem*

sterili, che possono anche estendersi internamente alle vie genitali e alle ovaie; ritenzione urinaria per ore o anche giorni; lesioni ai tessuti adiacenti.²⁸⁸

Come danni nel lungo periodo vanno, invece, segnalati: emorragie post-operatorie, difficoltà nella minzione; infezioni pelviche e del tratto urinario; sterilità; cicatrici, ascessi e dolore a livello della vulva; formazione di cisti e calcoli; fistole, neurinomi; ostruzione del flusso mestruale.²⁸⁹

Ulteriori complicanze possono, inoltre, manifestarsi durante il rapporto sessuale e in occasione della gravidanza e del parto. Le donne che subiscono MGF, infine, risultano esposte ad un rischio maggiore di contrarre il virus dell'HIV, sia al momento dell'intervento, sia successivamente, in occasione dei rapporti sessuali.²⁹⁰

Per quanto riguarda, poi, i danni alla salute psico-sessuale, sempre in base ai dati forniti dall'OMS, va rilevato che le MGF – specie in caso di infibulazione – producono riduzione della sensibilità sessuale, diminuzione o perdita del desiderio sessuale e altre disfunzioni sessuali, oltre ai già menzionati dolori durante i rapporti sessuali.²⁹¹

²⁸⁸ *Ibidem*

²⁸⁹ *Ibidem*

²⁹⁰ *Ibidem*

²⁹¹ Sincich, *Circoncisione femminile "mutilazioni genitali femminili" argomenti per una riflessione*, in www.stopfgmc.org

L'esperienza di ansia, terrore, senso di umiliazione e di tradimento, eventualmente vissuta dalla donna sottoposta a mutilazione, può, infine, provocare ulteriori lesioni a livello psicologico, quali disturbi nel mangiare, nel dormire e nell'umore (perdita dell'appetito e del peso, stress post-traumatico, insonnia, incubi, attacchi di panico, instabilità dell'umore e difficoltà di concentrazione).²⁹²

È, peraltro, necessario precisare che quelli sopra elencati sono i possibili danni, segnalati dall'OMS, che le donne sottoposte a MGF possono subire; ma quali danni, in concreto, la singola donna subisce, può essere stabilito solo caso per caso, dipendendo ciò da tutta una serie di fattori, quali la capacità e l'esperienza dell'operatore che pratica la MGF, le condizioni igieniche nelle quali viene effettuata, le modalità di intervento, la resistenza opposta dalla donna e, soprattutto, il tipo di mutilazione praticata.²⁹³

²⁹² *Ibidem*

²⁹³ Regione Emilia Romagna. Servizio Assistenza Distrettuale Pianificazione e Sviluppo dei Servizi Sanitari Consultori Familiari, *Le Mutilazioni Genitali Femminili (MGF) nella popolazione immigrata. Raccomandazioni per i professionisti*. Progetto n. 9, dicembre 2000, febbraio 2001

3. Strategie di contrasto delle MGF

La comunità internazionale si è mostrata particolarmente attenta ai problemi della società multietnica, elaborando numerose convenzioni e dichiarazioni, finalizzate al riconoscimento e tutela dei diritti umani fondamentali, soprattutto di donne e bambini e istituendo corpi e organismi con il compito specifico di elaborare programmi e piani d'azione per la promozione e sviluppo dei diritti fondamentali.²⁹⁴

È quindi opportuno, prima di esaminare la politica interna che gli Stati europei hanno adottato rispetto al fenomeno delle mutilazioni sessuali, accennare ai documenti di tutela dei diritti umani fondamentali e di tutela dei diritti della donna e del fanciullo sia internazionali che regionali che condannano implicitamente o esplicitamente le pratiche di mutilazione genitale femminile.²⁹⁵

I principali documenti a tutela dei diritti umani fondamentali sono:

1) la Dichiarazione Universale dei diritti umani, approvata nel 1948 dalle Nazioni Unite, che riconosce il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza

²⁹⁴ L'attività in questo campo delle Nazioni Unite e dei suoi uffici specializzati è rilevante. Il Who (World Health Organization), l' Unicef (United Nations Children's Fund), l' Unfpa (United Nation Population Fund), l' Unesco (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization), l' Unhcr (United Nations High Commissioner for Refugees), tutti questi organismi delle N.U.si sono occupati dei problemi sollevati dalle pratiche di MGF.

²⁹⁵ Vitalone, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, Giur. Merito, 2001, 3, 0854

personale (art. 3) e pone il divieto di torture e di trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti (art. 5);

2) il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, adottato nel 1966, che proclama il diritto all'autodeterminazione (art. 1) e il diritto alla salute (art. 12);

3) il Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale nel 1966 che tutela il diritto alla vita (art. 6), alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 18), il diritto alla protezione del fanciullo (art. 24), i diritti delle minoranze etniche, religiose o linguistiche (art. 27), che condanna le torture e i trattamenti crudeli, inumani o degradanti (art. 7) e vieta le interferenze arbitrarie o illegittime nella sfera privata delle persone (art. 17);²⁹⁶

4) la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, entrata in vigore nel 1969, che garantisce il diritto alla sicurezza della persona e alla protezione da parte dello Stato contro la violenza o le offese corporali (art. 5);

²⁹⁶ Questa disposizione è di rilievo, in particolare se letta assieme a quella dell'art 7, perché fa comprendere che le pratiche tradizionali, in quanto parte della vita culturale di una minoranza, debbano essere salvaguardate, ma evidentemente, non rientrano fra quelle meritevoli di tutela le pratiche che si riducano ad un trattamento crudele, inumano o degradante, quale appunto MGF.

5) la Dichiarazione e programma d'azione della Conferenza internazionale sulla popolazione e lo sviluppo tenuta a Il Cairo nel 1994, che invoca la giustizia e l'uguaglianza delle donne e chiede la proibizione delle MGF.²⁹⁷

Con riferimento specifico alla tutela internazionale dei diritti delle donne e dei bambini vanno menzionate:

1) la Dichiarazione dei diritti del fanciullo, delle Nazioni Unite del 1959, che protegge il fanciullo da ogni forma di crudeltà, mentre stabilisce che i fanciulli devono essere protetti da ogni discriminazione razziale, religiosa o di altro genere;

2) la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, entrata in vigore nel 1981, che prevede esplicithe misure per l'eliminazione delle MGF e impegna gli Stati contraenti a "includere il principio dell'uguaglianza fra uomo e donna nelle rispettive Costituzioni" e "a prendere tutte le appropriate misure incluse quelle legislative, per modificare o abolire leggi, regolamenti, costumi e pratiche, che costituiscano discriminazione contro la donna" (art. 2), e ancora a "modificare i modelli sociali e culturali di condotta di uomo e donna, con l'obiettivo di realizzare l'eliminazione dei pregiudizi e costumi e di tutte le altre pratiche basate sull'idea dell'inferiorità o della superiorità di uno dei sessi o su ruoli stereotipati per uomini e donne" (art. 5), che ha istituito il

²⁹⁷ *Ibidem*

Comitato per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW) che si è occupato della questione, chiedendo ai governi di mettere a punto azioni di contrasto;²⁹⁸

3) la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne del 1993, che esprime la condanna delle Nazioni Unite di ogni forma di violenza contro le donne, così chiarendo: “la violenza contro le donne dovrà essere intesa a comprendere, ma non a limitarsi (...) alla violenza familiare, fisica, sessuale e psicologica, compresa (...) la mutilazione genitale femminile e le altre pratiche tradizionali dannose per le donne” (art. 2);

4) la Convenzione sui diritti del fanciullo delle Nazioni Unite, entrata in vigore nel 1990, che impegna gli Stati a prendere tutte le misure per abolire le pratiche tradizionali pregiudizievoli alla salute dei fanciulli (art. 24);

5) la Dichiarazione e Programma d'azione di Vienna della Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sui diritti umani del 1993 che esprime il ripudio di tutte le forme di violenza contro la donna, inclusa quella risultante da pregiudizi culturali (parte I, art. 18) e contiene una serie di raccomandazioni dirette agli Stati, finalizzate ad eliminare tutte le forme di discriminazione contro le donne e tutte le forme di violenza ed abuso sui fanciulli, (parte II, art. 45-53);

²⁹⁸ www.unhcr.ch; www.who.org

6) la Dichiarazione e piattaforma d'azione di Pechino, della Quarta Conferenza mondiale sulle donne, del 1995, ove è espressa una forte condanna della MGF, la cui gravità viene messa in relazione alla violenza sessuale ed economica alle quali le donne sono assoggettate (art. 39);

7) la Dichiarazione congiunta per le mutilazioni femminili del 1997, prodotta dalla collaborazione tra l'OMS, l'Unicef e il Fondo delle Nazioni Unite, nella quale si sostiene l'impegno dei governi e delle comunità verso la promozione e la tutela della salute e dello sviluppo di donne e bambine e si delineano le strategie per eliminare le mutilazioni,²⁹⁹

8) la Dichiarazione del Cairo per l'eliminazione delle MGF, nell'ambito della campagna StopFGM, a seguito della Conferenza del Cairo del 2003, adottata con il sostegno della Commissione Europea, nella quale i rappresentanti di governo si impegnano a intraprendere iniziative attive volte all'eliminazione delle mutilazioni.³⁰⁰

Infine, tra gli strumenti internazionali regionali bisogna richiamare:

1) la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, adottata nel 1981, la quale stabilisce che ogni individuo ha diritto al rispetto della dignità e che gli Stati devono assicurare l'eliminazione di tutte le forme di

²⁹⁹ *La lotta alle mutilazioni genitali femminili: un nuovo impegno per la tutela dei diritti della donna*, in Archivio Pace diritti umani, 2/2004, p.29

³⁰⁰ *Ibidem*

discriminazione contro le donne e la protezione dei diritti della donna e del fanciullo (art. 18);

2) la Carta africana per i diritti e il benessere del fanciullo del 1990, che invita i governi a prendere tutte le misure idonee a eliminare le pratiche sociali e culturali dannose a benessere, dignità e normale crescita e sviluppo del fanciullo (art. 21);

3) la Dichiarazione di Ougadougou, del 1999, adottata dal Comitato interafricano sulle pratiche tradizionali lesive della salute di donne e bambini (IAC), insieme ad alcune delegazioni governative, che condanna le mutilazioni genitali femminili;³⁰¹

4) la Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nel 1995, la quale obbliga gli Stati ad astenersi da politiche o pratiche di assimilazione di appartenenti a minoranze nazionali contro la volontà degli stessi, senza pregiudizio di una politica generale di integrazione (art. 5);

5) la Risoluzione sull'Islam del Parlamento Europeo del 1998, che contiene il riconoscimento del principio del pluralismo culturale e religioso e sottolinea la necessità di dialogo con i Paesi islamici, condannando ogni forma di discriminazione contro le donne, comprese le mutilazioni sessuali.

³⁰¹ *Ibidem*

Tra gli interventi normativi predisposti in attuazione degli strumenti internazionali e regionali sopra richiamati si distinguono disposizioni volte a prevenire il fenomeno e disposizioni volte a reprimerlo. Quanto alle prime, innumerevoli sono le campagne informative, nei Paesi d'origine o fra i gruppi di immigrati nei paesi di destinazione, grazie all'impegno delle Nazioni Unite e della società civile, in particolare di alcune Ong impegnate sul versante della difesa dei diritti umani delle donne e dei fanciulli.³⁰²

Quanto alle seconde, la legislazione nel mondo è estremamente varia. Il reato di mutilazioni genitali è previsto in Canada, Australia, Nuova Zelanda, Stati Uniti, anche se non risulta che siano stati celebrati processi per questo reato, attribuendo così alla scelta di incriminare il comportamento soltanto un significato simbolico.

Anche gli Stati di provenienza degli immigrati, spesso vietano le mutilazioni (Costa d'Avorio, Gibuti, Egitto, Ghana, Guinea, Senegal, Repubblica Unita di Tanzania e Togo), ma nei fatti finiscono per tollerarne la pratica, soprattutto clandestina.³⁰³

Nella maggior parte dei Paesi europei non sono state emanate leggi speciali contro le mutilazioni genitali femminili e le MGF sono punite in quanto lesioni corporali. Questo accade in Austria (art.83 c.p.), in Danimarca

³⁰² Unicef, *Changing a harmful social convention: the female genital mutilation/cutting*, Firenze, 2006
www.unicef.org/irc

³⁰³ Pitch, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Questione giustizia*, 2/2001, p. 504

Danimarca (art. 245 n. 2), in Germania (art. 223), in Grecia (art. 309 ss.), Lussemburgo (art. 392 ss.), Olanda, Portogallo (art. 144), Svizzera (art. 122).

In alcuni ordinamenti europei, sono state invece prodotte specifiche norme per fronteggiare i problemi legati al fenomeno delle mutilazioni.³⁰⁴

La Svezia è stata la prima nazione europea a introdurre una normativa speciale apposita contro la MGF nel 1982, modificata nel 1998, aumentando le pene fino a quattro anni di reclusione e ha anche elaborato il Progetto Göteborg, con lo scopo di monitorarne la diffusione sul territorio, elaborare misure di prevenzione, fornire assistenza medica e psicologica alle donne già mutilate, diffondere materiale educativo.³⁰⁵

Anche in Norvegia è stata adottata una normativa speciale nel 1995 che proibisce le mutilazioni, con sanzioni pecuniarie e con la reclusione fino a tre anni. Sono previste conseguenze sanzionatorie più gravi, se dalla condotta deriva una malattia, l'incapacità lavorativa, un incurabile difetto o lesione o la morte della donna.

In Belgio è stata introdotta una disciplina *ad hoc* nel 2000. Chiunque pratica, facilita o promuove una mutilazione genitale femminile, con o

³⁰⁴ Autori vari, *Proceedings of the expert meeting on female genital mutilation*, Ghent-Belgium, 5-6 Novembre 1998.

³⁰⁵ Grassivaro Gallo, Cortesi, *Linee guida per il personale medico di fronte a casi di mutilazione genitale femminile (MGF), Messa a punto delle iniziative a livello nazionale ed internazionale*, pp.1-55. *ORIV, Quaderno di Ricerca n.5, 1999 p.13- 17*; www.stofgmc.org

senza il consenso della donna, è punito con l'arresto da otto giorni a un anno. Sono previste delle circostanze aggravanti se le mutilazioni sono praticate su un minore o su una persona incapace di provvedere a sé, o per trarne profitto, o se dalla mutilazione deriva una malattia inguaribile, un'inabilità lavorativa permanente o la morte della donna.

In Inghilterra, le mutilazioni sessuali ricadono sotto il divieto del *Prohibition of Female Circumcision Act*, entrato in vigore nel 1986.³⁰⁶ Qui è stato emanato nel 1989 anche il *Children Protection Act*, che completa il quadro di misure a tutela dei minori a rischio di MGF: il giudice può proibire ai parenti di compiere atti senza la specifica autorizzazione del tribunale, oppure, nei casi più gravi, dispone che il bambino possa essere allontanato dalla famiglia, qualora questa sia l'unica misura alternativa per la sua protezione. In particolare, ciò potrebbe rendersi opportuno, in quei casi in cui si sospetta che la bambina possa essere condotta all'estero per essere sottoposta a mutilazione.³⁰⁷

Nell'ordinamento francese, gli interventi rituali sui genitali femminili sono una fattispecie che rientra tra i reati di violenza ai sensi dell'art. 222-9 del

³⁰⁶ In Inghilterra è stato emanato anche il Matrimonial Proceedings Act, nel 1972, con lo scopo di disciplinare i matrimoni poligamici. Mancini, *Immigrazione musulmana e cultura giuridica*, cit., p. 149.

³⁰⁷ Grassivaro Gallo, Cortesi cit. p. 14.; J. Black, Debelle, *Female genital mutilation in Britain*, in BMJ n. 310, 1995, 1590-92. Dal 1990, in Gran Bretagna sono state organizzate in diversi istituti di cura, cliniche "African Well Woman" che offrono servizio di deinfibulazione alle donne che lo richiedono. Grassivaro Gallo, *Figlie d'Africa mutilate. Indagini epidemiologiche sull'escissione in Italia*, Torino, 1998, 100; M. McCaffrey et al., *Management of female genital mutilation: the Northwick Park Hospital experience*, in *British Journal of Obstetrics and Gynaecology*, 1995, vol. 102, n. 10, 788.

codice penale. L'obiettivo fondamentale di tale scelta legislativa è la garanzia formale del principio di eguaglianza, giacché la legge è applicabile a tutti, indipendentemente dall'origine etnica. La Francia è l'unico paese in cui gli interventi rituali sui genitali femminili sono stati sistematicamente perseguiti, anche se la pena è stata sempre condizionalmente sospesa in ragione del rapporto tra genitori-imputati e figlia-vittima. La strategia della "persecuzione senza punizione" non ha tuttavia raggiunto l'obiettivo di scoraggiare la pratica né tanto meno di eliminarla. Piuttosto, ha contribuito a ridurla in clandestinità.³⁰⁸

Va notato che oltre all'aspetto della repressione penale, in alcuni casi, anche quando la normativa applicata rimane quella ordinaria, sono state dettate nei vari ordinamenti apposite misure di tipo amministrativo, riguardanti in special modo la disciplina dell'attività sanitaria, o, ancora, si è curato l'aspetto civilistico del fenomeno.

³⁰⁸ *Ibidem*

4. La risposta dell'ordinamento italiano al fenomeno culturale delle mutilazioni genitali femminili

Poste le premesse in ordine al fenomeno “culturale” delle MGF ed esaminato il panorama di interventi e strategie di contrasto a livello internazionale, occorre analizzare come l'ordinamento italiano abbia reagito al fenomeno.

In assenza di una legislazione specifica, il riferimento normativo in Italia è costituito per lungo tempo dall'art. 32 Cost., dall'art. 5 c.c. (atti di disposizione del proprio corpo) e dalle norme penali in materia di lesioni e di abusi e maltrattamenti nei confronti dei minori (artt. 582 e 583 c.p.) .

Nel caso in cui a essere sottoposte a rischio MGF siano bambine per volontà dei genitori, rilevano, anche gli artt. 330 (decadenza della potestà sui figli) e 333 c.c. (condotta del genitore pregiudizievole ai figli), i quali offrono al giudice minorile la facoltà di allontanare i minori dai genitori, con decadenza dalla potestà nei casi più gravi, o comunque di adottare provvedimenti convenienti quando la condotta di uno e di entrambi i genitori sia di fatto pregiudizievole.

In materia, prima del 2006, sono state pronunciate solo due sentenze, una in ambito penale dal Tribunale di Milano, l'altra in ambito civile dal Tribunale dei Minorenni di Torino.

Il primo processo risale al 1999. Una donna italiana, separata da un egiziano, sporge denuncia nei confronti dell'ex marito per aver sottoposto a mutilazione sessuale i due figli (una bambina di dieci anni, sottoposta a infibulazione; un bambino di cinque, sottoposto a circoncisione), durante una vacanza in Egitto. L'intervento è stato eseguito da personale sanitario del luogo. La donna, si accorge dell'accaduto a causa del cattivo stato di salute della figlia che accusava emorragie, infezioni e febbre. Il tribunale di Milano non ravvisa motivi di proscioglimento e ritiene che il fatto integri la fattispecie di lesioni personali gravissime (artt. 582 e 583 c.p.). La vicenda processuale si chiude con sentenza di patteggiamento (due anni di reclusione).³⁰⁹

La pronuncia del Tribunale per i Minorenni di Torino³¹⁰ è relativa invece alla vicenda di una bambina, figlia di genitori nigeriani, sottoposta a MGF in Nigeria. Al rientro in Italia, la minore accusa un grave ascesso nella zona genitale e viene ricoverata all'ospedale di Torino.

Interviene il Tribunale per i minorenni che allontana la bambina dai genitori e dispone un'indagine sulla famiglia. L'indagine mostra che la bambina è stata operata in Nigeria presso una vera clinica statale e ben accudita dai genitori nell'ospedale a Torino. Inoltre, la mediatrice culturale

³⁰⁹ Trib. Milano 25 novembre 1999, imputato El Namr Hassan, in *Dir. Immigr. Citad.* 2000, pag. 148

³¹⁰ Tribunale per i minorenni di Torino, 17 luglio 1997, in *Minori giustizia*, 1999, n. 3, pag. 140.

riferisce che secondo le consuetudini dell'etnia Edo, cui appartengono i genitori, una donna non sottoposta a MGF rischia di non trovare un marito e di essere emarginata dalla comunità. Tali interventi non sono sanzionati dalle autorità locali nigeriane. Il Tribunale, quindi, stante la positività della relazione familiare, riaffida la bambina ai genitori, disponendo la vigilanza da parte dei servizi sociali.

Tale vicenda ha anche un risvolto penale. L'intervento della magistratura italiana è seguito alla denuncia da parte dei medici, che al rientro della famiglia in Italia, hanno avuto in cura la piccola per le conseguenze dell'operazione.³¹¹ Questo procedimento si conclude con un decreto di archiviazione, richiesto dal Pubblico Ministero per “mancanza di condizioni per legittimare l'esercizio dell'azione penale” in ordine alla violazione degli artt. 110, 582 e 583 c.p., giacché sia i genitori che la minore sono cittadini nigeriani, ed essi “hanno inteso sottoporre la figlia a pratiche di mutilazione genitale, pienamente accettate dalle tradizioni locali (e parrebbe, dalle leggi) del loro Paese”. Peraltro, l'escissione è stata

³¹¹ Castellani, *Infibulazione ed escissione: fra diritti umani ed identità culturale*, in *Minori giustizia*, 1999, n. 3, 142; Bouchard, *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in “dimensione domestica”*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 1, 22.

eseguita in una clinica, e i genitori hanno prodotto la ricevuta di pagamento dell'intervento definito "circoncisione".³¹²

In entrambi i casi giudiziari la giurisprudenza italiana di fatto accoglie una nozione di esimente culturale.³¹³ L'elemento culturale che motiva il comportamento dell'agente, infatti, viene tenuto in conto al punto da attenuare o escludere la responsabilità penale. I giudici italiani sembrano orientarsi verso una presa d'atto dell'esistenza di una società multiculturale e della necessità di riconoscere un adeguato valore ad usanze e regole decisamente minoritarie nella nostra società.³¹⁴

In ogni caso l'esiguità delle denunce in questa fase, può essere ricollegata sia all'inesistenza di una figura delittuosa *ad hoc* sia alla coesione interna alla comunità di immigrati ove avvengono le mutilazioni sia, infine, all'alto grado di accettazione e consenso alla pratica.

Nel 2004, in Italia, un ginecologo di origine somala abbozza una proposta di medicalizzazione delle mutilazioni, all'interno di strutture mediche pubbliche al fine di evitare i rischi sanitari causati dalla clandestinità dell'intervento. Egli suggerisce un intervento alternativo o sostitutivo delle

³¹² Di Pietro, *Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, cit. e Basile, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4 ott. Dic. 2007 pag. 1296 e ss.

³¹³ Monticelli, *Le «cultural defense» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*. *Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. Pen.*, 2003 pag. 535 e seg.

MGF, a mero carattere simbolico. Lo definisce “infibulazione dolce o *sunna rituale*”³¹⁵.

Le reazioni politiche alla proposta del medico somalo sono quasi tutte negative e anzi, hanno l’effetto di accelerare l’iter di approvazione della nuova legge per vietare le MGF. La legge 9 gennaio 2006 n.7 viene approvata nel dicembre 2005, e introduce nel nostro ordinamento disposizioni sanzionatorie di carattere penale finalizzate alla prevenzione e al divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile.³¹⁶

Essa crea una nuova fattispecie di reato, “il reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” e contiene disposizioni di carattere amministrativo (art.8) e norme di stampo preventivo (art.2), oltre a quelle di carattere penale (art.6). Al contrario, l’originario disegno di legge non prevedeva un’autonoma figura di reato, né limitava il divieto di mutilazione ai soli organi genitali femminili, ma introduceva, come aggravante al delitto di lesioni di cui all’art. 582 c.p., il fatto di cagionare “una lesione degli organi genitali provocata, in assenza di esigenze terapeutiche, al fine di condizionare le funzioni sessuali della vittima”.³¹⁷

³¹⁵ Si tratta della proposta del medico somalo di Firenze Dott. Abdulcadir; Jura Gentium, <http://www.tsd.unifi.it/juragentium/it/>.

³¹⁶ Basile, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 4 ott. Dic. 2007 pag. 1296 e ss..

³¹⁷ Cesqui, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in *Questione Giustizia*, n.4/2005, p.754

La finalità espressa è quella di prevenire, contrastare, reprimere la pratiche di mutilazione genitale femminile, quali violazioni dei diritti fondamentali all'integrità della persona e alla salute delle donne e delle bambine", da attuarsi sia con campagne informative che con la formazione del personale sanitario e l'istituzione di un numero verde.³¹⁸La legge si apre con un richiamo esplicito agli art. 2, 3 e 32 della Costituzione italiana e alla Dichiarazione ed al Programma di azione approvato nella Quarta Conferenza ONU sulle donne del 1995, di cui sopra.

Il bene giuridico tutelato dalla norma è l'integrità psico-fisica della persona di sesso femminile, il suo diritto alla salute e la dignità personale.³¹⁹

Due sono le fattispecie contenute nel nuovo art. 583 bis c.p. Il primo comma configura il delitto di mutilazioni genitali. E' punito con la reclusione da quattro a dodici anni, chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili. Il secondo comma, invece, configura il delitto di lesioni genitali e prevede la reclusione da tre a sette anni per chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo e nella mente. Con la legge in commento

³¹⁸ *Ibidem*

³¹⁹ Basile, *Società multiculturali*, cit. p. 685

vengono introdotti reati autonomi puniti tendenzialmente con sanzioni più gravi di quelle che sarebbero scaturite dagli artt. 582-583 c.p.

Nella prima fattispecie rientra solo un tipo di aggressione, quella consistente in una mutilazione, totale o parziale dei genitali femminili. Nel secondo comma si precisa che per “mutilazione” si intende la clitoridectomia, l’escissione e l’infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni un effetto dello stesso tipo.³²⁰ La clausola finale tende a equiparare alle precedenti le ipotesi dell’ablazione delle piccole labbra, l’asportazione del prepuzio clitorideo, la raschiatura delle grandi labbra, il distacco di altri tessuti del vestibolo vaginale.³²¹ La seconda invece ha carattere residuale e include tutti i tipi di aggressione agli organi genitali femminili esterni produttivi di una malattia del corpo o della mente.

Secondo le intenzioni iniziali del legislatore, la scelta di prevedere due fattispecie distinte sarebbe legata alla volontà di distinguere in base alla gravità le due condotte e di prevedere un trattamento sanzionatorio più duro nel primo caso. Parte della dottrina ha criticato aspramente la scelta, poiché essa ha reso incerti i confini tra una condotta e l’altra, rendendo quasi nulla l’applicazione del secondo comma.³²²

³²⁰ Risoluzione 2001/2035- INI Parlamento Europeo

³²¹ Basile, *Società multiculturali*, p.687

³²² Natalini, *Mai più ferite tribali al corpo delle donne*, in *Dir. giust.*, 2006 cit. p. 101

L'oggetto materiale comune alle due fattispecie è costituito dagli organi genitali femminili esterni.³²³ La norma richiama indistintamente gli organi genitali, senza operare una distinzione tra esterni (vulva o pudendo muliebre) e interni (ovaie, tube uterine, utero e vagina). Tuttavia, appare preferibile, per una serie di ragioni, interpretare in modo restrittivo la norma di cui all'art. 583 bis. Infatti, sul piano culturale sono oggetto di modificazione solo gli organi interni, che hanno la funzione di provocare il piacere sessuale; al contrario, non vengono modificati gli organi interni che hanno funzione riproduttiva e questa è quasi sempre favorita presso le popolazioni e talvolta proprio attraverso le MGF.³²⁴ Sul piano giuridico, l'estensione della fattispecie agli organi interni, comporterebbe la sovrapposizione tra l'art.583 bis c.p. e il reato di lesioni gravissime per perdita della capacità di procreare (art. 583, c.2 n.3).³²⁵

La condotta descritta dalla norma consiste nel provocare l'evento descritto. In entrambe le fattispecie è presente la clausola di assenza di esigenze terapeutiche, per cui se la condotta è posta in atto allo scopo di curare il soggetto si può escludere la sussistenza del reato.³²⁶ Tale clausola pone diversi problemi in riferimento alla necessità di accertare l'esistenza del

³²³ Basile, *Società multiculturali*, cit. p. 686

³²⁴ *Ibidem*

³²⁵ *Ibidem*

³²⁶ *Ibidem*

dolo. Occorre infatti verificare la consapevolezza dell'assenza di esigenze terapeutiche, ma rimane dubbio se in base alle acquisizioni mediche della scienza italiana o a quelle del paese di provenienza del soggetto attivo del reato.³²⁷ Secondo Amato,³²⁸ l'onere del dolo è facilmente assolvibile nei casi in cui l'intervento è posto in essere da un non sanitario e in condizioni igieniche precarie, poiché sarebbe evidente l'inesistenza di un fine terapeutico (dolo *in re ipsa*). Tuttavia, è plausibile che un non sanitario, data la mancanza di istruzione e formazione, si rappresenti finalità terapeutiche insussistenti nella realtà.

Non dovrebbe porre particolari problemi, la questione della riconducibilità al reato della cd. deinfibulazione, ossia la rimozione totale o parziale della sutura delle grandi labbra della donna infibulata, poiché in questo caso la condotta, sia pur rientrando nel complesso rituale delle modificazioni genitali femminili, viene attuata per esigenze terapeutiche allo scopo di ripristinare le funzioni sessuali della donna.³²⁹

E' configurabile il tentativo sia in riferimento alla fattispecie del primo comma che del secondo comma.³³⁰ Nel primo caso, quando la condotta idonea e univoca non ha in concreto provocato mutilazioni. Nel secondo,

³²⁷ Basile, *Società*, cit. p. 687

³²⁸ Amato, *L'introduzione in Italia di un apposito reato è una innovazione opportuna ma perfettibile*, in Guida al diritto – Il sole 24ore, 5, 2006, cit. p. 23

³²⁹ Basile, *Società* cit. p.688

³³⁰ Natalini, *Mai più ferite tribali*, cit. p. 101

quando sono rimaste incompiute le condotte inequivocamente e univocamente dirette a provocare solo lesioni e non mutilazioni. Alquanto singolare è il fatto che il tentativo di mutilazione sia punibile in astratto con una pena nel massimo più dura (8 anni) che quella prevista per la lesione consumata (7 anni).³³¹

L'elemento soggettivo nella fattispecie di cui al primo comma è generico. Infatti, la norma richiede solo la rappresentazione e la volontà della mutilazione. Mentre nella seconda fattispecie, esso è specifico, in quanto è richiesto l'ulteriore fine di menomare le funzioni sessuali.

Con riferimento al dolo generico, possono essere svolte alcune considerazioni. Sebbene, infatti il nostro ordinamento non scusi l'ignoranza della legge penale, risulta complicato applicare la norma a soggetti che provengono da un paese nel quale le MGF non sono reato, non hanno la minima conoscenza della normativa italiana in materia e per di più sono convinti di operare nell'interesse della donna. Con molta probabilità si finisce per ricadere in una situazione di ignoranza inevitabile per non colpevole carenza di socializzazione, così come descritta dalla sent. Corte Cost. 364/1988.³³²

³³¹ Amato, *L'introduzione*, cit. p. 25

³³² Amato, *L'introduzione*, cit. p-21; Basile, *Le società*, cit. p. 690

Anche a proposito del dolo specifico è necessario riferire alcune difficoltà di interpretazione. In primo luogo, il fine descritto dalla norma deve essere solo perseguito e non deve verificarsi naturalisticamente, altrimenti si ricade nell'ipotesi descritta al primo comma.³³³ In secondo luogo, quando l'evento non si verifica, è ancora più difficile ricostruire lo specifico processo volitivo del soggetto agente. Infine, così come avevamo già detto a proposito del dolo generico, il soggetto è nella piena convinzione di curare, sanare, rendere fertile, esaltare la femminilità del soggetto. Quindi è pressoché sempre assente la volontà di ledere il soggetto.³³⁴

I limiti edittali riprendono quelli del reato di lesioni personali dolose aggravate. La pena massima è di dodici anni di reclusione, così come previsto anche dall'art. 583. c. 2 c.p. per le lesioni gravissime; la pena minima va da tre a sette anni di reclusione, così come previsto dall'art. 583, c.1 c.p. per le lesioni gravi. Peraltro tutte le ipotesi di cui all'art. 583 bis sono aggravate in misura fissa di un terzo quando il fatto è commesso a danno di un minore, oltre che per motivo di lucro. Per quanto concerne la prima circostanza, basta dimostrare la conoscenza o conoscibilità, ex art. 59 c.2 c.p. da parte del reo della minore età e per quanto concerne la seconda il

³³³ Natalini, *Mai più ferite*, cit. p. 101

³³⁴ Cesqui, cit. p. 755; Basile, cit. p. 690

lucro si riconnette ad un vantaggio economico apprezzabile perseguito dal reo.

La legge prevede anche una circostanza attenuante ad effetto speciale, per la quale la pena è diminuita fino a un terzo se la lesione è di lieve entità. Si ritiene che essa faccia riferimento solo alla fattispecie descritta nel secondo comma, dato il fatto che essa fa riferimento terminologico a “lesioni” e non “mutilazioni” e poi perché risulterebbe difficile immaginare una mutilazione di lieve entità.³³⁵

Le ipotesi base di cui al comma 1 e 2 sono reati autonomi e in quanto tali sono sottratti al meccanismo del bilanciamento delle circostanze ex art. 69. Viene così posto un limite rigoroso alla valutazione e all’apprrezzamento dei condizionamenti culturali. Se prima della legge n. 7/2006 particolari motivi di ordine culturale e religioso potevano essere messi a fondamento di pronunce, anche penali, per mitigare la durezza della pena o addirittura per escludere l’antigiuridicità del comportamento, con l’introduzione del reato specifico non è più possibile percorrere questa strada.³³⁶

L’art. 583 c.p. prevede una pena accessoria per gli esercenti una professione sanitaria, consistente nell’interdizione dalla professione da tre a dieci anni. La sentenza di condanna è comunicata all’ordine dei medici

³³⁵ Vanzan, Miazzi, *Modificazioni genitali: tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2006, cit. p.278; Amato, cit. p.26

³³⁶ Natalini, cit. p. 102

chirurghi per le eventuali sanzioni disciplinari, dato il fatto che il Codice di deontologia medica dispone che è vietato al medico di praticare qualsiasi forma di modificazione genitale femminile.

Un altro aspetto problematico dell'attuale disciplina penale delle mutilazioni genitali femminili risiede nelle novità introdotte, sul piano sanzionatorio, dalla legge del 15 luglio 2009 n. 94, contenente Disposizioni in materia di sicurezza pubblica. Al reato di mutilazione e lesione degli organi genitali femminili sono state estese le circostanze aggravanti previste dagli artt. 576 e 577 c.p., già previste per i reati di lesioni personali (artt. 582 e 583 c.p.) e di omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.): una modifica che si traduce in concreto in un aumento della pena fino a un terzo nei casi in cui responsabile di uno dei reati previsti dall'art. 583-bis c.p. sia un ascendente del minore, come ad esempio uno dei genitori. La gratuità di questa nuova previsione, alla luce sia del trattamento sanzionatorio già elevato previsto dall'art. 583-bis c.p., sia della tutela già rafforzata che il minore riceve, in quanto soggetto passivo della pratica mutilatoria, attraverso la circostanza aggravante inserita nel terzo comma di quello stesso articolo, costituisce a dire il vero uno dei tanti profili di irrazionalità del provvedimento legislativo che l'ha introdotta.

La legge del 2009 ha aggiunto al trattamento sanzionatorio la previsione della decadenza dall'esercizio della potestà del genitore, introdotta come pena accessoria (del reato di mutilazione genitale femminile dal nuovo art.

602-bis c.p. e anche delle sanzioni amministrative. Si applicano infatti la sanzione pecuniaria da 300 a 700 euro e le seguenti sanzioni interdittive: l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

5. Il caso italiano

La sentenza del Tribunale di Verona del 14 aprile 2010 è la prima pronuncia nella quale sia stata applicata la disposizione sulle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-bis c.p.). Una donna nigeriana, che ha svolto l'attività di ostetrica nel suo paese d'origine, è accusata di aver effettuato un intervento sugli organi genitali di una bimba di due mesi e di essere in procinto di eseguirne un altro, nel momento in cui viene arrestata. Per questa sua attività la donna, che chiede un compenso di

300 euro ad operazione, è già stata perseguita per il reato di lesioni personali ma è intervenuta la prescrizione del reato.³³⁷

Con riferimento all'intervento sugli organi genitali delle bimbe, si è ritenuta applicabile la fattispecie di lesioni prevista nel secondo comma dell'art. 583-bis c.p., trattandosi di interventi non consistenti in una vera e propria mutilazione. I giudici hanno ritenuto sussistente in capo agli autori del reato, l'ostetrica nigeriana in concorso con i genitori delle due bimbe, il dolo specifico di "menomare le funzioni sessuali" delle bambine, richiesto dalla norma incriminatrice come elemento di differenziazione rispetto alle lesioni personali previste dall'art. 581 c.p. Ed è proprio su questo punto che i giudici si sono trovati a dover superare le maggiori obiezioni sollevate dalla difesa, tendenti a valorizzare la funzione meramente rituale e simbolica di quelle pratiche, che presso la comunità nigeriana degli imputati assumerebbe "una valenza di iniziazione e di riconoscimento dell'identità del soggetto nel gruppo di appartenenza". Secondo i giudici, è dalle dichiarazioni degli stessi genitori che emerge la funzione di controllo della sessualità femminile di quelle pratiche, che hanno giustificato l'intervento per la necessità di contenere in futuro il desiderio sessuale delle figlie, al fine di evitare che desiderino altri uomini oltre al marito.³³⁸

³³⁷ Sent. Tribunale di Verona del 14 aprile 2010, In Diritto Immigrazione Cittadinanza, XII, 3/2010, p. 209

³³⁸ *Ibidem*

È sul piano della commisurazione della pena che i giudici hanno valorizzato, oltre al comportamento collaborativo degli imputati, la motivazione culturale delle loro condotte (tenute “sulla base di forti spinte culturali e radicate tradizioni etniche”), pervenendo ad infliggere ai genitori delle due bimbe una pena, rispettivamente, di otto mesi di reclusione per l’ipotesi di lesioni consumate e di quattro mesi per l’ipotesi tentata, in considerazione della prevalenza riconosciuta alla attenuante della lieve entità (art. 583-bis comma 2 c.p.) e alle attenuanti generiche (art. 62-bis c.p.) rispetto all’aggravante di aver commesso il fatto a danno di un minore (art. 583-bis comma 3 c.p.); una pena più elevata - pari a un anno e 8 mesi di reclusione - è stata invece inflitta alla ostetrica nigeriana, stante la continuazione del reato di lesioni con quello di esercizio abusivo della professione medica.³³⁹

Il 24 novembre 2012, a distanza di due anni dalla condanna in primo grado, i genitori sono stati assolti con formula piena dalla seconda sezione della Corte d’appello di Venezia. Il verdetto ha ribaltato in toto la sentenza pronunciata dalla magistratura nell’aprile del 2010.

Secondo la difesa, nella fattispecie non si riscontra “una mutilazione, una menomazione o un atto violento”, bensì solo “un’incisione minimale”, di pochi millimetri, praticata sugli strati più superficiali del clitoride, che

³³⁹ *Ibidem*

interessa la mucosa esterna e non anche i tessuti cutanei e nervosi. Alla luce della nozione di malattia accolta dalla più recente giurisprudenza di legittimità,³⁴⁰ nel caso di specie mancherebbero i requisiti richiesti: un'apprezzabile riduzione di funzionalità e un fatto morboso in evoluzione.³⁴¹

La Corte d'Appello respinge tale motivo, ritenendo che sia stata, pur temporaneamente, “indebolita la funzione che la mucosa del clitoride garantisce (...), afferente alla protezione e alla tutela da agenti esterni, potenzialmente nocivi, di una zona anatomica particolarmente delicata, quale quella degli organi genitali esterni”.³⁴²

Tra i motivi di appello comuni alla difesa dei due imputati, quelli che coinvolgono più la natura della fattispecie di cui all'articolo 583 bis quale reato culturalmente motivato sono quelli relativi al dolo specifico e alla in ricorrenza di un'*ignorantia legis* inevitabile.

In riferimento al primo, l'art. 583 bis co. 2 richiede il fine di “menomare le funzioni sessuali” della persona offesa, ossia di “alterare, sotto un profilo fisico, le funzioni sessuali della donna (...), compromettendo il desiderio o

³⁴⁰ Cass. Sez. V, 11 giugno 2009 (dep. 16 ottobre 2009), Lazzarino, n. 40428, CED 245378; Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza 18 dicembre 2008 (dep. 21 gennaio 2009), Giulini, n. 2437, CED 241752

³⁴¹ 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 Stato, Chiese e pluralismo confessionale, n.24/2013

³⁴² Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, pp.31-34

la praticabilità dell'atto sessuale³⁴³. Secondo la Corte veneziana il giudice di primo grado è incorso in un errore nell'accertare il dolo specifico richiesto dall'art. 583 bis co. 2, in quanto ha attribuito “valori simbolici allo scopo dell'azione che sono propri della rappresentazione dell'interprete, e non dell'agente”.³⁴⁴ I genitori sono riusciti a dimostrare che la mutilazione genitale è una tradizione di lunga data, capillarmente diffusa in alcune zone della Nigeria e, in particolare, nella tribù dei Bini. Se la donna non subisce questo intervento, all'interno della tribù è soggetta a discriminazione e, infatti, proprio le pressioni dei familiari rimasti in patria hanno influito sulle determinazioni dei genitori. Dalle deposizioni di testi qualificati (i due docenti universitari e il sacerdote cristiano), emergono le motivazioni sottese alla pratica presso la comunità degli Edo-bini. Tali motivazioni vanno, infatti, individuate nella finalità di realizzare una pratica simbolica diretta a soddisfare una <<“funzione di umanizzazione” (riconoscimento di un individuo come uomo o come donna all'interno della comunità degli umani), una “funzione identitaria” (sancire il vincolo di appartenenza alla specifica comunità degli Edo-bini, garantendo la possibilità di vivere in libertà all'interno di tale gruppo) e, infine, una “funzione di purificazione”

³⁴³ Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, cit., p. 43.

³⁴⁴ *Ibidem*

(garantita dalla fuoriuscita di qualche goccia di sangue)>>.345

Conseguentemente la Corte assolve gli appellanti “perché il fatto non costituisce reato”.

La difesa, come anticipato, ricorre anche al secondo motivo d’appello, comune a entrambi gli imputati, quello concernente *l’ignorantia legis*, che viene almeno in parte sviluppato nella prospettiva della natura di reato culturalmente motivato del delitto di cui all’art. 583 bis.

Per comprovare una situazione di ignoranza inevitabile, la difesa adduce il fatto che la condotta è stata commessa solo poche settimane dopo l’entrata in vigore della legge 7/2006 e nessuna iniziativa era stata posta in essere per diffondere tra i potenziali interessati la conoscenza della nuova legge.

Per quanto concerne la madre della minore, la difesa rimarca il fatto che si tratta di persona giunta in Italia da poco tempo, del tutto priva di istruzione, con un basso livello di comprensione della lingua italiana, e versante in uno stato di scarsa integrazione, fortemente condizionata dalle pressioni dai parenti residenti in Africa. Per quanto concerne, invece, il padre della minore, la difesa sottolinea che egli è legato da un profondo senso di appartenenza e di identità culturale alla propria comunità

³⁴⁵ Basile, *Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza*. Cit.p.12

d'origine, che si manifesta soprattutto nel rispetto e nella condivisione delle relative tradizioni.³⁴⁶

Il Tribunale ha respinto tali argomenti, rilevando che “da un lato la buona fede dell'agente, tale da escludere l'elemento soggettivo, non può essere determinata dalla mera non conoscenza della legge bensì da un fattore positivo esterno che abbia indotto il soggetto in errore incolpevole, e dall'altro lato che non sussiste un'ignoranza inevitabile, e quindi incolpevole, quando il soggetto non abbia, con il criterio dell'ordinaria diligenza, adempiuto al dovere di informazione e cioè all'obbligo di espletare ogni utile accertamento per conseguire la conoscenza della legislazione vigente”.³⁴⁷

Con l'atto d'appello, tuttavia, le difese replicano alla sentenza di primo grado ricordando che l'ignoranza della legge degli imputati discende dalla loro situazione di personale e incolpevole mancanza di socializzazione e richiamano una sentenza della Corte di Cassazione, secondo la quale: <<il fondamento costituzionale della “scusa” della inevitabile ignoranza della legge penale vale prima di tutto per chi versa in condizioni soggettive di sicura inferiorità (...); l'ipotesi di un soggetto sano e maturo di mente che commetta fatti ignorandone l'antigiuridicità è concepibile soltanto quando

³⁴⁶Basile, cit.p.15

³⁴⁷ Tribunale di Verona 14 aprile 2010, p. 851

si tratti di reati che, sebbene presentino un generico disvalore sociale, non siano sempre e dovunque previsti come illeciti penali (...). In relazione a tali reati possono essere prospettate due ipotesi: quella in cui il soggetto si rappresenti effettivamente la possibilità che il suo fatto sia antiggiuridico, e quella in cui tale possibilità non si rappresenti neppure (...). Nella seconda ipotesi è riservato al giudice il compito di una valutazione attenta delle ragioni per le quali l'agente, che ignora la legge penale, non si è neppure prospettato un dubbio sulla illiceità del fatto e, se la assenza di simile dubbio risulti discendere – in via principale – da personale ed incolpevole mancanza di socializzazione dello stesso, la ignoranza della legge penale va, di regola, ritenuta inevitabile>>. ³⁴⁸

La Corte d'Appello, tuttavia, dal momento in cui perviene all'assoluzione con le considerazioni sul dolo specifico, non si sofferma sul profilo dell'ignoranza della legge, nonostante sia molto significativo per la valutazione del caso. Di recente, la Cassazione si è espressa in materia in relazione a un caso analogo. Una nigeriana aveva praticato un intervento rituale sui genitali di un neonato (circoncisione maschile), che aveva provocato una grave emorragia.³⁴⁹ La Cassazione indica un criterio di riferimento. L'ignoranza inevitabile deve emergere dal raffronto “ tra dati

³⁴⁸ Cass. Sez. III, 9 maggio 1996 (dep. 12 giugno 1996), Falsini, n. 2149, CED 205513, in Basile, cit. p.16

³⁴⁹ Cass. Sez. III, 9 maggio 1996 (dep. 12 giugno 1996), Falsini, n. 2149, CED 205513; Basile, cit. p.

oggettivi, che possono avere determinato nell'agente *l'ignorantia legis* circa l'illiceità del suo comportamento, e dati soggettivi attinenti alle conoscenze e alle capacità dell'agente, che avrebbero potuto consentire al medesimo di non incorrere nell'*error iuris*",³⁵⁰ ritenendo nel caso "certamente dato oggettivo incontestabile il difettoso raccordo che si determina tra una persona di etnia africana, che, migrata in Italia, non è risultata essere ancora integrata nel relativo tessuto sociale, e l'ordinamento giuridico del nostro Paese; non può tale situazione risolversi semplicisticamente a danno della prima, che, in quanto portatrice di un bagaglio culturale estraneo alla civiltà occidentale, viene a trovarsi in una oggettiva condizione di difficoltà nel recepire, con immediatezza, valori e divieti a lei ignoti. Quanto all'aspetto soggettivo, non possono essere ignorati (...) il basso grado di cultura dell'imputata e il forte condizionamento derivatole dal mancato avvertimento di un conflitto interno, circostanze queste che sfumano molto il dovere di diligenza dell'imputata finalizzato alla conoscenza degli ambiti di liceità consentiti nel diverso contesto territoriale in cui era venuta a trovarsi".³⁵¹ Conclude, quindi, la Cassazione per la sussistenza, a favore dell'imputata, degli estremi dell'*error iuris* scusabile, con conseguente sua assoluzione.

³⁵⁰ Cass. 22 giugno 2011, cit., p. 3710

³⁵¹ Cass. 22 giugno 2011, cit., p. 3710 (corsivo aggiunto).

6. Conclusioni

Nella legge la motivazione culturale non è più motivo di esclusione o di attenuazione della responsabilità, ma elemento fondante e presupposto per il più rigoroso trattamento sanzionatorio del reato (culturale) di mutilazione genitale femminile.

Mentre nell'esperienza americana il fattore culturale è considerato in termini di esclusione o di riduzione dell'elemento soggettivo del reato, con le inevitabili conseguenze sotto il profilo sanzionatorio, nel sistema italiano il fattore culturale è considerato in modo nettamente opposto: la motivazione è un *quid pluris* cui reagire con una maggiore gravità sanzionatoria, rispetto al reato di lesioni. Quindi, il legislatore italiano introduce un modello fortemente “discriminatorio” in cui la motivazione culturale opera non *pro reo* ma *contra reum*.³⁵²

Si corre il rischio di accrescere il grado di chiusura e di emarginazione delle comunità di immigrati e al tempo stesso la clandestinità degli interventi mutilativi o semplicemente lesivi. Le donne, vittime di MGF sono restie a rivolgersi a strutture sanitarie per fronteggiare le complicanze susseguenti all'intervento mutilativo o lesivo o per sottoporsi a visite ginecologiche o

³⁵² De Maglie, *I reati*, cit. p.35 ss.

per assistenza al parto, nel timore che il sanitario possa inoltrare referto all'autorità giudiziaria, con conseguenti indagini penali a carico di familiari.

Dunque, paradossalmente la tutela incondizionata della salute della donna e il rigoroso trattamento sanzionatorio possono portare con sé la conseguenza di compromettere gli stessi obiettivi perseguiti dalla norma.

Inoltre, la legge dimentica di riservare considerazione al diritto di autodeterminazione della donna e rischia di creare lacerazioni all'interno del tessuto familiare, che potrebbero risultare incomprensibili, tanto dal punto di vista del genitore quanto dal punto di vista della minore.

In sede civilistica, il genitore o i genitori che sottopongono la figlia a MGF, potrebbero decadere dalla potestà genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c., essere destinatari dei provvedimenti interdettivi di cui all'art. 342 ter, ovvero, nei casi di minore gravità, subire il temporaneo allontanamento ai sensi dell'art. 333 c.c.

Le suddette considerazioni dimostrano come il ricorso alla pena come reazione ad una condotta che trova espressione in radicate tradizioni e consuetudini, abbia una valenza esclusivamente simbolica e offra una tutela concreta del bene del tutto inefficace.

Affiorano delle questioni che dimostrano come la diversità culturale sia in grado di mettere in crisi la funzione della norma penale. Per quanto riguarda la funzione general-preventiva, la forza intimidatrice della

sanzione può, infatti, risultare pregiudicata da fattori quali l'ignoranza della legge del paese ospitante o l'adesione a valori contrapposti a quelli tutelati dallo stesso. E anche la funzione di orientamento culturale risulta pregiudicata perché implica una diretta negazione di tradizioni e comportamenti radicati nel patrimonio culturale dei principali destinatari della norma.

Per quanto attiene alla prevenzione speciale, il fine rieducativo della pena risulta tradito in quanto si risolverebbe nel tentativo di imporre al soggetto di rinunciare a tradizioni e valori morali interiorizzati.

Per gestire con consapevolezza, la diversità culturale "importata" dagli immigrati, è opportuno rinunciare ad imboccare qualsiasi scorciatoia costituita dall'adozione di leggi meramente simboliche, espressione di intolleranza e di accanimento contro il diverso, rinunciando altresì a qualsiasi ingenuo etnocentrismo in virtù del quale si pretende di assolutizzare i valori della propria cultura, facendola assurgere ad unità di misura di ogni altra cultura.

Ecco quindi che, indipendentemente dalle critiche che possono muoversi a specifiche soluzioni giudiziarie che finiscono per tradire lo spirito della legge e al bilanciamento di interessi operato nel giudicare reati "culturalmente orientati", può concludersi che con l'avvento del multiculturalismo, sia auspicabile un equilibrato rapporto tra diversità culturali e valori prevalenti che potrà essere realizzato attraverso un mirato

ritorno alla sanzione penale come *extrema ratio*, in cui i valori dell'uguaglianza e della tolleranza cedono il passo soltanto dinanzi a fatti che pongono in crisi i diritti fondamentali, idonei ad offendere sia i beni della persona umana che la stabilità sociale³⁵³.

Il tema delle mutilazioni è, infatti, emblematico della necessità della coesione della società civile in tema di tutela dei diritti umani fondamentali che non possono essere autoritativamente imposti per legge, ma, per poter essere efficaci, devono essere percepiti come giusti e necessari dai singoli consociati.

La sola previsione legislativa risulta inidonea ad arginare un fenomeno come quello delle mutilazioni, atteso il valore simbolico e la doverosità dell'intervento così come percepito da parte degli interessati, e può produrre un vuoto giurisprudenziale o la disapplicazione della fattispecie come dimostra l'analisi dell'esperienza italiana. Dunque, nonostante sia evidente il contrasto tra le pratiche di mutilazione genitale e i valori accolti e tutelati dalla Costituzione e dai numerosi strumenti legislativi internazionali e regionali, appare altrettanto chiaro come le previsioni di reato possono risultare utili solo se associate a concrete attività di intervento, che coinvolgano più attori del panorama sociale, soprattutto

³⁵³ D'Amico, *Mutilazioni genitali femminili e diritto penale*, in www.comune.fe.it/annodonna/attach/redazione/docs/mutilazioni%20genitali%20femminili.pdf

attraverso l'inclusione in tali progetti di supporto delle vittime. Non bisogna sottovalutare, infatti, che in ipotesi di difficoltà di integrazione del singolo con la nuova comunità di arrivo la conservazione delle pratiche rituali consente, da un lato, di non recidere i legami con le proprie radici culturali e, dall'altro, di inserirsi in qualche modo con la comunità di provenienza, evitando marginalizzazioni.

La nuova legge italiana, nel caso specifico trattato, ha avuto quale effetto quello di impegnare la macchina giudiziaria in indagini di un certo rilievo (intercettazioni telefoniche, appostamenti, pedinamenti) e di celebrare due gradi di giudizio, per sentire giungere alla conclusione che tale pratica non costituisce reato". Forse sarebbe stato più proficuo favorire il dialogo con le comunità di immigrati interessate ed eventualmente consentire loro di effettuare interventi simbolici privi di impatto sull'integrità fisica e la salute psico-sessuale della donna, in condizioni di maggiore igiene, possibilmente sotto la supervisione di personale medico qualificato. Per contribuire davvero al superamento delle MGF può risultare, pertanto, opportuno rafforzare quegli strumenti preventivi che non passano necessariamente per le aule dei tribunali penali: campagne d'informazione e sensibilizzazione sui possibili danni alla salute psico-fisica delle donne, interventi diretti ad avviare concreti percorsi di integrazione socio-culturale delle donne immigrate a rischio di MGF. Si tratta di iniziative che, almeno in parte,

sono già previste dalla legge 7/2006, in particolare all'art. 3, ma che finora non hanno trovato attuazione.³⁵⁴

³⁵⁴ Basile, cit. p.22

6. Analisi di altri reati culturali

Omicidi a causa d'onore, maltrattamenti in famiglia, abuso dei mezzi di correzione, impiego di minori nell'accattonaggio

Introduzione

In questo capitolo l'indagine si concentrerà su altre tipologie di delitti culturali che, al pari delle mutilazioni genitali femminili, hanno suscitato grande allarme sociale: omicidi a causa d'onore, maltrattamenti in famiglia, abuso dei mezzi di correzione, impiego di minori nell'accattonaggio.

Trattasi di figure di reato ritenute particolarmente significative per esaminare il peso culturale del diritto penale post-moderno, in quanto capaci di coinvolgere soggetti con una capacità di autotutela limitata. Inoltre, essi si svolgono nell'ambito dei rapporti familiari, i quali rappresentano “nodi” fondamentali della materia di scontro tra cultura e diritto, rimandando all'affettività, alla sessualità e all'organizzazione del vivere umano.

L'analisi avrà il fine di mettere in risalto l'esistenza di profili problematici assai diversi per ciascuna categoria, prendendo in esame sentenze che si ritengono rilevanti e individuando le linee di fondo sottese alle motivazioni.

1. Omicidio per causa d'onore

1.1. Il delitto d'onore in Italia

Fino a qualche decennio fa, in Italia la società si mostra abbastanza omogenea da un punto di vista culturale e religioso. I conflitti culturali trovano facile risoluzione, senza bisogno di mettere in discussione l'intero impianto giuridico, attraverso la predisposizione di alcune norme, gli abrogati articoli 551, 578 e 592 c.p., che fissano un trattamento sanzionatorio di favore per le azioni delittuose, come omicidio e lesioni, poste in essere sulla base di un impulso irrefrenabile, per una causa d'onore.

In un momento successivo, cominciano a registrarsi nella società dei cambiamenti che portano a un'evoluzione culturale per la quale si rende necessario un diritto penale "più neutrale (meno connotato e più laico) e più egualitario".³⁵⁵

Di segno completamente opposto, è la previsione dell'aggravante della lesione personale gravissima, attraverso lo sfregio permanente del viso (art.

³⁵⁵ Bardi, *Le difese culturali ed i maltrattamenti in famiglia: stato della giurisprudenza e prospettive*, in *Psicologia e Giustizia*, giugno- dicembre 2009

583, c.2 n. 4 c.p.) che è indicativa della volontà di estirpare una prassi criminale molto diffusa nelle regioni del Meridione d' Italia.³⁵⁶

L'art. 587 del codice penale italiano, abrogato con la legge 5 agosto 1981 n.442, così recita: “Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona la morte della persona che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella”.

Nella norma il bene giuridico tutelato è l'onore dell'uomo. Nella specie, però si tratta solo dell'onore “sessuale”, poiché lo stato d'ira è da ricondurre alla scoperta di un' illegittima relazione carnale.

Il Codice Rocco, rispetto al codice Zanardelli, opera un significativo ampliamento dei confini di applicabilità della norma.³⁵⁷ Mentre il Codice Zanardelli infatti esige la flagranza di reato, il Codice Rocco si accontenta del fatto che l'agente abbia potuto avere anche solo il sospetto della relazione illegittima.

³⁵⁶ *Ibidem*

³⁵⁷ Donini, *Omicidio e causa d'onore dal Codice Zanardelli al codice Rocco*, relazione presentata in Atti del Simposio Internazionale su “Issue of Custom and Honour killings: Viewpoint of Sociology and Law, del settembre 2003.

Lo stato d'ira così finisce per dilatarsi oltremisura. Per di più, trattandosi di una vera e propria fattispecie penale, il trattamento di favore può essere esteso anche al concorrente esterno, che non fa parte della famiglia, divenendo così di fatto il delitto d'onore una sorta di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, “una specie di eccesso colposo (...) nell'esercizio di un quasi-diritto del coniuge (in caso di adulterio) o patriarcale (in caso di rapporto sessuale illegittimo di figlia o sorella) sulla moglie e sulla donna”.³⁵⁸

Venuta meno la fattispecie penale, secondo una parte della dottrina, “il delitto d'onore” può intendersi riqualificato come omicidio aggravato dal rapporto intercorrente tra agente e persona offesa ex. art.577 c.p. e aggravato dalla premeditazione, con eventuale concorso degli artt. 62 n.1 e n. 2.³⁵⁹

La giurisprudenza, tuttavia, si mostra fin da subito riluttante a riconoscere un qualche spazio di operatività all'attenuante per aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale (art.62 n.1) dato che l'abrogazione della legge è stata proprio dovuta a un cambiamento di mentalità registrato nella società.³⁶⁰

³⁵⁸ Donini, *ibidem*, p. 6

³⁵⁹ Caraccioli, *Legge 5 Agosto 1981, .442. Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore e sul nuovo testo dell'art.578 c.p.*, in *Legislazione penale*, 1982, p.23

³⁶⁰ Caraccioli, cit. p. 24; Antolisei, *Diritto penale. Parte speciale*. 1972, p.51; Conte, *Note sull'abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore e sul nuovo testo dell'art. 578 c.p.*, in *Riv. Pe.* 1981, p. 673

Anche con riferimento all'art. 62 n.2 c.p., l'orientamento giurisprudenziale maggioritario ne esclude l'applicazione, preferendo non attribuire una considerazione positiva al movente d'onore. In relazione alla condotta del marito, l'esclusione dell'attenuante è argomentata, partendo dal presupposto della insussistenza di una qualsiasi adeguatezza tra il fatto provocante e la reazione offensiva.³⁶¹ In relazione alla condotta dei parenti della donna, l'attenuante è esclusa perché non è riconosciuta la qualifica di "fatto ingiusto" alla relazione extraconiugale, non essendovi un danno diretto nei loro confronti.³⁶²

Nei primi anni successivi all'entrata in vigore della legge, il movente d'onore per alcuni giudici continua a essere causa di un trattamento di favore per il reo. Ricordiamo per esempio, nel 1987, la sentenza della Corte d'Assise di Trapani, che applica le circostanze di cui all'art. 62 n. 1 e 2 c.p., al caso di un omicidio preterintenzionale commesso dal fratello ai danni della sorella tredicenne che aveva stretto amicizia con una donna di facili costumi, che la portava a frequentare ambienti definiti immorali.³⁶³

La Corte motiva ritenendo che nel caso si evidenzia la presenza di due presupposti: uno soggettivo, l'intenzione dell'agente di eliminare una

³⁶¹ Cass. Pen. 24 giugno, 1982, in Cass. Pen., 1983, 1510; Cass. pen. 27 giugno, 1984, in Riv. Pen. 1985, 722; Cass. Pen. 29 dicembre 1988, n.12863, in Riv. Pen.1989, 10, 957

³⁶² *Ibidem*

³⁶³ Corte d'Assisi di Trapani, 21 ottobre 1987, in Foro It., parte II

particolare situazione ritenuta immorale o antisociale e uno oggettivo, la conformità del movente alla morale e ai costumi del tempo e del luogo in cui il resto è stato commesso.³⁶⁴

All'imputato la Corte riconosce il potere di limitare “le estrinsecazioni della sfera sessuale e morale di un soggetto minorene”, essendo tale compito “afferente all'esercizio della potestà educativa”.³⁶⁵ E ancora ritiene che “l'opera di convincimento- sia pure attuata con mezzi illeciti- per preservare una fanciulla tredicenne da attentati alla sua integrità morale, concreti o semplicemente probabili perché insiti nella fragilità psichica del soggetto e nella vita sregolata da questa condotta, corrisponde a finalità e principi, che per la densità del loro contenuto etico, sono approvati dalla coscienza dell'individuo medio e quindi dalla collettività, anche nei tempi attuali”.³⁶⁶

Nella specie, l'atteggiamento ostinato e scontroso della ragazza con cui rifiuta di obbedire al fratello, avrebbe suscitato lo stato d'ira e la reazione di quest'ultimo, secondo i giudici, “proporzionata”, nonostante le percosse fossero state così forti da provocare danni irreversibili e causare la morte della giovane.³⁶⁷

³⁶⁴ *Ibidem*

³⁶⁵ *Ibidem*

³⁶⁶ *Ibidem*

³⁶⁷ *Ibidem*

All'indomani della novella legislativa del 1985, i toni della sopracitata sentenza potrebbero per certi versi apparire sorprendenti. A tal proposito, appare significativo segnalare anche una decisione del 2009 con cui la Cassazione riconosce l'attenuante della causa d'onore a un imputato italiano, vittima di tradimento.³⁶⁸

L'imputato sorprende la moglie a guardare un film pornografico in compagnia di un uomo. Egli spara alcuni colpi di pistola non letali al presunto amante e poi si intrattiene con la moglie in una violenta discussione, alla fine della quale fredda l'uomo con altri due colpi.

I giudici di secondo grado ritengono che l'intervallo temporale tra i vari colpi, porta ad escludere una proporzione tra la reazione e la gravità del fatto ingiusto. Tuttavia, la Cassazione, in senso contrario, argomenta a favore della permanenza dello stato d'ira per il fatto ingiusto altrui che si pone in rapporto di causalità tra offesa e azione.³⁶⁹

“Non può infatti ritenersi che lo stato d'ira dell'odierno ricorrente sia scemato, quando, dopo aver esploso i primi tre colpi di pistola, il medesimo ha iniziato il tempestoso colloquio con la moglie nell'attigua cucina, sia per l'estrema brevità di tale colloquio (...), sia perché il suo stato d'ira, nel corso di tale concitato colloquio, è da ritenere essere diventato ancora più

³⁶⁸ Cass. Pen. 3 giugno 2009, n. 29775

³⁶⁹ *Ibidem*

parossistico, sì che, al momento del suo rientro nel salotto, lo stato d'ira del ricorrente, lungi dall'essere diminuito e dall'aver fatto luogo ad un diverso sentimento, legato alla freddezza e alla ragione, era da ritenere non solo sussistente, ma anche più acuto".³⁷⁰

In realtà, l'elemento che suscita maggior interesse, è che nelle sentenze su esposte si presta, con esiti diversi, molta attenzione al dato temporale, alla durata dell'intervallo tra il fatto provocante e la reazione. Diversamente, non ci si chiede se sia giusto accordare un' attenuante così rilevante, quando il fatto giuridico ingiusto consiste solo in una condotta contraria alla morale o a una disposizione di diritto civile e la condotta criminale si sostanzia in un omicidio.

1.2. Gli *honour killings*

Con la locuzione "*honour killings*", conosciuta a livello internazionale, si fa riferimento agli omicidi commessi a danno delle donne da parte di un parente, di solito il padre o il fratello, allo scopo di "lavare il disonore" che

³⁷⁰ *Ibidem*

avrebbe colpito la famiglia, a causa di un comportamento contrario a quanto prescritto dalla morale tradizionale, posto in essere dalla donna.³⁷¹

Un elemento da mettere in rilievo è sicuramente lo stretto collegamento tra la condotta della donna e le ripercussioni sull'onore del maschio e dell'intera famiglia. Questo è essenzialmente dovuto, al fatto che nelle società patriarcali la rispettabilità dell'uomo si misura sulla capacità di imporre il proprio ruolo autoritativamente sugli altri membri della famiglia, specie sulla donna, cui spetta il compito fondamentale di dare una discendenza alla famiglia.³⁷²

Se l'onore riveste una notevole importanza nelle società occidentali, una ancora maggiore ne riveste in Paesi del Medio Oriente e dell'area Nordafricana, come la Giordania, Turchia, Emirati Arabi, Iraq, Kuwait, Siria, Marocco, Egitto, Libano, Pakistan, nei quali il fenomeno degli omicidi per causa d'onore è particolarmente diffuso.³⁷³

In Italia sono numerosi i casi di omicidi commessi da immigrati ai danni delle donne della loro famiglia. Riportiamo un *leading case* italiano che è

³⁷¹ Gill, *Honour killings and the quest od justice in black and minority ethnic communities in the United Kingdom*, in *Criminal Justice Plicy Review*, 2009, 477

³⁷² Coomaraswamy, *Report o the Special Rapporteur on violence Against women*, in *Causes and Consequences Un Document*, E/CN.4/2002/83, January 31, 2002

³⁷³ Luopajarvi, *Honour killings as human rights violations. Research report*, n.17, 2003

sintomatico dell'atteggiamento della giurisprudenza italiana nei confronti di questa tipologia di reati.³⁷⁴

In provincia di Brescia, nel 2006 viene uccisa dal padre e dai cognati, una ragazza di origine pakistane. La ragazza, per la famiglia, è colpevole di essersi rifiutata di sposare un connazionale, di lavorare in un bar nelle ore serali e di intrattenere relazioni amicali e sentimentali in linea con la tradizione occidentale. Il clima familiare è esasperato dalla volontà della giovane di non sottostare alle rigide regole consuetudinarie imposte dalla società di origine.³⁷⁵

Nel 2003 Hina denuncia il padre per maltrattamenti e abusi sessuali, in seguito ella va a vivere fuori di casa per sfuggire alle violenze familiari. Un giorno la ragazza viene attirata in casa dal padre e dai cognati, immobilizzata e strangolata, approfittando dell'assenza di altri parenti. Hina viene crudelmente uccisa dai familiari perché rappresenta un cattivo esempio per le altre donne della famiglia ed è causa di disonore di fronte alla comunità pakistana.³⁷⁶

Gli autori del reato sono imputati per concorso morale e materiale in omicidio, con le aggravanti di aver commesso il fatto con premeditazione, per motivi abietti e futili, con l'aggravante di aver approfittato delle

³⁷⁴ G.U.P. Brescia, 13 novembre 2007, n.1191/07

³⁷⁵ *Ibidem*

³⁷⁶ *Ibidem*

circostanze di tempo e di luogo tali da ostacolare la difesa, con l'aggravante di aver commesso il fatto abusando del rapporto di fiducia derivante dall'ospitalità nella propria abitazione, di aver commesso il fatto in danno di un prossimo congiunto e di aver occultato il cadavere al fine di procurarsi l'impunità e con riferimento al padre, con l'aggravante di aver promosso e organizzato la cooperazione nel reato.³⁷⁷

La pubblica accusa chiede anche il mancato riconoscimento della provocazione. Di fatto la Corte esclude l'attenuante della provocazione, deducendo da tutte le condotte successive al delitto, finalizzate a occultare il cadavere e gli effetti personali della donna, la piena lucidità dei correi e la premeditazione.³⁷⁸

La presenza del motivo futile viene così dimostrata: “questa motivazione non è altro che manifestazione di una concezione del rapporto padre-figlia come possesso-dominio, come volontà di riaffermare il proprio potere messo in discussione con una punizione che elimina alla radice il problema e che ha anche il vantaggio di essere “esemplare” nei confronti degli altri membri della famiglia, a scampo di possibili “devianze” e contagi pericolosi. In detta ottica, il motivo a delinquere è certamente abietto e tale da suscitare nella comunità un senso di riprovazione. Ma detto motivo è nell'accezione legale

³⁷⁷ *Ibidem*

³⁷⁸ *Ibidem*

sopra riportata anche futile, per la sproporzionatezza tra il motivo e il fatto, per la coscienza civile. Anche parametrando il motivo del delitto, così come ricostruito, il motivo appare futile: alla stessa comunità pakistana il fatto è apparso privo di qualsiasi proporzione ed i motivi biasimevoli ed assolutamente insufficienti a portare all'azione così come concretamente realizzata.³⁷⁹

In realtà, il giudice prima di dichiarare la futilità del motivo, avrebbe dovuto tenere conto di testimonianze di espressioni di consenso o dissenso nei confronti della condotta all'interno della comunità pakistana, allo scopo di conoscere il contributo della componente culturale nella commissione del reato. Invece, nel processo, la Corte si limita a connettere la circostanza aggravante astrattamente a un comportamento medio lontano dal contesto sociale del reo.³⁸⁰

1.3. Il delitto d'onore negli Stati Americani

Negli Stati Uniti, più che di onore si suole parlare di "*state of passion*". Colui il quale commette un omicidio in preda all'ira è meno pericoloso di chi

³⁷⁹ *Ibidem*

³⁸⁰ Cass.Pen.16 aprile 1999, ced. 213378

agisce premeditando la propria condotta e per questo motivo ha bisogno di una minore rieducazione e viene punito per *voluntary manslaughter* e non per *murder*.³⁸¹

Così recita il codice: “210.2. Murder. (1) *Except as provided in Section 210.3(1)(b), criminal homicide constitutes murder when: (a) it is committed purposely or knowingly; or (b) it is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life. Such recklessness and indifference*

are presumed if the actor is engaged or is an accomplice in the commission of, or an attempt to commit, or flight after committing or attempting to commit robbery, rape or deviate sexual intercourse by force or threat of force, arson, burglary, kidnapping or felonious escape.

210.3(1)(b) *Manslaughter any intentional killing: committed under the influence of extreme mental or emotional disturbance for which there is reasonable explanation or excuse. The reasonableness of such explanation or excuse shall be determined from the viewpoint of a person in the actor's situation under the circumstances as he believes them to be.*

E' avvenuto un riavvicinamento tra le figure della *heat of passion* e della *insanity* o *diminished capacity*.³⁸² La formulazione del nuovo codice finisce

³⁸¹ Ashworth, *Principles of criminal law*, Oxford, 2006, 256; Dressler, *Criminal Law: Rethinking heat of passion*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1982, 2, p. 430

così per equiparare l'irragionevolezza derivante dalla *heat of passion* alla diminuita razionalità, il che farebbe ritenere diminuita la responsabilità e dunque la colpevolezza dell'imputato.

In questi casi, invece, non si può dire che nel soggetto siano assenti le capacità cognitive o volitive e l'ordinamento finisce forse per giustificare attraverso un trattamento sanzionatorio troppo bonario una condotta gravemente lesiva. La circostanza andrebbe accordata solo ove ci fosse una vera e propria disfunzione cognitiva, emozionale o disturbo mentale che possano nella pratica essere effettivamente e scientificamente provati.³⁸³

Sta di fatto che, con l'introduzione del Model Penal Code (MPC), che immette nell'ordinamento statunitense quest'ampia ipotesi di provocazione, riconducibile ad un estremo turbamento o disturbo mentale, sono in crescente aumento i casi di "femminicidio" per motivi passionali.

³⁸² Dressler, *Criminal Law: Rethinking heat of passion*, in *Journal of criminal law and criminology*, cit. p.430

SS.

³⁸³ *Ibidem*

2. Maltrattamenti in famiglia

2.1. La novella del Codice

Un'altra categoria di reati in cui il *background* dell'agente ha giocato spesso un ruolo determinante è quella dei maltrattamenti, ossia di tutta una serie di condotte lesive dell'integrità fisica o della libertà personale e sessuale, messe in atto a motivo di un diverso modo di intendere i poteri coniugali ed educativi, spettanti al capofamiglia.

La legge di ratifica 172/2012 della Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007, ha introdotto rilevanti novità nel codice penale e, fra queste, una nuova formulazione del testo dell'art. 572 c.p.³⁸⁴

La Convenzione promossa dal Consiglio d'Europa ha come obiettivo fondamentale la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, prevenendo e combattendo i reati a loro danno, tutelandone le vittime e promovendo la cooperazione nazionale e internazionale nel contrasto a tali forme criminose (art. 1). Nel testo della Convenzione si sollecita l'introduzione, da parte degli Stati firmatari dei reati di abuso sessuale (art. 18), di reati relativi alla prostituzione minorile (art. 19), di reati

³⁸⁴ Pavich, *Riflessioni critiche sulle novità apportate dalla legge di ratifica della convenzione di Lanzarote*, su *Diritto penale Contemporaneo*, p.1

relativi alla pedopornografia (art. 20), di reati relativi alla partecipazione di un minore a spettacoli pedopornografici (art. 21), di corruzione di minori (art. 22), di adescamento di minori a scopi sessuali (art. 23).

Le finalità della Convenzione di Lanzarote possono considerarsi uno sviluppo dei principi fondamentali recepiti in altri strumenti a carattere sovranazionale, come quelli enunciati dalla Convenzione sui Diritti dell'Infanzia del 1989: tra le norme comprese nella Convenzione assume importanza fondamentale l'art. 19 che si prefigge di tutelare il minore contro ogni forma di violenza, di oltraggio o di brutalità fisiche o mentali, di abbandono o di negligenza, di maltrattamenti o di sfruttamento, compresa la violenza sessuale.³⁸⁵

In conformità al testo convenzionale, con la legge di ratifica da ultimo approvata nell'ordinamento italiano vengono introdotte nuove figure delittuose. Tra queste, alcune previsioni riguardano il delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.).

Nell'ordinamento penalistico italiano il delitto in esame è collocato all'art. 572 del codice penale il quale così recita: “Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per

³⁸⁵ Pavich, *Il delitto di maltrattamenti*, Milano, 2012, 162; Catullo, (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, Padova, 2012, 375.

ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni. La pena è aumentata se il fatto è commesso in danno di persona minore degli anni quattordici. Se dal fatto deriva una lesione personale grave (c.p. 583), si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni.”

Rimangono invariate la struttura della fattispecie e la condotta. Nella nozione di “maltrattamenti” possono rientrare sia le aggressioni fisiche in senso stretto (percosse, lesioni), sia in genere quegli atti di disprezzo, vilipendio e sopruso, tali da incidere in modo significativo sul patrimonio morale del soggetto passivo che a causa della reiterazione di simili condotte nel corso del rapporto familiare subisce un'apprezzabile sofferenza morale o fisica.

Il reato resta a forma libera, potendosi dunque realizzare la condotta in forme e contesti diversi. Essa può essere realizzata sia con azioni che omissioni.

Il reato resta, inoltre, un reato abituale.³⁸⁶ Per l'integrazione del fatto-reato è necessaria infatti una plurimità di “cattivi trattamenti”, anche se singolarmente irrilevanti sotto il profilo penale.

Si pone l'esigenza di apprezzare l'idoneità delle condotte reiterate a integrare la fattispecie. A tal proposito, Grandi sostiene che “potrebbe ben

³⁸⁶ Cass., sez. V, n. 2130/1992; Cass., sez. VI, n. 3103/1990; Cass., sez. VI, n. 4636/1995

darsi che le punizioni brutali scattino in concreto assai di rado; ma ciò non toglie che il ricorso indelebile dei ‘lividi’ passati, unitamente al timore delle possibili future vessazioni, determini nei soggetti passivi uno stato psicologico di avvilitamento, prostrazione, mortificazione”. Quindi, il requisito dell’abitudine dei maltrattamenti può ritenersi soddisfatto, sempreché tale ripetizione sistematica integri un’aggressione della personalità del soggetto passivo”.³⁸⁷

E ancora sempre con riferimento all’abitudine del reato, per Coppi “i maltrattamenti (...) appaiono (...) come una serie progressiva che trova origine nei primi, e forse neppure avvertiti, stadi di degenerazione del rapporto e che prende successivamente sempre maggiore consistenza e consapevolezza. È difficile insomma pensare ad un soggetto che ad un certo punto formuli il programma di sottoporre ad una serie di maltrattamenti prolungata nel tempo una persona e dia, quindi esecuzione al suo proposito. Mentre è più aderente alla realtà pensare a fatti inizialmente episodici ed occasionali, anche se collegati ad un decadimento del rapporto, che vanno poi ripetersi con sempre più continue cadenze”.³⁸⁸

³⁸⁷ Grandi, *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale* (nota a Corte d’Appello Bologna, 6 ottobre 2006, n. 2433 e Cass. pen., sez. V, 2 agosto 2007, n. 31510), in *Dir. pen. proc.*, 2008, 504

³⁸⁸ Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, in *Enc. Dir.* XXV, Milano, 1975, 253; Monticelli, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in Cadoppi, (a cura di), *I reati contro la famiglia*, Torino, 2006, 403; Pisapia, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 525

Allo stesso modo, rimangono immutati i profili inerenti agli ulteriori elementi costitutivi del reato, l'evento e il nesso causale fra quest'ultimo e la condotta; nonché l'elemento soggettivo, costituito dal dolo generico.³⁸⁹

In merito all'elemento soggettivo, sempre riferito all'agente, è necessario che vi sia la coscienza e volontà di sottoporre la vittima a una serie di sofferenze fisiche e morali in modo abituale, instaurando un sistema di sopraffazioni e di vessazioni che avviliscono la sua personalità.

Secondo l'orientamento maggioritario³⁹⁰, ormai consolidato, per la sussistenza dell'elemento soggettivo “ non si richiede una intenzione di sottoporre il convivente in modo continuo e abituale a una serie di sofferenze fisiche e morali, ma solo la consapevolezza di persistere in un'attività vessatoria e prevaricatoria, già posta in essere altre volte, la quale riveli attraverso l'accettazione dei singoli episodi, un'inclinazione della volontà a maltrattare”.³⁹¹

Subisce una modifica consistente l'impianto edittale. Il trattamento sanzionatorio, infatti, viene inasprito. La pena, prima contenuta fra uno e cinque anni di reclusione, oscilla ora fra un minimo di due e un massimo di sei anni. Anche nelle ipotesi aggravate di cui all'ultimo comma, anch'esse

³⁸⁹ Pavich, *Il delitto di maltrattamenti* cit., p. 31; Cass. , sez. VI, n. 27048/2008; Cass. , sez. VI, n. 39927/2005.

³⁹⁰ Cass. Pen. Sez. VI.4933/2002; Cass. VI n.6319/04; Cass. VI n.2800/1995

³⁹¹ Cass.Pen. VI n.6319/1994

invariate con riferimento alle conseguenze della morte o lesioni gravi o gravissime, le pene vengono aumentate.

Al contempo, con la legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote, si registra l'introduzione di una speciale aggravante del delitto di omicidio volontario che, modificando dell'art. 576 c.p., sanziona l'omicidio consumato in occasione dei maltrattamenti con la pena dell'ergastolo. In questo ultimo caso, la fattispecie esula dall'ipotesi di maltrattamenti seguiti da morte della persona offesa prevista all'ultimo comma dell'art. 572.³⁹²

La dottrina e la giurisprudenza ritengono che se il soggetto abbia, con coscienza e volontà, cagionato la morte della persona offesa, egli risponderà non già di maltrattamenti aggravati ex art. 572 c.p., bensì di omicidio volontario.³⁹³ Anche se resta tuttora difficile riuscire in concreto a distinguere tra le due fattispecie, soprattutto sotto il profilo della prova dell'elemento soggettivo.

La tecnica legislativa con cui sono stati tradotti alcuni intendimenti della Convenzione appare per certi versi sommaria e incerta e la disposizione finisce per creare alcuni problemi di carattere interpretativo.³⁹⁴

³⁹² Pavich, *Riflessioni critiche*, cit., p.6

³⁹³ Cass. sez. I, n. 21329/2008; Cass. sez. I, n. 16578/2003. In dottrina, Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, 298.

³⁹⁴ Pavich, *Riflessioni*, cit. p.3

Innanzitutto, la collocazione del reato fra i delitti contro la famiglia risulta i anacronistica, in considerazione del fatto che il bene protetto dalla norma è maggiormente riferibile alla vita, alla libertà e all'integrità psicofisica e morale della persona. Inoltre, sarebbe stato opportuno estendere l'area di applicazione del reato in esame a tutte le ipotesi in cui, a prescindere dai rapporti tra agente e vittima del reato, vi fosse una condotta assimilabile ai maltrattamenti e, dall'altro, l'assoggettamento a una condizione di vita intollerabile.³⁹⁵

La maggiore novità, ma anche perplessità attiene al novero delle persone offese dal reato. L'inserimento della nozione di "convivenza" sottolinea quanto già era emerso nelle sentenze della Cassazione, che in varie occasioni, ha configurato il reato di maltrattamenti anche al di fuori della famiglia legittima, nella c.d. "famiglia di fatto", in quel rapporto di stabile convivenza suscettibile di determinare obblighi di solidarietà e di mutua assistenza³⁹⁶ e addirittura anche nelle situazioni in cui vi siano rapporti di affetto e solidarietà al di fuori di una vera e propria convivenza, sia pure in un quadro di frequentazione reciproca³⁹⁷. A queste ultime situazioni purtroppo la norma omette di fare riferimento.

³⁹⁵ *Ibidem*

³⁹⁶ Cass. pen., sez. VI, 22 maggio 2008, n. 20647 29 gennaio 2008; Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2007, in 2008, 320; Cass. pen., sez. III, 5 dicembre 2005, 2006, 1254; Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 1993, in 1994, 90 e Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 1990.

³⁹⁷ Cass. pen., sez. V, 30 giugno 2010, n. 24688, Cass.Pen. 1 marzo 2011, n. 7929.

Anche con riguardo alle vittime minorenni, si profilano perplessità interpretative significative. Infatti, nel testo dell'art. 572, scompare il riferimento al "minore degli anni quattordici". L'esclusione, dal novero delle possibili persone offese protette fa pensare al fatto che il minore non sia più preso in considerazione quale vittima del reato in esame, qualora non si trovi, rispetto al soggetto attivo, in una delle relazioni enunciate dalla norma.³⁹⁸

E se è pur vero, che nel secondo comma, è inserita la disposizione secondo cui la pena è aumentata se il fatto è commesso in danno di persona minore degli anni quattordici, per la formulazione testuale, si dovrebbe concludere che la circostanza trovi applicazione se il minore infraquattordicenne si trovi, rispetto all'autore del reato, in una delle relazioni indicate dal primo comma.³⁹⁹

Inoltre, analogamente, le aggravanti speciali di cui all'ultimo comma, che trovano applicazione nel caso di morte o lesioni gravi o gravissime, non distinguono in alcun modo, a seconda che la vittima sia o meno minore degli anni quattordici, imponendo così un trattamento sanzionatorio unico per ciascuna delle suddette ipotesi aggravate.⁴⁰⁰

Un' ultima e importante modifica introdotta in riferimento al delitto di maltrattamenti riguarda il termine di prescrizione del reato, che viene

³⁹⁸ Catullo, *Diritto Penale della famiglia*, cit., 337; Cass. , sez. VI, n. 394/91; Cass. , sez. III, n. 4752/1998

³⁹⁹ Pavich, *Riflessioni critiche*, cit. p.6.

⁴⁰⁰ *Ibidem*

raddoppiato rispetto a quello ordinario. Alcune voci in dottrina ritengono che per quanto l'intento di allungare la prescrizione sia apprezzabile, specie se si considera la particolare complessità delle indagini e del processo, questa previsione potrebbe essere sospettata di illegittimità costituzionale in rapporto all'art. 3 Cost.⁴⁰¹

2.2. Leading cases italiani

I maltrattamenti violenti spesso sono messi in pratica dagli immigrati per prevenire o sanzionare stili di vita occidentali, valutati in contrasto con le regole religiose o culturali della famiglia d'origine, dalla parità del rapporto coniugale alla formazione morale della prole. Il panorama giurisprudenziale italiano in materia è ampio.

Prendiamo in considerazione una delle più note pronunce, che riguarda il caso di una famiglia di nazionalità algerina. Il “capofamiglia” è accusato nei confronti della moglie italiana e della figlia minorenni di aver minacciato, ingiuriato, percosso con lesioni e di aver maltrattato allo scopo di imporre il

⁴⁰¹ *Ibidem*

digiuno durante il *Ramadan* e la non partecipazione ad alcuna forma di vita sociale.⁴⁰²

La difesa dell'imputato è costruita sul tentativo di derubricare il titolo del reato ad abuso dei mezzi di correzione, introducendo una *cultural defense* basata sul fatto che il soggetto ha agito in base a quei principi religiosi da lui condivisi per cui le condotte messe in atto abbiano avuto unicamente finalità educative.⁴⁰³

Il Tribunale, tuttavia, sostiene che l'argomento della pressione culturale islamica sia inaccoglibile dal momento in cui il soggetto è integrato nella società occidentale, ha compiuto i suoi studi in Europa e vive da lungo tempo nel Paese. I giudici motivano così: “non poteva non essere in condizione di percepire, comprendere ed esattamente valutare, proprio perché nelle sua esperienza di vita e nel suo bagaglio culturale erano entrati e si erano sedimentati anche i valori e le regole della società occidentale da cui egli stesso si era fatto sino ad allora assimilare, che le imposizioni poste in essere, da un certo momento, nei confronti dei familiari, le condotte prevaricatrici, le umiliazioni (...) non potevano che avere, così come poi è accaduto, un effetto devastante.”⁴⁰⁴

⁴⁰² Tribunale di Arezzo 27 novembre 1997 In Quad. dir. pol. eccl., 1999, 3, 848; Basile, *Immigrazione e reati “culturalmente motivati”*. *Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, p.165.

⁴⁰³ *Ibidem*

⁴⁰⁴ Tribunale Arezzo, 27 novembre 1997, cit., p. 848

In particolar modo, il Tribunale segnala un aspetto doppio della personalità dell'imputato. All'esterno egli si mostra convinto sostenitore della società multiculturale, mentre all'interno delle mura domestiche egli esercita "la mortificazione, l'ingiuria, l'intimidazione, la minaccia e la violenza (...) surrettiziamente, là dove nessuno poteva vedere o sentire, imponendo il silenzio che fa fondatamente ritenere che l'imputato abbia agito sulla scorta di una cosciente e volontaria consapevolezza di recare sofferenza, non in nome della propria cultura religiosa, come rivendicazione, proposta *coram populo*, e soggettivamente ritenuta pienamente lecita, di un proprio diritto ad impostare i rapporti familiari secondo il riferimento ai principi della legge islamica. Dunque risulta concretizzato anche l'elemento psicologico del reato ascritto".⁴⁰⁵

Nel 1999, in un altro processo, un imputato straniero per maltrattamenti in famiglia mira a ottenere l'assoluzione ricorrendo in giudizio alla scriminante dell'avente diritto. Tuttavia, la Corte esclude categoricamente la possibilità di attribuire una valenza ad "opzioni sub-culturali" relative ad ordinamenti diversi da quello italiano, che potrebbero porre in discussione la garanzia della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo sanciti dall'art.2 Cost.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ *Ibidem*

⁴⁰⁶ Cass. Pen. Sez.VI, 20 ottobre 1999, n.3398 in Riv. Pen. 2000, p.238

Nel 2002, un caso simile si ripresenta davanti al Tribunale di Udine. Un tunisino, è accusato di aver posto in essere condotte di maltrattamento nei confronti della moglie di origine polacca. La Corte definisce le regole di costume imposte dall'imputato alla donna "inaccettabili nel nostro ordinamento", specie se imposte con la violenza fisica e morale, in aperta collisione "con i principi dell'ordinamento italiano, improntati alla pari dignità dei coniugi e all'accordo sulle scelte di conduzione del nucleo familiare"⁴⁰⁷, rigettando così la *cultural defense*.

Nello stesso periodo (2002) una sentenza della Cassazione, afferma che l'art. 2 della Costituzione costituisce "uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto, o di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili".⁴⁰⁸

In netta controtendenza rispetto all'orientamento giurisprudenziale delle precedenti sentenze su riportate, è la vicenda decisa nel 2007 dalla Corte d'Appello di Bologna. Il caso: Una giovane ragazza di dodici anni è soggetta a una ferrea disciplina da parte del padre. In tre occasioni la giovane decide di trasgredire ai divieti del padre e lui la picchia brutalmente, anche avvalendosi di un corpo contundente e di una mazza da *baseball*.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Tribunale di Udine, 21 novembre 2002, in Riv. it. med. leg. 2003, 704.

⁴⁰⁸ Cass. pen, 8 novembre 2002, n. 55

⁴⁰⁹ *Ibidem*

La Corte d' Appello annulla la sentenza di condanna di primo grado, sostenendo che la prova di soli tre episodi di violenza non sia sufficiente a integrare il requisito di abitualità del reato di maltrattamenti e ritenendo inoltre che sia assente il dolo di maltrattamenti, giacché le percosse inferte dal padre alla figlia “furono rivolte a reprimere comportamenti ritenuti scorretti della figlia, e quindi non furono espressione di una volontà di sopraffazione e disprezzo, necessaria, invece, ai fini della sussistenza del dolo di maltrattamenti”.⁴¹⁰ Tuttavia è possibile contestare la decisione, quanto al fatto che l'abuso dei mezzi di correzione leciti ricomprende solo una *vis modicissima*.⁴¹¹

Di fondamentale importanza è una decisione del 2008, in cui, per la prima volta, la Corte di legittimità prende apertamente posizione sul fenomeno del reato culturalmente orientato.

La Corte d'Appello di Torino ha condannato un imputato marocchino per il reato di maltrattamenti in famiglia, sequestro di persona, violenza sessuale in danno della moglie, violazione degli obblighi di assistenza familiare, sia nei confronti del coniuge che del figlio minore.

⁴¹⁰ *Ibidem*

⁴¹¹ Basile, *Immigrazione e reati*, cit., 326; Grandi, *Una dubbia decisione*, cit., 507

Il ricorrente impugna in Cassazione,⁴¹² lamentando una carenza di motivazione in punto di elemento soggettivo dei reati contestati e una decisione viziata da un pregiudizio etnocentrico, in particolare sostenendo “che il giudice della condanna, in punto di rapporti e relazioni socio-affettive tra coniugi e di rapporti economici genitori/figli, abbia applicato schemi valutativi tipici della cultura occidentale, senza rispetto delle esigenze di integrazione razziale e senza pesare, nella condotta del reo, cittadino marocchino, la diversità culturale e religiosa che ha improntato ed informato, finalisticamente, le azioni da lui compiute e ritenute illecite: maltrattamenti, sequestro di persona, violenza sessuale, violazione degli obblighi di assistenza familiare.

La Corte argomenta, premettendo che i possibili modelli “assimilazionista e interculturale” possono legittimamente trovare attuazione “nel nostro sistema penale, fintantoché non contrastino con i principi cardine del nostro ordinamento in tema di famiglia, rapporti interpersonali di coppia”.⁴¹³ I diritti fondamentali previsti dalla Carta Costituzionale “costituiscono infatti uno sbarramento invalicabile contro l’introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come

⁴¹² Cass. pen. 26 novembre 2008, n. 46300, in Pichè, *La subcultura del marito non elide l’elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l’imputabilità del reo*, in Cass. Settembre 2012, n.9

“antistorici” a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l’affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero”.⁴¹⁴

La pronuncia esclude che un atteggiamento derivante da subculture in cui residuano concezioni della “famiglia anacrostiche” imperniata sull’ autorità assoluta e indiscutibile del marito possa rilevare ai fini dell’indagine sull’elemento oggettivo del reato o sull’imputabilità del reo. Inoltre viene escluso che la subcultura del reo possa avere una rilevanza sul piano dell’imputabilità, non potendo dirsi che una mentalità chiusa, autoritaria del “*pater familias maschilista e intollerante*” possa rivelare una compromissione della capacità di intendere e volere.⁴¹⁵

La Corte così chiude in modo deciso la questione della *cultural defense*, lasciando aperto un varco per la sua operatività solo ove non confligga con valori e principi riconosciuti tendenzialmente validi dalla nostra società.

Ancora, in una pronuncia successiva, nel 2009, la Corte esprime l’orientamento secondo cui il disvalore della condotta di maltrattamenti non può essere attenuato in considerazione delle differenti tradizioni culturali.⁴¹⁶

I giudici escludono una graduabilità della colpevolezza, fondando la propria motivazione sul principio di territorialità: “al riguardo dev’essere riaffermato il principio, sancito nell’art. 3 c.p., dell’obbligatorietà della legge penale, per

⁴¹⁴ *Ibidem*

⁴¹⁵ Cass. Pen. Sez.VI 8 gennaio 2003, n.55

⁴¹⁶ Cass pen. 28 gennaio 2009 n.22700, In *Iustitia*, 2009, p. 3

cui tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato sono tenuti ad osservarla. La rilevanza della disciplina e le ragioni di carattere generale su cui si fonda escludono che possa esservi apportata qualsiasi deroga non espressamente prevista dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale e implicano che le tradizioni etico-sociali di coloro che sono presenti nel territorio dello Stato, di natura essenzialmente consuetudinaria benché nel complesso di indiscusso valore culturale, possano essere praticate solo fuori dall'ambito di operatività della norma penale. Il principio assume particolare valore morale e sociale allorché - come nella specie - la tutela penale riguardi materie di rilevanza costituzionale, come la famiglia, che la legge fondamentale dello Stato riconosce quale società naturale, ordinata sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.), uguaglianza che costituisce pertanto un valore garantito, in quanto inserito in un ordinamento incentrato sulla dignità della persona umana e sul rispetto e la garanzia dei diritti insopprimibili a lei spettanti".⁴¹⁷

Esclusa la possibilità di attribuire valore come circostanza attenuante alla motivazione culturale, la giurisprudenza però ne tiene conto preminentemente nella fase della determinazione della pena in concreto. In

⁴¹⁷ *Ibidem*

questo caso, il riferimento ai motivi alle condizioni di vita e alla condotta del reo permette al giudice di tener conto dell'influenza del fattore culturale.⁴¹⁸

Infine, nel 2010, la Suprema Corte conferma la condanna a dieci mesi a un imputato straniero per il reato di maltrattamenti (lesioni e minacce) ai danni della moglie, respingendo la difesa culturale dello stesso secondo cui maltrattava la moglie, in ottemperanza ai dettami del Corano. “La fede islamica, ove pure non sancisca la parità dei sessi nel rapporto coniugale, tuttavia non autorizza i maltrattamenti da parte del marito e, anzi, pone a fondamento della sua autorevolezza proprio il dovere di astenersene”. Comunque sia, la Cassazione conclude dicendo che le “convinzioni religiose” dei mariti sono “ininfluenti” quando si tratta di giudicare i loro comportamenti e non giustificano i maltrattamenti.⁴¹⁹

3. Abuso dei mezzi di correzione

La fattispecie sull'abuso dei mezzi di correzione prevede la pena della reclusione

⁴¹⁸ *Ibidem*

⁴¹⁹ Cass. Pen. N.32824/2009

fino a sei mesi per la condotta di chi abusi di questi ultimi o degli strumenti di disciplina in danno di una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, ovvero per l'esercizio di una professione o di un'arte; se dal fatto deriva una lesione personale, si applicano le pene stabilite negli articoli 582 e 583, ridotte a un terzo e la reclusione da tre a otto anni se si realizza l'evento morte.

Anche in questo come nel precedente, è controversa la qualificazione del bene giuridico e ne discende il dubbio sulla conseguente correttezza della collocazione all'interno del codice. Parte della dottrina ritiene che il bene giuridico tutelato sia il mantenimento dell'equilibrio familiare, altra parte che esso sia da ravvisare nell'integrità fisica, nell'incolumità e nella libertà personale del soggetto.⁴²⁰

La fattispecie si fonda sulla legittimità dell'impiego dello *ius corrigendi* da parte del genitore nei confronti dei figli e dell'insegnante nei confronti degli alunni, se esercitato con una modesta forza, mentre ne punisce l'abuso.

Il termine "correzione" va assunto come sinonimo di educazione, con riferimento ai connotati intrinsecamente conformativi di ogni processo

⁴²⁰Fiore, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, 39-42, cit.in Parmiggiani, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in Cadoppi (a cura di) *I reati contro la famiglia*, Torino, 2006, 313

educativo.⁴²¹ In ogni caso non può ritenersi tale l'uso della violenza (se non modicissimo) finalizzato a scopi educativi: ciò sia per il primato che l'ordinamento attribuisce alla dignità della persona, anche del minore, sia perché “non può perseguirsi, quale meta educativa, un risultato di armonico sviluppo di personalità, sensibile ai valori di pace, di tolleranza, di connivenza (...)”⁴²².

La condotta è sanzionata se dal fatto deriva il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente; quest'ultima è intesa in un'accezione molto ampia arrivando a comprendere ogni conseguenza rilevante sulla salute psichica del soggetto passivo, dallo stato d'ansia all'atto lesivo.⁴²³

La Cassazione ha sottolineato che l'interprete deve distinguere tra atti di minima violenza fisica o morale, che risultano necessari per rafforzare la proibizione di comportamenti pericolosi o dannosi, e atti che sconfinano nell'abuso sia in ragione dell'arbitrarietà o dell'eccesso nella misura, senza tuttavia attingere a forme di violenza.⁴²⁴

Così ad esempio “il comportamento del padre che sottoponga la figlia minore ad un regime di prevaricazione e violenza, tale da rendere intollerabili le

⁴²¹ Cass. pen. 9 gennaio 2004, n. 4934 in Dejure.

⁴²² *Ibidem*

⁴²³ Colesanti, Lunardi, *Il maltrattamento del minore, aspetti medico-legali, giuridici e sociali*, Milano. 1995, 198, citato in Parmiggiani, *Abuso*, cit., 342. Larizza, *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione* (nota a Cass., sez. VI, 18 marzo 1996), in Cass. pen., 1997, 1, 36-37.

⁴²⁴ Cass. pen., sez. VI, 26 marzo 1998

condizioni di vita, impedendole, come nel caso di specie, di frequentare persone di sesso maschile e di uscire di casa se non per andare a scuola o a fare la spesa, configura il reato di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli (art. 572 c.p.) e non quello meno grave di abuso di mezzi di correzione o di disciplina (art. 571 c.p.) che presuppone, come detto, un uso consentito e legittimo dei mezzi correttivi”.⁴²⁵

Il dolo consiste nella rappresentazione e intenzione di persistere nell’abuso dello stato di soggezione della vittima, il quale non deve essere totale, in quanto la norma, nel reprimere l’abituale attentato alla dignità e al decorso della persona, tutela la *normale* tollerabilità della convivenza. A ciò si aggiunge la consapevolezza, che persistendo nella condotta illecita si causeranno umiliazioni e sofferenze alla vittima, anche accettando che l’evento si realizzi, con piena configurabilità del dolo eventuale.⁴²⁶

La formulazione della norma è vaga, lasciando un ampio margine di apprezzamento all’interprete, ma allo stesso tempo flessibile, per consentire di adeguarsi al mutamento sociale. A proposito della dinamicità della norma, Larizza così commenta: “nel descrivere la fattispecie il legislatore si è, difatti, servito di termini che non possono non risentire, negli esiti

⁴²⁵ Cass. pen., sez. VI, 12 settembre 2007, n. 34460

⁴²⁶ *Ibidem*

applicativi, dell'evoluzione della coscienza sociale. L'utilizzazione di queste o similari espressioni permette alla norma, difatti, di adeguarsi, senza che ci sia bisogno di mutarla, ai cambiamenti intervenuti, oltreché a livello legislativo, nel costume sociale. Il legislatore, difatti, non può rincorrere ogni tipo di mutamento o evoluzione; di qui l'opportunità, nel momento in cui si appresta a varare una codificazione, di inserire in quelle norme che reputa più esposte ai mutamenti e condizionamenti della realtà sociale espressioni elastiche, che hanno la funzione di rendere compatibile la norma con la mutata realtà.⁴²⁷ Ne consegue che l'espressione "mezzi di correzione" va interpretata in maniera dinamica, facendo riferimento all'evoluzione del costume sociale e del tipo e della qualità dei rapporti che si sono verificati in ambito familiare, nonché dei contributi che lo stesso legislatore ha dato all'evoluzione di questi rapporti".⁴²⁸

⁴²⁷ Larizza, *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione*, in Cass. Pen.1997, p.36

⁴²⁸ Cass. pen. 16 maggio1996,n. 4904, in con nota di S. LARIZZA, *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione*, in Cass. pen., 1997, 1, 33.

4. Impiego di minori nell'accattonaggio

4.1. La novella del Codice

Occupandosi di condotte culturalmente orientate o motivate riconducibili alle fattispecie di maltrattamenti, la giurisprudenza ha distinto tra tipologie necessariamente violente e non necessariamente violente. Tra queste ultime un fenomeno di estrema visibilità è l'accattonaggio.

Nel corso del tempo l'impiego di minori nell'accattonaggio nella giurisprudenza penale italiana è stato oggetto di un trattamento sanzionatorio sempre più gravoso, in ragione del passaggio dalla contravvenzione di cui all'art. 671 c.p., alla fattispecie di maltrattamenti in famiglia e, per un breve periodo, alla riduzione in schiavitù.

Nonostante non sia stato facile tracciare confini, la giurisprudenza ha suggerito dei criteri per distinguere l'ipotesi di cui all'art. 671 c.p., 572 c.p. e 600 c.p.

Prima del 2009, tende a configurarsi la contravvenzione nel caso di un isolato episodio di mendicizia, mentre si configura il reato di maltrattamenti laddove la condotta sia abituale, indipendentemente dal fatto che il minore abbia avvertito un senso di sofferenza, e si configura il reato di cui all'art. 600 c.p. nell'ipotesi in cui il minore si trovi in un ininterrotto stato di

soggezione, che si traduce in una negazione della sua libertà e dignità umana.⁴²⁹

La legge 15 luglio 2009 n. 15 (Pacchetto Sicurezza) ha abrogato la disposizione contravvenzionale, introducendo, al contempo, una nuova fattispecie delittuosa all'art. 600 *octies*. La disposizione normativa ricalca in parte la condotta prevista all'art. 671 c.p., ma si pone in rapporto di incompatibilità strutturale con la vecchia disposizione.

Così recita il codice novellato: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque si avvale per mendicare di una persona minore degli anni quattordici o, comunque, non imputabile, ovvero permette che tale persona, ove sottoposta alla sua autorità o affidata alla sua custodia o vigilanza, mendichi, o che altri se ne avvalga per mendicare, è punito con la reclusione fino a tre anni.”

Mentre, l'art 671 c.p. è collocato nella sezione relativa alle contravvenzioni concernenti la vigilanza sui mestieri girovaghi e la prevenzione dell'accattonaggio, l'art. 600-*octies* c.p. viene inserito all'interno dei delitti

⁴²⁹ Cass. pen. 28 novembre 2008, n.44561 V., in *Dir. imm. citt.*, 2009, 1, 239 ss. con nota di A. Simoni, *La qualificazione giuridica della mendicizia dei minori rom tra diritto e politica*; in *Famiglia e diritto*, 2009, 3, 235 ss. con nota di Pittaro, *Impiego di Minore nell'accattonaggio part-time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?*; in *Questione Giustizia* 2009, 2, 207 ss.

contro la libertà individuale (capo III del c.p.) e, in particolare, nella sezione dei delitti contro la personalità individuale.

L' 671 c.p. mira, infatti, ad impedire l'impiego di minori nell'accattonaggio, intesa quale attività che li sottrae all'istruzione ed educazione, avviandoli all'ozio ed esponendoli al pericolo di cadere nel vizio e nella delinquenza, mentre il nuovo art. 600-octies c.p. valorizza la tutela della personalità individuale del minore nella crescita psicofisica nonché la preservazione dell'ordine pubblico.

La clausola di sussidiarietà "salvo che il fatto costituisca più grave reato" di cui all'art. 600-octies c.p. mostra come il legislatore del 2009 abbia voluto creare una nuova fattispecie incriminatrice caratterizzata da un ambito applicativo residuale e subalterno, rispetto a condotte criminose più gravi e tuttavia accomunate dall'omogeneità dei beni giuridici protetti.

La difformità fra cornice edittale della pena prevista per la contravvenzione (arresto da tre mesi ad un anno) e quella stabilita dal nuovo art. 600 octies c.p. (reclusione fino a tre anni) "è frutto proprio di una diversa visione, in chiave sociale, dell'impiego di minori in attività di accattonaggio".⁴³⁰

Il delitto oggi descritto all'art. 600-octies c.p. richiede non solo l'elemento soggettivo doloso, ma anche l'utilizzo esclusivo e abituale del minore per le

⁴³⁰ Forconi, *L'impiego abituale di minori nell'accattonaggio rimane reato*, a cura di Lex24 su www.diritto24.ilsole24ore.com, 15 febbraio 2011

attività di mendicizia. La norma descrive una condotta abituale e non episodica di utilizzo del minore, capace di ostacolare la sua crescita psicofisica e di concretizzare un rischio di caduta nel reato e quindi un pericolo per l'ordine pubblico.

4.2. Leading cases italiani

Tra le sentenze più significative in materia di accattonaggio, che fanno riferimento al fattore culturale prima della L.15/2009, si segnala la sentenza sul caso Djordjevic.⁴³¹

Gli imputati sono dei nomadi soliti alla pratica del c.d. *mangel*, tradizione rom che consiste nell'impiegare i minori nell'attività di elemosina.

I soggetti costringono i minori a chiedere l'elemosina per l'intera giornata, presso alcuni semafori urbani, con una breve interruzione nella pausa pranzo, in cui le vittime vengono riportate al campo. Se i minori portano al campo poco denaro o mostrano segni di stanchezza e disagio, i parenti abusano del loro potere parentale, anche con violenza fisica. Il reato contestato è "riduzione e mantenimento in schiavitù" ex art.600 c.p. Gli imputati

⁴³¹ Cass.Pen. 26 ottobre 2006 n.2841

ricorrono in Cassazione, invocando le cause giustificative di cui all'art.50 c.p. e all'art. 51 c.p.⁴³²

Ma per la Corte la causa giustificativa di cui all'art.50 c.p. presuppone la disponibilità oggettiva e soggettiva del diritto offeso e il relativo diritto si sottrae alla sfera di disponibilità di minorenni infraquattordicenni. Per quanto riguarda, invece, l'art. 51 c.p., il diritto di costringere i figli all'accattonaggio e a uno stato di soggezione continua esula dalle potestà parentale di educazione. E qualora, l'articolo 51 c.p. faccia riferimento alla consuetudine delle popolazioni zingare di impiegare i minori nell'accattonaggio, essa può avere valore scriminante solo atteso che sia richiamata da una legge. Gli zingari pertanto non possono invocare i propri usi tradizionali quando sono vietati da norme penali.⁴³³

La Corte precisa: “nel caso di specie, non si tratta di criminalizzare per se stesso il *mangel* usualmente praticato dagli zingari, e in particolare dai “rom”, ma di sussumerlo sotto la previsione dell'art. 600 c.p. quando esso, attraverso l'impiego continuativo dei bambini, debordi in un assoggettamento pieno e totale della vita dei minori che mortifica e degrada la loro fragile personalità.”⁴³⁴

⁴³² *Ibidem*

⁴³³ *Ibidem*

⁴³⁴ Cass. pen., 26 ottobre 2006, n. 32337, in Cass. pen., 2007, 1244, con nota di F. Carcano, *L'accattonaggio dei minori tra delitto e contravvenzione*, ivi, 4596.

I giudici rigettano il ricorso degli imputati, ritenendo, inoltre, che essi si siano approfittati di una “situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale del soggetto passivo, adatta a condizionarne la volontà personale (...).”⁴³⁵

La Corte richiama a sostegno della propria motivazione anche la decisione quadro della UE 2002/629/GAI del 19.7.2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, alla quale la l. 11 agosto 2003, n. 228 ha voluto dare attuazione”.⁴³⁶

Altra decisione importante risale al 2006.⁴³⁷ La vittima è un adolescente marocchino affidato dai genitori allo zio per ragioni educative. Una volta giunto in Italia anziché essere iscritto a scuola viene costretto dallo zio a vendere oggetti di poco valore e a mendicare per poter dare un contributo economico allo zio, a titolo di rimborso della somma che costui ha anticipato per farlo venire in Italia. La condizione di vita riservata al medesimo è caratterizzata da mancanza di affettività familiare, da sofferenze fisiche e psicologiche, da mortificazioni di ogni genere. Al minore è imposto un sistema di vita non adeguato alle sue esigenze e anzi in contrasto con esse, esposto ai rischi della strada, all’aggressione dei valori di decoro,

⁴³⁵ *Ibidem*

⁴³⁶ *Ibidem*

⁴³⁷ Cass. Pen. 9 novembre 2006 n.3419

all'integrità fisica e psichica, abbandonato al senso di solitudine, patendo sofferenze, frutto di una condizione inumana e intollerabile.⁴³⁸

Lo zio viene condannato dal Tribunale di Torino, con sentenza confermata dalla Corte d'Appello per il reato di maltrattamenti, ma propone ricorso in Cassazione, chiedendo che il fatto sia inquadrato nella meno grave previsione contravvenzionale di cui all'art. 671 o l'applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 62, c.1. La Corte conferma la sentenza di condanna, sottolineando come lo stesso "si rese certamente conto dello stato di grave sofferenza inflitto al nipote, non fosse altro perché, disinteressandosi completamente delle sorti del medesimo, se non per incamerare i magri guadagni del commercio ambulante e dell'accattonaggio praticati, era ben consapevole del degradato e mortificante regime di vita di Yassine; l'imputato aveva, invece, il dovere di non consentire che ciò si verificasse", con ciò ribadendo la perfetta realizzabilità del reato anche mediante omissione⁴³⁹.

Il giudice esclude fermamente applicabilità di un'attenuante sulla base di opzioni sub culturali relative a ordinamenti diversi dal nostro, ribadendo la

⁴³⁸ *Ibidem*

⁴³⁹ Cass. pen. 18 marzo 1996 C., cit. ; Cass. pen., 17 ottobre 1994, n. 3965 in Cass. pen., 1996, 511, con nota di Baiotta, *Maltrattamenti nelle istituzioni assistenziali e dovere costituzionale di solidarietà*, ivi, 514; Cass. pen., 30 maggio 1990, n. 394 in Cass. pen., 1992, 1505; in dottrina Mazza, voce *Maltrattamenti*, cit., 6; Monticelli, *Maltrattamenti*, cit., 398-400; Pisapia, voce *Maltrattamenti*, cit., 524.

prevalenza dei principi base del nostro ordinamento e, in particolare, dei principi della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 Cost., i quali trovano specifica considerazione in tema di rapporti etico-sociali nell'art. 29 Cost. e art. 31 Cost.⁴⁴⁰

In questa fase, ancora la finalità principale del legislatore è quella di porre un freno al traffico di esseri umani provenienti dai Paesi più poveri e di conseguenza tale *ratio* porterebbe a sanzionare tale condotta ai sensi della norma suddetta ove si fosse in presenza di soggetti che impieghino continuativamente minori e fanciulli nell'accattonaggio “trattandoli sostanzialmente come una *res* dalla quale si debba trarre il massimo vantaggio economico”.

Nel 2008 la sentenza n.44516 suscita reazioni molto contrastanti. In tutto ciò gioca un ruolo significativo la peculiarità dell'intero procedimento penale, in cui si sono registrate fasi ed esiti che hanno spaziato lungo tutto l'arco delle possibili e pertinenti risposte sanzionatorie.⁴⁴¹

L'imputata è una madre nomade che è solita mendicare con in grembo una bambina e con un figlio di 4 anni. La donna viene condannata dalla Corte d'Assise a ben 6 anni di reclusione per riduzione in schiavitù e maltrattamenti. La condanna è poi confermata dalla Corte d'Assise

⁴⁴⁰ *Ibidem*

⁴⁴¹ Miazzi, *Mendicare con il proprio figlio*, cit., 207.

d'Appello di Napoli, ma solo limitatamente al reato di riduzione in schiavitù. Dalla ricostruzione del fatto, non emerge quella integrale negazione della libertà e dignità umana del bambino che consente di ritenere che versi in stato di schiavitù. Sulla scorta di tale principio, la quinta Sezione ha prosciolto la donna per il reato di riduzione in schiavitù.

La Suprema Corte spiega che “l’adulto dedito al *mangel* (...) solo per alcune ore del giorno, portando con sé i figli, non può essere condannato per il reato di riduzione in schiavitù giacché è ben possibile che nella restante parte della giornata (...) si prenda cura dei figli in modo adeguato, cercando di venire incontro alle loro necessità e consentendo loro di giocare e frequentare altri bambini.”⁴⁴² Non c'è riduzione in schiavitù nel caso in cui il baby accattonaggio venga praticato “part-time”, in tal caso si può solo configurare un’ipotesi meno grave di reato: quella di maltrattamento in famiglia.⁴⁴³

Già efficacemente si era espressa in tema di maltrattamenti in famiglia la Cassazione nel 2007, affermando: “ Configura il delitto di maltrattamenti previsto dall’art. 572 c.p. la condotta di chi, avuto in consegna un minore allo scopo di accudirlo, educarlo ed avviarlo ad una istruzione, consente che viva in stato di abbandono in strada, per vendere piccoli oggetti e chiedere l’elemosina, appropriandosi poi del ricavato e disinteressandosi del suo stato

⁴⁴² Cass. Pen. V sez. 44516/2008

⁴⁴³ *Ibidem*

di malnutrizione e delle situazioni di pericolo fisico e morale cui egli si trovi esposto. Si tratta infatti di una condotta lesiva dell'integrità fisica e morale del minore, idonea a determinare una situazione di sofferenza, di cui va ritenuto responsabile chiunque ne abbia l'affidamento.⁴⁴⁴

Ci soffermiamo ora a riflettere su alcune interessanti considerazioni dei giudici, all'indomani dell'entrata in vigore della legge 15/2009.

Il Tribunale di Bologna,⁴⁴⁵ in una sentenza del 2010 proscioglie un'imputata dal reato di impiego di minori nell'accattonaggio in quanto il fatto, ricostruito in istruttoria, non risulta connotato da abitudine e dunque oggetto di sopravvenuta abrogazione.

Il Tribunale rileva che l'abrogazione dell'art. 671 c.p. è in parte compensata dall'introduzione contestuale dell'art. 600-octies c.p., dato che a quest'ultima fattispecie sono state ricondotte alcune condotte in precedenza ricadenti nella previsione dell'art. 671 c.p.⁴⁴⁶

In particolare, la nuova fattispecie, dal regime sanzionatorio aggravato, continua pur sempre a prevedere, sebbene ora a titolo di delitto, il fatto di chi, per svolgere attività di accattonaggio, si avvalga con abitudine di un minore sottoposto alla sua autorità, custodia o vigilanza. Ma adesso ricorre

⁴⁴⁴ Cass. pen., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 3419

⁴⁴⁵ Tribunale di Bologna, Sentenza 11 maggio 2010, n. 1462

⁴⁴⁶ *Ibidem*

un requisito in più: il requisito dell'abitudine.⁴⁴⁷ Proprio l'elemento dell'impiego continuativo del minore, per il giudice, rappresenta il discrimine fra le condotte.

Dunque, l'impiego del minore nell'acattonaggio manterrebbe rilevanza penalistica e andrebbe soggetto al trattamento sanzionatorio più favorevole secondo i principi della successione di leggi nel tempo. Rimarrebbe viceversa priva di sanzione penale, stante l'abrogazione dell'art. 671 c.p., l'impiego occasionale del minore nell'acattonaggio. A queste conclusioni perviene il giudice muovendo dall'attenta analisi dei rapporti tra il nuovo art. 600-octies c.p. e le altre fattispecie.⁴⁴⁸

La pronuncia anticipa in un certo senso la decisione della Corte di Cassazione,⁴⁴⁹ la quale ravvisa un'abrogazione "solo formale e non anche sostanziale" del reato di impiego di minori nell'acattonaggio di cui all'art. 671 c.p.

In questa decisione, la Cassazione conferma la condanna dalla Corte d'Assise d'Appello di Catanzaro a sei anni di reclusione per il reato ex art.600 c.p., inflitta a un quarantacinquenne romeno, che assoggetta la figlia ad un regime di schiavitù. L'uomo è finito sotto processo per aver "sistematicamente e continuativamente" costretto alla "pratica umiliante"

⁴⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁴⁸ *Ibidem*

⁴⁴⁹ Cass. Pen. sentenza del 22 giugno 2010 n. 23869

dell'elemosina la figlia, di soli 10 anni, della propria convivente". "La bambina, è "obbligata a dedicarsi all'accattonaggio dalla mattina alla sera – secondo l'accusa – dietro la minaccia e l'uso materiale della violenza nei suoi confronti" da parte dell'imputato.⁴⁵⁰

L'imputato, nel suo ricorso in Cassazione, rileva anche che in base alle "millenarie tradizioni culturali dei popoli di etnia rom", a cui appartengono i protagonisti della vicenda, "l'accattonaggio assume il valore di un vero e proprio sistema di vita" cosicché non è possibile, secondo la difesa, parlare di riduzione in schiavitù.⁴⁵¹

La Suprema Corte, con la sentenza numero 37638, dichiara invece inammissibile il ricorso e ricorda che "commette il reato di riduzione in schiavitù colui che mantiene lo stato di soggezione continuativa del soggetto (...) o in condizione analoga, senza che la sua mozione culturale o di costume escluda l'elemento psicologico del reato".⁴⁵²

Sul piano processuale, il giudice di merito ha, infatti, fornito un'interpretazione errata dell'art. 3 della ricordata legge, rilevando solo l'abrogazione dell'art. 671 c.p. e concludendo per l'assoluzione dell'imputata con la formula "perchè il fatto non è più previsto dalla legge come reato".

Sul piano sostanziale, la sentenza riformata non tiene conto del fatto che la

⁴⁵⁰ *Ibidem*

⁴⁵¹ *Ibidem*

⁴⁵² *Ibidem*

scelta legislativa di carattere ablativo, concernente l'art. 671 c.p., viene, compensata con l'introduzione nel tessuto del codice materiale dell'art. 600 *octies* c.p.⁴⁵³

Questa scelta presuppone, dunque, un giudizio del legislatore di maggiore spessore sulla rilevanza penale delle condotte così individuate (che possono essere anche di natura omissiva), nonché il riconoscimento di un allarme sociale correlato alle stesse. “Rispetto all'art. 671 c.p.- motiva la Corte- la novella ha ampliato l'ambito dei soggetti incriminabili e ha aggravato la sanzione, ma continua pur sempre a prevedere la punizione, sebbene a titolo di delitto, della condotta già prevista dall'art. 671 c.p. e contestata all'imputata quale genitore che s'avvaleva della figlia minore per medicare. Con riferimento alla fattispecie prima contravvenzionale si versa dunque in ipotesi di successione di leggi nel tempo e la condotta contestata mantiene rilievo penale, dovendo soltanto farsi applicazione degli artt. 25 Cost. e 2 c.p. con riguardo alla pena applicabile in ragione del tempo del commesso reato.”⁴⁵⁴

Nella stessa sentenza, la Corte coglie l'occasione per tracciare una linea di demarcazione tra il reato di riduzione e mantenimento in servitù o schiavitù e il reato di maltrattamenti in famiglia. La Corte ritiene infatti che le condotte

⁴⁵³ *Ibidem*

⁴⁵⁴ *Ibidem*

legalmente predeterminate che costituiscono la fattispecie criminosa di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù hanno tutte in comune lo stato di sfruttamento del soggetto passivo, e implicano per loro natura il maltrattamento del soggetto passivo, ai fini di sfruttamento economico. Il reato di maltrattamenti in famiglia, invece, può ritenersi sussistente solo nel caso di assenza di una condizione di integrale asservimento ed esclusiva utilizzazione del minore ai fini di sfruttamento economico, e, cioè, quando la condotta illecita sia continuativa e cagioni al minore solo sofferenze morali e materiali.⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ Cass. Pen. sez. V, 28 settembre, 2012 n. 37638

Conclusioni

Dopo aver fornito alcuni cenni sulle fattispecie considerate oggetto di particolare interesse per il tema dei reati culturalmente orientati e disaminato le soluzioni giurisprudenziali più significative e stimolanti, alla fine del nostro percorso, ci accingiamo a proporre una chiave di lettura personale, all'interno del complesso e tormentato dibattito.

Il punto di partenza è una considerazione di matrice antropologica, ossia l'affermazione della centralità del ruolo della cultura nella vita degli individui: essa esercita, infatti, una profonda influenza sulle convinzioni e sui valori degli individui, così come sul loro modo di percepire e interpretare la realtà.

La seconda considerazione, di carattere giuridico, individua nell'istituto della *cultural defense* uno strumento potenzialmente atto a garantire il diritto alla cultura, il diritto alla libertà di coscienza e di religione, il principio di eguaglianza, il diritto ad un processo equo, così come espressamente riconosciuti dalle norme del nostro ordinamento e da quello internazionale. Perché si possa parlare di giusto processo, occorre che l'individuo sia in

condizione di conoscere in anticipo il contenuto del diritto penale in modo da potervisi conformare. E ancora, negare all'imputato la possibilità di presentare prove relative al proprio *background* culturale può tradursi in una lesione del diritto alla difesa, perché non consente al giudice di comprendere a pieno il suo comportamento. Inoltre, considerare ammissibili e rilevanti prove di questo tipo non significa ritenerle necessariamente determinanti per un esito del processo favorevole, poiché il giudice mantiene il potere di valutare le prove e decidere il caso in piena autonomia.

Tuttavia, come già chiarito in precedenza, una simile presa di posizione comporta inevitabilmente dei rischi. Dar voce alla cultura e alle tradizioni di un popolo, di una etnia, di una tribù, può mettere a repentaglio il principio di certezza del diritto e di legalità, il principio di uguaglianza e le esigenze generalpreventive, lasciando spazio a possibili usi strumentali della *cultural defense*, o può favorire ricostruzioni dei fatti scorrette, approssimative e stigmatizzanti dei caratteri di una cultura. Ma il rischio più grande è che il rispetto della diversità culturale possa entrare in conflitto con la tutela di alcuni diritti fondamentali, quelli delle vittime dei reati culturali, come la vita,

l'integrità fisica e la libertà. Occorre dunque apporre un limite. L'adesione alla *cultural defense* non può mai implicare che il rispetto della diversità culturale primeggi su altri valori e su altri diritti: il diritto alla cultura è, infatti, un diritto umano fra molti altri, e con questi altri diritti deve essere bilanciato ad opera del giudice.

In presenza di pratiche culturali che entrano regolarmente in conflitto con l'ordinamento giuridico dominante, una strategia potrebbe essere quella di prevenire i conflitti prevedendo deroghe legislative, depenalizzando, cioè, quelle tradizioni che sono ritenute non lesive di altri diritti.⁴⁵⁶ Questa soluzione è stata adottata in diversi paesi europei ed è in parte condivisibile, ma occorre lasciare una porta aperta anche alle altre tradizioni, quelle meno note, al fine di non discriminare alcuni gruppi etnici e di non far passare l'effettiva garanzia del diritto delle minoranze dal filtro della volontà della maggioranza.⁴⁵⁷

A tal fine, un contributo rilevante potrebbe essere dato dall'antropologo, in qualità di testimone esperto. Egli può accertare se l'imputato o la parte di un

⁴⁵⁶ Renteln, *Comparative Perspectives on the Cultural Defense*. Portland, Hart Publishing, 2009

⁴⁵⁷ *Ibidem*

procedimento civile appartengano ad un dato gruppo e se quel gruppo abbia effettivamente tra le proprie tradizioni quella richiamata nel processo. Nondimeno, la conoscenza degli antropologi è generalmente considerata un “sentito dire” e, come tale, è ritenuta una prova inammissibile.⁴⁵⁸

Nel corso della nostra indagine ci siamo a lungo soffermati sull'importanza della cultura sia sotto il profilo psicologico, sia a livello ordinamentale, in una prospettiva prevalentemente *de jure* condito; tuttavia, abbiamo sempre dato per presupposto un dato significativo: la conoscenza dei mezzi attraverso cui la medesima entra nel procedimento penale.⁴⁵⁹

Stabilisce l'art. 220 del c.p.p.: “la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e

⁴⁵⁸ *Ibidem*

⁴⁵⁹ Canepa, *Questioni medico-legali in tema di perizia sulla personalità*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Nuvolone*, III, Milano, 1991, 91; Amodio, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 170 ss.; Gianfrotta, *sub artt. 220-221*, Chiavario (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, 571; Pannain, *La perizia sulla personalità del reo. Evoluzione, dottrina e normativa: prospettive nel c.p.p. '88*, in *Riv. it. medicina legale*, 1989, 3, 834; Rivello, *Perito e perizia*, in *Digesto pen.*, agg., Torino, 2000, 502; Salvinelli, *La perizia medico legale nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 389.

la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche.”⁴⁶⁰

Secondo parte della dottrina, la *ratio* del divieto posto dall'art. 220 c.p.p. riecheggia quella dell' 415 del c.p.p. 1930, che, accordando preminenza alla filosofia idealistica e alla Scuola Classica, negava il carattere scientifico delle discipline umane e sociali e rifiutava ogni sorta di determinismo causale.⁴⁶¹

Oggi le preoccupazioni alla base del divieto sono quelle di eliminare il rischio di violare la libertà morale dell'imputato⁴⁶², insito nella difficoltà dell'osservazione scientifica della personalità, oggetto complesso e solo parzialmente esplorabile. Le particolari difficoltà di tale indagine sono dovute al fatto che non si può essere certi della collaborazione del soggetto, per il possibile interesse a fornire un'immagine di sé diversa dalla realtà, per l'esistenza di condizioni di particolare emotività, dovuta alla posizione e condizione di imputato. Il rischio maggiore è l'effetto sfavorevole che il

⁴⁶⁰ *Ibidem*

⁴⁶¹ Eramo, *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma dalla cassazione* in *Dir. pen. proc.*, 2007, 7, 933.

⁴⁶² Varraso, *La prova tecnica*, in Scalfati (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, 243.

risultato dell'indagine sulla personalità può esercitare sull'accertamento della colpevolezza, potendo assumere una valenza di movente del reato e quindi costituire motivo del convincimento.⁴⁶³

In realtà, riteniamo che non sia necessario ricorrere allo strumento della perizia antropologica per stabilire la causa psichica che ha determinato il soggetto a commettere il reato. L'oggetto della perizia non deve, infatti, necessariamente coincidere con "il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche".⁴⁶⁴

Nell'ordinamento italiano la nomina del consulente tecnico di parte è un diritto di rango costituzionale (111 Cost.), concretizzantesi nell'art. 233 del c.p.p. che prevede tale possibilità, indipendentemente dal conferimento di perizia, e con facoltà da parte del professionista di presentare direttamente memorie al giudice in ogni stato e grado del procedimento. Recentemente la Cassazione è intervenuta sul tema, sancendo che "il codice peraltro consente che, pur in assenza di perizia, si possa procedere a consulenza extraperitale: le parti

⁴⁶³ Pannain, *La perizia* cit., 858-859

⁴⁶⁴ Gulotta, *La perizia psicologica sull'imputato: verso la sua possibilità*, in <http://www.psicologiagiuridica.com/numero%20005/Editoriale%20ita.PDF> (8 gennaio 2010). A tal proposito l'Autore commenta un ddl che modificava la norma impedendo che i fatti emersi dalla perizia psichiatrica e da quella psicologica potessero essere utilizzati ai danni dell'imputato.

possono liberamente, senza alcuna autorizzazione del giudice, provvedere alla nomina di consulenti tecnici, al fine di farsi assistere da esperti per fare chiarezza in materia che ha necessità o utilità di particolari conoscenze tecniche (art. 233 c.p.p.). Indipendentemente dall'eventuale audizione dei consulenti, è questo lo strumento di cui le parti possono disporre “in ogni stato e grado del procedimento” per introdurre nel processo le conoscenze tecniche da esse ritenute necessarie per la decisione.⁴⁶⁵

Mentre, per quanto attiene alla seconda verifica, ossia la coincidenza di reazione⁴⁶⁶, la perizia antropologica non è vietata in quanto diretta a suffragare la dimensione oggettiva del motivo culturale, la sua diffusione, la sua stessa messa in discussione.⁴⁶⁷

La dottrina ha sul punto messo da tempo in guardia contro i pericoli derivanti da valutazioni superficiali, sia in termini di radicale trasformazione di “rilevanti pregiudizi sociali, della natura più diversa, condivisi da qualche

⁴⁶⁵ Cass. pen., 25 novembre 2008, n. 48379 in Dejure

⁴⁶⁶ De Maglie, *Premesse ad uno studio su società multiculturali e diritto penale*, in Hassemer, Kempf, Moccia (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 144

⁴⁶⁷ Grandi, *I reati culturalmente motivati*, cit., 206

avvocato e da qualche giudice⁴⁶⁸, in categorie giuridiche, sia di etichettamento e conseguente indebolimento della tutela nei confronti di alcune categorie di soggetti passivi.⁴⁶⁹

Tuttavia, pur condividendo alcune perplessità, non si può che auspicare che i difensori svolgano con coscienza il loro lavoro, senza limitarsi ad addurre un generico e indimostrato movente culturale e non si può che ricordare che è sempre il giudice, *peritus peritorum*, ad addivenire ad una sintesi e ad una valutazione quanto più oggettiva possibile del materiale messo a sua disposizione.⁴⁷⁰

Pastore ha sottolineato l'essenzialità della partecipazione attiva dell'imputato, con tutte le conseguenze in ambito di traduzione ed interpretazione degli atti, al fine di dar voce al proprio punto di vista e arginare i pregiudizi altrui.⁴⁷¹

Non è solamente la dimensione probatoria a rappresentare un terreno su cui la dottrina si può impegnare a fondo nei prossimi tempi per affrontare il tema dei

⁴⁶⁸ Zaffaroni, *Colpevolezza e vulnerabilità* cit., 346.

⁴⁶⁹ Fiandaca, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, 5, pt. 1, 1389.

¹⁴ Corte Cost., sentenza, 24-03-1988, n. 364 (Gazzetta ufficiale,

⁴⁷⁰ Pastore, *Identità culturali*, cit., 54

⁴⁷¹ *Ivi*, 54.

reati culturalmente orientati o della riflessione su una riforma del sistema sanzionatorio.

Altri due grandi temi, che attraversano la storia del diritto penale, potrebbero essere scomodati per esaminare la questione: la teoria del bene giuridico, con il corrispondente *harm principle* nel dibattito di *common law*, e la laicità dello Stato dell'ordinamento penale.

Sul piano della tipicità e dell'offensività, può risultare utile distinguere preliminarmente tra condotte che mettono a repentaglio beni giuridici che debbono essere tutelati in vista del principio del danno e condotte che salvaguardano solo un sentimento dei consociati.

Secondo Fiandaca: “rispetto al problema più specifico dei contenuti della tutela penale dovrebbe apparire coerente – in termini, quantomeno, di principio – la seguente direttrice teorica tendenziale: il legislatore penale dovrebbe preferire l'astensione, rispetto all'interventismo, in tutti quei casi in cui la “dannosità sociale” di certi comportamenti, lungi dall'essere riconosciuta sulla base di un consenso diffuso, sia argomentabile soltanto alla stregua di concezioni della “vita buona” che rimandano a sistemi etici o etico-

religiosi particolari”.⁴⁷² Un singolo cittadino non può spingersi ad esercitare la propria libertà fino a comprimere quella altrui; la libertà religiosa, la libertà educativa non può essere riconosciuta in modo così ampio da annullare il diritto all'autodeterminazione di altri consociati, indipendentemente dal rapporto di sangue intercorrente tra gli stessi.

Posto che il diritto penale è l'arma più intollerante a disposizione dello Stato, devono essere ricomprese nella categoria dei reati culturali solo una serie di ipotesi, quelle degli illeciti connotati dal principio della molestia o del danno, in cui lo Stato non si è mosso alla criminalizzazione spinto da un'ottica paternalistica.⁴⁷³

Altra possibilità potrebbe essere quella di dar rilievo *de iuris condendo*, quantomeno ai fini commisuratori, alla valenza attenuante di una mancata o incompleta socializzazione. Ben più difficile sarebbe intervenire sul piano della punibilità.

⁴⁷² Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'postsecolarismo'*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2007, 2-3, 546-562.

⁴⁷³ Donini, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti (note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg)*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 4, 1566; Francolini, *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 1, 280; A. Cadoppi, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, 293

Riteniamo che in questa materia il percorso da intraprendere sia ancora lunghissimo. L'analisi della legislazione e della giurisprudenza ha dimostrato un atteggiamento superficiale di fronte al tema del reato culturalmente motivato in Italia. La ragione, forse, è proprio quella che vi si dipanano diversi nodi della giustizia penale e che è altamente probabile che una variazione del modo di rapportarsi al tema della multiculturalità potrebbe provocare delle "reazioni di rigetto da parte della pubblica opinione".⁴⁷⁴

A tal proposito citiamo Romano: "E' impossibile negare che i bisogni di pena sono una realtà da assumere e da valutare con serietà estrema, perché rivelatori del processo individuale e sociale di colpevolizzazione e indicatori di soglie di intolleranza già in se stesse allarmanti per la convivenza democratica. Ma è difficile negare al tempo stesso che tali bisogni debbano essere analizzati nei loro contenuti, sorvegliati nelle loro rivendicazioni, depurati di aspetti di mera emozionalità e ricondotti nell'ambito del razionalmente e socialmente opportuno (...) al termine di una riflessione sui rapporti tra legislazione penale

⁴⁷⁴ Basile, *Immigrazione e reati "culturalmente motivati". Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, 355.

e consenso si ritrovano dunque due momenti essenziali: il ruolo dell'approvazione sociale quale fattore valorativo che pone un problema di tutela (...); ma al tempo stesso un'esigenza di limiti che, pur in presenza del consenso più vasto, debbono comunque essere rispettati. Nei confronti di richieste di penalizzazione sembra consigliabile, al politico legislatore, una salutare diffidenza di fondo. Egli non ha altro modo di legiferare che rendersi conto delle reali necessità della convivenza democratica, ma dovrà ricordare che, soprattutto in campo penale, riflessività, distanza critica, *self-restraint*, sono gli ingredienti indispensabili per una proficua mediazione politica. Contro le possibili esasperazioni dei bisogni di pena della società, gioverà avere presente che il diritto penale è bene rimanga sempre anche, liztianamente “la barriera invalicabile della politica criminale”.⁴⁷⁵

In conclusione, siamo assolutamente convinti del fatto che lo sviluppo della creatività, delle competenze comunicative, la fruizione di opportunità culturali

⁴⁷⁵Romano, *Legislazione penale consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 426,429; Romano, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 2008, 3

allargate, non ristrette al ceto di appartenenza siano di primaria importanza al fine di prevenire la commissione di condotte culturalmente connotate.⁴⁷⁶

Come evidenzia efficacemente Forti: “È anche questo medesimo giacimento di specializzazione sociale, lasciato inaridire già dalle politiche di welfare, a poter contrastare la tendenza delle élites politico-economiche a mascherare lo scarto tra conoscenze e possibilità di azione con i vietati stilemi della postmodernità e a contenere le politiche di segregazione punitiva (...)”.⁴⁷⁷ E ancora: “Il ripensamento di un nuovo welfare culturale, probabilmente non particolarmente costoso e soprattutto bisognoso di idee e buone volontà, mi sembra anche l’unica condizione perché possa attuarsi quella flessibilizzazione del controllo sociale che Garland auspica nella parte conclusiva del suo bellissimo libro quando, pur raccomandando di mantenersi in sintonia con le corde emotive del pubblico per non “andare incontro a giudizi negativi e sconfitte politiche”, ritiene che si possa rispondere a questa esigenza senza ricorrere alla strada più semplice seguita dai politici, con la segregazione e

⁴⁷⁶ Bauman, *Società, etica, politica*, Milano, 120.

⁴⁷⁷ Forti, *Il governo dell'ambivalenza tardo-moderna: riflessioni politico-criminali su La cultura del controllo di David Garland*, in Ceretti (a cura di), *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, Milano, 2005, 177-179.

punizione, ma provando a “radicare i controlli nel tessuto sociale, a regolamentare la vita economica e a implementare politiche di inclusione e integrazione”.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ *Ibidem*

BIBLIOGRAFIA

- Amato, L'introduzione in Italia di un apposito reato è una innovazione opportuna ma perfettibile, in Guida al diritto, Il sole 24ore, 5, 2006
- Amodio, Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale, in Cass. pen., 1989
- Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte generale. Torino, 2003
- Ashworth, Principles of criminal law, Oxford, 2006
- Atighetchi, La legge islamica ed il corpo delle donne, 1996, 5
- Autori vari, Proceedings of the expert meeting on female genital mutilation, Ghent-Belgium, 5-6 Novembre 1998
- Baratta, Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza, Milano, 1963
- Barile. Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, Bologna, 1984
- Bartoli, Colpevolezza tra personalismo e prevenzione, 2005
- 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 Stato, Chiese e pluralismo confessionale, n.24/2013
- Basile, Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali, Milano, 2010
- Basile, Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili), in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 4 ott. Dic. 2007
- Bauman, Dentro la globalizzazione: le conseguenze sulle persone, Roma, 2000
- Bauman, Società, etica, politica, 2002, Milano

- Bernardi, Il “fattore culturale” nel sistema penale, 2010
- Bernardi, Il “fattore culturale” nel sistema penale, Torino, 2010
- Bernardi, L’ondivaga rilevanza penale del fattore culturale, in Pol. Dir. 2007
- Bernardi, Modelli Penali e società multiculturale, Torino, 2006
- Bernardi, Multiculturalismo, diritti umani, pena. Milano 2006
- Bernardi. Minoranze culturali e diritto penale, in Dir. Pen. Proc. 2005
- Bobbio, Il positivismo giuridico, Torino, 1979
- Bobbio, Le ragioni della tolleranza, in L’età dei diritti, Torino, 1992
- Bouchard, Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in “dimensione domestica”, in Diritto immigrazione e cittadinanza, 2000, n. 1
- Bouchard, Identità culturale, uguaglianza, diversità in Quest.giust.2001/3
- Bricola, Teoria generale del reato, voce in Nss. Dig. It.vol XIX, 1973
- Cadoppi, Liberalismo, paternalismo e diritto penale, in AA.VV., Valori e secolarizzazione nel diritto penale, Bologna, 2009
- Canepa, Questioni medico-legali in tema di perizia sulla personalità, in AA.VV., Studi in onore di Pietro Nuvolone, III, Milano, 1991
- Capotorti, Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l’art. 27 del Patto sui diritti civili e politici, in Rivista Internazionale sui diritti dell’Uomo, 1992
- Caraccioli, Legge 5 Agosto 1981, .442. Abrogazione della rilevanza penale della causa d’onore e sul nuovo testo dell’art.578 c.p, in Legislazione penale, 1982
- Castellani, Infibulazione ed escissione: fra diritti umani ed identità culturale, in

Minori giustizia, 1999

Catullo, (a cura di), Diritto penale della famiglia, Padova, 2012

Cesareo, Società multietniche e multiculturalismi, 2002

Cesqui, Le mutilazioni genitali femminili e la legge, in *Questione Giustizia*, n.4/2005, p.754

Ciminelli, Le ragioni culturali delle mutilazioni genitali femminili in La ricerca folk loric, 2001

Colasanto, Ambrosini, L'integrazione invisibile, Vita e pensiero, Milano, 1993

Coleman, Individualizing Justice through multiculturalism: the liberal's dilemma, in *Col.L.Rev.* 1996

Conte, Note sull'abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore e sul nuovo testo dell'art. 578 c.p., in *Riv. Pe.* 1981

Coomaraswamy, Report o the Special Rapporteur on violence Against women, in *Causes and Consequences Un Document*, E/CN.4/2002/83, January 31, 2002

Coppi, Maltrattamenti in famiglia, in *Enc. Dir.* XXV, Milano, 1975

Coppi, Maltrattamenti in famiglia, Perugia, 1979

Cuche, La nozione di cultura nelle scienze sociali, Bologna 2006

D'Amico, Mutilazioni genitali femminili e diritto penale, in D'Angelo, Documento di lavoro sulle MGF, in www.radiclparty.org/fgm/documentodilavoro.htm;

Darby, Svoboda, A rose by another name? Rethinking the similarities and differences between male and female genital cutting, in *Medical Anthropology quarterly*, 2007

De Maglie, Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005

De Maglie, Premesse ad uno studio su società multiculturali e diritto penale, in Hassemer, Kempf, Moccia (a cura di), In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München, 2009

De Maglie, Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense, Scritti in onore di Giorgio Marinucci, I, 2006

De Vergottini, Le transizioni costituzionali, Bologna, 1998

Del Missier Giovanni Le mutilazioni genitali femminili 6 (2000)

Denaro, Diritti dei minori e libertà religiosa, in Dir. Eccl.2000

Dennet, Coscienza. Che cos'è? Milano, 1993

Di Giovine, Il contributo della vittima nel delitto colposo, 2003

Di Pietro, Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile, www.diritto.it, 2006

Dolcini, La commisurazione della pena. La pena detentiva,1979

Dolcini, Marinucci, Codice penale commentato, vol 1, Milano, 2006

Donini, Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, Milano, 2004

Donini, Omicidio e causa d'onore dal Codice Zanardelli al codice Rocco, relazione presentata in Atti del Simposio Internazionale su "Issue of Custom and Honour killings: Viewpoint of Sociology and Law, del settembre 2003.

Donini, Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti (note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg), in Riv. it. dir. proc. pen., 2008

Dorkenoo, Combating female genital mutilations: an agenda for the next decade, in World health statistics quarterly, 1996

Dressler, Criminal Law: Rethinking heat of passion, in Journal of criminal law and criminology, 1982, 2

Dressler, Criminal Law: Rethinking heat of passion, in Journal of criminal law and criminology, Summer 1982, vol.73 art.1

Elchalal, Ben Ami, Female circumcision: the peril remains, in Bju International, 1999

Eramo, Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma dalla cassazione
in Dir. pen. proc., 2007, 7

Facchi, I diritti nell' Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione. Roma- Bari, 2004

Favali, Le mutilazioni del corpo: tra relativismo e universalismo. Oltre i diritti fondamentali? In Rivista critica del diritto privato, 2002

Fiandaca, Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'postsecolarismo', in Riv. it. dir. proc. pen. 2007

Fiandaca, Musco, Diritto penale, parte generale, Bologna, 2010

Fiandaca, Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88, in Foro it., 1988, 5, pt. 1

Fiore, Diritto penale. Parte generale, 2008

Fiore, Il principio di offensività, in Ind. Pen. 1994

Fiore, L'azione socialmente adeguata nel diritto penale, Napoli, 1966

Fiore, La concezione realistica dell'illecito, in A.A.V.V. Problemi generali di diritto penale, Napoli 1959

FMG/infopack/English/fgm_infopack.htm; Associazione Equamagliana, Mutilazioni Genitali Femminili in www.aidos.it, dossier

Foblets, Cultural delicts: The repercussion of cultural conflicts of delinquent behaviour. Reflections on the contribution of legal anthropology to a contemporary debate, in Eur. J. Crime Crim. L. and Crim. Just., 1988

Forconi, L'impiego abituale di minori nell'accattonaggio rimane reato, a cura di Lex24 su www.diritto24.ilsole24ore.com, 15 febbraio 2011

Fornasari, Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo, 2009

Forti, Il governo dell'ambivalenza tardo-moderna: riflessioni politico-criminali su La cultura del controllo di David Garland, in Ceretti (a cura di), Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland, Milano, 2005

Francolini, *L'harm principle* del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg, in Riv. it. dir. proc. pen, 2008

Gallin, The cultural defense: undermining the policies against domestic violence, in Boston College

Gallo, Il dolo. Oggetto e accertamento in Studi Urbinati, 1951-52

Garland, The limits of the sovereign state, in Brit. J. Criminology, 1996

Gatta, Corriere del merito, 2009, 4, p.399ss; Risicato, La detenzione rituale di sostanze stupefacenti, tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità, in Quad.dir. pol.eccl. 2008

Geertz, Interpretazione di culture, Bologna, 1987

Geertz, Mondo Globale, mondi locali, Bologna, 1999

Gianfrotta, sub artt. 220-221, Chiavario(a cura di), Commento al codice di procedura penale, II, Torino, 1990

Gill, Honour killings and the quest od justice in black and minority ethnic communities in the United Kingdom, in Criminal Justice Plicy Review, 2009

Goel, Can I call Kimura crazy? Ethical Tensions in the cultural defense, in Seattle J. Soc. Just, 2005

Goldstein, Cultural conflicts in Court: Should the American criminal justice system formally recognize a cultural defense? In Dick.L.Rev.,1994

Grandi, Diritto penale e società multiculturale: stato dell'arte e prospettive de iure codendo, in Ind. Pen., 2007

Grandi, Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale, in Diritto penale e processo, 4/2008

Grandi. I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta? In Pifferi, Giolo, Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso. Torino, 2009

Grassivaro Gallo, Cortesi, Linee guida per il personale medico di fronte a casi di mutilazione genitale femminile (MGF), Messa a punto delle iniziative a livello nazionale ed internazionale, pp.1-55. ORIV, Quaderno di Ricerca n.5, 1999 www.stofgmc.org

Hardin, One for all: the logic of group conflict, Princeton University Press, 1995

Kymlicka, Associazioni etniche e cittadinanza democratica, Ricerca, 2000

Kymlicka, La cittadinanza multiculturale, Bologna, 1999

Kymlicka, Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights, Oxford, 1995

La Fave, Criminal Law, 4th ed.,2003

La lotta alle mutilazioni genitali femminili: un nuovo impegno per la tutela dei diritti della donna, in Archivio Pace diritti umani, 2/2004

Lamberti, Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina, Voce in Nss. Dig. It., vol.I, 1957 .p.102-103; Coppi Maltrattamenti in famiglia, 1979

Larizza, La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione, in Cass. Pen.1997

- Lattanzi, voce Autodeterminazione dei popoli, in Dig. Disc pubbl., vol. II, Torino, 1987
- Lee, Cultural Convergence: Interest convergence Theory Meets the cultural defense in Ariz. L. Rev., 2007
- Leone, Applicabilità della legge straniera in materia penale. Annali Dir. Proc. Pen. 1932
- Lepenis, Multiculturalità e globalizzazione, Il sole 24 ore, 31 dicembre 2000
- Luopajarvi, Honour killings as human rights violations. Research report, n.17, 2003
- Manifiesto sobre diversidad cultural y política criminal, Bilbao, 1996
- Mantovani, Il principio di offensività nella Costituzione in Scritti in onore di Mortati, 1991
- Manzini, Trattato di diritto penale italiano, voll eII, Torino, 1926
- Manzini. Trattato di diritto penale. Vol.VII, 1984
- Margalit e Raz, National Self Determination, in Journal of Philosophy, 1939
- Marinucci Dolcini, Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato, nozione, struttura e sistematica, 2001
- Marinucci, Dolcini. Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999
- Miazzi, Immigrazione, regole familiari e criteri di giudizio, In Quest, Giust, 2005
- Missier, Le mutilazioni genitali femminili, in Medicina e Morale, 2000
- Monticelli, Le «cultural defense» (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale, in Ind. Pen., 2003

Monticelli, Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli, in Cadoppi, (a cura di), I reati contro la famiglia, Torino, 2006

Morrone, Usanza che crea danni fisici e psicologici, in Guida al Diritto, 2006/5

Natalini, Mai più ferite tribali al corpo delle donne, in Dir. giust., 2006

Neppi Modona, Reato impossibile, voce in Nss.dig.it. vol.XIV, 1967

Note, The Cultural Defense in Criminal Law, in Harward Law Review, 1986

Nuvolone, I fini e i mezzi della scienza penale, In Trent'anni di diritto e procedura penale, Padova, 1969

Olivares, El derecho penal ante la globalización, Madrid, 2012

Padovani, Circostanze del reato, voce in Dig.disc.pen, II, 1988

Pagliari, Principi di diritto penale. Parte generale. 2003

Palazzo, Corso di diritto penale, Parte generale, 2008

Pannain, La perizia sulla personalità del reo. Evoluzione, dottrina e normativa: prospettive nel c.p.p. '88, in Riv. it. medicina legale, 1989, 3, 834

Papini, Globalizzazione, culture e religioni, 2001

Parisi, Cultura dell'altro e diritto penale, 2010

Parmiggiani, Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina, in I delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia, in Trattato di diritto penale diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Vol. VI, 2009

Parsons, Il sistema sociale, Milano, 1965

Pasquinelli, Antropologia delle mutilazioni genitali femminili. Una ricerca in Italia. Roma, 2000

- Pastore, Identità culturali, confini normativi e processo penale, in Pastore-Lanza, Multiculturalismo, 5-61, 2008
- Paterniti, Contributo allo studio della punibilità, Torino, 2009
- Patrino, Mutilazioni genitali, circoncisioni e ordinamento giuridico italiano, in Diritto e Giustizia, 2003
- Pavich, Il delitto di maltrattamenti, Milano, 2012
- Pavich, Riflessioni critiche sulle novità apportate dalla legge di ratifica della convenzione di Lanzarote, su Diritto penale Contemporaneo, 2012
- People v. Chen, No 87-7774 Ney York County 1988
- People v. Fumiko Kimura, Case no A-091133, inedita
- People v. Moua, No. 315972-0 Fresno County 1985
- Petroni, Comunitarismo e liberalismo, Keiron, 2001
- Pichè, La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo, in Cass. Settembre 2012
- Pisapia, Maltrattamenti in famiglia verso i fanciulli, in Dig. pen., X, 1993
- Pitch, Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili, in Questione giustizia, 2/2001
- Pittaro, Impiego di Minore nell'accattonaggio part-time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?; in Questione Giustizia, 2009
- Poulter, Ethnic minority customs, English law and human rights, in Int'l and Com. L. Q., 1987
- Pulitanò, La disciplina dell'imputabilità tra diritto e scienza, in Legislazione penale, 2006
- Renteln, The use and abuse of Cultural defense, In Foblets- Renteln, Multicultural Jurisprudence, 2009

Renteln, Comparative Perspectives on the Cultural Defense. Portland, Hart Publishing, 2009

Rivello, Perito e perizia, in Digesto pen., agg., Torino, 2000

Robinson, Criminal Law defenses: A systematic analysis, in Colum, L. Rev., 1982

Rodotà, Repertorio di fine secolo, Bologna, 1999

Romano, Commentario sistematico del codice penale. Art.1/84, Milano, 2004

Romano, Legislazione penale consenso sociale, in Jus, 1985

Romano, Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale, in Riv. it. dir. proc. pen, 2008

Salcuni, Libertà di religione e limiti della punibilità. Dalla paura del diverso al dialogo. In Indice pen., 2006

Salvinelli, La perizia medico legale nel nuovo codice di procedura penale, in Giust. pen., 1991, III

Sartori, Pluralismo multiculturalismo ed estranei. Saggio sulla società multi-etnica, 2000

Schesinger, La disunione dell'America, Riflessioni sulla società multiculturale, Princeton, 1991

Sellin, Culture conflict and crime, New York, 1938

Sen, I valori tra occidente e Oriente, Avvenire, 2001

Sen, La ragione prima dell'identità, in La ricchezza della ragione, Bologna, Il Mulino, 2000

Simoni, La qualificazione giuridica della mendicizia dei minori rom tra diritto e politica; in Famiglia e diritto, 2009

Sincich, Circoncisione femminile “mutilazioni genitali femminili” argomenti per una riflessione, in www.stopfgmc.org

Smith, Il revival etnico, 1984

Song, Justice, Gender and the Politics of Multiculturalism, 2007

State v. Kargar, 679 A2d 81 (Me 1996)

Sunder, Cultural disset, in Stan, L. Rev.2001

Taylor, La politica del riconoscimento in Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento, 2003

Tomao, The Cultural Defense: traditional or formal? in Geo Imm. L.J., 1996

Tordini Cagli, Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto. Bologna, 2008

Tordini, Cagli, Ibidem; Albeggiani, Profili problematici del consenso dell'avente diritto, Milano, 1995

Turillazzi, Neri, Luci ed ombre nella legge in tema dimutilazioni genitali femminili: una visione di insieme medico legale, in Juris Data - Note e Dottrina, vedianche Riv. It. Medicina Legale, 2006

Tylor, Primitive Culture, in Bohannan-Glazer, High Points in Anthropology, New York, 1988

U.s. v. Saeturn, No 9-20085 (N.d. cal. 1992), inedita

Unicef, Changing a harmful social convention: the female genital mutilation/cutting, Firenze, 2006 www.unicef.org/irc

Van Broek, Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural defense) in European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2001

Vanzan, Miazzi, Modificazioni genitali: tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali, in Diritto, immigrazione e cittadinanza, 1, 2006

Varraso, La prova tecnica, in Scalfati (a cura di), Trattato di procedura penale, Torino, 2009

Veneziani, Motivi, e colpevolezza, 2000

Viola, Le origini ideali dei diritti dell'uomo, in Etica e metafisica dei diritti umani, Torino, 2000

Vitale, Rivendicazioni etnoculturali e nazionalismi. Una prospettiva laica. Teoria politica. 2001/2

Vitalone, Mutilazione genitale femminile e diritti umani, Giur. Merito, 2001, 3

Wagner, L'invenzione della cultura, 1992

WHO, Female Genital Mutilation, Information Pack, in www.who.int/docstore/frhwhd/FMG/infopack/English/fgm_infopack.htm; Amnesty International sulle MGF, Dossier, www.amnesty.it/educazione/formazione/mainstreaming/bambini/mutilazione.html; Presidenza del Consiglio dei ministri –Ministero Pari Opportunità, Opuscolo sulle MGF, in www.pariopportunita.gov.it
Woo, The people v. Fumiko Shimura: But which people? In Int. J. Soc. L., 1989

Zamagni, Nuova questione migratoria, globalizzazione e integrazione culturale, nov.2006

Zoletto, Gli equivoci del multiculturalismo, in Aut aut, 2002

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO PRIMO: FENOMENO MIGRATORIO E PLURALISMO CULTURALE	
1.LA QUESTIONE MIGRATORIA	4
2.LA SOCIETA' MULTICULTURALE E I GRUPPI ETNICI	8
3. LA NOZIONE DI CULTURA	14
4. I CONFLITTI DI CULTURA	21
5. LA CULTURA E IL DIRITTO PENALE	24
6. IL REATO CULTURALE	27
7. LA TIPOLOGIA DEI REATI	31
CAPITOLO SECONDO: LE DIVERSE REAZIONI ALLA DIVERSITA' CULTURALE	
1.IL MULTICULTURALISMO	35
ASSIMILAZIONISMO E MULTICULTURALISMO: DUE MODELLI DI POLITICA CRIMINALE A CONFRONTO	40
2.LA POSIZIONE ITALIANA, TRA APERTURE E INTRANSIGENZE	47
CAPITOLO TERZO: L'ESPERIENZA STATUNITENSE: LA CULTURAL DEFENSE	
1.IL DIBATTITO SULLA RAGIONE CULTURALE	51
2.LA CULTURAL DEFENSE, OVVERO LA CULTURA COME DIFESA	52
	247

3.LA NATURA GIURIDICA DELLA CULTURAL DEFENSE	54
4.LA CULTURAL EVIDENCE	58
5.IL DIBATTITO SULL'INTRODUZIONE DELLA FORMAL CULTURAL DEFENSE	60
6. I LEADING CASES	65
7.IL CASO MOUA	66
8.IL CASO KIMURA	78
9. IL CASO CHEN	7
10. IL CASO KARGAR	72
11. IL CASO SAETURN	74

CAPITOLO QUARTO: LA RILEVANZA DEL FATTORE CULTURALE

1. L'ESPERIENZA ITALIANA ED EUROPEA	76
2. LA TIPICITA'	78
3. L'ANTIGIURIDICITA'	82
3.1. IL CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO	83
3.2.L' ESERCIZIO DI UN DIRITTO	88
4. LA COLPEVOLEZZA	
4.1.L' IMPUTABILITA'	93
4.2. SCUSANTI ED INESIGIBILITA'	97
4.2.1.IL CONFLITTO DI DOVERI	99

4.2.2.L'IGNORANZA INEVITABILE DEL PRECETTO PENALE	101
5. LA PUNIBILITA'	106
6. LA COMMISURAZIONE DELLA PENA	109
7.LE CIRCOSTANZE DEL REATO	112

CAPITOLO QUINTO: ANALISI DEI REATI CULTURALI: LE MUTILAZIONI GENITALI FEMMINILI

1. I POSSIBILI DANNI ALL'INTEFRITA' FISICA E ALLA SALUTE PSICO-SESSUALE PRODOTTI DALLE MUTILAZIONI GENITALI	130
2. STRATEGIE DI CONTRASTO ALLE MGF	133
3.LA RISPOSTA DELL'ORDINAMENTO ITALIANO AL FENOMENO CULTURALE DELLE MUTILAZIONI GENITALI FEMMINILI	143
4. IL CASO ITALIANO	156
5.CONCLUSIONI	165

CAPITOLO SESTO: ANALISI DI ALTRI REATI CULTURALI: OMICIDI A CAUSA D'ONORE, MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA, ABUSO DEI MEZZI DI CORREZIONE, IMPIEGO DI MINORI NELL'ACCATTONAGGIO

1.INTRODUZIONE	171
2.OMICIDIO PER CAUSA D'ONORE	
2.1. IL DELITTO D'ONORE IN ITALIA	172
2.2. GLI HONOUR KILLINGS	178

2.3. IL DELITTO D'ONORE NEGLI STATI AMERICANI	182
3. MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA	
3.1. LA NOVELLA DEL CODICE	185
3.2. LEADING CASES ITALIANI	193
4. ABUSO DEI MEZZI DI CORREZIONE	201
5. IMPIEGO DI MINORI NELL'ACCATTONAGGIO	
5.1. LA NOVELLA DEL CODICE	206
5.2. LEADING CASES ITALIANI	209
CONCLUSIONI	220
BIBLIOGRAFIA	