



diritto & religioni

Semestrale
Anno XV - n. 1-2020
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

29



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno XV – n. 1-2020
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttori
Mario Tedeschi – Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Albisetti, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dalla Torre del Tempio di Sanguinetto, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, G.B. Varnier, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale

Diritto canonico

Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico

Diritto vaticano

Sociologia delle religioni e teologia

Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

L. Caprara, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

M. Jasonni

G.B. Varnier

G. Dalla Torre

M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

Giurisprudenza e legislazione canonica e vaticana

Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale

Giurisprudenza e legislazione penale

Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli,

F. Balsamo, C. Gagliardi

M. Carni, M. Ferrante, P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

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

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

*Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

AREA DIGITALE

F. Balsamo, A. Borghi, C. Gagliardi

Comitato dei referees

Prof. Angelo Abignente – Prof. Andrea Bettetini – Prof.ssa Geraldina Boni – Prof. Salvatore Bordonali – Prof. Mario Caterini – Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti – Prof. Orazio Condorelli – Prof. Pierluigi Consorti – Prof. Raffaele Coppola – Prof. Giuseppe D’Angelo – Prof. Carlo De Angelo – Prof. Pasquale De Sena – Prof. Saverio Di Bella – Prof. Francesco Di Donato – Prof. Olivier Echappè – Prof. Nicola Fiorita – Prof. Antonio Fuccillo – Prof.ssa Chiara Ghedini – Prof. Federico Aznar Gil – Prof. Ivàn Ibàn – Prof. Pietro Lo Iacono – Prof. Carlo Longobardo – Prof. Dario Luongo – Prof. Ferdinando Menga – Prof.ssa Chiara Minelli – Prof. Agustin Motilla – Prof. Vincenzo Pacillo – Prof. Salvatore Prisco – Prof. Federico Maria Putaturo Donati – Prof. Francesco Rossi – Prof.ssa Annamaria Salomone – Prof. Pier Francesco Savona – Prof. Lorenzo Sinisi – Prof. Patrick Valdrini – Prof. Gian Battista Varnier – Prof.ssa Carmela Ventrella – Prof. Marco Ventura – Prof.ssa Ilaria Zuanazzi.

Direzione:

Cosenza 87100 – Luigi Pellegrini Editore
Via Camposano, 41 (ex via De Rada)
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80133- Piazza Municipio, 4
Tel. 081 5510187 – 80133 Napoli
E-mail: dirittoereligioni@libero.it

Redazione:

Cosenza 87100 – Via Camposano, 41
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80134 – Dipartimento di Giurisprudenza Università degli studi di Napoli Federico II
I Cattedra di diritto ecclesiastico
Via Porta di Massa, 32
Tel. 081 2534216/18

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

È possibile acquistare singoli articoli in formato pdf al costo di € 10,00 al seguente

link: www.pellegrinieditore.com/node/360

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore

Via De Rada, 67/c – 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrinieditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

– versamento su conto corrente postale n. 11747870

– bonifico bancario Iban IT 88R010308880000000381403 Monte dei Paschi di Siena

– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.

– carta di credito sul sito www.pellegrinieditore.com/node/361

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.

Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.

Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Possono ordinare estratti a pagamento.

Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.

Per ulteriori informazioni si consulti il link: <https://dirittoereligioni-it.webnode.it/>

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01

ISSN 1970-5301

La matrice religiosa dei reati sessuali intrafamiliari in alcuni ordinamenti europei

MARIO CATERINI

Il modo in cui fai l'amore è il modo in cui Dio sarà con te

JALĀL AD-DIN RUMI

RIASSUNTO

L'articolo tratta alcune implicazioni dei fattori religiosi e culturali sulla responsabilità penale, partendo dal confronto tra i classici modelli di approccio politico: alla francese e all'inglese. L'Autore prende spunto dalla comparazione normativa e giurisprudenziale tra alcuni reati sessuali intrafamiliari in taluni ordinamenti europei, con cenni al diritto islamico, dimostrando alquanto omogeneità di soluzioni in particolare tra il sistema italiano e quello tedesco, sia nelle scelte di politica criminale, sia in quelle della prassi applicativa. Nell'epilogo si cerca un ragionevole equilibrio, da un lato evitando interventi legislativi che mal celano pene legate al mero fattore religioso, dall'altro scongiurando interpretazioni troppo indulgenti verso chi potrebbe essere condizionato da un retaggio religioso, ammettendo piuttosto un trattamento di favore solo per chi soggiace ad una profonda e indelebile 'frattura' culturale.

PAROLE CHIAVE

Reati culturali, stupro coniugale, mutilazioni genitali.

ABSTRACT

The article deals with religious and cultural factors' implications for penal liability, starting from a comparison between traditional models of political approach: the French and the English. The author draws on the normative and jurisprudential comparison between intrafamily sexual offences in certain European legal systems, with references to Islamic law, by showing homogeneity of solutions in particular between the Italian and the German systems, both in the choices of criminal policy and in application procedures. In the conclusion, a reasonable balance is aimed for, on the one hand, by avoiding legislative interventions which badly conceal sentences connected to the religious factor only, on the other hand, by preventing too indulgent interpretations towards those who may be influenced by a religious heritage. Rather, a favourable treatment is considered exclusively for those who are subjected to a deep and indelible cultural 'fracture'.

KEY WORDS

Cultural offences, marital rape, genital mutilations

SOMMARIO: 1. *L'incidenza del fattore religioso sulla responsabilità penale: archetipi a confronto.* – 2. *Lo stupro coniugale.* – 3. *Le pratiche religiose sui genitali.* – 4. *Dalla criminalizzazione per appartenenza religiosa alle prassi indulgenziali: verso un ragionevole equilibrio.*

1. *L'incidenza del fattore religioso sulla responsabilità penale: archetipi a confronto*

Le tradizioni religiose d'origine quando si discostano parecchio dall'ambiente sociale d'accoglienza, possono creare degli attriti così acuti da interessare il sistema penale che, inadeguatamente, si trova a dover risolvere dei veri e propri conflitti tra culture¹. La composizione multi-etnica delle società ha messo in crisi le concezioni classiche e gli schemi tradizionali dello Stato-nazione e di una derivata "società nazionale" omogenea, al punto che si è posto il problema se possano essere giustificati fatti penalmente rilevanti per l'ordinamento di accoglienza, ma accettati o addirittura doverosi per le norme culturali o religiose di un gruppo minoritario².

¹ Ancora prima del sistema penale, l'ordinamento giuridico è investito da altre questioni legate all'attribuzione dei diritti sociali e politici, alla concessione della cittadinanza, alla disciplina della famiglia, dell'istruzione e del lavoro; in tema ALESSANDRA FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 12 ss.

² CRISTINA DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, Scritti per Federico Stella, I, Jovene, Napoli, 2007, p. 6. Più in generale sull'argomento in Italia si rinvia alle opere monografiche di ALESSANDRO BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006; ID., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010; CIRO GRANDI, *Fattore culturale e responsabilità penale*, Ferrara, 2008; FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010; BALDASSARRE PASTORE, LUIGI LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2008; CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni Ets, Pisa, 2010; FRANCESCO PARISI, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010; ANTONELLA MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignoranza legis e coscienza dell'offesa*, Aracne, Roma, 2012; ISABELLA MERZAGORA, *Lo straniero a giudizio. Tra psicopatologia e diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017 (con taglio più criminologico); ALESSANDRO PROVERA, *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Jovene, Napoli, 2018. In Germania, più recentemente BIJAN FATEH-MOGHADAM, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts. Zur strafrechtlichen Beobachtung religiöser Pluralität*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019. Per la letteratura di lingua spagnola si rinvia ad ANTONIA MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008; MARÍA ELENA TORRES FERNÁNDEZ, *Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 17, 2013, p. 399 ss. Nella dottrina anglosassone si veda il volume *Multicultural Jurisprudence*, a cura di MARIE-CLAIRE FOLETS, ALISON DUNDES RENTELN, Hart publishing, Oxford, 2009; nonché ANTHONY J. CONNOLLY, *Cultural Difference On Trial. The Nature And Limits Of Judicial Understanding*, Ashgate Publishing, Farnham, 2010; LINDA FRIEDMAN RAMIREZ

L'approccio a tali questioni può essere ricondotto a due modelli di base, tendenzialmente opposti, che ci riportano nel tempo agli ordinamenti inglese e francese – di più antica tradizione coloniale – sinteticamente definibili il primo 'multiculturalista', il secondo 'assimilazionista' o 'integrazioneista'³.

L'archetipo 'multiculturalista' si caratterizza per un riconoscimento di fondo delle diversità e specificità del retaggio etnico delle minoranze, con politiche pluraliste che aspirano ad una maggiore armonia e ad un trattamento giuridico anche differenziato sul piano legislativo e giurisprudenziale⁴. Nel Regno Unito e negli Stati Uniti, per esempio, tale approccio ha condotto all'adozione di norme, anche penali, con deroghe o regimi particolari in ragione dell'appartenenza ad un gruppo etnico⁵. Nei paesi di *Common Law*, inoltre, l'elemento culturale è stato particolarmente valorizzato nel momento interpretativo attraverso le c.d. *cultural defenses* che, integrandosi con altri istituti come l'errore, comportano l'esclusione o più spesso l'affievolimento della responsabilità penale⁶.

Il modello 'assimilazionista' alla francese, invece, ha come presupposto teorico una visione alternativa dell'uguaglianza, guardata in una prospettiva

(a cura di), *Cultural Issues in Criminal Defence*, Juris Publishing, New York, 2010.

³ DIDIER LAPEYRONNIE, *L'individu et les minorités. La France et la Grande-Bretagne face à leurs immigrés*, Presses universitaires de France, Parigi, 1993; ALESSANDRA FACCHI, *Immigrazione, libertà e uguaglianza: due modelli politico giuridici*, in *Teoria politica*, 1996, p. 111 ss.; LUCIA BELLUCCI, *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, in *Sociologia del diritto*, 2001, p. 131; NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 19 ss.

⁴ SEBASTIAN M. POULTER, *English Law and Ethnic Minority Customs*, Butterworth – Heinemann, Oxford, 1986, p. 3 ss.; LUIGI MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Giappichelli, Torino, 1996, cap. II, sez. I; FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 60 ss.

⁵ Per alcune esemplificazioni, WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Clarendon press, Oxford, 1995, trad. it., *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999, p. 15 ss., p. 48 ss.; ID., *Teoria e pratica del multiculturalismo d'immigrazione*, in *Multiculturalismo o comunitarismo?*, a cura di ENRICO CANIGLIA e ANDREA SPREAFICO, Luiss university press, Roma, 2003, p. 126 ss., secondo cui in Europa tale modello è stato adottato anche in Svezia e Olanda. Su questi interventi legislativi nel Regno Unito v. pure IAN ALEXANDER MACDONALD, FRANCES WEBBER, *Immigration Law and Practice in the United Kingdom*, Butterworths, Londra, 2005; ALESSANDRO BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 74 ss.

⁶ ALISON DUNDES RENTELN, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2004, passim; JEROEN VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1, 2001, p. 1 ss.; CRISTINA DE MAGLIE, *Multiculturalismo*, cit., 217 ss. Per gli aspetti critici SUSAN MOLLER OKIN, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton University Press, Princeton, 1999, trad. it. *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Milano, 2007, passim; DORIANE LAMBELET COLEMAN, *Individualizing Justice through Multiculturalism: the Liberals' Dilemma*, in *Columbia Law Review*, 1996, p. 1093 ss.; LUCA MONTICELLI, *Le cultural defenses (esimenti culturali) e i reati culturalmente motivati. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Indice penale*, 2003, p. 535 ss.

più formale che prescinde dalle differenze e che dunque tende a non ammettere trattamenti diversificati⁷. Il paradigma classico è quello dello Stato laico, neutrale anche innanzi alle differenze culturali e che per questa via cerca di garantire l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, non riconoscendo diritti particolari alle minoranze etniche, in maniera che i migranti sono tenuti a conformarsi alla cultura e alla società che li accoglie. Si pensi alla legge francese che vieta l'ostensione di simboli religiosi all'interno delle scuole, applicabile dal *burqa* al crocifisso: un'eguaglianza assimilatrice che a prescindere dalle diversità culturali e religiose, esige una parità formale in un certo spazio pubblico⁸. Ferma restando la libertà nella sfera privata di seguire le proprie inclinazioni, in quella pubblica si tende ad un'omogeneità culturale d'impronta laica, d'inclusione nella comunità nazionale i cui valori devono essere conosciuti e rispettati da chiunque⁹.

Questi archetipi costituiscono i classici poli ideali tra i quali gli ordinamenti si possono collocare a seconda dei diversi contesti storici e politici di riferimento¹⁰. Bisognerà ora tentare di comprendere come si atteggiavano alcuni ordinamenti europei, sulla falsariga dell'Italia e della Germania, sotto l'angolazione dei relativi sistemi penali e prendendo a riferimento alcune fattispecie che possono risentire sensibilmente delle diversità culturali degli autori¹¹. Sa-

⁷ ALESSANDRA FACCHI, *I diritti*, cit., p. 57 ss.; LAURA ZANFRINI, *Sociologia della convivenza interetnica*, Laterza, Roma-Bari, 2010; più recentemente sull'evoluzione del modello francese, MARCO ACCORINTI, *Il sistema di accoglienza per protetti internazionali in Francia: quadro evolutivo e aspetti comparativi con l'Italia*, CNR-IRPPS e-Publishing, Roma, 2017, passim.

⁸ Legge 15 marzo 2004, n. 228, *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*. Sul tema PAOLO CAVANA, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, p. 1 ss.; ALESSANDRO BERNARDI, *Modelli penali*, cit., p. 83.

⁹ ALESSANDRA FACCHI, *I diritti*, cit., p. 13 ss.; ALESSANDRO BERNARDI, *Modelli penali*, cit., p. 82; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 57 ss.; LUCA MONTICELLI, *Le "esimenti culturali" e il principio di laicità*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di GIULIANO BALBI, ANDREANA ESPOSITO, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 21-22.

¹⁰ In riferimento all'ordinamento tedesco si è anche parlato di un diverso sistema 'precarista', connesso prevalentemente alla dimensione lavorativa dell'immigrato e non tanto alla sua integrazione socio-culturale, ove sarebbe considerato più come un lavoratore-ospite (*Gastarbeiter*), provvisoriamente residente in Germania. Non bisogna dimenticare, però, che la politica immigratoria tedesca non è sembrata affatto insensibile ad una più efficace integrazione sociale. Per approfondimenti sulle politiche immigratorie in Germania e più in generale in Europa, cfr. MARCELLA DELLE DONNE, UMBERTO MELOTTI, *Immigrazione in Europa. Strategie di inclusione-esclusione*, Ediesse, Roma, 2004, passim.

¹¹ Per le implicazioni penalistiche in prospettiva comparata delle diverse tipologie di minoranze: quelle c.d. nazionali – costituite da gruppi etnici concentrati su un territorio storicamente 'proprio' – e quelle non-nazionali – formate da gruppi di soggetti immigrati – si rinvia a CIRO GRANDI, *Fattore culturale e responsabilità penale*, cit., p. 199 ss.; ALESSANDRO BERNARDI, *Modelli penali*, cit., p. 64 ss. In merito al rilievo che l'appartenenza culturale può avere nelle fonti sovranazionali e nella giurisprudenza della Corte Edu, si veda ALESSANDRO PROVERA, *Tra frontiere e confini*, cit., p. 59 ss.

rebbbero molteplici le categorie di reati caratterizzati dalle tradizioni religiose, ad esempio i fatti a difesa dell'onore, in materia di sostanze stupefacenti o concernenti l'abbigliamento rituale¹², ma in questa sede non è possibile trattarle tutte dovendo limitare l'indagine ad alcune più emblematiche¹³.

2. Lo stupro coniugale

Fino ad alcuni decenni orsono sia in Germania, sia in Italia non era affatto scontato, anzi, che fossero penalmente rilevanti alcune forme di violenza, come quella sessuale esercitata sulla moglie. «*Wer wie der Ehemann auf den Beischlaf ein vollkommenes Recht hat, macht sich durch Erzwingen desselben keiner Nothzucht schuldig*» scrivevano autorevoli penalisti tedeschi nel XIX Secolo¹⁴, così il *Reichsgericht* nel 1937 affermava il principio riferito ai rapporti coniugali secondo cui «*Eine an sich zulässige Handlung wird nicht dadurch zu einer unzüchtigen, dass sie mit Gewalt vorgenommen wird*»¹⁵, mentre la dottrina d'oltralpe ne ha discusso vivacemente sino a tempi non lontani¹⁶. Solo nel 1997 è stato riformato il § 177 *StGB* in tema di violenza sessuale (*Sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung*), che oggi non pretende più una condotta al di fuori del matrimonio (*außerehelich*), consentendo così la punizione anche dello stupro coniugale (*Vergewaltigung in der Ehe*) non a titolo di mera violenza privata *ex* § 240 *StGB* (*Nötigung*)¹⁷.

In Italia già prima della riforma del 1996 – con la quale è stata capovolta la prospettiva del legislatore del '30 che collocava i reati sessuali nella tutela della morale pubblica anziché della libertà sessuale, intesa oggi quest'ultima come connotato irrinunciabile della persona umana non comprimibile in ra-

¹² FABIO BASILE, *I reati cd. "culturalmente motivati" commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione giustizia*, 2017, pp. 130-131.

¹³ Per una disamina dell'approccio del sistema penale tedesco ai reati culturalmente orientati, si veda ALESSANDRO PROVERA, *Tra frontiere e confini*, cit., p. 164 ss.

¹⁴ PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen herausgegeben von CARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER*, Giessen, 1840, § 268, p. 387.

¹⁵ *Deutsche Justiz*, 1937, p. 622.

¹⁶ DIERK HELMKEN, *Vergewaltigung in der Ehe. Plädoyer für einen strafrechtlichen Schutz der Ehefrau*, Kriminalistik-Verlag, Heidelberg, 1979; BARBARA PAETOW, *Vergewaltigung in der Ehe*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 1987, p. 131 ss.; BRIGITTE SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, Duncker & Humblot, Peter Lang, Berlin, 1993, p. 58

¹⁷ YI-FEN SHAW, *Entwicklung und Reform zur Vergewaltigung in der Ehe gemäss 177 StGB*, Bern, 2005, passim.

gione di interessi pubblicistici – la giurisprudenza aveva da tempo chiarito che proprio per questa chiave personalistica di reinterpretazione del bene protetto, alcune ipotesi tradizionalmente non ricondotte nell'alveo della responsabilità criminale perché non lesive della moralità pubblica, erano viceversa da punire, come i casi in cui la vittima fosse la moglie o una prostituta¹⁸. Prima di queste prese di posizione giurisprudenziali, invece, il marito che assoggettava a violenza sessuale la moglie semmai rispondeva per delitti minori come le percosse, le lesioni o le minacce, ma per stupro solo se l'avesse costretta a rapporti c.d. *contra naturam* in quanto quelli 'ordinari', anche se forzati, erano reputati rientranti nella sfera degli obblighi coniugali¹⁹.

Posto che la violenza sessuale sul coniuge è oggi punita sia in Italia che in Germania, bisogna domandarsi che peso possa assumere il fattore religioso nel momento in cui i coniugi appartengano ad una minoranza o etnia in base alle cui norme dette forme di brutalità non assumono rilievo giuridico, come un tempo non lontano avveniva pure in Europa²⁰. Nel diritto musulmano, per esempio, i delitti sessuali non presidiano la libertà sessuale, ma la morale pubblica e la violenza sessuale è denominata *igtiṣāb* (dalla radice *gaṣb*) che letteralmente significa proprio usurpazione e, dunque, secondo gli insegnamenti del Profeta tutto è permesso tra moglie e marito, salvo rapporti anali o durante il mestruo, motivo quest'ultimo d'impurità della donna²¹.

¹⁸ Cass. pen., 16 febbraio 1976, n. 12855, Macario, CED 134887, *Cassazione penale Massimario*, 1978, p. 72 ss., con nota di PIETRO BRIGNONE, *La violenza sessuale nel rapporto tra coniugi*; Cass. pen., 13 luglio 1982, n. 10488, Drudi, CED 155990; Cass. pen., 16 novembre 1988, n. 11243, Camerini, CED 179754; successivamente alla riforma dei reati sessuali, Cass. pen., sez. III, 11 luglio 2006, n. 35242, De Majo, *Foro italiano*, 2007, pp. 372-374, con nota di FRANCESCO PAOLO DI FRESCO; Cass. pen., sez. III, 24 settembre 2007, n. 35408, *Giurisprudenza italiana*, 2008, pp. 420-422.

¹⁹ ALESSANDRA SZEGO, *Quando lo stupro è legale: la "marital rape exemption"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 853 e ss.; VINCENZO PEZZELLA, *Matrimonio, lo "jus in corpus" è sepolto. È reato coartare la libertà del coniuge*, in *Diritto e Giustizia*, 2005, p. 57 ss.; ALBERTO CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, in ID. (a cura), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Cedam, Padova, 2006, p. 497; AMBRA GENTILE, *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente approccio della Cassazione ai c.d. "reati culturali"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 421 ss. Con approccio storico, MARCO CAVINA, *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Laterza, Roma-Bari, 2019, passim.

²⁰ Secondo STEVEN PINKER, *Il declino della violenza*, Mondadori, Milano, 2013, p. 465, lo stupro coniugale non è punito in alcuno degli Stati arabi, mentre lo è solo nel 12,5% di quelli africani, nel 18% dei Paesi dell'America Latina e nel 19% di quelli asiatici. In Turchia, paese musulmano ma con un diritto laico, lo stupro coniugale costituisce reato per il codice penale del 2005, ma è perseguibile a querela; cfr. SILVIA TELLENBACH, *Fatti culturalmente motivati e diritto penale tedesco*, in *Archivio penale*, 2018, n. 2, p. 6. Più in generale sul tema si veda anche ANTONIO GUERRIERI, *Le mani sulle donne. Islam, culture religiose, violenza sessuale dopo il capodanno di Colonia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 7, 2017, p. 1 ss.

²¹ Il versetto che recita: «le vostre donne sono come un campo per voi, venite dunque al vostro campo a vostro piacere» (Cor. II, 23), è utilizzato per consentire al marito di consumare rapporti sessuali

In entrambi gli ordinamenti europei in argomento esistono precedenti giurisprudenziali relativi a matrimoni contratti nelle terre di origine ove i relativi sistemi giuridici non attribuiscono valenza penale a tali comportamenti violenti. La giurisprudenza tedesca non è univoca: si alternano casi in cui il giudice respinge risolutamente gli argomenti difensivi volti ad ottenere una diminuzione della pena (*Strafmilderungsgrund*) sulla base di tali fattori culturali d'origine²² perché «*in Deutschland deutsches Strafrecht gilt und diesem auch Nichtdeutsche unterliegen*»²³, ad altri in cui per gli stessi è concessa l'attenuazione dei *minder schweren Fällen* (casi meno gravi) dato che il reo per tenere la condotta violenta ha dovuto superare una soglia inibitoria minore (*eine geringere Hemmschwelle*)²⁴. Così come non sono mancate assoluzioni per motivazioni culturali, come in un caso di sequestro di persona (§ 239 StGB) ai danni della moglie, per un errore sul divieto *ex* § 17 StGB, in quanto in patria la condotta sarebbe stata approvata dall'ordinamento giuridico²⁵. In Germania, dunque, benché non si utilizzi la categoria delle *cultural defenses*, il diritto 'vivente' in casi non marginali di fatto ha comunque tenuto conto della cultura del reo, sia nell'ambito della qualificazione giuridica delle condotte, sia in quello della commisurazione della pena, favorito da un sistema ove prevale una concezione marcatamente soggettiva del reato che permette una peculiare attenzione verso quelle componenti psicologiche – tre le quali

con la moglie quando e come vuole, a condizione che la penetrazione avvenga nel luogo percepito come "campo", ossia la vagina, perché consente la procreazione. Il rapporto anale è illecito, ma non è reato sempre perché il marito ha diritto di avere rapporti con la moglie, anche senza il suo consenso. In tema, DEBORAH SCOLART, *L'Islam, il reato, la pena. Dal fiqh alla codificazione del diritto penale*, Istituto per l'Oriente C. A. Nallino, Roma, 2013, p. 131 ss., spec. pp. 133-134. Nel diritto musulmano lo stupro coniugale è da inquadrare in un matrimonio visto come un contratto che impegna l'uomo al versamento alla donna del donativo nuziale (*mahr*) in cambio del godimento fisico che ella deve concedere; per approfondimenti ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in *Il matrimonio: diritto ebraico, canonico e islamico*, a cura di ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, ALESSANDRO FERRARI, ALFREDO MORDECHAI RABELLO, Giappichelli, Torino, 2006, p. 184.

²² Bundesgerichtshof, 23 settembre 2003, 1 StR 292/03, www.openjur.de/u/208965.html.

²³ Bundesgerichtshof, 22 dicembre 1998, 3 StR 587/98 (Beschluss), www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/98/3-587-98.pdf.

²⁴ Bundesgerichtshof, 29 agosto 2001, 2 StR 276/01, www.openjur.de/u/64684.html, in senso analogo id., 1° febbraio 2007, 4 StR 514/06, in www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/06/4-514-06.php. In tema si rinvia a ESMA ÇAKIR-CEYLAN, *Gewalt im Namen der Ehre. Eine Untersuchung über Gewalttaten in Deutschland und in der Türkei unter besonderer Betrachtung der Rechtsentwicklung in der Türkei*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011, p. 240.

²⁵ Amtsgericht Grevenbroich, ordinanza 24 settembre 1982, 5 Ds 5 Js 369/82, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, p. 528; su questo caso ISTOK EGETER, *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2002, p. 117 ss.; FABIO BASILE, *Multikulturelle Gesellschaft und Strafrecht. Die Behandlung der kulturell motivierten Straftaten*, Munster, Berlin, 2015, p. 405.

può rientrare il fattore culturale – che influenzano la condotta²⁶.

Situazione per alcuni versi non molto dissimile s'è realizzata in Italia ove per sterilizzare la valenza dei fattori culturali, da un lato è stato utilizzato anche qui l'argomento dell'obbligatorietà e territorialità della legge penale *ex art.* 3 c.p., dall'altro sono stati esclusi gli estremi dell'ignoranza incolpevole della legge penale – sulla base della nota sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale – se il reo non abbia compiuto ogni utile accertamento per la conoscenza della legislazione (c.d. dovere d'informazione), ammettendo però l'attenuante della “minore gravità” di cui all'art. 609 *bis*, co. 3, c.p., se nella «cultura d'origine la violenza sessuale tra coniugi non è configurabile come illecito»²⁷. Tale giurisprudenza, quando si tratta di palesi violazioni di diritti essenziali consacrati dalla Costituzione, ha voluto erigere uno «sbarramento invalicabile contro l'introduzione nella società civile [...] di consuetudini, prassi e costumi “antistorici”»²⁸. In Italia, del resto, non mancano casi giudiziari in cui il fattore culturale ha inciso²⁹, e secondo le acquisizioni della dottrina più recente ciò è avvenuto attraverso la ponderazione di tre variabili (livello di offensività del fatto, natura della norma culturale osservata, biografia dell'agente), che in alcune ipotesi ha fatto giungere la giurisprudenza al riconoscimento benevolo del fattore culturale, ciò quando effettivamente il conflitto normo-culturale era ancora irrisolto in maniera da rendere lo ‘straniero’ meno rimproverabile³⁰.

In effetti, la giurisprudenza italiana più recente è giunta al riconoscimento della rilevanza dei fattori culturali a condizione, però, di un bilanciamento rigoroso tra il diritto dell'autore a non rinnegare le proprie tradizioni e i valori offesi dal suo comportamento, accertando se la regola culturale abbia matrice

²⁶ SYLVIA MAIER, *Honor Killings and the Cultural Defense in Germany*, in *Multicultural Jurisprudence*, a cura di MARIE-CLAIRE FOLETS, ALISON DUNDES RENTELN, cit., p. 229 ss.

²⁷ Cass. pen., sez. III, 26 giugno 2007, n. 34909, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 417 ss. Su questa giurisprudenza si rinvia a FABIO BASILE, *I reati cd. “culturalmente motivati” commessi dagli immigrati*, cit., pp. 134-135; AMBRA GENTILE, *Violenza sessuale*, cit. Per una disamina della giurisprudenza in tema si rinvia pure a CIRO GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, a cura di MICHELE PIFFERI, ORSETTA GIOLO, Giappichelli, Torino, 2009, p. 179 ss.

²⁸ In tal senso Cass. pen., sez. VI, 28 marzo 2012, n. 12089; analogamente Cass. pen., sez. VI, 19 marzo 2014, n. 19674, entrambe reperibili in *www.dejure.it*.

²⁹ Ad es. Cass. pen. sez. V, 2 agosto 2007 n. 31510, *Diritto penale e processo*, 2008, p. 498 ss.; la Corte, confermando la sentenza del giudice di merito, ha ‘giustificato’ condotte di maltrattamenti in famiglia per alcuni versi motivati da fattori culturali; si veda AMBRA GENTILE, *Violenza sessuale*, cit., p. 435. Sulla marginalità dei motivi culturali in questa decisione, si vedano le condivisibili osservazioni di CIRO GRANDI, *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 498 ss., spec. § 5. Per altri casi si rinvia ALESSANDRO BERNARDI, *Modelli penali*, cit., p. 111.

³⁰ FABIO BASILE, *I reati cd. “culturalmente motivati” commessi dagli immigrati*, cit., p. 135.

squisitamente religiosa ovvero realmente giuridica, se tale norma di conseguenza abbia concreto carattere vincolante nella comunità di origine, se sia affettivamente inesistente o modesto il grado d'inserimento dell'imputato nel tessuto sociale del paese d'accoglienza³¹.

Analogamente è avvenuto oltralpe ove – sebbene con percorsi argomentativi eterogenei – non di rado sono stati proprio gli italiani ad essere giudicati 'benevolmente' in ragione dei loro retaggi culturali. Ad esempio, un sardo da tempo in Germania, imputato per violenze sessuali, anche di gruppo, sequestro di persona, lesioni, percosse e altri atti di umiliazione contro la fidanzata lituana, motivati dalla gelosia, condannato alla pena di sei anni di reclusione, ridotta perché aveva agito in una situazione di scemata imputabilità (*verminderte Schuldfähigkeit*), dovuta ad una notevole diminuzione della facoltà di controllo (§ 21 *StGB*)³². Tale decisione di merito, sebbene in Italia abbia provocato un certo clamore mediatico per denunciare la falsa caratterizzazione stereotipata della cultura sarda e italiana proposta dalla sentenza³³, in Germania ha invece avuto una risonanza modesta sulla stampa e un ancor più scarso interesse giuridico come è dimostrato dal fatto che la pronuncia non sembra essere stata pubblicata in alcun rivista specializzata³⁴. Ciò perché si inserisce in quell'orientamento più estensivo del diritto 'vivente' tedesco che al fattore culturale riconosce un valore attenuante a prescindere dalla considerazione che una certa concezione valoriale sia o meno approvata dall'ordinamento giuridico di provenienza dell'imputato,

³¹ Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2018, n. 29613, www.ilpenalista.it, 24 settembre 2018, con nota di LUIGI GIORDANO, *La motivazione "culturale" della condanna può incidere sulla consapevolezza della sua illiceità penale?*; in posizione di maggiore chiusura cfr. Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 14960, *Diritto & Giustizia*, 2015, 13 aprile, con nota di ATTILIO LEVOLELLA, *Coppia marocchina in Italia: lui tiranneggia la moglie. Condannato, nonostante la 'cultura' d'origine*.

³² Landgericht Bückeburg, 25 gennaio 2006, imp. Pusceddu, causa KLS 205 Js 4268/05, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1441 ss., con nota di FRANCESCO PARISI, *Colpevolezza attenuata in un caso dubbio di motivazione culturale*, p. 1447 ss.

³³ La notizia della sentenza del Tribunale di Bückeburg giunse all'attenzione dei media italiani dopo oltre un anno dalla sua pronuncia, allorché la difesa dell'uomo sardo propose istanza al Tribunale di Cagliari per ottenere che fosse ammesso a scontare la pena in Italia. Si vedano i principali quotidiani italiani del 12 ottobre 2007: *La Repubblica*, p. 1 pp. 14 e 28 (*Germania, violenta la sua ex sconto di pena perché "è sardo"*); *Corriere della Sera*, p. 1 e pp. 10-11 (*Violenta fidanzata: sconto di pena, è sardo. Sei anni a un italiano, ma il giudice concede «attenuanti etniche e culturali»*); *Il Giornale*, p. 12; *il Manifesto*, p. 1.

³⁴ Notizie giornalistiche sono apparse sulla stampa tedesca, ma più per riportare le reazioni suscitate in Italia dalla sentenza tedesca e i laconici commenti del portavoce del Tribunale di Bückeburg secondo cui non si trattava di una sentenza razzista e che l'attenuante delle impronte culturali ed etniche era stata indebitamente isolata dal contesto più ampio dei motivi della decisione: *Der Tagesspiegel* del 12 ottobre 2007 (<https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/panorama/italien-landesweite-proteste-gegen-deutschen-richterspruch/1067698.html>); *Die Tageszeitung* del 15 ottobre 2007 (<https://taz.de/!226453/>); *Schaumburger Zeitung und Landes-Zeitung* del 13 ottobre 2007 (https://www.szlz.de/startseite_artikel,-protest-gegen-bueckeburger-urteil-aus-italien-arid.82105.html).

rilevando invece che il reo abbia dovuto superare una soglia inibitoria minore rispetto a quanto avvenga di regola per un soggetto non abituato a condividere certe visioni culturali³⁵. Nella giurisprudenza tedesca, dunque, fattori come la *italienisch-südländische Mentalität* o il *sizilianische Denkweisen*, sono stati considerati peculiari impronte etno-culturali (*besondere kulturelle und ethnische Prägungen*) che sebbene non abbiano assunto un pieno valore deresponsabilizzante (*wenngleich es nicht als Entschuldigung herhalten dürfe*), sono stati presi in considerazione per una mitigazione della pena o derubricazione dell'imputazione (*müsse strafmildernd berücksichtigt werden*)³⁶.

3. Le pratiche religiose sui genitali

Nel 2006 in Italia, dietro impulso di molti atti internazionali, è stato introdotto l'art. 583 *bis* del codice penale con l'obiettivo di arginare alcune pratiche invalse in certe culture africane e asiatiche – ma reputate riprovevoli secondo i prevalenti costumi occidentali – di mutilazione o diversa lesione di organi genitali femminili, rimanendo esclusa la circoncisione e le altre pratiche sugli organi maschili, eventualmente punibili sulla scorta della fattispecie base di lesioni personali, *ex art. 582 c.p.*³⁷.

Questa nuova fattispecie evidenzia la difficoltà di trovare un equilibrio tra l'esigenza di incriminare fatti che, da un lato, si pongono in conflitto con i valori dell'ordinamento dello Stato di accoglienza e che, dall'altro, trovano la loro motivazione nelle tradizioni culturali di provenienza³⁸. Nella dottrina

³⁵ Bundesgerichtshof, 29 agosto 2001, 2 StR 276/01, in www.juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=23488&pos=0&anz=1, pubblicata pure in *Strafverteidiger*, 2002, p. 20 ss.; Bundesgerichtshof 1° febbraio 2007, 4 StR, 514/06, in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2007-2&Sort=1&nr=38987&pos=1&anz=280>; v. KLAUS DETTER, *Übersicht zur Rechtsprechung des BGH zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2008, p. 629.

³⁶ Altri precedenti, tra i molteplici, hanno riguardato un abruzzese che per motivi di gelosia uccise la moglie separata, cfr. Bundesgerichtshof, 5 maggio 1981, in *Strafverteidiger*, 1981, p. 399, e un siciliano che fece cosa simile ai danni della ex fidanzata e di alcuni suoi amici, cfr. Bundesgerichtshof, 17 marzo 1977, 4 StR 665/76, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1977, p. 809. Per una rassegna e analisi critica della giurisprudenza tedesca sui reati culturalmente motivati, si veda F. PARISI, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, cit., p. 90 ss.

³⁷ Per un primo commento della fattispecie, FABIO BASILE, *La nuova incriminazione delle "pratiche di mutilazione degli organi femminili"*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 678 ss. In precedenza il Tribunale di Torino aveva ritenuto irrilevante un fatto di escissione perché pratica accettata dalle tradizioni locali e dalle leggi del Paese degli autori; cfr. Decr. Trib. min. Torino, 21 giugno 1997, in *Minori giustizia*, 1999, p. 140 ss., con nota di CESARE CASTELLANI, *Infibulazione ed escissione: fra diritti umani ed identità culturale*.

³⁸ LORENZO MIAZZI, *Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e*

italiana, infatti, sulla scorta sia della considerazione che tali mutilazioni erano già adeguatamente punibili a titolo di lesioni personali, sia della particolare severità delle nuove sanzioni, si è ampiamente affermata l'idea che l'incriminazione di conio recente sia un'espressione simbolica e strumentale ad imporre l'ideologia dell'ordinamento di accoglienza³⁹.

Un percorso simile è stato seguito dal legislatore tedesco che nel 2013 ha introdotto il nuovo § 226a *StGB* rubricato *Verstümmelung weiblicher Genitalien*⁴⁰. Anche in questo caso la norma riguarda solo gli organi appunto femminili, suscitando dubbi di legittimità costituzionale in quanto non risulta semplice giustificare la disparità di trattamento dei generi⁴¹. In precedenza la giurisprudenza tedesca, mentre in primo grado aveva ritenuto non punibile a causa della sua adeguatezza sociale (*Sozialadäquanz*) la circoncisione maschile rituale di un bambino musulmano eseguita *lege artis*⁴², in sede d'appello ritenne invece tale condotta integrante il reato di lesioni personali *ex* § 223 *StGB*⁴³. Tale ultima decisione suscitò scalpore in Germania e indi-

femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2010, p. 103 ss.; ELISABETTA CESQUI, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in *Questione giustizia*, 2005, p. 749 ss.

³⁹ GABRIELE FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di ALESSANDRO BERNARDI, BALDASSARRE PASTORE, ANDREA PUGIOTTO, Giuffrè, Milano, 2008, p. 193; CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 43; ALESSANDRO BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 23 ss.; FABIO BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati "culturalmente motivati" (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 1343; FRANCESCO PALAZZO, *Considerazioni conclusive*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di ALESSANDRO BERNARDI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 191. Di avviso diverso CLAUDIA PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, p. 853 ss.

⁴⁰ La norma recita: (1) *Wer die äußeren Genitalien einer weiblichen Person verstümmelt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.* / (2) *In minder schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.*

⁴¹ GEORGIOS SOTIRIADIS, *Der neue Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung, § 226a StGB: Wirkungen und Nebenwirkungen*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2014, p. 320 ss., spec. p. 326; EDWARD SCHRAMM, *Die Strafbarkeit der weiblichen Genitalverstümmelung: Zur Genese des neuen § 226a StGB*, in *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2014, p. 603 ss.; DETLEV STERNBERG-LIEBEN, in ADOLF SCHÖNKE, HORST SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2014, § 226a Rn. 3; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, Beck, München, 2014, § 226a Rn. 5.

⁴² Amtsgericht Köln, 528 Ds 30/11, del 21 settembre 2011, *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 2, n. 1, 2013, pp. 217-218

⁴³ Landgericht Köln, 1. kleine Strafkammer, 7 maggio 2012, Az. 151 Ns 169/11, consultabile in http://www.justiz.nrw.de/nrwellgsl/koeln/lg_koeln/j2012/151_Ns_169_11_Urteil_20120507.html. Il medico venne assolto, ma solo perché la Corte ritenne versasse in errore scusabile. Si rinvia a WERNER BEULKE, ANNIKA DIESSNER, „(...) ein kleiner Schnitt für einen Menschen, aber ein großes Thema für die Menschheit“. *Warum das Urteil des LG Köln zur religiös motivierten Beschneidung von Knaben*

gnazione nella comunità musulmana e subito il legislatore – probabilmente in base all’argomento decisivo che anche nella comunità ebraica la circoncisione maschile è un costume – nel 2012 ha introdotto il § 1631d *BGB* che nelle prerogative della potestà sui minori esplicitamente contempla la possibilità di dare il consenso alla circoncisione del bambino maschio⁴⁴.

Come in Italia, del resto, pure in Germania gli autori di tali condotte sulle donne già potevano essere puniti a titolo di lesioni personali aggravate, ma con la nuova incriminazione s’è voluto evidenziare la riprovazione di queste pratiche per la cultura tedesca, con una valenza che si presta ancora una volta al simbolismo, considerato tra l’altro che i processi con tale imputazione sono stati pochissimi, come in Italia, statisticamente irrilevanti⁴⁵.

Si può dire, dunque, che sia in Italia che in Germania – ma la stessa cosa vale per la disciplina del Regno Unito⁴⁶ – il modello adottato in riferimento alle mutilazioni genitali è quello assimilazionista, ma in una declinazione che va oltre lo stesso sistema francese che, improntato ad un concetto formale di uguaglianza, non ha accolto fattispecie *ad hoc* per le lesioni femminili rimanendo queste regolate dalle fattispecie generali di cui all’art. 222-9 *code pénal* in tema di mutilazioni e invalidità permanenti, e all’art. 222-10 in caso di vittime minori di 15 anni, senza alcuna distinzione di genere⁴⁷.

nicht überzeugt, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 7, 2012, p. 338 ss.; VERENA PUSATERI, *Uno sguardo oltralpe: la Corte d’appello di Colonia ritiene che la pratica di circoncisione maschile cd. rituale integri reato*, in *Diritto penale contemporaneo*, on line, 26 settembre 2012.

⁴⁴ MARCO ZIMMEL, *Rechtsprobleme der Beschneidung des männlichen Kindes gemäß § 1631d BGB*, Grin Publishing, München, 2016.

⁴⁵ SILVIA TELLENBACH, *Fatti culturalmente motivati*, cit., pp. 8-9. In Italia, dalle banche dati consultate, i casi giudiziari concernenti la fattispecie di cui all’art. 583 *bis* c.p. sono riconducibili praticamente ad uno solo: Trib. Verona, sentenza di condanna del 14 aprile 2010, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, massima p. 838; Corte app. Venezia, sentenza di assoluzione del 23 novembre 2012, *Corriere del merito*, 2013, 7, p. 763, non avendo il Giudice del gravame ravvisato il dolo specifico ritenendo che la pratica avesse funzioni diverse (di umanizzazione, identitarie e di purificazione), ma non quella di menomazione delle funzioni sessuali; v. MARILISA D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Franco Angeli, Milano, 2016, p. 244. In tema si veda pure ANNA CHIARA VIMBORSATI, *Il reato di mutilazione genitale: defaillances di una legge “simbolica”*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza di Taranto*, 2009, p. 602 ss.

⁴⁶ Cfr. *Femal genital Mutilation Act* del 2003 (che ha sostituito il *Prohibition of female Circumcision Act* del 1985), consultabile su https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/31/pdfs/ukpga_20030031_en.pdf.

⁴⁷ L’art. 222-9 *code pénal* prevede la pena fino a 10 anni di reclusione e una multa di 150.000 Euro in caso di violenza che provoca mutilazione o invalidità permanente, mentre l’art. 222-10 sancisce la pena fino a 15 anni di reclusione se la mutilazione è commessa su un minore di 15 anni e fino a 20 anni se la mutilazione del minore è compiuta da un ascendente legittimo, naturale, adottivo o da qualsiasi altra persona avente autorità sul medesimo. Con la legge n. 711 del 5 agosto 2013 in Francia sono stati introdotti anche due nuove fattispecie nel codice penale (art. 227-24-1) per rafforzare la tutela dei minori, che puniscono con 5 anni di reclusione e una multa di 75.000 euro gli autori di incitamenti a

Bisogna domandarsi, ora, se il bene giuridico tutelato con le fattispecie che riguardano solo gli organi genitali femminili sia effettivamente la salute e l'integrità fisica, anzitutto in quelle ipotesi in cui la condotta riveste le sembianze di un gesto volutamente simbolico, con modeste lesioni (per es. la c.d. *sunna* tradizionale)⁴⁸, rispetto ad altre pratiche religiose usualmente operate sugli organi genitali maschili, come la circoncisione, che invece lasciano conseguenze per alcuni versi irreversibili sia esteriormente, sia sulla funzionalità sessuale⁴⁹. È evidente che alla base di entrambi gli interventi vi sono motivi culturali che però divergono in quanto mentre in alcune tradizioni è prevista solo la circoncisione maschile, in altre sono previste pratiche anche sul corpo della donna⁵⁰. Nel momento in cui si esclude la rilevanza penale della circoncisione virile, in qualche modo si ammette che questa rientra nel margine educativo dei genitori nell'avviare i figli verso una credenza religiosa seguendo le relative prassi di culto⁵¹. Sembra perciò che l'ossequio ad una certa tradizione religiosa o più in genere culturale, in un caso rende lecito un fatto altrimenti illecito, nell'altro no⁵².

subire o praticare mutilazioni sessuali, con promesse, regali, vantaggi o pressioni di qualsiasi tipo, se la mutilazione non viene eseguita. Anche in questo caso il legislatore francese non ha previsto alcuna distinzione tra le mutilazioni femminili e maschili. Per una rassegna sulle legislazioni in materia di mutilazioni genitali femminili, si rinvia a CARLA PASQUINELLI, *Infibulazione*, Meltemi, Roma, 2007, pp.18-25; LUCREZIA CATANIA, ABDULCADIR OMAR HUSSEN, *Ferite per sempre*, DeriveApprodi, Roma, 2005, *passim*. In Francia, inoltre, la pratica dell'escissione dalla giurisprudenza è stata valutata per lungo tempo con estrema indulgenza; cfr. LUCIA BELLUCCI, *Immigrazione, escissione e diritto in Francia*, in *Sociologia del diritto*, 2006, p. 183 ss. Sulla normativa e la giurisprudenza francesi in tema di mutilazioni genitali femminili, più recentemente si veda ALESSANDRO PROVERA, *Tra frontiere e confine*, cit., p. 214 ss.

⁴⁸ CARLA PASQUINELLI, *Infibulazione*, cit., p. 10; FRANCESCOMARIA TEDESCO, *Sulla sunna rituale*, www.juragentium.org, 2005. Alcune pratiche tradizionali, infatti, consistono in una lesione molto superficiale del clitoride guaribile in pochi giorni e senza conseguenze permanenti, con un significato prettamente simbolico. Cfr. pure GIUDITTA BRUNELLI, *MCF: lo stato dell'arte*, in *Il contributo delle istituzioni e della società civile italiana per la protezione e promozione dei diritti umani*, a cura di CRISTINA CARLETTI, Giapichelli, Torino, 2012, pp. 51-52. Tale pratica in Italia è stata oggetto dell'unico caso di applicazione (in primo grado) dell'art. 583 *bis* c.p., spiegata nella già richiamata sentenza d'appello come «una piccolissima incisione in maniera che l'atto simbolico fosse garantito con la fuoriuscita di qualche goccia di sangue», cfr. Corte app. Venezia, 23 novembre 2012, cit.

⁴⁹ D.L. GOLLAHER, *Circumcision. A History of the World's Most Controversial Surgery*, New York, 2000, *passim*; S.A., ALDEEB ABU SAHLEH, «To mutilate in the name of Jehovah or Allah. Legitimation of male and female circumcision», *Medicine and Law*, n. 13, 1994, p. 575 ss.

⁵⁰ ELISA PAZÈ, *Diseguali per legge. Quando è più forte l'uomo e quando è più forte la donna*, Franco Angeli, Milano, 2013, p. 79 ss. La circoncisione rituale maschile è diffusa tra soggetti appartenenti all'ebraismo e all'islamismo, anche se con differenti caratterizzazioni. Le pratiche sul corpo della donna sono invece tipiche dell'islamismo.

⁵¹ Comitato nazionale di bioetica, *La circoncisione: profili bioetici*, 25 settembre 1998, consultabile sul sito www.bioetica.governo.it, p. 5.

⁵² Trib. Bari, 21 maggio 2009, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, p. 205 ss.

Si potrebbe pensare, a ben vedere, che in questi casi il rispetto di certe tradizioni non solo non renda lecita la condotta lesiva, ma addirittura costituisca la inconfessata ragione dell'incriminazione che, a questo punto, non sarebbe tanto la salute e l'integrità fisica perché altrimenti non si riuscirebbe a spiegare la disparità di tutela tra generi⁵³. Ed in effetti, sia la circoncisione maschile sia quella femminile sono prassi estranee alle radici e alle identità culturali occidentali⁵⁴. Dunque, il legislatore che opera tale distinzione fa propria o tollera la cultura di una minoranza, mentre respinge e criminalizza quella di un'altra⁵⁵. Nel realizzare tale discriminazione tra condotte aventi analoghe origini culturali ed effetti – dunque non intollerabili di per sé – è come se la criminalizzazione non scaturisse da ragioni legate alla cultura di minoranza, ma da quella dell'ordinamento d'accoglienza che, in base a valori slegati dall'offesa all'integrità fisica, vede solo certe culture o religioni come antagoniste al punto di osteggiarne l'integrazione mediante lo strumento penale⁵⁶.

4. *Dalla criminalizzazione per appartenenza religiosa alle prassi indulgenti: verso un ragionevole equilibrio*

Volendo tirare un po' le fila del discorso, pur con un numero limitato di 'fenomeni' messi a confronto, è emersa alquanto omogeneità tra il sistema italiano e quello tedesco. Una consonanza di lungo corso che prescinde dalle scelte politiche contingenti dei singoli governi – negli ultimi tempi sempre più di matrice propagandistica e simbolica – che invece si è stratificata sia attraverso interventi legislativi similari, sia a mezzo di contigue prassi applicative che hanno modellato classiche categorie dommatiche sulle occorrenze generate dai fattori culturali.

⁵³ Anche la circoncisione maschile se non eseguita con le opportune precauzioni può comportare degli effetti letali. Si pensi al caso del piccolo Henry, un neonato di 50 giorni di origine ghanese morto a Torino nel 2016 (<https://www.lastampa.it/2016/11/29/cronaca>).

⁵⁴ GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Multicultura e diritto penale nazionale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. BERNARDI, cit., p. 137; ALESSANDRO BERNARDI, *Modelli penali*, cit., p. 61.

⁵⁵ ANNA VANZAN, LORENZO MIAZZI, *Modificazioni genitali: tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2006, p. 13 ss.: «la circoncisione ci è comunque familiare anche attraverso il tramite della tradizione ebraica, che sentiamo molto più vicina a noi di quella islamica, e che quindi non è oggetto del nostro pregiudizio culturale».

⁵⁶ In tema TIZIANA DI IORIO, *Segni sul corpo e ferite nell'anima. Manipolazione degli organi genitali dei minori e diritti violati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 25, 2016, pp. 13-15; LORENZO MIAZZI, *Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili*, cit., p. 112-113. Bisogna ricordare che ai fini della punibilità l'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha equiparato la circoncisione maschile e femminile (par. 7.5.2., *Resolution 1952/2013, Children, right to physical integrity*, 1° ottobre 2013, consultabile in www.minori.it/sites/default/files/coe_res_1952_2013.pdf). Per le ragioni a favore dell'incriminazione autonoma delle mutilazioni genitali femminili, si veda ELISA PAZÈ, *Diseguali per legge*, cit., p. 89 ss.

In via più generale è stato sostenuto che la Germania e l'Italia, così come la Francia e la Spagna, adottano modelli a vocazione assimilazionista con scarsi o inesistenti progetti d'integrazione e la pretesa di un pressoché integrale ossequio alle regole 'interne' non solo volte a proteggere diritti fondamentali, ma anche ad evitare rischi di conflitti sociali⁵⁷. Questa sembra però un'inclinazione, sebbene decisa, giacché è emerso, e ciò specularmente in entrambi i Paesi, che in taluni casi i sistemi virino verso un modello multiculturalista, come nel caso dell'ammissione della circoncisione maschile praticata nelle tradizioni musulmane e soprattutto ebraiche. Un multiculturalismo 'strabico', come s'è visto, che seleziona i comportamenti penalmente rilevanti non necessariamente in base al grado dell'offesa, ma a seconda della ritenuta maggiore o minore 'prossimità' alla civiltà occidentale o ad una certa morale o religione. In alcuni aspetti, perciò, s'è realizzata una sorta di ibridazione tra gli archetipi opposti ove se, per un verso, si pretende di fondo il rispetto dei valori e delle norme della società d'accoglienza, dall'altro, anche attraverso l'opera interpretativa del c.d. diritto vivente, non si escludono soluzioni in cui talune tradizioni della cultura di provenienza assumono rilievo, soprattutto in chiave di affievolimento della responsabilità⁵⁸.

Quando il legislatore interviene con l'introduzione di nuove e specifiche fattispecie per arginare alcune condotte coerenti con una tradizione culturale 'altra' – e ciò è avvenuto in entrambi i Paesi – il rischio è quello di creare dei supposti 'nemici' allorché l'autore del fatto già sarebbe stato punibile alla stregua di una fattispecie non culturalmente orientata⁵⁹. A parità di disvalori, infatti, la creazione di reati *ad hoc* favorisce la ghettizzazione di una minoranza e può apparire irragionevole se punisce più gravemente fatti che possono avere disvalore paragonabile quanto all'offesa provocata da altre condotte rientranti invece nelle fattispecie 'comuni'. Il diritto penale è uno strumento molto rude e mal si presta a delicati compiti di 'ingegneria sociale' volti all'inclusione mediante il superamento di alcuni atteggiamenti che ad un 'palato' occidentale

⁵⁷ ALESSANDRO BERNARDI, *Società multiculturale e "reati culturali"*. Spunti per una riflessione, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di EMILIO DOLCINI, CARLO ENRICO PALIERO, tomo 1, Giuffrè, Milano, 2006, p. 81 ss.

⁵⁸ SILVIA TELLENBACH, *Fatti culturalmente motivati*, cit., p. 11, a proposito della Germania parla di sistema in bilico fra i due modelli.

⁵⁹ Sul c.d. diritto penale del nemico GÜNTHER JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht*, 2004, p. 88 ss.; ID., *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di MASSIMO DONINI, MICHELE PAPA, Giuffrè, Milano, 2007, p. 11 ss. In senso critico, per tutti, ANTONIO CAVALIERE, *Diritto penale «del nemico» e «di lotta»: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Critica del diritto*, 2006, p. 295 ss.; MASSIMO DONINI, *Il diritto penale di fonte al "nemico"*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 735 ss.

sanno di arretratezza culturale. Questi obiettivi invece si possono favorire con altri mezzi, quali il dialogo, la tolleranza e la non discriminazione, utili a incoraggiare la maturazione di valori e di un sentire comune. Ciò non significa, naturalmente, legittimare condotte che offendono beni giuridici fondamentali di rilievo costituzionale, che dovrebbero rimanere punibili alla stregua delle fattispecie ‘comuni’, ma vuol dire evitare stigmatizzazioni per appartenenze culturali che, se avvertite come tali, producono effetti opposti all’integrazione, di reciproca chiusura.

Suscettibili di procurare risultati ancor più disgreganti sarebbero poi quelle incriminazioni che, contravvenendo al principio dell’*extrema ratio*, si fondassero su fatti non già lesivi di beni giuridici indispensabili, ma meramente espressivi di costumi non conformi a quelli prevalenti⁶⁰. In questi casi con la minaccia della forza si pretenderebbe di emendare il *background* culturale dell’autore, con un’intollerabile ingerenza incompatibile con uno Stato laico di diritto. In sostanza, la funzione generalpreventiva positiva della pena, sotto forma di aggregazione dei consensi, è tanto più frustrata quanto più la norma penale delegittima valori di altre tradizioni senza che ciò sia indispensabile per la tutela di apprezzabili beni giuridici, ma semplicemente preferibile in base ai canoni comportamentali della maggioranza. La negazione penale dei valori ‘altri’ non necessaria per la tutela di beni giuridici fondamentali, se fa avvertire la pena come ingiusta genera per reazione degli effetti opposti all’aggregazione di consensi e, dunque, ad un legittimo scopo della pena. Del resto, a parità di disvalori oggettivi e soggettivi, anche il punire più gravemente l’autore di un fatto in quanto espressivo di una certa tradizione culturale o religiosa, contravviene comunque al canone dell’*extrema ratio*, della proporzione e della laicità, perché «tutto il di più è abuso e non giustizia [in quanto] una pena accresciuta al di là del limite [...] è la pena giusta più un’altra pena»⁶¹.

Sebbene debba constatarci che anche il diritto penale è una manifestazione di cultura⁶², non può ammettersi però che sia espressione di risposte emotive e, appunto, culturalmente discriminatorie. Del resto, a stemperare l’indignazione oggi suscitata da alcuni fatti realizzati da immigrati, dovrebbe contribuire la

⁶⁰ Si pensi alla proposta legislativa di sanzionare penalmente l’uso del *burqa*, anche al di fuori di una pubblica manifestazione. Su tale idea e più in genere sull’attitudine del solo fattore culturale a fondare l’illecito penale, in senso critico v. ALESSANDRO BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, cit., p. 80 ss.

⁶¹ CESARE BECCARIA, *De delitti e delle pene*, Rizzoli, Milano, 1994, pp. 66-67. Sul principio di proporzione, sia consentito il rinvio a MARIO CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena: da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giustizia penale*, 2012, p. 91 ss.

⁶² GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Quelle & Meyer, Leipzig, 1932, p. 4; RODOLFO SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 42.

considerazione che fino a non molto tempo fa gli stessi fatti erano tollerati, sia in Italia, sia in Germania, come dimostrano le norme e gli arresti giurisprudenziali richiamati, specchio della nostra cultura giuridica di quel tempo non lontano, pressoché sovrapponibili – sotto questo particolare profilo – alle accennate norme tratte da alcuni versetti coranici⁶³. Così come le tentazioni di sdegno emotivo potrebbero cedere il passo rammentando che il fattore culturale (quella *italienisch-südländische Mentalität*) è stato spesso utilizzato a favore degli italiani in Germania (e non solo).

Gli elementi culturali, utilizzabili come ‘esimenti’ o meglio ‘attenuanti’, non devono però essere concepiti come un privilegio a parti invertite, a favore del ‘diverso’; come un atteggiamento meramente indulgenziale del sistema penale in nome di un multiculturalismo oltranzista quando, invece, le condotte offendono beni giuridici imprescindibili nella sfera laica costituzionalmente plasmata⁶⁴. Senza ammettere la legittimità di trattamenti esemplari per «riaffermare le opzioni assiologiche sottese all’ordinamento positivo»⁶⁵, che anzi verosimilmente innescherebbero un senso di ribellione, resta fermo però che un approccio eccessivamente tollerante minerebbe la stessa funzione di prevenzione generale positiva della pena, nell’accezione appunto di orientamento culturale o di aggregazione dei consensi verso quei valori che sono indispensabili per la convivenza civile, disincentivandone la consapevole acquisizione e maturazione⁶⁶. È evidente, invero, che qualsiasi portata dissuasiva della minaccia penale è vanificata dall’ignoranza della stessa. Dunque, la personalità della responsabilità penale (la colpevolezza – *Schuldprinzip* – depurata dalle implicazioni eticizzanti derivanti dal dogma della retribuzione), esorta a non trascurare del tutto gli aspetti connessi alla consapevolezza del divieto penale,

⁶³ L’affinità colta tra la cultura giuridica italiana, tedesca e quella musulmana – ben consci delle notevoli distanze invece esistenti da un punto di vista storico, ideologico, religioso e politico – è da leggere come una provocazione per evidenziare il difficile cammino verso la riduzione delle disparità di genere che anche in Occidente la società e dunque il diritto hanno dovuto affrontare. Del resto, su un piano epistemologico, nella visione occidentale il diritto islamico è spesso esaurito nella sua derivazione religiosa, che però non consente di coglierne le sue diversità e svariate sfumature. Gli studi comparatistici hanno invece iniziato a mettere in luce le capacità di tali sistemi giuridici di adeguarsi alle esigenze della modernità; cfr. GIAN MARIA PICCINELLI, *Diritto musulmano e dei paesi islamici: tra orientalismo e comparazione giuridica*, in *Iura orientalia*, 2006, p. 131 ss., spec. p. 142: «La conseguenza principale è l’apertura di uno spazio laico di interpretazione della *šarī‘a* – cioè non fondato su canoni ermeneutici elusivamente giuridico-religiosi – che amplia le tradizionali frontiere dell’*ig̃ihād*».

⁶⁴ Sui rischi di un possibile abbassamento dei livelli di tutela dei diritti fondamentali delle vittime, per tutti si veda CIRO GRANDI, *Fattore culturale e responsabilità penale*, cit., pp. 80, 136 ss., 149 ss., 192, 216, 228, 273, 289, 305, con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶⁵ Id., *Fattore culturale e responsabilità penale*, cit., p. 124.

⁶⁶ ALESSANDRO BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, cit., p. 92.

quantomeno come occasione di affievolimento della pena⁶⁷, altrimenti sarebbe compromessa la corretta funzione di prevenzione generale positiva della pena⁶⁸.

Eludere del tutto il retroterra culturale dell'autore, invocando una pedissequa deferenza all'uguaglianza formale, significherebbe sacrificare il principio di proporzione della risposta sanzionatoria, il valore dell'uguaglianza sostanziale che ingiunge di trattare in modo diverso situazioni ragionevolmente differenti⁶⁹. Ciò induce a favorire l'utilizzo accorto e ponderato dell'ampio strumentario dommatico a disposizione del giurista per scongiurare sterili irrigidimenti a detrimento del reo per tendenza 'culturale' che versi effettivamente in una situazione incolpevolmente deficitaria. Non è questa la sede per trattare le diverse categorie dommatiche utilizzate in tale prospettiva: dalla tipicità all'antigiuridicità, dalla colpevolezza alla personalità della responsa-

⁶⁷ Benché la nota pronuncia della Corta costituzionale n. 364/1988 abbia fissato la soglia minima della sola conoscibilità del precetto, ciò non toglie che la necessaria consapevolezza dello stesso sia stata oggetto di dibattito nella dottrina, perlomeno al fine di graduare la responsabilità. Infatti, la piena consapevolezza del disvalore di un'azione potrà dirsi raggiunta allorché alla percezione mentale del fatto si aggiunga la coscienza del suo significato giuridico; in tema si rinvia a LUCIANO EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, p. 29. Del resto, ormai è la stessa distinzione ontologica tra fatto e diritto ad essere messa in discussione, con possibili implicazioni, tra l'altro, sulla opportunità di una netta diversificazione deontologica tra l'errore di fatto e quello di diritto. In tema si vedano, con diversità di accenti, tra i tanti, TECLA MAZZARESE, *Dubbi epistemologici sulle nozioni di "quaestio facti" e "quaestio iuris"*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1992, p. 294 ss.; MASSIMO VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 54 ss.; GIULIANO UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 25 ss.; in senso diverso MAURO BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 233. I riflessi non sono mancati nella dottrina penalistica: «la conoscenza del diritto è presupposto fondamentale e "interno" al procedimento motivazionale, dal momento che, proprio perché esprime una qualificazione (di valore/disvalore) del fatto, concorre a pieno titolo alla formazione della decisione orientata ai valori tutelati dall'ordinamento», cfr. ROBERTO BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 149. Sotto il profilo della graduazione della responsabilità, poi, non può ignorarsi che l'ignoranza dei valori dell'ordinamento e dei suoi precetti, benché colpevole, costituisce un atteggiamento meno riprovevole di quello di chi invece ha perfetta consapevolezza del disvalore, tanto che per la prima ipotesi si potrebbe ipotizzare un valore attenuante, proprio come avviene nel sistema tedesco; cfr. GABRIELE FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Cedam, Padova, 1993, p. 358.

⁶⁸ Nella giurisprudenza costituzionale tedesca v. Bundesverfassungsgericht, 21 giugno 1977, 1 BvL 14/76, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 45, p. 187 ss. In dottrina, per una colpevolezza scevra dai retaggi della concezione retributiva della pena, v. CLAUD ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza* (1973), trad. it. di SERGIO MOCCIA, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1980, p. 369 ss.; per un superamento del concetto di colpevolezza verso quello di proporzionalità, ferme rimanendo le funzioni di garanzia, v. SERGIO MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Esi, Napoli, 1992, p. 88 ss.

⁶⁹ «Non c'è nulla che sia ingiusto quanto far le parti uguali tra diseguali», v. LORENZO MILANI, *Lettera ad una professoressa*, Libreria Editrice Fiorentina, Firenze, 1967, p. 55.

bilità, dall'imputabilità all'inesigibilità alla punibilità⁷⁰. Si può solo ricordare che se, di fondo, la cifra dogmatica attribuibile al fattore culturale deve adeguarsi ad una politica criminale conforme alla Costituzione di uno Stato sociale di diritto, al di là del rilievo che tale fattore in taluni casi assume già a livello di tipicità e anti giuridicità, il luogo sistematico in cui, più ampiamente e propriamente, può essere considerata la sua incidenza sembra essere la terza categoria del reato, quella della responsabilità personale⁷¹, attraverso cui il giudizio si individualizza, spostandosi dal fatto all'autore vagliandone l'assoggettabilità a pena in base alle sue peculiarità⁷².

Sembra, in conclusione, che in entrambi gli ordinamenti oggetto di comparazione sia necessario rifuggire, da un lato da interventi legislativi che penalizzino in maggior misura per una mera appartenenza culturale, dall'altro da prassi applicative che favoriscano irragionevolmente il 'diverso'. Con questo non si vuol dire che i sistemi penali debbano risultare indifferenti alle diversità culturali, chiusi in se stessi nella tutela di un supposto costume nazionale monolitico. Sarebbe una posizione antistorica rispetto ad una società che ormai ha una composizione proteiforme. Per un'equilibrata apertura alle differenze culturali sarà doveroso iniziare con il rispetto, sia da parte del legislatore, sia da parte della giurisprudenza, dei principi fondamentali del diritto penale del fatto: dalla laicità all'*extrema ratio*, dalla frammentarietà alla sussidiarietà, dall'offensività alla proporzionalità, dalla responsabilità personale all'integrazione sociale. Tali assiomi costituzionali, sebbene con atteggiamenti e ruoli non sempre coincidenti nei due ordinamenti, tenderanno ad evitare ingiustificate discriminazioni a sfavore del 'diverso' e ad assecondare il trattamento differenziato a vantaggio di chi realmente ha un *gap* culturale incolmabile.

⁷⁰ GABRIELE FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di WINFRIED HASSEMER, EBERHARD KEMPF, SERGIO MOCCIA, Beck, München, 2009, p. 177 ss.

⁷¹ Si rinvia alle condivisibili osservazioni di VALENTINA MASARONE, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in *Diritto penale e processo*, 2014, p. 1243 ss.

⁷² SERGIO MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 92.