



diritto & religioni

Semestrale
Anno XIII - n. 2-2018
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

26



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno XIII – n. 2-2018
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. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. Leziroli, S. Laricca, 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
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni,
M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
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
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

*Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

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. 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. Agustín 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. Iliaria Zuanazzi.

Presentazione

VINCENZO MAIELLO

La sezione di 'Giurisprudenza e legislazione penale' di questo numero della Rivista riporta diverse massime interessanti e si segnala, in primo luogo, la sentenza Sez. pen. I, sentenza 6 giugno 2018, n. 25535, che trae origine dalla condanna irrogata dalla Corte d'appello di Milano nei confronti di due imputati ritenuti responsabili di concorso nel tentato omicidio, aggravato dall'aver essi agito per motivi abietti e futili. In particolare, il fatto veniva ricostruito sulla base delle informazioni assunte da diversi testimoni oculari e dagli accertamenti condotti sulla persona offesa. Entrambe le sentenze di merito, con conforme giudizio, hanno evidenziato che la sera del fatto i due imputati appartenenti a gruppi religiosi africani, dopo essersi appartati con la persona offesa la avevano aggredita e mentre uno di loro sferrava numerosi colpi di coltello, l'altro la percuoteva con pugni e calci anche dopo che la vittima si accasciava al suolo. L'azione si interrompeva per il pronto intervento di altri soggetti presenti sul posto che avevano, peraltro, allertato le forze dell'ordine. Nei motivi di ricorso entrambi i difensori degli imputati hanno mosso contestazioni al giudizio di sussistenza dell'aggravante in questione per erronea applicazione dell'art. 61, n.1, c.p., e per mancanza e illogicità di motivazione. La circostanza aggravante del futile motivo può essere esclusa dall'appartenenza o dalla vicinanza dell'autore del reato a gruppi o comunità religiose che riconoscono come valori positivi la violenza e l'uso della forza? La pronuncia aderisce al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui «per verificare la sussistenza dell'aggravante in questione è necessario procedere all'identificazione in concreto della natura e della valenza della ragione giustificatrice l'azione delittuosa posta in essere, senza fare ricorso ad un comportamento medio dell'uomo comune, posto che siffatto modello di agente non è facilmente identificabile ed è influenzato nella situazione concreta da connotazioni culturali, dall'educazione ricevuta, dal contesto sociale e da fattori religiosi» (Cass. pen., Sez. I, n. 11591/2015, Passalacqua e a.; Cass. pen., Sez. I, n. 39261/2010, Mele; Cass. pen., Sez. I, n. 42846/2010, PG in proc. Muzaka; Cass. pen., Sez. VI, n. 28111/2012, U.M.). La Corte ha altresì ribadito che tale criterio di giudizio, non può giustificare in alcun modo una compressione della tutela inderogabile che deve essere assicurata ai principi e ai beni fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale. Secondo la giurisprudenza è abietto il motivo ignobile, turpe, che rileva nell'agente un tale grado di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità (fattispecie in tema di tentato omicidio in cui la Corte ha ritenuto configurabile l'aggravante della condotta dell'imputato che aveva colpito ripetutamente con un coltello la vittima per vendicarsi del suo rifiuto di assecondarlo sessualmente – Cass. pen., Sez. V, n. 33250/2017,). Il motivo è futile ove la determinazione criminosa sia stata indotta da uno stimolo esterno di tale levità, banalità e sproporzione, rispetto alla gravità del

reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa e da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso violento (Cass. pen., Sez. V, n. 41052/2014, Barnaba). In altri termini, il motivo è futile quando la spinta a delinquere manca di quel minimo di consistenza che la coscienza collettiva esige per operare un collegamento logico accettabile con l'azione commessa (non certo per giustificarla ma solo per comprenderla; si pensi ad esempio ad un tentato omicidio maturato in un contesto di estrema banalità, in quanto l'imputato aveva aggredito la vittima, rea di averla guardato in modo torvo Cass. pen., Sez. I, 30691/2017)

Ed ancora, va segnalata Sez. pen. II, 8 agosto 2018, n. 38208, la quale ha analizzato e approfondito, sui motivi dei ricorrenti, il concetto e la nozione giuridica di partecipazione all'associazione con finalità di terrorismo. Le doglianze delle difese erano incentrate sul peso eccessivo ed incongruo attribuito dalla decisione della Corte d'assise di appello di Milano al mero aspetto psichico della partecipazione al sodalizio criminale di matrice religiosa. Il caso analizzato dalla Sez. II presenta spunti di riflessione, poiché il dato principale di analisi è rappresentato dalla rilevanza del contributo fornito anche da soggetti singolarmente considerati (i c.d. lupi solitari), a prescindere da un loro sia pur minimo inquadramento in cellule religiose dell'islam. Le difese hanno contestato l'interpretazione seguita dalla Corte d'assise d'appello di Milano secondo la quale anche il solo dato del compimento di attacchi realizzati individualmente, con utilizzo di mezzi rudimentali, spesso autoprodotti, possa essere effettivamente espressivo della partecipazione al sodalizio, mentre poteva essere ritenuta esclusivamente la mera ricorrenza di un agire individuale, indicativo dell'assenza di qualsiasi organizzazione di mezzi e uomini. La Corte, nel rigettare i ricorsi, non ha condiviso la critica relativa all'assenza, nel caso in esame, del dato strutturale e organizzativo dell'associazione e ha evidenziato come, al contrario, il ragionamento logico e giuridico della Corte d'assise di appello ha segnalato l'insieme dei dati sintomatici espressivi della qualità e della natura del contributo assicurato dagli imputati al programma criminale terroristico dell'Isis, proprio tenendo conto delle peculiarità che caratterizzano l'apparato associativo in esame. Con una motivazione approfondita e innovativa si è affermato che: 1) il fenomeno associativo, nella sua declinazione delle associazioni con finalità terroristiche assume rilevanza quando manifesti caratteri tali da rendere non ipotetico, né meramente eventuale il pericolo che la norma intende contrastare, ciò secondo alcuni indici tipicamente sintomatici individuati dalla giurisprudenza (esistenza di un apparato organizzativo, mezzi e persone allo scopo, possibilità di attuare il programma di esecuzione di atti di violenza con finalità indicate dall'art. 270-sexies c.p.); 2) la necessaria determinatezza della fattispecie, garantita dal requisito minimo dell'organizzazione che deve così presentarsi come soggetto in grado di compiere effettivamente gli atti di violenza per finalità di terrorismo; 3) la tipicità del fatto, tuttavia connotata dall'evidente volontà del Legislatore di realizzare un'anticipazione di tutela rispetto alla commissione dei singoli atti di violenza che formano l'oggetto dell'accordo tra gli associati, sicché emerge la ratio della disciplina apprestata dal Legislatore, che ha sostanzialmente ritenuto che le esigenze di tutela della collettività possano essere pregiudicate sin dalla mera costituzione dell'associazione a prescindere dalla predisposizione di un programma di azioni terroristiche; 4) la necessaria correlazione della fattispecie con il principio della personalità della responsabilità penale, il che comporta una puntuale determinazione e interpretazione della nozione di partecipazione del singolo all'associazione, inquadrate nell'ambito dei

reati a forma libera, per cui assumono rilievo in ragione del coefficiente di idoneità causale della condotta e dunque del contributo alla realizzazione della finalità dell'associazione. Si rileva come nella multiforme categoria in questione non sia possibile delineare una struttura tipica, fissa e ricorrente in modo obiettivo, di associazione, mentre in realtà è l'interprete a dover ricondurre il fenomeno storico in una determinata categoria giuridica, riscontrandone gli elementi tipizzanti. Appare quindi necessario per la Corte muovere dal contenuto e dalle peculiarità dell'accordo su cui è fondata l'esistenza dell'associazione per individuare in modo specifico le modalità (ove esitanti) di adesione della associazione, le regole che disciplinano i rapporti tra gli associati, i mezzi e gli strumenti, anche finanziari, impiegati per il raggiungimento degli scopi propri della stessa. Partendo da questa riflessione viene quindi condivisa la caratterizzazione da parte del giudice di secondo grado dell'auto-proclamato Stato islamico nella sua vocazione stragista e terroristica. Isis dunque come associazione con finalità di terrorismo religioso, che trova la propria fonte costitutiva proprio nel suo carattere religioso, con accentuata connotazione ideologica, di tipo radicale ed estremizzante, da cui deriva una sorta di "imposizione esterna" dell'atto costitutivo dell'associazione. Imposizione che di fatto risulta necessitata dalla concezione religiosa, caratterizzata da tratti palesi di fanatismo, che non tollera dissenso o indipendenza rispetto all'unico credo religioso, imponendo la soppressione fisica di tutti coloro che non aderiscono all'ideologia religiosa riconosciuta come unica valida. Questa associazione si caratterizza, nell'ambito di un programma essenziale e generico, pienamente riconoscibile all'esterno, per la volontà di raggiungere con condotte violente un chiaro e semplice obiettivo, ovvero l'eliminazione di persone cose o segni che si ispirano a culture e religioni diverse dall'islamismo radicale. A tal fine sono dunque richieste condotte violente, che risultano sollecitate e giustificate dal valore ideale del "martirio" (Jihad) al quale sono chiamati tutti gli associati. E in tale contesto si è chiarito come il profilo dell'adesione al programma dell'associazione e l'acquisizione della qualità di associato non richiede il ricorso a rituali o ad attività specificamente individuate, essendo allo scopo necessaria e sufficiente la condivisione del messaggio politico e religioso. Ciò posto, ai fini della verifica del requisito normativo, dovrà essere accertato in concreto se la trasposizione in concreto di tale adesione si colga attraverso fatti sintomatici, di vera e propria partecipazione, dotati di carattere non equivoco, efficienti allo scopo di attuare il programma criminale dell'associazione, evidentemente sintomatici anche dell'esposizione a pericolo degli interessi dello Stato e del contributo dato dal singolo associato. Questa associazione si differenzia poi dai canoni classici di interpretazione per alcune specifiche caratteristiche del sodalizio, con riflessi immediati quanto alle modalità esecutive per la realizzazione degli obiettivi della stessa. Ciò perché non ricorre la tipologia dell'associazione strutturata in senso "verticale" ma invece una organizzazione di tipo "orizzontale", a rete, capace di adattamenti proprio in considerazione del suo carattere elastico, anche in campo transnazionale e globalizzato, nonché per i particolari mezzi di comunicazione e trasferimento sul territorio, tanto evoluti da rendere spesso difficile una reale attività di prevenzione. La Corte chiarisce come i ricorrenti non abbiano contestato i caratteri dell'associazione per come delineata, mentre ritengono che sia erronea l'individuazione della qualità di associato desunta dalla sola adesione alla c.d. chiamata al Jihad, con conseguente rilevanza degli atti di violenza portati a compimento da singoli con modalità individuali, senza connessione con qualsivoglia apparato organizzato. Il fondamentale punto di passaggio, che la Corte sottolinea e che la

sentenza impugnata ha segnalato è: 1) il collegamento tra la chiamata generalizzata al Jihad e le forme di “partecipazione” dei singoli all’associazione, che è ovviamente cosa diversa dalle forme e struttura dell’associazione; 2) il conseguente significato univoco anche delle iniziative dei singoli, una volta che si sia manifestata l’adesione al Jihad, quando pongano in essere iniziative autonome che rientrino nel piano terroristico dell’associazione, pronta poi a rivendicarne l’esito. Il dato dell’adesione all’associazione, in funzione della generalizzata chiamata al martirio, che l’Isis offre in modo capillare e con mezzi di comunicazione ampi e svariati, rappresenta dunque per la Corte un momento di «pura condivisione e accettazione delle regole fondanti dell’associazione», e tale elemento dipende proprio dalle forme e dalla struttura associativa dell’Isis, caratterizzata dal suo ambito globale e globalizzato, che consente di stabilire connessioni tra coloro che aderiscono superando distanze geografiche ed ostacoli fisici e che, proprio per questo, non «impone altre formalità per la partecipazione al sodalizio se non la decisione del singolo di rispondere a quella chiamata manifestando la propria adesione alla ideologia del Califfo». Tale adesione rappresenta il punto di partenza per giungere a provare, insieme ad altri elementi materiali, la consistenza del ruolo di partecipe all’associazione e ne è anche presupposto indispensabile, poiché dal momento dell’adesione si colgono tutte le premesse che sono alla base delle determinazioni, programmi e predisposizioni di attività per compiere violenza in attuazione del programma criminoso. Dunque la risposta alla chiamata al Jihad non costituisce da sola la prova della condotta di partecipazione ma rappresenta il momento in cui si instaura il legame tra il singolo e l’associazione. Proprio sulla base di tale adesione devono essere lette e interpretate le successive condotte che il singolo pone in essere in attuazione del patrimonio ideologico culturale e di condivisione di tecniche terroristiche, che costituisce uno degli elementi caratterizzanti dell’Isis. La decisione appellata ha applicato questi principi e ha dimostrato secondo la Corte come, a seguito della risposta alla chiamata al martirio, gli imputati avessero posto in essere una serie di comportamenti significativi della loro partecipazione alla associazione in questione a fine di proselitismo, propaganda e istigazione alla commissione di atti di violenza al fine di affermare la prevalenza dell’auto proclamato Stato islamico. In tal senso, tenuto conto della portata diffusiva su vasta scala delle direttive ideologiche dell’Isis, sia mediante indicazioni operative per la realizzazione di atti violenti, che mediante la globalizzazione e transnazionalità del messaggio trasmesso, si deve ritenere che anche le condotte dei singoli poste in essere in attuazione di tali direttive siano indicative della partecipazione e inserimento nella associazione. Considerata inoltre la peculiarità dell’associazione in questione, il dato dell’inserimento nella stessa deve essere considerato del tutto peculiare e infatti si atteggia, secondo la valutazione della Corte, in modo assolutamente diverso dalle categorie tradizionali della partecipazione alle associazioni conosciute. Non è quindi di certo necessario e indispensabile un contatto diretto tra i vertici (promotori dirigenti e organizzatori) dell’associazione e i singoli aderenti, né si può ipotizzare che per ciascun associato siano preventivabili ruoli e incarichi. Ne consegue, secondo le conclusioni della Corte, che l’effettivo inserimento del singolo nella attività e finalità della associazione potrà essere desunto logicamente dalle condotte poste in essere dallo stesso, da cui risulti senza incertezza l’adesione al programma dell’associazione (in questo stesso senso Cass. pen., Sez. V, n. 31389/2008, Bouyahia). Quindi, secondo l’interpretazione consolidata della Corte, occorre ed è sufficiente una struttura organizzativa che presenti un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l’attuazione del

programma criminoso e che si manifesti nella sua pericolosità ma tale struttura, proprio per l'emersione di nuovi fenomeni globalizzati non deve essere letta secondo schemi organizzativi collaudati, proprio perché anche nuovi e diversi modelli di aggregazione possono integrare il minimum indispensabile ad integrare il reato (strutture cellulari, a rete, flessibilità interna, possibilità di operare in contesti territoriali del tutto diversi). Così che «l'organizzazione terroristica transnazionale va pensata, più che come una struttura statica, come una rete, in grado di mettere in relazione persone assimilate da un comune progetto criminale, che funge da catalizzatore dell'affectio societatis e costituisce lo scopo sociale del sodalizio». Vengono dunque pienamente riscontrate da elementi materiali le attività indicative di tale affectio: ricerca di informazioni per realizzare attentati e reperire armi, diffusione di minacce dirette verso la popolazione italiana, immagini, comunicati e condivisione della chiamata al martirio, attività di reclutamento al fine di combattere in Siria, con conseguente significativa diffusione e conoscenza dei programmi dell'associazione criminale in questione. La Corte nelle sue conclusioni analizza anche la sentenza Cass. pen., Sez. VI, n. 14503/2017, in diverse occasioni richiamata dalle difese degli imputati per contestare il requisito effettivo dell'adesione all'associazione con finalità di terrorismo. Tale decisione, richiamando le diverse forme di partecipazione (già analizzate approfonditamente dalle decisioni precedenti: partenze per combattere gli infedeli, vocazione al martirio, indottrinamento e proselitismo) richiede, in apparente eccentricità con l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità su questo tema, che l'azione del singolo si innesti nella struttura organizzata, cioè che esista un contatto operativo, un legame, anche flebile, ma concreto tra il singolo e l'organizzazione, che in tal modo abbia consapevolezza, anche indiretta, dell'adesione da parte del soggetto agente. In realtà, come sottolineato anche nella decisione della Sez. II, questa affermazione non può essere intesa correttamente se non considerando il caso concreto sottoposto all'esame della Corte, nell'ambito del quale il giudice al quale è stato rinviata la decisione sulla misura cautelare impugnata, aveva ommesso di considerare la rilevanza di alcuni elementi oggettivi, chiaramente sintomatici di un coinvolgimento nell'associazione. E in particolare una serie di contatti tra l'indagato e esponenti di punta tunisini della associazione al momento del suo rientro in patria e l'aver lo stesso inneggiato al successo dell'attentato di Sousse posto in essere in data 26 giugno 2015 in Tunisia. La conclusione seguita dalla sesta Sezione non esclude in alcun modo, secondo la Sez. II, la validità dell'impostazione secondo la quale già la vocazione al martirio indica una condivisione degli obiettivi dell'associazione (che si devono poi concretizzare, come detto, in atti materiali di partecipazione) ma semplicemente propone in modo diverso (forse a causa del condizionamento derivante dall'utilizzo di diversi schemi interpretativi del modulo associativo), la necessaria correlazione tra l'adesione all'associazione nella sua vasta diffusività e la prova dell'effettiva partecipazione nel realizzarne gli obiettivi (ad esempio richiamando lo schema associativo ex art. 416-bis c.p. e in tal senso inserendo elementi di caratterizzazione del tutto distinti rispetto all'associazione di tipo terroristico, che richiede nell'interpretazione costante della precedente giurisprudenza di legittimità l'utilizzo di strumenti di valutazione del tutto autonomi proprio per la particolarità del fenomeno in questione). E d'altra parte la ricorrenza di quel legame flessibile ma concreto e consapevole, appare certamente desumibile dalla vocazione al martirio e dalla piena condivisione dei messaggi ideologici e religiosi della associazione, apparendo eccentrico rispetto a tale ormai consolidata costruzione la richiesta necessità di avere conoscenza della

messa a disposizione, al fine di poter contare su un determinato soggetto, anche indirettamente. A meno di non voler intendere il concetto di conoscenza indiretta della messa a disposizione come un caso di conoscenza a posteriori.

Particolarmente interessante è poi Sez. pen. III, sentenza 14 novembre 2018, n. 51479, relativa alla vicenda decisa dalla Corte di appello di Roma con la sentenza del 29 marzo 2016, confermativa della condanna alla pena di anni 2 di reclusione inflitta a G.D. dal Tribunale di Roma con la sentenza del 2 dicembre 2009 per il delitto ex art. 609-bis c.p., per avere compiuto in modo insidioso e repentino in due occasioni atti sessuali, consistiti nel palpeggiamento del seno, ai danni di M.O. la quale lavorava quale addetta alle pulizie nell'ostello di cui G.D. era titolare.. Il difensore di G.D. proponeva ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Roma del 29 marzo 2016, deducendo, tra gli altri, ex art. 606 c.p.p., lett. e) il vizio della motivazione, per la violazione dell'art. 192 c.p.p., in relazione alla valutazione delle dichiarazioni della persona offesa, per l'omessa risposta ai motivi di appello sul punto, ed il travisamento della testimonianza della persona offesa. Ha rilevato la difesa che la sentenza di condanna impugnata si fonda esclusivamente sulle dichiarazioni della persona offesa e sul riscontro costituito dalla testimonianza di una sua amica, che ricevette le confidenze, che però è una testimonianza de relato, con circolarità della prova. Sarebbe stata omessa una ponderata ed attenta valutazione dell'attendibilità della persona offesa senza analizzare le censure difensive, dettagliatamente esposte nella memoria ex art. 121 c.p.p. depositata prima dell'udienza di appello. La difesa ha ritenuto l'illogicità e contraddittorietà della motivazione quanto al giudizio espresso sulla deposizione della persona offesa, ritenuta coerente e lineare, e la chiara descrizione delle modalità del fatto in quanto poi la Corte di appello di Roma ha rilevato che la persona offesa ha avuto "una certa confusione tra i due episodi" e ha dato atto dell'esistenza di "contraddizioni residue, pur dopo le contestazioni" (pag. 2 della sentenza). Secondo la difesa poi la Corte di appello di Roma sarebbe incorsa nel travisamento della prova, quanto contenuto della testimonianza resa in dibattimento dalla persona offesa in data 18 febbraio 2009. Dopo aver riportato nel ricorso per cassazione le dichiarazioni rese dalla persona offesa all'udienza del 18 febbraio 2009, rilevava la difesa che l'episodio oggetto della dichiarazione è stato riferito diversamente nella denuncia-querela, come da contestazione effettuata dalla difesa (il cui contenuto era riportato nel ricorso). Riteneva dunque la difesa che laddove la Corte di appello ha ritenuto che "la narrazione di M.O. risulta sostanzialmente coerente col contenuto della sua querela, tant'è che le contestazioni che sono state effettuate in udienza riguardano circostanze marginali" (cfr. pag. 2 della sentenza) è incorsa nel travisamento della prova dichiarativa. Per la difesa, poi, le contestazioni erano state effettuate su circostanze non marginali, va su elementi dirimenti, per l'insanabile contrasto tra il contenuto della querela e la testimonianza. L'inattendibilità della persona offesa sarebbe emersa anche dalla lettura del capo di imputazione, nel quale sono addebitati al ricorrente due episodi di palpeggiamento da tergo, come riferiti in querela, episodi poi non riferiti nell'esame testimoniale. Per la difesa, la persona offesa, dopo aver riferito che l'imputato, in seguito al litigio avvenuto di notte con dei turisti stranieri l'avrebbe rimproverata, spingendola sul divano e palpeggiandole il seno, di fronte alle contestazioni della difesa la M. ha mutato versione raccontando di un palpeggiamento da tergo che poi di nuovo ha smentito. Rispetto alle contraddizioni su circostanze fondamentali degli eventi, sosteneva la difesa, la sentenza aveva una motivazione illogica ed apodittica, travisando la prova, perchè la confusione e le contradd-

dizioni della persona offesa, pur ritenute esistenti dalla Corte di appello, sono state minimizzate o focalizzate su circostanze minori, in contrasto con le risultanze della prova dichiarativa. Gli episodi sarebbero stati narrati sempre in maniera diversa e contraddittoria, con versioni inconciliabili tra loro: quindi, la motivazione della sentenza della Corte di appello di Roma che ritiene l'attendibilità e l'affidabilità delle dichiarazioni di M.O. sarebbe illogica e contraddittoria, nonchè disancorata dalle risultanze probatorie. Nè le contraddizioni potrebbero essere giustificate per il tempo decorso dal fatto, circa due anni o per l'imbarazzo di riferire ad un agente di polizia giudiziaria di sesso maschile l'accaduto perchè la persona offesa è "di religione musulmana", poichè così si introdurrebbe un inammissibile criterio di valutazione della testimonianza su base religiosa. La Suprema Corte, nel rigettare tale motivo, ha condivisibilmente ricordato che per il costante indirizzo della giurisprudenza, espresso anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Cass. Sez. Unite, sentenza n. 41461 del 19/07/2012 (Bell'Arte, Rv. 253214) le dichiarazioni della persona offesa possono essere legittimamente poste da sole a base dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della loro credibilità soggettiva e dell'attendibilità intrinseca del racconto. Hanno affermato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che se le regole dettate dall'art. 192 c.p.p., comma 3 non trovano applicazione relativamente alle dichiarazioni della parte offesa, però il vaglio positivo dell'attendibilità di tale dichiarante deve essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello generico cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone, di talchè tale deposizione può essere assunta da sola come fonte di prova unicamente se venga sottoposta a detto riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva. Affermano altresì le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che può essere opportuno procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi qualora la persona offesa si sia anche costituita parte civile e sia, perciò, portatrice di una specifica pretesa economica la cui soddisfazione discenda dal riconoscimento della responsabilità dell'imputato. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno però ricordato anche che è principio incontrovertito nella giurisprudenza di legittimità l'affermazione che la valutazione della credibilità della persona offesa dal reato rappresenta una questione di fatto che ha una propria chiave di lettura nel compendio motivazionale fornito dal giudice e non può essere rivalutata in sede di legittimità, salvo che il giudice non sia incorso in manifeste contraddizioni. Tanto premesso, la pronuncia rileva che la P.O. non si è costituita parte civile sicchè le sue dichiarazioni sono state legittimamente poste da sole a base dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, senza necessità dei riscontri, per altro ritenuti sussistenti. Inoltre, per la Suprema Corte la Corte di appello di Roma ha correttamente effettuato il vaglio della credibilità soggettiva e dell'attendibilità intrinseca del racconto, atteso che non vi era alcuna contraddizione interna nella motivazione della sentenza perchè il giudizio di coerenza e linearità della deposizione si riferiva al compimento degli atti sessuali, consistiti nel palpeggiamento del seno, che è il fatto oggetto del capo di imputazione e che da quanto emerge è sempre stato riferito dalla persona offesa. La Corte di appello ha valutato il peso delle contestazioni effettuate dalla difesa, rispetto alla querela, ma ha escluso che le difformità incidessero sulla credibilità della persona offesa perchè o ricomposte per effetto delle stesse contestazioni o marginali perchè non incidenti direttamente sul fatto contestato. Quanto poi alla divergenza rispetto alla querela riguardante il toccamento anche dei glutei e lo schiaffo impartito al ricorrente, fatti riferiti in udienza con riferimento al primo episodio, – e ritenute le "contraddizioni

residue” – la Corte di appello di Roma ha riportato il testo della dichiarazione dibattimentale: la donna ha giustificato le omissioni in querela per la vergogna a parlare con un uomo e tale spiegazione è stata ritenuta sufficiente anche per avere poi riferito, anche se sinteticamente, il fatto ad una sua amica. Dunque, il pudore manifestato con l’uomo trova, secondo la Corte di appello di Roma, una sua conferma nel racconto parziale ad una donna. A tale assunto – conclude la Suprema Corte – non va data una giustificazione etnica, essendo tale pudore collegato al sentimento religioso.

Infine, vengono riportate Sez. pen. V, sentenza 12 dicembre 2017, n. 55418 e Sez. pen. III, sentenza 29 gennaio 2018, n. 29613 (per le quali si rinvia alle note che seguono).

**Corte di Cassazione. Sezione Seconda Penale.
Sentenza 8 agosto 2018, n. 38208**

Partecipazione alla associazione terroristica – Ipotesi del cd. “lupo solitario” – Sussistenza

L'organizzazione terroristica transnazionale va pensata, più che come una struttura statica, come una rete, in grado di mettere in relazione persone assimilate da un comune progetto criminale, che funge da catalizzatore dell'affectio societatis anche per cellule religiose sparse ed isolate, costituendo lo scopo sociale del sodalizio

**Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale.
Sentenza 6 giugno 2018, n. 25535**

Circostanza aggravante dei futili motivi – Appartenenza a gruppi religiosi contrapposti – Esclusione – Insussistenza

In tema di riconoscimento dell'aggravante prevista dall'art. 61, n. 1, c.p., la futilità del motivo non è esclusa dall'appartenenza dell'autore del reato a religioni o comunità che riconoscono come valori positivi la l'uso della forza quale forma di affermazione della personalità individuale e di manifestazione dell'appartenenza al gruppo da esercitare per il solo fatto che la vittima sia o appaia in formazione contrapposta, dal momento che tali concezioni e modelli comportamentali offrono occasione per dare libero corso ad impulsi brutali e prevaricatori e si pongono in contrasto con i valori fondamentali riconosciuti dall'ordinamento giuridico, che tutela in primo luogo la vita, la sicurezza e la libertà personale.

**Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale.
Sentenza 14 novembre 2018, n. 51479**

Testimonianza – Rilevanza del fattore religioso ai fini della attendibilità su particolari secondari – Sussistenza

In tema di testimonianza della persona offesa, rileva l'imbarazzo di riferire episodi di violenza sessuale connesso alla “ religione musulmana”, purchè cada su aspetti secondari della contestazione e non intacchi gli aspetti salienti della stessa, non essendo ammissibile il mero criterio di valutazione della testimonianza su base religiosa. Nel

caso di specie, viene ritenuta logica la motivazione secondo cui la persona offesa ha giustificato le omissioni in querela per la vergogna a parlare con un uomo e tale spiegazione è stata ritenuta sufficiente anche per avere poi riferito, anche se sinteticamente, il fatto ad una sua amica. Sicchè, il pudore manifestato con l'uomo trova una sua conferma nel racconto parziale ad una donna. A tale assunto – conclude la Suprema Corte – non va data una giustificazione etnica, essendo tale pudore collegato al sentimento religioso.

Corte di Cassazione. Sezione Quinta Penale. Sentenza 12 dicembre 2017, n. 55418

Condivisione di un video di propaganda Isis su Facebook – Apologia di delitto – Sussistenza

La condivisione di video di propaganda dell'Isis sui social network, rafforzata dall'approvazione dei relativi contenuti attraverso l'opzione mi piace, è idonea alla configurazione del reato di apologia di terrorismo di cui all'art. 414, comma 4, c.p. Il reato è invece stato escluso relativamente a comunicazioni telematiche meramente private.

Apologia della jihad islamica sul web: tra diritto penale costituzionalmente orientato e diritto penale del “nemico”
A proposito di Corte di Cassazione, Sezione V penale, 25 settembre 2017, n. 55418, Pres. Vessichelli, Est. Fidanzia

PAOLO CIRILLO

1. *Premessa*

Nella società attuale i valori sui quali, dopo la seconda guerra mondiale, fu costruita una nuova Europa come continente di pace, sembrano sempre più in pericolo. Dopo il terrorismo di matrice politica che ha agitato l'Italia degli Anni di Piombo, oggi – dall'attacco alle Torri Gemelle nel 2001 – il mondo occidentale si sta sempre più abituando a convivere con una nuova emergenza terroristica, quella di matrice religiosa – fondamentalista¹.

Questo terrorismo, e ciò appare particolarmente preoccupante, sta cambiando il diritto penale dei paesi democratici occidentali; ed in parte le regole che fino ad ora lo ispiravano. Se è fuori discussione che in questa c.d. “guerra al terrorismo”² sia inevitabile lo strumento penale, la più potente delle armi di cui le società dispongono per contrastare le minacce che le coinvolgono, dubbi sorgono per le metamorfosi che ne derivano per il sistema penale moderno: il “diritto penale costituzionalmente orientato” sembra, infatti, cedere il passo ad un “diritto penale del nemico”³.

Non curante delle distorsioni si muove lungo questa direzione il legislatore⁴.

¹ In verità già prima dell'attentato alle Torri Gemelle di New York, si erano verificati numerosi attentati terroristici in aree però lontane, spesso già luogo di guerre e scontri etnici, che non avevano perciò preoccupato particolarmente i Paesi occidentali circa il fenomeno *jihadista* e quelli che sarebbero stati i suoi sviluppi. Sul punto FABIO FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Cedam, Padova, 2016, pp. 1 ss.

² In argomento v. GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale parte speciale. Delitti contro la personalità dello Stato*, Zanichelli Editore, sesta edizione 2009, pp. 5 ss.

³ La tesi di una differenziazione del diritto penale, attraverso l'istituzione di un “diritto penale del nemico”, accanto al “diritto penale del cittadino”, è stata avanzata da GUNTHER JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW* 97, 1985, pp. 751 ss.

⁴ Le figure di reato, figlie della c.d. legislazione “d'emergenza”, lungi dall'essere espressione di una politica criminale moderna e razionale, ispirata ai valori costituzionali, assolvono, il più delle volte, anticipando notevolmente la soglia della tutela penale, ad una funzione “simbolico-espressiva”: lo Stato, più che accertare la responsabilità del reo per l'offesa arrecata agli interessi protetti, intende innanzitutto rassicurare la collettività circa la volontà politica di combattere efficacemente il terrorismo.

E non è il solo. Come si dimostrerà con l'analisi della sentenza in commento, il paradigma del "diritto penale del nemico" sembra suggestionare anche chi delle leggi e dei principi dovrebbe essere "custode": il giudice, come nel caso in esame, può contribuire, in nome della sicurezza collettiva, a flessibilizzare i valori su sui si è faticosamente fondato il diritto penale "dei moderni" oltre che il significato più profondo della democrazia politica, quale la libertà di manifestazione del pensiero⁵.

2. I fatti

"Voglio incontrare Dio, madre nascondi le lacrime, Adhan chiama alla Jibad". Questa è solo una delle diverse frasi di tale calibro, accompagnate da fotografie, lunghi brani di discorsi di autorità religiose e videoregistrazioni afferenti il conflitto bellico in corso di svolgimento sul territorio sirio-iracheno, postate sul *social network Facebook*, che hanno costato una misura di custodia cautelare in carcere. L'ordinanza era stata disposta perché il soggetto era ritenuto gravemente indiziato del reato di cui all'art. 414 comma 4 c.p. per aver pubblicamente, attraverso la diffusione sulla rete *Internet*, fatto apologia dello Stato Islamico, associazione con finalità di terrorismo internazionale (delitto previsto dall'art. 270 *bis* c.p.).

Tuttavia, a seguito di gravame *ex art.* 309 c.p.p. il Tribunale del Riesame annullava l'ordinanza custodiale, ritenendo le videoregistrazioni postate su *Facebook*, spesso mediante la sola opzione "like", a valenza attinente esclusivamente la confessione religiosa professata dall'indagato.

Interviene la I Sezione della Corte di Cassazione con sentenza 24103/2017 che annullava l'ordinanza del Tribunale della Libertà rinviando al medesimo per un nuovo esame degli elementi probatori. Si accoglieva il ricorso presentato dal P.M., capovolgendo il giudizio operato dal Riesame sulle videoregistrazioni postate sul *social*. Queste ultime, diffuse su un sito *Internet* privo di vincoli di accesso, avevano una "chiara portata apologetica" giacché il richiamo al conflitto bellico in corso di svolgimento sul territorio sirio-iracheno in esse contenute era un "idoneo riferimento" all'*Isis*, protagonista non certo secondario di tale guerra e presupponeva il richiamo alla *jihad* islamica, "fonte di ispirazione delle azioni militari dello Stato islamico e collante del terrorismo islamico su scala internazionale".

Senonché, il Riesame, in sede di rinvio, nonostante il *dictum* della Cassazione, annullava nuovamente l'ordinanza disposta dal G.I.P. E' stato in particolare osservato che il mero richiamo alla *jihad*, data la pluralità di gruppi religiosi che la evocano, non può essere ricondotto automaticamente all'*Isis* e dunque non è rilevante ai

Più precisamente la "legislazione d'emergenza" anti-terrorismo, con interventi progressivi, cerca di colpire, nell'ottica di un pan-penalismo repressivo ad ampio spettro, ogni atto anche solo prodromico all'attività di terrorismo. In questa direzione: il delitto di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine pubblico (art. 270 *bis* c.p.), che, se pur introdotto con la l. 6.2.1980, n. 15 dal legislatore repubblicano per fronteggiare il fenomeno terroristico che imperversava durante la fine degli anni '70, è stato integralmente riscritto dal d.l. 18.10.2001, n. 374, conv. in l. 15.12.2001, n. 438 (disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale), sulla spinta della diffusa sensazione di insicurezza collettiva generata dalla strage dell'11 settembre 2001.

⁵ Sul rapporto tra diritto penale e democrazia all'interno della cultura giuridica occidentale contemporanea caratterizzata da radicali cambiamenti cfr. ANTONELLA MERLI, *Democrazia e diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 8 ss.

fini apologetici; inoltre, per escludere la configurabilità dell'art. 414, 4 comma c.p., l'ordinanza ridimensionava la portata offensiva dei video incriminati sul rilievo della breve durata – undici giorni – della loro condivisione sul profilo *Facebook* oltre che della circostanza per cui, come già detto, uno dei video sarebbe stato diffuso con la sola opzione “mi piace”.

La Corte di Cassazione penale, con la sentenza n. 55418 del 25 settembre 2017, qui in commento, s'innestava nell'ambito del procedimento cautelare in questione in risposta al ricorso presentato, ancora una volta, dal Procuratore della Repubblica di Brescia. Ricorso che il Supremo Collegio ritiene fondato. Gli elementi invocati dal Riesame non sono, a giudizio della Corte, “assolutamente idonei a ridurre la portata apologetica della condotta, attesa la comunque immodificata funzione propalatrice di condizionamento delle coscienze svolta in tale delicata materia dal *social network Facebook*”. Il Riesame, inoltre, secondo gli Ermellini, non aveva tenuto conto dei contatti dell'indagato con altri soggetti già indagati per terrorismo islamico; e per di più, negando la connotazione terroristica della guerra santa citata dai video diffusi in rete e ritenendo vago e non idoneo a configurare apologia dell'*Isis* il richiamo alla *jihad* ivi contenuto, aveva disatteso il principio di diritto enunciato dalla sentenza 24103/2017. Annullata nuovamente, dunque, l'ordinanza impugnata con rinvio, per nuovo esame, al Tribunale della Libertà.

3. Le questioni giuridicamente rilevanti

Nonostante la sommarietà di giudizio imposta dalla funzione cautelare, diverse e interessanti sono le questioni giuridicamente rilevanti afferenti il diritto penale sostanziale che la sentenza in commento solleva e su cui ci si soffermerà.

Innanzitutto, il reato contestato è un delitto d'apologia; ciò pone il problema, affrontato dalla Corte anche in questa sentenza, dell'“eterno conflitto” tra incriminazione dell'“opinione” e principi penalistici di materialità e offensività, essendo il bilanciamento in questo settore assai delicato dato che è in gioco una libertà fondamentale come quella di manifestazione del pensiero.

In secondo luogo viene in rilievo la questione della corretta configurazione nel caso di specie del delitto apologizzato: “associazione con finalità di terrorismo”. Da qui, la questione della problematicità dell'innesto in sede giudiziale di due fattispecie delittuose a tutela anticipata: apologia e reato associativo. In che misura ciò è compatibile con il diritto penale del fatto offensivo delineato dalla nostra Costituzione?

Altro aspetto su cui si concentra la sentenza in commento è quello relativo al carattere pubblico della condotta, necessario affinché sia integrata l'apologia punibile *ex art. 414* comma 3 e 4, c.p. Anche questo tema, estremamente attuale dato il ruolo catalizzatore svolto dal *web*, divenuto il canale principale usato dai terroristi, merita ulteriori approfondimenti.

4. Apologia lecita o illecita? Banco di prova per offensività e libera manifestazione del pensiero

Il delitto per il quale l'imputato è stato ritenuto gravemente indiziato, al punto da legittimare una misura coercitiva limitativa della sua libertà personale, è quello

di apologia. Si tratta di reato che, scaturendo da un atto di manifestazione del pensiero, è *species* del più ampio *genus* dei c.d. “delitti di opinione”⁶, dei quali – prova ne è la sentenza in commento – condivide l’anima intrinsecamente problematica.

Questa categoria di reati, definita da autorevole dottrina “ad alto tasso di problematicità teorica”⁷, non ha mai visto sopire su di sé le “luci dei riflettori”, tanto è vero che le recenti vicende legislative⁸ e giurisprudenziali – la sentenza che si annota è solo una fra le tante pronunciate in questa materia⁹ – ne hanno riportato alla ribalta, seppure in chiave moderna, il tema.

Se la radice storica, della quale gli odierni “reati di opinione” sarebbero versione moderna e aggiornata, è riconoscibile nel temibile *crimen laesae maiestatis*¹⁰, istituto proteiforme che, dal diritto romano per lungo tempo, è stato assunto a fondamento di tutte le feroci persecuzioni che, in nome della ragion di stato, hanno immolato i più sacri diritti dell’individualità umana, vi è da dire che il ricorso a figure incriminatrici d’opinione non è mai stato abbandonato nel nostro ordinamento¹¹: un secolo e più di legislazione penale documenta, invero, la sostanziale continuità della nostra tradizione legislativa in incriminazioni di tal genere, strettamente connesse, a partire dai codici del 1800, con la configurazione che assumono i delitti contro lo Stato¹².

⁶ V. ALESSANDRO SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 689 ss, che sottolinea che la denominazione sarebbe impropria, in quanto anche per queste particolari figure criminose non potrebbe negarsi l’esistenza di una condotta esterna. Non s’incrimina, infatti, un mero atto di pensiero, come suggerirebbe la lettera della locuzione; ma occorre la manifestazione/espressione di un certo contenuto di pensiero. Perciò si propone di sostituire la denominazione, per una maggiore aderenza alle modalità esecutive del comportamento, con quella di “reati di espressione”. In questi termini, cfr.: ALFONSO DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di un diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 17 ss.; GIULIANO MARINI *Lineamenti del sistema penale*, Utet, Torino, 1993, p. 240.

⁷ V. CARLO FIORE, *I reati di opinione*, Cedam, Padova, 1972, pp. 54 ss. Per contro ALFONSO DI GIOVINE, *op. cit.*, 6 ss, riconosce al tema una modesta incidenza sulla dinamica reale dell’organizzazione del consenso e del dissenso in una società di massa.

⁸ Oltre alla già citata legislazione anti-terrorismo che ha – da ultimo – introdotto due aggravanti in materia di terrorismo nell’art. 414, 4 comma c.p., significativa è la legge n. 115 del 16 giugno 2016 che inserisce un nuovo comma 3 *bis* nella legge n. 654 del 1975 avente ad oggetto il c.d. “negazionismo”, punito con la pena della reclusione da due a sei anni. Sul punto v. ANGELO SALVATORE SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo reato di negazionismo*, in *Dir. pen. contemp.*, 10 gennaio 2017; EMANUELA FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 653 ss.

⁹ A titolo meramente esemplificativo si vedano: Cass. pen. sez. I, sent. 6.10.2015 n. 47489 (che si approfondirà nei paragrafi finali) e Cass. pen. sez. I, sent. 28.6.2016 n. 31249.

¹⁰ Sulla storia e l’evoluzione di tale istituto cfr. ENRICO PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. III, Napoli, 1885, pp. 10 ss, dove si leggono parole severe nei confronti di quella che l’Autore definisce una “terribile costruzione”. Cfr. pure, MARIO SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 342.

¹¹ Tant’è che si legge in CARLO FIORE, *op. cit.*, p. 17: “la dottrina finisce ben presto per prendere atto che l’abolizione dei reati di lesa maestà, ufficialmente salutata come ripudio definitivo di un passato ormai sepolto, era stata, poco più che una lustra”.

¹² V. GIUSEPPE BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1965, p. 13 ss, che sottolinea il timore, con il primo stabilizzarsi degli ordinamenti liberali,

Chiaramente, questa tendenza si accentua durante il regime fascista: così, il nostro attuale codice penale del 1930, in coerenza con la sua impostazione potestativa e autoritaria¹³, ci ha consegnato – in particolare nella Parte speciale al Titolo I (artt. 266 e 302) e al Titolo V (artt. 414 e 415 c.p.) riguardanti beni giuridici politicamente sensibili come la personalità dello Stato (*alias* sicurezza pubblica) o l'ordine pubblico – diverse fattispecie d'opinione, espressione della volontà dei compilatori di contrastare anche penalmente il dissenso politico-ideologico¹⁴.

È l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948 a mettere in crisi la permanenza dei reati di opinione nel sistema. Essi, da un lato, segnano una vistosa "aporia" interna all'ordinamento giuridico moderno¹⁵ fondato sul riconoscimento dell'autonomia politica individuale che poggia proprio sul diritto di ogni persona di manifestare liberamente il proprio pensiero, sancito, come noto, dall'art. 21 Cost¹⁶. D'altro lato, si scontrano con i capisaldi propriamente penalistici su cui la Costituzione ha costruito il sistema criminale moderno come *magna Charta libertatum* del reo. A vacillare cioè sono materialità e offensività che, spostando il disvalore penale dall'autore al fatto materiale offensivo¹⁷, conseguentemente rifiutano qualsiasi modello di diritto penale a base soggettivistica della pericolosità e della sufficienza della esplicitazione della volontà colpevole, di cui i reati di opinione sono senza dubbio figli.

La questione fondamentale diventa questa: la legittimità costituzionale del bilanciamento, sotteso ad ogni reato d'opinione, tra libertà compresse – non solo quella personale di cui all'art. 13 Cost., sacrificata da qualsiasi disposizione incriminatrice, ma anche quella fondamentale di manifestazione del pensiero – e ragioni per le quali le si comprime¹⁸. Per questi motivi, riserve critiche sono sollevate quando, come nel caso dell'apologia, tale operazione si innesta su beni vaghi e indeterminati, di consistenza decisamente impalpabile, come l'ordine pubblico o la "personalità dello Stato"¹⁹.

Ciò nonostante, come è noto, a partire dagli anni sessanta la Corte Costituzio-

che uno spregiudicato esercizio della libertà d'espressione possa travolgere anche le basi attuali del potere politico, appena attestato sui difficili equilibri dell'ordinamento parlamentare.

¹³ Visione ben compendiata da Hobbes nel noto brocardo *auctoritas non veritas facit legem*.

¹⁴ Questi possono essere divisi in ragione della particolare modalità di descrizione della condotta in: vilipendio (artt. 290-292 c.p.), istigazione e apologia (artt. 266, 302, 303, 414, 415 c.p.), propaganda (272 c.p.), diffusione di voci o notizie (265, 269, 659 c.p.).

¹⁵ La contraddizione era già segnalata più di centocinquanta anni fa in riferimento al sistema britannico da JOHN STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it. della quarta edizione a cura di GIOVANNI MOLLIKA, Giuffrè, Milano, 2000, 105 ss.

¹⁶ Ma la libertà di manifestare il proprio pensiero è riconosciuta anche dall'art. 10 CEDU e dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁷ Per riflessioni su la connotazione del nostro diritto penale costituzionale come un diritto penale del fatto offensivo, tra gli altri, GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 376.

¹⁸ In questo senso ALESSANDRO SPENA, *op. cit.*, pp. 712 ss.

¹⁹ Cfr. FRANCESCO ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 144 secondo cui si tratta di "pseudo beni giuridici" la cui lesione, posta su un piano meramente ideale o, comunque, d'inquietante vaghezza, non è empiricamente verificabile e quindi risulta giudizialmente manipolabile. In questa prospettiva anche SERGIO MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Roma, 1990, pp. 1 ss. che riprende la definizione di ordine pubblico come "ripostiglio di concetti" data da Karl Binding.

nale, con diverse sentenze “interpretative di rigetto”²⁰, ha sempre salvato i reati di opinione dal conflitto con l’art. 21 della Costituzione, pur minacciato da autorevole dottrina²¹.

La strada suggerita, che trova la sua “pietra miliare” nell’arresto della Corte Costituzionale n. 65 del 1970²², proprio in riferimento all’apologia, è quella di interpretare le principali fattispecie in esame in chiave costituzionale facendo leva sul principio di offensività nella sua accezione in concreto²³. Ne deriva una manipolazione della tipicità di tali ipotesi delittuose che, corroborate dal requisito oggettivo dell’idoneità, previsto dall’art. 56 c.p. per la forma ordinaria di anticipazione della tutela penale, sono trasformate da reati legislativamente configurati a pericolo presunto in reati a pericolo concreto da accertare dal giudice caso per caso.

È chiaro che la selezione del tipo di condotta rilevante spetterà, con conseguenze, come si vedrà, evidentemente problematiche, all’interprete (ovvero al giudice di merito). Per non collidere con la norma costituzionale l’apologia punibile – il discorso vale per qualsiasi altra fattispecie “di opinione” a consumazione anticipata – va letta, con una sorta di *abolitio criminis* della originaria fattispecie, alla stregua di un’“istigazione indiretta”: non sarà la mera esaltazione di un reato ma quella che sia “concretamente idonea a provocare la commissione di delitti”²⁴.

A conclusioni analoghe è giunta, altresì, la Corte Europea dei diritti dell’uomo, chiamata in diverse occasioni a valutare la compatibilità delle fattispecie di apologia, ancora oggi presenti in larga parte degli Stati Europei, con la libertà di espressione riconosciuta dall’art. 10 CEDU²⁵.

Nella scia di questa (ri)lettura costituzionalmente/convenzionalmente orientata dei reati di opinione sembra(va) essersi mosso anche il nostro legislatore con la novella n. 85 del 2006²⁶. Sennonchè, nonostante i buoni propositi, gli esiti dell’intervento sono stati per più versi contraddittori e insoddisfacenti, giacchè, ignorandosi del tutto fattispecie come l’apologia di delitto, non si è riusciti a mettere alle spalle la repressione penale del dissenso politico, religioso, culturale, sociale.

A ciò si aggiunga che, quasi contestualmente, nel 2005, è stata, addirittura, ampliata l’operatività dell’art. 414 c.p. prevedendosi inasprimenti di pena rispetto alla istigazione e all’apologia a commettere reati con finalità di terrorismo. Le pene sono

²⁰ V. Corte Cost., sentenze nn. 87/1966, 84/1969, 16/1973, 65/1970, 108/1974.

²¹ Per l’incostituzionalità dei reati di opinione v. CARLO FIORE, *op. cit.*

²² V. Corte Cost., sentenza n. 65 del 1970. Il provvedimento in esame si può apprezzare in nota di G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile*, cit., 1971, 18.

²³ Il duplice ruolo, in astratto e in concreto, del principio di offensività che troverebbe appoggio normativo all’art. 49, 2 comma c.p., è da qualche tempo riconosciuto e ribadito, sulle spinte della dottrina, anche dalla Corte Costituzionale. Cfr. in questi termini, *ex multis*, Corte cost. n. 265/2005.

²⁴ Corte di Cassazione, Sez. I, n. 11578, 17 novembre 1997, Gizzo; Corte di Cassazione, Sez. I, n. 8779, 5 maggio 1999, Oste. Questa impostazione sembra essere condivisa anche dalla pronunce della giurisprudenza di legittimità più recenti: Corte di Cassazione, Sez. I, n. 47489, 6 ottobre 2015.

²⁵ In questo senso cfr. EMANUELE NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 209 ss. A giudizio delle Corte le condotte devono presentare un carattere di pericolosità per interessi pubblici significativi tali da essere direttamente o indirettamente prodromiche o favorevoli alla realizzazione di attività criminali.

²⁶ Per un autorevole commento cfr. TULLIO PADOVANI, *Un intervento normativo sCOORDINATO che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto* n. 14/2006, pp. 23 ss.

state ulteriormente ritoccate al rialzo nel 2015 nel caso in cui i fatti siano commessi con strumenti telematici in ragione della particolare diffusività e conseguente insidiosità di tali mezzi²⁷.

Ecco che – e ciò è particolarmente interessante ai fini della nostra indagine – i reati di opinione prendono “nuova vita”, diventando l’arma privilegiata per combattere – non importa se solo in chiave simbolica – il nemico/terrorista.

4.1. Tra pericolo presunto e pericolo concreto (implicito) nella lotta al terrorista

Questa breve – ma necessaria – ricostruzione cerca di dar conto della cifra problematica complessivamente riconoscibile alla tematica, non nuova alla dottrina e alla giurisprudenza e su cui si inserisce la sentenza in commento²⁸. Seppure nei limiti del giudizio cautelare, infatti, la Corte di Cassazione, nel caso in esame, cerca, di illustrare i criteri per distinguere la condotta di mera manifestazione del pensiero, che poteva ritenersi lecita, da quella di pubblica apologia, diretta e idonea alla violazione delle leggi penali, aderendo, almeno in linea di astratta dichiarazione di principio, alla posizione della Corte Costituzionale.

Si sostiene, infatti, che per integrare il delitto di cui all’art 414, comma 3, c.p. non basta “l’esternazione di un giudizio positivo su un episodio criminoso, per quanto odioso e riprovevole possa apparire alla generalità delle persone dotate di sensibilità umana” ma occorre che il comportamento dell’agente sia “per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell’autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica”, tale da determinare il “rischio, non teorico ma effettivo, della consumazione di altri reati” e, specificamente, di reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato.

Partendo da queste premesse di principio, la Corte ha concluso per la contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione del giudizio del Riesame²⁹. Quest’ul-

²⁷ Il riferimento è al d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito nella l. 31 luglio 2005, n. 155 ed al d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 convertito nella l. 17 aprile 2015, n. 43. È evidente che entrambe le aggravanti, frutto delle indicazioni di anticipazione della soglie della tutela e di innalzamento del rigore sanzionatorio provenienti dalle istituzioni europee, incidono su fatti già penalmente rilevanti ai sensi dell’art. 414, comma 1 e 3, c.p. e, con specifico riguardo ai soli delitti contro la personalità dello Stato, dell’art. 302 c.p. che punisce anche l’istigazione privata, cioè diretta a una o più persone determinate: l’aumento sanzionatorio ha perciò valore pressoché simbolico, data la possibilità di essere vanificato dal giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p. Cfr. MARCO PELLISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, in AA.VV., *Trattato teorico pratico di diritto penale*, FRANCESCO PALAZZO, CARLO ENRICO PALIERO (a cura di), IV, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 185 ss.

²⁸ Per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema dei rapporti tra libertà di espressione e apologia di delitto, *ex plurimius*, FRANCESCO SCHIAFFO, *Istigazione e apologia nei delitti contro l’ordine pubblico*, in AA.VV., *Delitti contro l’ordine pubblico*, SERGIO MOCCIA (a cura di), ESI, Napoli, 2007, pp. 152 ss.; DOMENICO PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, GIULIANO VASSALLI (a cura di), Jovene, Napoli, 2006, pp. 239 ss.

²⁹ È accolta la censura lamentata dal Procuratore ricorrente e conseguentemente è annullata l’ordinanza impugnata – che ha violato il principio di diritto enunciato dalla Corte con sentenza n. 24103/2017 – con rinvio, per nuovo esame, al Tribunale di Brescia in diversa composizione. Deve infatti ricordarsi che l’accertamento del pericolo concreto dell’apologia è riservato al giudice di merito ed è incensurabile

timo aveva ritenuto le videoregistrazioni postate dall'imputato, che si limitavano a diffondere informazioni sull'interpretazione coranica del ruolo di combattenti svolto dagli adepti di fede musulmana, a valenza meramente ideologica, non essendo sufficiente a giustificare l'apologia di delitto un giudizio complessivo sulle posizioni religiose di un soggetto. La V Sezione della Corte di Cassazione, richiamando il *dictum* della sentenza n. 24103 del 2017, disatteso dal Riesame, opta, invece, per la natura intrinsecamente apologetica dei *post*.

Sennonché, analizzando l'approccio della Cassazione, tale conclusione non appare del tutto coerente con l'affermazione di principio da cui la Corte era pur sembrata – correttamente – partire. Invero, il Supremo Collegio si accontenta di presunzioni per l'accertamento – devoluto a un nuovo giudizio del tribunale – del pericolo concreto.

Dal punto di vista “contenutistico” si ritiene sufficiente il richiamo al conflitto bellico in corso di svolgimento sul territorio sirio-iracheno presente nei video. Esso sarebbe un “idoneo riferimento” all'*Isis*, “protagonista non certo secondario di tale guerra” e presupporrebbe il richiamo alla *jihad* islamica, “fonte di ispirazione delle azioni militari dello Stato islamico e collante del terrorismo islamico su scala internazionale”³⁰. Completamente bypassate le valutazioni espresse sul punto dal Riesame che aveva, al contrario, rilevato come il mero riferirsi alla guerra santa non fosse in grado di ricondurre allo Stato islamico, essendo questo solo una delle parti belligeranti.

Sotto il profilo della “modalità comunicativa” si afferma apoditticamente che la breve durata della condivisione dei video e la circostanza che uno di questi sarebbe stato diffuso con la sola opzione “*like*” non sarebbero idonei a ridurre la portata offensiva della condotta, attesa la “funzione propalatrice” svolta in tale contesto dal *social network Facebook*. Assorbente nella valutazione sul pericolo, che la Corte rinvia al nuovo giudizio del Riesame, risulta il ruolo catalizzatore del *web*, canale principale usato dai terroristi per diffondere propaganda.

Altro aspetto a cui la Corte attribuisce valore preminente nell'accertamento del reato è la “condizione personale dell'autore”, segnata, nel caso di specie, da contatti con altri soggetti già indagati per terrorismo islamico. E ciò, confermando la sua natura di fattispecie soggettivamente pregnante³¹, sarebbe sufficiente a integrare gli estremi del delitto di cui all'art. 414, 3 e 4 comma c.p., erroneamente – a giudizio degli Ermellini – ritenuto insussistente dal Giudice della Libertà.

L'impressione è che quello che è chiamato formalmente pericolo concreto assomigli molto nella sostanza al pericolo presunto. Il principale limite della lettura costituzionalmente orientata che di questi reati ha offerto la Corte Costituziona-

in sede di legittimità se correttamente motivato. In tal senso Corte di Cassazione, sez. I, n. 25833, 23 aprile 2012, Testi, Rv. 253101.

³⁰ Più precisamente la Cassazione evidenzia, coerentemente con quanto già affermato in Corte di cassazione, sez. I, n. 31389, 11 giugno 2008, Rv. 241174, che “l'ideologia della *Jihad* secondo la logica della contrapposizione fedele/infedele, verità/menzogna, giustizia/ingiustizia, legittimi l'impiego dei cc.dd. *kamikaze*, persone disposte a sacrificare la propria vita e quella degli altri per “la causa”, ponendo in atto condotte che, ad un tempo, sono atti di violenza *in incertam personam* e forme di comunicazione e di “ammonimento verso i superstiti”

³¹ Cfr. GIANCARLO DE VERO, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, Dig. disc. Pen., Torino, 1993, p. 299.

le (ri)emerge con la rivitalizzazione di tali delitti dovuta al drastico incremento di magnificazione pubblica della causa terroristica, facendo scivolare verso logiche di diritto penale “del tipo d’autore”³².

Invero, l’impostazione del pericolo concreto (implicito), dissimulando una pila-tesca deresponsabilizzazione del legislatore, fa gravare la tenuta del sistema penale costituzionalmente orientato sulla discrezionalità dell’interprete (giudice di merito) che, pur in assenza di un pericolo normativamente previsto, dovrà selezionare il tipo di condotta rilevante, considerando punibile solo quella da cui consegue un certo tipo di pericolo.

Ora, quando si tratta di reati di apologia, le difficoltà attengono non solo all’accertamento di tale requisito, date le divergenze, dovute anche alla mancanza di plausibili canoni di verificabilità, che si registrano sul suo significato. Questo già renderebbe ampio il potere decisionale giudiziale. Tuttavia, il quadro si complica ulteriormente, poiché l’oggetto dell’analisi non è un singolo fenomeno naturalistico, ma l’intera realtà socio-politica: si abbandona perciò il terreno della casualità materiale e si approda su quello della causalità psicologica, sicché per accertare il pericolo le migliori scienze ed esperienze non sono più quelle esatte, ma le discipline sociali, quali la storia, la psicologia, la sociologia, la scienza dell’organizzazione, inevitabilmente esposte al soggettivismo³³.

Tra l’altro un rigoroso accertamento del pericolo concreto condannerebbe nella sostanza queste figure ad una totale inutilità: è estremamente inverosimile che un’isolata condotta di apologia, in condizioni di normalità della vita civile dello Stato, possa addirittura comportare pericolo per la sicurezza dello Stato, o per la sua tenuta democratica.

Insomma, nulla assicura che il pericolo concreto, voluto dalla Corte costituzionale e dalla Corte Edu per scongiurare l’incostituzionalità di tali fattispecie, sia davvero oggetto di indagine da parte dei giudici e non solo di un’apodittica adesione nominalistica. Non sempre, infatti, è agevole la distinzione³⁴: nonostante le affermazioni di principio, la giurisprudenza, con esegesi politico-pratiche grandemente eterogenee e poco compatibili con il principio di tassatività della fattispecie³⁵, sembra spesso disattendere le impostazioni garantiste e cedere a logiche di pericolo presunto, specie se, come nel caso in esame e come sempre più spesso accade, in gioco vi è la protezione della sicurezza collettiva minacciata dall’allarme terroristico.

³² Dubitano della selettività del requisito del pericolo concreto nei reati di apologia e più in generale nei reati di opinione, *ex multis*, MARCO PELLISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. Giust.*, 2015, 4, 39; FRANCESCO VIGANÒ, *Il contrasto al terrorismo di matrice islamico-fondamentalista: il diritto penale sostanziale*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 155.

³³ V. FEDERICO STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1222 ss dove viene affrontata la problematica causale con riguardo a tutti gli accadimenti e viene fatto un particolare riferimento alle scienze sociali.

³⁴ In dottrina sul punto cfr. COSTANTINO VISCONTI, *Istigazione a delinquere*, in ALBERTO CADOPPI, ADELMO MANNA, STEFANO CANESTRARI, MICHELE PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Utet, Torino, 2008, III, pp. 1042 ss.

³⁵ Cfr. GABRIO FORTI, SERGIO SEMINARA, GIUSEPPE ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2017, pp. 1555 ss.

5. Apologia e delitti associativi: doppia anticipazione della tutela penale

Appurato, nonostante le criticità evidenziate, che per la Cassazione la condotta incriminata non è “mera manifestazione del pensiero”, occorre spostare l’attenzione sul delitto apologizzato. Sul punto va detto che per quanto riguarda la specifica configurabilità della condotta criminosa d’apologia è necessario, quale elemento essenziale richiesto dalla norma, che essa sia riferita a uno o più delitti normativamente previsti dovendosi escludere la rilevanza penale di una generica illiceità del fatto apologizzato³⁶.

Nel caso in esame oggetto di apologia è il delitto di “associazione con finalità di terrorismo (anche internazionale)” previsto dall’art. 270 *bis* c.p. Con esso, nell’ottica di arginare gli attacchi terroristici mediante uno strumento operativo più adeguato di quello delle associazioni sovversive di cui all’art. 270 c.p., si punisce chi promuove, costituisce, organizza, dirige o partecipa ad associazioni che si propongono di realizzare con atti di violenza la finalità di terrorismo, dal 2005 descritta, in termini oggettivizzati, nel nuovo art. 270 *sexies* c.p.³⁷.

Più precisamente, la Corte di Cassazione, coerentemente con il principio di diritto espresso in precedenti sentenze e confermando l’anticipazione della tutela congenita all’art. 270 *bis* c.p., considera che le consorterie di ispirazione *jihadista* operanti su scala internazionale abbiano natura di organizzazioni terroristiche³⁸. Ne deriva che le singole videoregistrazioni diffuse dall’imputato su *Facebook* hanno carattere apologetico e propagandistico dello Stato Islamico.

La possibilità che il reato di apologia si saldi a un’ipotesi delittuosa associativa e, quindi, anche al delitto di associazione con finalità di terrorismo è, per i Giudici di legittimità, “dato ermeneutico incontrovertito”, riprendendosi l’argomentazione secondo cui nell’apologia “il pericolo concreto può concernere non solo la commissione di specifici atti di terrorismo, ma anche, la partecipazione di taluno ad un’associazione di questo tipo”³⁹.

In realtà, l’innesto giudiziale tra le due fattispecie criminose, premessa logico-giuridica dell’applicabilità dell’art. 414 c.p. al caso di specie, sarebbe bisognoso di

³⁶ V. GIOVANNI FIANDACA-ENZO MUSCO, *Diritto Penale parte speciale. Delitti contro la personalità dello Stato*, cit., pp. 345 ss. Non è necessario che il fatto apologizzato abbia assunto una precisa qualificazione attraverso la specificazione del “*nomen juris*”, ma è sufficiente che esso contenga i presupposti che consentano il suo inquadramento in uno o più tipi di delitti previsti dall’ordinamento penale. Sul punto cfr. anche Corte di Cassazione, Sez. II, n. 822 del 1961.

³⁷ Per una ricostruzione dei profili sistematici del reato previsto dall’art. 270 *bis* c.p. cfr. FABIO FASANI, *op. cit.*, pp. 164 ss.

³⁸ Si tratta del principio di diritto affermato dalla Cassazione non solo nella già menzionata sentenza n. 24103/2017, in riferimento alla medesima vicenda di cui si sta trattando, ma anche in altre pronunce precedenti. Cfr. sul punto, Corte di Cassazione, sez. V, n. 2651, 8 ottobre 2015, *Nasar Osama*, Rv. 265925; Corte di Cassazione, sez. V, n. 48001, 4 luglio 2016, *Hosini*, Rv. 268164. Si sostiene che “l’ideologia della *Jihad* secondo la logica della contrapposizione fedele/infedele, verità/menzogna, giustizia/ingiustizia, legittimi l’impiego dei cc.dd. *kamikaze*, persone disposte a sacrificare la propria vita e quella degli altri per “la causa”, ponendo in atto condotte che, ad un tempo, sono atti di violenza in *incertam personam* e forme di comunicazione e di “ammonimento verso i superstiti”.

³⁹ Corte di Cassazione, sez. I, n. 265264, 6 ottobre 2015, *Halili*, Rv. 265264.

maggiore approfondimento⁴⁰. Già è stata messa in luce l'incompatibilità del reato di apologia con il fondamentale principio di offensività, scongiurata – almeno in parte – dalla lettura costituzionalmente orientata proposta dal Giudice delle leggi. Problemi analoghi si pongono anche in riferimento ai delitti associativi – almeno quelli cc.dd. “puri” a dolo specifico d’offesa⁴¹ – con i quali si registra un sensibile arretramento della tutela penale ed una conseguente erosione dell’effettiva offesa del bene protetto.

In particolare, l’associazione con finalità di terrorismo, in rilievo nel caso in esame, è costantemente qualificata dalla giurisprudenza come reato di pericolo presunto, integrato dalla presenza di una struttura organizzativa anche rudimentale, con grado di effettività tale da rendere possibile l’attuazione del programma criminoso, senza che sia richiesto l’inizio dell’esecuzione dell’attività programmata⁴². Tanto è vero che si parla dell’art. 270 *bis* c.p. come “reato grimaldello” capace, infrangendo il paradigma garantista, di rassicurare l’opinione pubblica circa la tenuta del sistema di fronte a forme di estremismo e di criminalità che spaventano per la loro “aberrante impostazione ideologica”⁴³.

Se così è, applicare una fattispecie di pericolo – apologia di reato – ad un reato-fine già di per sé a tutela anticipata – partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo – non è operazione dalla legittimità scontata, come sembra sostenere la Corte. Ragionando in questo modo, infatti, si determina una duplice anticipazione della tutela penale – triplice se si tiene conto della sede cautelare per cui il pericolo da accertare è il requisito necessario per l’applicazione della misura – di dubbia compatibilità con il principio costituzionale di offensività. Ciò, anche volendo tener conto delle peculiarità del terrorismo islamista, inevitabilmente, fa svanire la funzione politico-criminale selettiva del diritto penale moderno, incentivando, anzi, fenomeni di criminalizzazione ad ampio spettro⁴⁴.

6. *Il web e la sua “potenzialità diffusiva” per l’ideologia jihadista*

Altra questione affrontata dalla sentenza in commento è relativa ai requisiti necessari per poter integrare la natura “pubblica” richiesta dalla fattispecie tipica di apologia di delitto⁴⁵.

⁴⁰ Cfr. EDUARDO MAZZANTI, *L’adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell’immigrazione*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017 (1), 34 ss.

⁴¹ In questo senso, *ex multis*, cfr. SALVATORE ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 98 ss.

⁴² Corte di Cassazione, sez. VI, n. 25863, 8 maggio 2009; Corte di Cassazione, sez. II, n. 24994 del 25 maggio 2006.

⁴³ Così FABIO FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., pp. 237ss. L’Autore parla di una giurisprudenza “plasmante” che, pur di giungere a giudizi di responsabilità, ha modellato il reato associativo sulla “sagoma dei nuovi gruppi estremisti”: infrangendo il paradigma ermeneutico garantista tradizionalmente elaborato in materia di reati associativi, gli elementi cardine dell’esistenza del reato in esame (associazione, partecipazione e dolo) sono stati adattati “alle forme del nemico”.

⁴⁴ Cfr. MARCO PELLISSERO, *La parola pericolosa*, cit., pp. 4, 39ss.

⁴⁵ In passato si è discusso sulla natura giuridica del requisito della natura pubblica della condotta: condizione obiettiva di punibilità o evento del reato? Oggi, posto che per essere punibile l’apologia

La Corte, riprendendo un orientamento consolidato⁴⁶, espresso anche nella precedente sentenza 24103 del 2017 – avente sempre ad oggetto il caso in esame – presuppone, per la configurazione del reato di cui all’art. 414, 3 comma c.p., “la potenzialità diffusiva indefinita” della comunicazione. Ciò che rileva sono dunque le modalità con cui l’attività comunicativa è esternata che assumono connotazioni di “potenzialità diffusiva” quando sono destinate ad un numero indeterminato di soggetti e comunque non sono riconducibili ad un ambito strettamente interpersonale.

Da questa considerazione la Cassazione arriva a escludere che le comunicazioni telematiche, intercettate nel corso delle indagini preliminari e poste a base dell’ordinanza custodiale, abbiano valenza apologetica: si tratta, invero, di conversazioni e *chat* private di un *social network*, circoscritte all’ambito conoscitivo del solo ricorrente o all’interlocuzione individuale con altro soggetto e che, per queste ragioni, difettano di quella necessaria pubblicità intesa come “potenzialità diffusiva indefinita equiparabile alla stampa”.

Diverso discorso è fatto per le videoregistrazioni postate sul profilo personale *Facebook* dell’imputato. In questo caso il carattere pubblico è integrato giacché la diffusione di un messaggio o di un documento apologetico attraverso il suo inserimento sul *social network*, considerabile alla stregua di un sito *Internet* privo di vincoli di accesso, ha una “potenzialità diffusiva indefinita”. Infatti, l’art. 266, comma 4 c.p. definisce il reato avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso “col mezzo della stampa o con altro mezzo di propaganda” ed è evidente che un sito *Internet* a libero accesso ha una potenzialità diffusiva indefinita tale da poter essere equiparato alla stampa⁴⁷.

In questo modo la Corte mostra di non sottovalutare il ruolo fondamentale svolto dai moderni strumenti di comunicazione di massa nel diffondere il radicalismo islamico, e dunque il terrorismo. *Internet* e *social media* sono difatti divenuti il principale supporto per gli affiliati/semplifici sostenitori dell’*Is* al fine di reclutare nuovi seguaci, trovare finanziamenti, portare avanti azioni di propaganda e sensibilizzazione e soprattutto raccogliere e diffondere informazioni⁴⁸: sfruttando la vastità del *web* e l’impossibilità di un suo controllo capillare si ottiene un’ indefinita potenzialità diffusiva del messaggio istigatorio/apologetico.

Del conseguente pericolo per la sicurezza collettiva sembra farsi carico la giurisprudenza che, come nel caso in esame, da un lato attribuisce, nell’accertamen-

deve concretamente porre in pericolo l’ordine pubblico pare che il “pubblicamente” debba essere reputato elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice. In tal senso già FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, P.s., II, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 716-717.

⁴⁶ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, n. 25833, 23 aprile 2012, Testi; sez. I, n. 26907 del 5 giugno 2001, Vencato.

⁴⁷ Cfr. la già citata Corte di Cassazione, sez. I, n. 47489, 6 ottobre 2015, *Halili*; sez. V, n. 33179, 24 marzo 2013, Scarpino. In quest’ultima sentenza si legge che “l’attività di proselitismo ben può essere effettuata mediante i canali telematici – tra i quali occorre certamente comprendere il *social network* denominato *Facebook* – attraverso cui si mantengono i contatti tra gli aderenti o i simpatizzanti, mediante la diffusione di documenti e testi apologetici, la programmazione di azioni dimostrative, la raccolta di elargizioni economiche, la segnalazione di persone responsabili di avere operato a favore della causa propagandata”.

⁴⁸ In questo senso depone anche lo studio realizzato dallo UNODC, *The use of the Internet for terrorist purposes*, in www.unodc.com, 2012.

to dell'apologia contestata, valore assorbente proprio alla "funzione propalatrice" svolta in tale contesto dal *social network Facebook*, dall'altro ritiene sussistente la circostanza aggravante dell'uso degli strumenti telematici ed informatici, introdotta nel 2015 e con la quale lo stesso legislatore, aderendo agli obblighi internazionali, ha dimostrato di tenere conto dell'importanza assunta da *Internet* nelle strategie dello Stato Islamico⁴⁹.

7. La lotta della giurisprudenza al terrorismo: tra principi costituzionali e diritto penale del nemico

Gli snodi argomentativi in cui si articola la motivazione della pronuncia in commento mettono in luce la tendenza della giurisprudenza – anche quella di legittimità – a cedere sulle garanzie costituzionali su cui è stato faticosamente costruito il sistema criminale moderno, per accordare una tutela, quanto più effettiva possibile, alla "sicurezza collettiva" minacciata dal sempre più imperante allarme terroristico. Diverse le forme di distorsione ermeneutica di cui si è resa protagonista la Cassazione: dall'invocato pericolo concreto che, nella sostanza, poggiando essenzialmente sulla "condizione personale dell'agente", diventa presunto, confermando la natura di fattispecie soggettivamente pregnante dell'apologia; all'innesto, di dubbia compatibilità con il diritto penale del fatto offensivo, dell'apologia con un reato, quale quello previsto dall'art. 270 *bis* c.p., già di per sé a tutela sensibilmente anticipata; fino al ruolo assorbente ricoperto, nell'accertamento della sussistenza del delitto contestato, dal *web*, canale principale usato dai terroristi.

Letta in questa prospettiva la sentenza diventa "cartina di tornasole" delle metamorfosi che sta vivendo il diritto penale dei nostri giorni, nella sua funzione di lotta al terrorismo. Si tratta di trasformazioni profonde che investono non solo – come è noto – il profilo legislativo ma anche – e ciò è particolarmente preoccupante – quello della prassi giudiziaria⁵⁰.

La giurisprudenza gioca, infatti, un ruolo fondamentale in questa partita, trovandosi impegnata nei diversi casi pratici nella delicata individuazione di quante e quali limitazioni ai diritti fondamentali della persona si possono accettare pur di conservare l'ordine pubblico e la sicurezza collettiva minacciati dal terrorismo fondamentalista. Il tutto è ulteriormente complicato dalla circostanza per cui, nel fissare l'equilibrio tra effettività e legittimità, le magistrature devono applicare le vecchie e tradizionali categorie normative, difficilmente conciliabili con un fenomeno criminale nuovo e sconosciuto nelle sue linee strutturali.

Così, accade che, come nel caso in esame, la giurisprudenza, suggestionata dalle

⁴⁹ Così CARMELO DOMENICO LEOTTA, *La repressione penale del terrorismo ad un anno dalla riforma del D.L. 18 febbraio 2015, n. 7*, in *Arch. Pen. (Web)*, 2016, 1, 6 ss.

⁵⁰ Ai fini della presente indagine ci si concentra sulla lotta al terrorismo che stanno compiendo le magistrature. Ampiamente sviscerata da parte della letteratura risulta l'operato del legislatore. Egli per "tenere a bada" la comunità sociale ha elevato la percezione di costante insicurezza a canone costituzionale di "necessità e di urgenza", riempiendo il codice penale e la legislazione speciale di interventi populistico-simbolici che segnano il trionfo del diritto penale della pericolosità: attraverso le più avanzate categorie dei reati di pericolo si colpiscono condotte astrattamente neutre anticipando la soglia di punibilità di fatti che divengono penalmente significativi solo per la loro correlazione a volte solo tutta psicologica e finalistica con attività di terrorismo.

drammatiche vicende succedutesi negli ultimi anni in connessione con il terrorismo *jihadista*, finisce per affievolire le garanzie costituzionali accettando la punizione di condotte contigue benché lontane – spesso di migliaia di chilometri – dal terrore e dalle attività violente.

Il rischio è tradire, anche a livello giudiziale, il diritto penale costituzionalmente orientato – *magna Charta libertatum* del reo – per accostarsi all’illiberale diritto penale del “nemico”⁵¹, in virtù del quale il terrorista non è un criminale ma un vero e proprio nemico da combattere con ogni mezzo necessario e utile, anche a costo di comprimerne i diritti fondamentali.

Questa prospettiva, propria del modello bellicistico statunitense di lotta al terrorismo, e che sembra aver ispirato le misure legislative del c.d. “anti-terrorismo” anche nei paesi occidentali, caratterizzate dal ruolo centrale attribuito alla fattispecie associativa, dalla sensibile anticipazione della tutela e dall’elevato livello sanzionatorio, collide con tutti i capisaldi del diritto penale democratico. Nel momento in cui si qualifica il reo come un nemico, è inevitabile che la pena finisca per perdere i connotati funzionali della risocializzazione e della rieducazione per assumere quelli della neutralizzazione e della segregazione, del tutto incompatibili con il disposto costituzionale dell’art. 27, 1 e 3 comma c.p.⁵².

D’altra parte, la ragione giuridica dello Stato di diritto non conosce nemici ed amici, ma solo colpevoli e innocenti. Dunque, una contraddizione in termini, che rappresenta, di fatto, la negazione del diritto penale, la “dissoluzione del suo ruolo e della sua intima essenza”⁵³.

Si comprende, perciò, quanto il difficile compito del giudice diventi cruciale in questi settori dove è forte l’allarme sociale e quanto sia pericoloso scivolare verso logiche di diritto penale “d’autore”: in gioco vi è la tenuta del sistema democratico.

In proposito vi è da dire che, nonostante la tendenza generale della giurisprudenza – confermata dalla sentenza che si commenta – sia quella di accettare flessibilizzazioni dei succitati principi, in nome della tutela della sicurezza collettiva, spesso arretrando oltre i già affievoliti limiti delle disposizioni incriminatrici, non mancano pronunce che si distinguono per l’anima garantista. Degna di menzione in tal senso è la decisione – di poco precedente la sentenza in esame e sempre relativa ad un’ipotesi di “apologia dell’*Is* via *Internet*” – in cui la I Sezione della Cassazione riesce a valorizzare la capacità del sistema penale vigente di offrire efficaci risposte alla minaccia del terrorismo di matrice islamica senza rinunciare ai principi garantistici che informano il sistema penale tanto sul versante sostanziale, quanto su quello

⁵¹ La categoria è stata elaborata da GUNTHER JAKOBS, *op. cit.* Il modello delineato dall’Autore mira a neutralizzare, con tutti i mezzi necessari, la pericolosità individuale di quei soggetti dai quali non ci si può attendere l’osservanza delle regole fondamentali della convivenza civile e si caratterizza per l’arretramento accentuato della tutela penale ad atti preparatori, per gli altissimi livelli sanzionatori e per la riduzione delle garanzie difensive. Sul punto nella dottrina italiana cfr., *ex multis*, MASSIMO DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in ROBERTO KOSTORIS – RENZO ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 19 ss; FERNANDO MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico nel diritto penale e l’amico nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 646 ss.

⁵² Cfr. FRANCESCO PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2006, pp. 676 ss.

⁵³ In questo senso v. LUIGI FERRAJOLI., *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 4/2006.

processuale⁵⁴. Si lancia in questo modo un messaggio importante sul “metodo” da seguire per evitare che la necessità di proteggere beni giuridici di primaria rilevanza, come la vita e l’integrità fisica, possa portare “ad affievolire la nostra identità di Stato liberale di diritto”.

8. Rilievi conclusivi

Stando così le cose, due sono le puntualizzazioni che appaiono opportune in prospettiva futura.

Il primo auspicio è affidarsi al “metodo” suggerito dalla Corte in pronunce come quella appena citata, percorrendo, dunque, la via che valorizza in ogni disposizione incriminatrice una lettura fedele ai principi costituzionali.

È vero che – come ci pare – nella “lotta al terrorismo” è ineludibile il ricorso allo strumento penale⁵⁵, anche anticipandone la soglia d’intervento per la profonda connessione tra pensiero islamico radicale e fenomeno terroristico *tout court*.

Tuttavia, deve rimanere saldo un nucleo essenziale di diritti sui quali non si arretra: né in via di astratta previsione legislativa, né tantomeno sul piano dell’ermeneutica giudiziale. I diritti fondamentali devono costituire la frontiera ultima ricordando che il diritto penale sta e cade insieme alle garanzie.

In questo quadro, banco di prova della tenuta del sistema democratico – che da ultimo è fatta gravare sull’interprete, impegnato, nella complessità dei casi che offre la prassi, a bilanciare interessi opposti – sono proprio i reati di opinione – apologia e istigazione – rivitalizzati dalla insidiosità delle nuove forme di propaganda e incitamento adoperate dai moderni terroristi.

L’esatta individuazione della soglia d’intervento penale risulta qui oltremodo complicata: è in discussione la libertà di manifestazione di pensiero, quintessenza di uno stato non solo liberale, ma personalistico, democratico, laico, pluralista e fondato sull’eguaglianza. Essa, tutelata nel nostro ordinamento costituzionale in quanto tale, e non soltanto in quanto “utile alla collettività”, ha la sua essenza proprio nel carattere eversivo, conflittuale, pluralista: sarebbe inutile una libertà dei pensieri innocui e conformi a Costituzione⁵⁶.

⁵⁴ Corte di Cassazione, sez. I, n. 47489, 6 ottobre 2015, *Halili*. La decisione interveniva sul reato di apologia di cui all’art. 414, comma 4 c.p., aggravato dalla finalità di terrorismo ai sensi dell’art. 1 del d.l. 15 dicembre 1979 n. 625, convertito dalla l. 6 febbraio 1980 n. 15. Nella specie era contestato all’indagato di avere fatto apologia dello Stato Islamico, associazione con finalità di terrorismo, pubblicamente e in particolare, mediante la diffusione sulla rete *Internet* di documenti che avevano il fine di convincere il lettore che l’adesione allo Stato Islamico doveva ritenersi la sola scelta corretta anche sotto il profilo religioso. Merita di essere messo in evidenza come la norma incriminatrice, vagliata nel contraddittorio delle parti e dinanzi a tre diversi organi giurisdizionali, sia stata interpretata in senso conforme al principio di offensività e alla luce di un attento esame della condotta e del suo contesto. Sul punto, STEFANO ZIRULIA, *Apologia dell’Is via Internet e arresti domiciliari. Prime prove di tenuta del sistema penale rispetto alla nuova minaccia terroristica*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015.

⁵⁵ Sul punto FRANCESCO VIGANÒ, *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, in *ius17@unibo.it*, 2009, 1, pp. 176 ss.

⁵⁶ Cfr. ANTONIO CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 563 ss..

Ebbene, oltre al limite del buon costume, l'unico normativamente previsto, altri limiti a tale "pietra angolare del sistema democratico" devono essere valutati con molta cautela. In altri termini, dinanzi alla "nuova vita" dei reati di opinione in materia di terrorismo i veri referenti di protezione devono essere individuati nei beni individuali direttamente colpiti da atti di violenza, quali la vita, la libertà personale e l'incolumità fisica, relegando a un piano secondario la sicurezza collettiva.

Il secondo auspicio è che non sia solo il diritto penale lo strumento utilizzato per contrastare il terrorismo. Considerarlo capace di risolvere il problema, come se fosse possibile, attraverso la previsione di un reato, eliminarlo alla radice, è illusorio e pericoloso⁵⁷. Molto più e molto prima della condanna penale occorre un impegno profondo che, ricorrendo agli "spazi aperti della sfera pubblica" e non solo a quelli "chiusi delle aule dei tribunali"⁵⁸, il piano politico, culturale e sociale dovrebbero garantire. È in questa direzione che dovrebbe ergersi la difesa della nostra civiltà, adottando tutti gli strumenti disponibili per dar vita ad una battaglia culturale "inclusiva" che è insieme espressione di democrazia e unica possibilità di vittoria.

⁵⁷ Cfr. MARCO PELLISERO, *La parola pericolosa*, cit., in cui si sottolinea che "visto da questa prospettiva il diritto penale può diventare più pericoloso delle parole i cui rischi crede di neutralizzare".

⁵⁸ Sono riflessioni di EMANUELA FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 125 ss., che, nonostante la diversità di fenomeno in questione, sono condivisibili – se pur con i dovuti accorgimenti – anche nell'ottica della "lotta al terrorismo".

**CASS. PEN. – SEZ. III – 29 GENNAIO 2018 (dep. 02.
LUGLIO 2018), n. 29613**

Pres. ROSI, Rel. CIRIELLO

Reati culturalmente orientati o motivati – Scriminante culturale – Matrice religiosa e culturale – Illiceità penale della condotta – Bilanciamento di diritti – Tradizioni culturali, religiose, sociali – Valori offesi – Principio di offensività – Globalizzazione – Immigrazione – Comunità di origine – Paese d’arrivo – Sbarramento invalicabile – Diritti inviolabili – Reati sessuali

Può essere presa in considerazione la categoria dei reati culturalmente orientati o culturalmente motivati ai fini della sussistenza della consapevolezza dell’illiceità penale della condotta; tuttavia è necessario un rigoroso bilanciamento tra il diritto inviolabile del soggetto agente a non ripudiare le proprie tradizioni culturali, religiose, sociali ed i valori offesi o posti in pericolo dal suo comportamento. Per il compimento di tale giudizio di “bilanciamento”, risulteranno utili i seguenti tre parametri di riferimento: la reale matrice religiosa o giuridica della regola culturale in adesione alla quale è stato commesso il fatto, il suo effettivo carattere vincolante nella comunità di origine dell’imputato ed il grado d’inserimento dell’immigrato nella cultura e nel tessuto sociale del Paese d’arrivo.

L'elemento religioso culturale nel reato di violenza sessuale aggravata. L'interpretazione di Cass. Pen., 29 gennaio 2018, n. 29613

VALERIA FEO

1. La vicenda e la questione giuridica di fondo

La sentenza in commento trae origine da una nota vicenda risalente al 2010 e riguardante una famiglia di Reggio Emilia di origini albanesi; i fatti coinvolsero il figlioletto della coppia che all'epoca aveva poco più di cinque anni.

Il padre venne tratto a giudizio per la violazione degli artt. 81 e 609 bis c.p. e dell'art. 609 ter c.p., u.c., in quanto *«in più occasioni, abusando della sua autorità di padre, del divario di età e della condizione di immaturità del figlio minore, con violenza, consistita nell'abbassargli repentinamente i pantaloni, lo costringeva a compiere e subire atti sessuali, quali palpeggiamenti nelle parti intime e rapporti orali»*. Non solo, anche la madre venne coinvolta nella vicenda e rinviata a giudizio poiché, in violazione degli artt. 40, 81 e 609 bis c.p. e dell'art. 609 ter c.p., u.c., *«nonostante l'obbligo giuridico di evitare i gravi abusi perpetrati ai danni del figlio, non interveniva pur essendone a conoscenza»* ed inoltre, poiché, in violazione dell'art. 612 c.p., *«minacciava in strada l'ex insegnante del figlio»*, che aveva segnalato insieme ad un'altra maestra gli abusi subiti dal minore.

Le origini degli imputati e le tradizioni religioso culturali degli stessi costituiscono lo snodo della fattispecie: infatti, quelli che per l'ordinamento italiano si inseriscono nella più ampia accezione di atti di violenza sessuale, in alcune zone rurali interne dell'Albania sembrerebbero null'altro che meri gesti di affetto e di orgoglio paterno nei confronti del figlio maschio assolutamente privi di qualsiasi implicazione di carattere sessuale e indicati come rispondenti a consuetudini del Paese di origine.¹

¹ Tale tradizione culturale fu confermata ed invocata dall'*Iliria* (Lega Immigrati Albanesi) la quale a seguito dell'arresto del padre del bambino – avvenuto il 3 agosto 2010 – scese repentinamente in piazza in sua difesa prima con un corteo di circa 150 persone nella stessa Reggio Emilia (lì fu organizzata anche un'altra manifestazione "ad oltranza" alcuni giorni dopo), poi davanti Palazzo Chigi a Roma e parallelamente nella città di Dukat, vicino Valona, nei pressi del Consolato Italiano in Albania. In una lettera che la stessa Lega scrisse a Lesh Kola – ambasciatore dell'Albania in Italia – si chiedeva di attivare «i possibili canali diplomatici per comunicare con il Ministero della Giustizia italiano» e di «fare presente le preoccupazioni» della comunità albanese sul caso «offrendo chiarimenti». Il presidente dell'*Iliria* Vladimir Kosturi inoltre affermava: «tutta la comunità albanese è convinta che non si tratti di pedofilia. Nella cultura orientale è normale baciare le parti intime del proprio figlio maschio. È un segno di affetto, un gesto di amore. Non bisogna confondere la gioia con la pedofilia.

Va da sé che la vicenda nella sua sostanza – ma ancor più come si vedrà nella sua proiezione processuale e nei vari gradi di giudizio – risulta tanto più interessante quanto più attualizzata e contestualizzata in un particolare momento storico – quale quello odierno – nel quale i forti flussi migratori ed il carattere sempre più multiculturale della società, impongono di soffermarsi a riflettere sul problema di una corretta integrazione dei migranti e sull'opportunità e/o possibilità di un'applicazione differenziata del diritto penale rispetto alla variabile culturale e religiosa.²

A dire il vero, non parrebbe essere una novità l'imbatarsi in vicende nelle quali precetti culturali o confessionali siano in collisione con le norme penali dell'ordinamento italiano. Tuttavia, è bene sottolineare che vi è una lieve differenza tra le fattispecie assimilabili a questa in esame ed i ben noti conflitti di lealtà (sussumibili nella più ampia tematica dell'obiezione di coscienza).³

Negli ultimi, i soggetti coinvolti si sentono vincolati da regole di carattere etico-religioso contrastanti con le norme valide per la generalità dei consociati che si trovano sul territorio dello Stato: tale conflitto (tra doveri incompatibili) si concretizza in contraddizioni non solo formali ed estrinseche, ma soprattutto ideologiche. La deroga concessa (attraverso la rinuncia dell'ordinamento alla pretesa di osservanza della norma da parte dei soggetti coinvolti) si pone come un modo (o meglio, come un rimedio) per superare suddetta contrapposizione, non sanando in alcun modo il conflitto ideologico tra l'individuo e l'imperativo giuridico.

Invece, nei casi non distanti da questo in commento non sembrerebbero compiersi delle valutazioni di merito rispetto alla norma giuridica statale, rivendicandosi semplicemente il diritto a manifestare tratti espressivi della propria identità culturale e restando in una sorta di posizione di estraneità rispetto alla validità generale della norma per la quale il soggetto coinvolto ben potrebbe dividerne la *ratio*. Di fronte ad un bene costituzionalmente rilevante – quale la libertà religiosa ex art. 19 Cost. – e alla luce dell'art. 51 c.p.⁴, risulta doveroso da parte del giudice effettuare un bilanciamento con il bene giuridico tutelato dalla legge penale, non potendo *a priori* dare prevalenza a questo rispetto alla prima.⁵

Figuriamoci in questo caso dopo che quest'uomo, lavoratore bravissimo senza precedenti che ha sempre curato la famiglia, ha avuto questo figlio maschio finalmente dopo delle femmine. La comunità albanese ha voluto a tutti i costi fare questa manifestazione ed è pronta a fare un presidio fisso fino a che non verrà scarcerato. Siamo i primi contro la pedofilia, i pedofili devono stare in galera, ma qui si sta solo distruggendo una famiglia».

² Cfr. ALESSANDRO BERNARDI, "Fattore culturale" e personalizzazione dell'illecito penale, in LUCIA RISCATO, EMANUELE LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali. Atti del Convegno (Messina 13 e 14 giugno 2008)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 126 ss., nel quale si analizza criticamente il «progressivo, seppur controverso» fenomeno di soggettivizzazione del diritto penale.

³ Si vedano a tal proposito le riflessioni di ANGELO LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica), gennaio 2017, p. 5 ss. Inoltre, in tema di comportamenti religiosi indirettamente vietati dall'ordinamento e di obblighi giuridici contrastanti con precetti religiosi, si rinvia a MARIA CRISTINA FOLLIERO, ANTONIO VITALE, *Diritto Ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole. Quaderno 2. I principi scritti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 59 ss.

⁴ Secondo cui «l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine della pubblica autorità, esclude la punibilità».

⁵ Si pensi alla nota Cass. Pen., VI sez., 3 giugno 2008, n. 28270, la quale cassò con rinvio la sentenza

È chiaro che l'autorità della norma incriminatrice nazionale rischi di essere messa in discussione dal relativismo derivante da una diversa (e forse più tollerante) disciplina applicata a situazioni controverse dettate dalla matrice multiculturale.

«La funzione di prevenzione generale cosiddetta positiva (o allargata) della norma penale risulta intaccata, in quanto l'effetto di "orientamento culturale" che quest'ultima dovrebbe produrre rischia di venire neutralizzato dall'effetto di "disorientamento" causato dalle scelte sanzionatorie altrui, spesso avvertite da larga parte della popolazione come più congrue e intrinsecamente "giuste" rispetto a quelle espresse dallo Stato di appartenenza. Parallelamente, soluzioni divergenti tra gli Stati potrebbero tendere a compromettere anche la funzione special preventiva della pena. Potrebbe infatti riuscire difficile giustificare l'esigenza di rieducare un soggetto che ha tenuto comportamenti giudicati pienamente legittimi secondo l'ordinamento di uno Stato caratterizzato da costumi sociali affini ai nostri.»⁶ Viene così – almeno in parte – compromesso il prestigio derivante dalla stessa legalità dei precetti penali vigenti in un dato Paese.

Nel caso oggetto di disamina *la quaestio iuris* consiste nello stabilire se ed in che modo si possa (o meglio si debba) tener conto delle tradizioni religiose e del retroterra etnico culturale di chi è destinatario della norma penale. Si discorre al riguardo di reati cd. culturalmente orientati o motivati definibili come quel «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, o approvato, o addirittura è incoraggiato o imposto».⁷

Le soluzioni al quesito possono variare di molto, oscillando da una valorizzazione delle differenze culturali in quanto tali al rifiuto più netto e aprioristico delle medesime.

Il primo approccio potrebbe definirsi come "multiculturale"; gli Stati Uniti e l'Inghilterra ne sono un esempio: da tempo infatti nei loro ordinamenti si ricorre all'istituto della *cultural defense*, tendendo spesso ad escludere la responsabilità dell'autore di reati culturali e a valorizzare le circostanze del caso concreto, ancorando così l'esito processuale alle origini religiose e sociali dei soggetti coinvolti.

Contrariamente, l'opposto approccio cd. "assimilazionista" (riscontrabile ad esempio in Francia) appare totalmente insensibile di fronte alla diversità culturali e saldamente legato ad una logica di asettica neutralità dello Stato.⁸

della Corte d'Appello di Perugia per aver condannato un cittadino trovato in possesso di marijuana in quantità molto superiore all'uso personale non avendo tenuto in conto che lo stesso si proclamasse seguace del rastafarianesimo, corrente religiosa che utilizza tale sostanza ad uso meditativo e di rafforzamento delle preghiere.

⁶ Così in ALESSANDRO BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 75-76.

⁷ Definizione data da JEROEN VAN BROECK, *Cultural Defense and Culturally motivated Crimes (Cultural Offenses)*, in *Eur. J. Crime*, vol. 9/1, 2001, p.31, condivisa da FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010, p.42 nonché da CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010, p. 30.

⁸ Alla radice di tale contrapposizione vi è proprio la differente concezione del principio di eguaglianza,

Tale discordanza risulta tangibile proprio nella recente vicenda familiare di Reggio Emilia: invero si noterà come partendo dai medesimi presupposti di fatto, il mero succedersi dei gradi di giudizio darà alla matrice religioso culturale (rispetto all'illiceità penale) un peso diverso, più o meno rilevante.⁹

2. La pronuncia di primo grado: “un’interpretazione culturalmente orientata dei fatti”

Il Tribunale di Reggio Emilia in composizione collegiale, con sentenza del 21 novembre 2012, si pronunciò in maniera favorevole agli imputati rispetto agli atti di violenza sessuale assolvendoli entrambi perché «*il fatto non costituisce reato*».

Come verrà rilevato dalla Corte di Cassazione, la decisione (e relativa formula) assolutoria del Collegio, ruota intorno ad un’interpretazione dei fatti orientata in senso culturale: la circostanza secondo la quale le condotte poste in essere dall’imputato siano consentite, o quanto meno tollerate, nel proprio luogo d’origine (in specie, l’Albania) svuoterebbe il disvalore penale delle stesse.

Interessante notare come la matrice culturale incida sull’elemento soggettivo del reato, solo e soltanto su quello. Ed infatti, sulla scorta di quanto raccolto in sede di istruttoria dibattimentale e desunto tramite intercettazioni ambientali, non parrebbero esserci titubanze per il Tribunale di Reggio Emilia sulla connotazione oggettiva del fatto materiale.¹⁰ Dunque, se tale pronuncia nulla discute sulla valenza sessuale

sostanziale nel modello multiculturale (che prende atto dell’esistenza delle diversità e della necessità di predisporre trattamenti differenziati), *formale* in quello integrazionista (che punta sempre ad una parità di trattamento a prescindere dalle differenze di partenza). Sul punto, cfr. FABIO BASILE, *Immigrazione e reati*, cit., p. 54 ss. nonché ALESSANDRA FACCHI, *I diritti nell’Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, II. ed, Laterza, Roma – Bari, 2004, p. 57 ss.

⁹ Ciò deriva dal fatto che in Italia nessuno dei due modelli può dirsi appieno integrato; l’essere “in bilico” tra gli stessi ha comportato forti oscillazioni delle politiche in materia di immigrazione e degli interventi legislativi in materia. Ad una (seppur debole) logica “*multiculturalista*” sembrerebbe ad esempio ispirarsi la “Carta dei valori della cittadinanza e dell’integrazione” adottata con decreto del Ministero dell’Interno del 23 aprile 2007 nel cui prologo si legge «la Carta enuclea, anche in un’ottica programmatica ed in vista di una sempre più ampia realizzazione, i principi ispiratori dell’ordinamento e della società italiana nell’accoglienza e regolazione del fenomeno migratorio in un quadro di pluralismo culturale e religioso (...) alle donne, agli uomini, ai giovani immigrati l’Italia offre un cammino di integrazione rispettoso delle identità di ciascuno, e che porti coloro che scelgono di stabilirsi nel nostro Paese e partecipare attivamente alla vita sociale». Per indicazioni più dettagliate sulla “Carta” si veda PIERLUIGI CONSORTI, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica), maggio 2007, p. 22 ss). Contrariamente, alcuni interventi italiani sono stati di totale stampo “*assimilazionista*” portando a disincentivare pratiche ed usanze attraverso lo strumento della pena; valga a titolo esemplificativo il caso delle mutilazioni degli organi genitali femminili. Cfr. FABIO BASILE, *Immigrazione e reati*, cit., p. 64 ss.; ID., *Società Multiculturali, immigrazione e reati ‘culturalmente motivati’ comprese le mutilazioni genitali femminili*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, p. 1336 ss.; LUCIA BELLUCCI, *Le mutilazioni genitali femminili come reato di genere? Un’analisi delle norme europee alla luce del concetto di violenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica), n.26/2018; ELENA FALLETTI, *L’impatto culturale dell’immigrazione islamica sull’ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni* in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale* (Rivista telematica), ottobre 2016, p.14.

¹⁰ Citando testualmente, «*quale che sia la concezione di atto sessuale che si adotti, nessuno dubita che nel nostro ordinamento il contatto con l’organo genitale maschile, il bacio o ancor più l’inserimento*

degli atti posti in essere dal padre nei confronti del bambino¹¹, ciò che manca è invece l'elemento soggettivo del dolo. Si comprende allora come la motivazione religioso culturale derivante dall'appartenenza e l'origine del soggetto possa arrivare ad incidere sul dolo arrivando a dargli una connotazione particolare ed una pregnanza culturale.

Le ragioni che portano alla pronuncia assolutoria si annidano nella coscienza del disvalore giuridico di quel particolare modo di agire: la diversità religioso culturale dell'autore del fatto viene considerata come un fattore di incidenza sulla conoscibilità del precetto penale, seguendo la scia della storica sentenza della Corte Costituzionale che dichiarò l'illegittimità dell'art. 5 c.p. nella parte in cui escludeva la scusante di un errore "inevitabile" sul precetto.¹² L'elemento religioso culturale, intaccando la percezione dell'antigiuridicità della condotta, determina una sorta di condizione di ignoranza inevitabile del precetto sanzionatorio.

Viene statuito che gli imputati, essendo provenienti da un contesto diverso da quello italiano, non avrebbero potuto avere consapevolezza «del carattere oggettivamente sessuale secondo la nostra cultura di riferimento, del bacio e tanto più del succhiotto sul pene del bambino, anche quando effettuato dal genitore (...)».

Insomma, per il Tribunale di Reggio Emilia, la matrice culturale assume un ruolo tutt'altro che marginale, diventando un fattore di possibile esclusione dell'elemento soggettivo: si viene a creare così una sorta di "autore culturale", il quale può essere anche cosciente del fatto che stia ponendo in essere un comportamento contrario alle norme culturali del sistema di accoglienza, ma non è consapevole del disvalore penale della propria condotta, proprio in virtù del fatto che lo stesso agisce sulla base di un *modus operandi* conforme alle sue origini, nelle quali non è percepita la potenzialità lesiva di tale atteggiamento.

Si tratta invero di una pronuncia abbastanza discordante dall'orientamento mag-

in bocca del pene integri un atto sessuale in quanto invasivo della sfera sessuale, e integrante un rapporto del corpo dell'agente con parti del corpo della vittima naturalmente idonee a produrre stimolazione sessuale».

¹¹ Indicative le parole dello stesso quando confidando giocosamente alle maestre quanto subito diceva «papà me lo ciuccia come un biberon» simulando i gesti con un cucchiaino «facendolo su e giù».

¹² Ci si riferisce alla sentenza Corte Cost., n. 364 del 24 marzo 1988 nella quale la Corte fu chiamata a risolvere la problematica questione dell'ignoranza inevitabile della legge penale. L'illegittimità dell'art.5 c.p. venne dichiarata sulla base di un rilevato contrasto col principio di personalità della responsabilità penale ex. art. 27.1 Cost. («la responsabilità penale è personale») ed in rapporto al terzo comma della stessa disposizione («le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»). La Corte infatti statui che la funzione rieducativa «postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica»; se così non fosse, il soggetto non avrebbe bisogno di essere rieducato rispetto al fatto compiuto in quanto non rimproverabile. Per ulteriori approfondimenti sulla *ratio* della sentenza e sulla sua correlazione con la «doppia funzione» dell'elemento psicologico del reato (come elemento costitutivo e come delimitazione dell'oggetto del rimprovero) si rinvia a CARLO FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in SERGIO MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, p.297 ss.; inoltre, sulla valorizzazione del dato normativo della conoscibilità della legge penale e circa i limiti dell'errore sulla stessa si vedano le riflessioni di DARIO SANTAMARIA, *Colpevolezza*, in *Enc.dir.*, VII, 1960, p.644.

gioritario della giurisprudenza italiana¹³, la quale, nei delitti cd. “naturali” (come ad esempio la riduzione in schiavitù nonché giustappunto la violenza sessuale e gli atti sessuali con minorenni) in contrapposizione a quelli “artificiali”, ha generalmente un approccio restrittivo facendo leva sull’assunto secondo il quale quando una norma penale ricalca consolidate norme etico sociali, ben difficilmente è possibile “scusare” l’autore del fatto giacché «è quasi impensabile che un soggetto imputabile commetta delitti naturali nell’ignoranza della loro illiceità».¹⁴

Sulla scorta di ciò non parrebbe errata la definizione di una pronuncia che ha offerto *un’interpretazione culturalmente orientata dei fatti*¹⁵ avendo essa confermato la condotta come penalmente rilevante (nella sua oggettività), ma essendo arrivata all’elisione del dolo *orientando* (appunto) l’elemento soggettivo verso una dimensione religioso culturale (nella quale esistono quelle particolari manifestazioni di affetto paterno nei confronti dei figli maschi).¹⁶

¹³ La giurisprudenza italiana è tendenzialmente arrivata ad escludere l’elemento del dolo in virtù di una presunta diversità e motivazione religioso – culturale solo nei fatti a minore offensività. Si pensi a Cass. Pen., 29 novembre 2000, CED 217895 che arrivò ad assolvere un imputato senegalese per il reato di cui all’art. 474 c.p. (introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi) per mancanza di dolo in quanto non avrebbe potuto essere consapevole della falsificazione dei marchi dei prodotti da lui venduti proprio in virtù di motivazioni culturali; ed anche Pret. Pescia, 21 novembre 1988, in *Foro It.*, 1989, II, p. 247 in cui una cittadina slava fu assolta per il reato di evasione a causa del fatto che la sua cultura l’avesse portata a fraintendere l’ordinanza degli arresti domiciliari. Contrariamente, nei casi in cui i beni oggetto di tutela sono stati la vita, l’incolumità psico-fisica o l’integrità sessuale (a titolo esemplificativo di alcuni casi di maltrattamenti in famiglia e di violenza sessuale intraconiugale cfr. Trib. Arezzo, 27 novembre 1997; Cass. Pen., 16 dicembre 2008, n. 46300; Cass. Pen., 17 settembre 2007, n. 43909; Cass. Pen., 8 gennaio 2003, CED 223192) la risposta è stata sempre negativa in relazione non soltanto al tempo di permanenza in Italia dell’imputato ma anche all’assoluto contrasto di determinati atteggiamenti con le norme cardine dell’ordinamento giuridico italiano di regolamentazione dei rapporti interpersonali ex. art. 2 e 3 Cost.; in questi casi le motivazioni religioso – culturali non sono state ritenute idonee a dimostrare l’assenza del dolo generico (v. FABIO BASILE, *Immigrazione e reati*, cit., p. 408 ss.)

¹⁴ Ancora Corte Cost., sent. n. 364/1988, par. 20 delle motivazioni “in diritto” la quale fa ricorso a tale distinzione. I delitti “naturali” (identificabili nei delitti previsti in ogni tempo ed in ogni ordinamento politico e sociale) si differenziano da quelli “artificiali” (definiti di “mera creazione legislativa”) individuabili come quei comportamenti che hanno un disvalore contingente, legato alla sensibilità di un certo momento, introdotti con l’obiettivo di regolare ogni aspetto della vita e dei rapporti socio-economici; alcune materie, avendo necessità di continue modificazioni alla loro disciplina legislativa a causa del progresso scientifico, delle aumentate conoscenze o di scelte economico – fiscali hanno prodotto una situazione normativa oscura e forti incertezze su quali siano le norme effettivamente in vigore e quindi i comportamenti che costituiscono o meno reato. A tal proposito ARIANNA CALABRIA, *Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, p. 40.

¹⁵ Cass. Pen., III Sez., 29 gennaio 2018, n. 29613 al punto 3.1.1. delle motivazioni “in diritto”: «*dalla mera lettura della sentenza di primo grado, emerge che il Tribunale ha sviluppato, per affermare l’innocenza degli imputati, “un’interpretazione culturalmente orientata” dei fatti, riconoscendo rilievo alla cultura di appartenenza degli imputati (...)*».

¹⁶ Sembra che il giudice di prima istanza abbia considerato l’elemento del dolo non tanto come elemento costitutivo dell’azione ma soltanto come forma di colpevolezza scindendo la componente oggettiva da quella soggettiva (i due momenti della “causalità” e della “finalità”) ed evocando gli assunti della cd. “teoria causale” dell’azione nata in seno alla dottrina penalistica di fine XIX ed inizio XX secolo (per una definizione più ampia della stessa si veda GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Sesta Edizione, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 216). La separazione delle due

3. Il giudizio d'appello: l'ulteriore valorizzazione dell'elemento religioso culturale

A seguito di impugnazione, con sentenza del 19 aprile 2017, la Corte d'Appello di Bologna confermava la sentenza assolutoria di primo grado, adottando la medesima formula («*il fatto non costituisce reato*»), ancorché con una motivazione diversa che sembrerebbe dare ancora più spessore alla matrice religioso culturale.

Ed infatti, l'esclusione del reato involge i fatti anche sul piano materiale: gli atti compiuti del papà verso il minore vengono definiti meri «*gesti di affetto e di orgoglio paterno nei confronti del figlio maschio, assolutamente privi di qualsiasi implicazione di carattere sessuale e indicati come rispondenti a tradizioni di zone rurali interne dell'Albania, Paese di origine degli imputati*».

Si evince dunque come la Corte d'Appello si sia spinta oltre, approdando ad escludere non solo l'elemento soggettivo, per assenza di concupiscenza sessuale del padre nei confronti del minore (sulla scia di quanto già statuito dal Tribunale di Reggio Emilia) ma anche lo stesso elemento oggettivo¹⁷: è come se la matrice religioso culturale venisse ritenuta idonea ad elidere qualsivoglia libidine della condotta in sé.¹⁸

categorie di cui sopra (“causalità” e “finalità”) all'interno della più ampia teoria generale dell'azione viene considerato da parte di Hans Welzer e della sua famosa “teoria finalistica” un palese errore ontologico dottrinale (sul punto si rinvia alle riflessioni di GIORGIO MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*. *Critica di un dogma.*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 70 il quale affronta criticamente il pensiero di HANS WELZER, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, in *Jur. Schulung*, 1966, p. 422).

¹⁷ Parrebbe esserci stata un'anticipazione del dolo dalla sfera della colpevolezza a quella dell'azione considerando tale elemento soggettivo come costitutivo del fatto così come nel già citato “finalismo” di Hans Welzer il quale si prefigge l'obiettivo di ricavare un concetto di azione avente una «ricchezza di contenuto» ancorata alla volontà del soggetto agente e ricavabile da ogni singola e specifica figura di reato (così in HANS WELZER, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStw*, 1939, p. 503; nonché sull'argomento ID., *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 1 ss.; MARCELLO GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Giuffrè, Milano, 1950; DARIO SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico dell'azione*, Jovene, Napoli, 1955; CARLO FIORE, voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1987; ID., *Diritto Penale*, vol. I, Utet, Torino, 1993, p. 134 ss.) Tale assunto conferisce una sorta di carattere eversivo alla dottrina “Welzeliana” che stravolge il concetto tradizionale di azione ancorando il valore di un comportamento oltre che all'aspetto oggettivo, anche al significato della volontà del soggetto agente e che automaticamente ridisegna il contenuto della condotta materiale («se si rinuncia nel dolo alla conoscenza attuale delle circostanze del fatto, si distrugge la linea divisoria tra dolo e colpa, convertendo il dolo in una mera finzione» così in HANS WELZER, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, p.65).

¹⁸ Sull'accertamento (necessario) della cultura e religione di un popolo e dei suoi costumi per stabilire la natura (sessuale o meno) di un atto, si veda GIOVANNI FIANDACA, *La rilevanza penale del bacio tra anatomia e cultura*, in *Foro It.*, 1998, II, p. 505 ss; inoltre, sull'applicazione del finalismo rispetto all'interpretazione dei reati sessuali si rinvia alle esemplificazioni di CARLO FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Morano, Napoli, 1966, p. 116-117 il quale A. sostiene che «l'atteggiamento intenzionale dell'agente (...) è in ogni caso decisivo per stabilire se ci troviamo di fronte ad una condotta lecita o ad un fatto costituente reato, come viene continuamente ribadito, fra l'altro, proprio nell'interpretazione dei reati sessuali. Una visita ginecologica differisce da una condotta di atti di libidine non già sul piano delle manifestazioni esteriori della condotta, ma nella sua connessione ad un diverso contenuto della volontà. Ciò è tanto vero che se il medico, per un momento, deviasse la sua attenzione dall'oggetto dell'indagine sanitaria, per concentrarlo su uno stimolo sessuale in modo da trarre compiacimento interiore, anche senza mutare nulla del suo contegno «obiettivo», l'impulso

Sotto un profilo meramente materiale, la Corte ha ritenuto che l'atto per avere una connotazione in tal senso, debba possedere un intrinseco significato sessuale ed un'obiettiva attitudine offensiva dell'altrui sfera sessuale: tale non è l'accezione attribuita alla condotta dell'imputato, da concepirsi come derivante dalla risultanza di una commistione di abitudini religiose culturali del gruppo sociale di appartenenza nonché come «una chiara manifestazione ludica, ultra affettiva e dimostrativa di orgoglio per l'unico figlio maschio», rimarcando così l'assenza di quell'oggettiva capacità offensiva di cui sopra.¹⁹

In buona sostanza, mentre l'esclusione del configurarsi della fattispecie delittuosa è avvenuta per il giudice di prima istanza sulla base del riconoscimento di una motivazione culturale volta ad escludere il dolo, il giudice d'appello esclude la rilevanza penale del fatto giudicandolo – alla luce della tradizione culturale di appartenenza – carente sia in relazione alla componente oggettiva sia soggettiva²⁰.

morboso subentrato ad orientare la volontà trasformerebbe immediatamente il fatto in un tipo diverso di comportamento, rilevante per la legge penale.»

¹⁹ Tale statuizione sembrerebbe ancorarsi inoltre alla cd. teoria realistica del reato secondo la quale, per la configurazione dello stesso è necessaria oltre che l'astratta corrispondenza alla fattispecie legale, che la condotta abbia avuto una concreta portata offensiva (in fondamento dell'art. 49, comma 2 c.p. secondo cui «la punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso»). Stando a tale teoria, una condotta astrattamente integrante il fatto tipico punito dalla legge ma concretamente inoffensiva del bene protetto coinciderebbe con il cd. reato impossibile: lo stesso termine “evento” avrebbe, quindi, il significato non naturalistico, ma giuridico di offesa al bene protetto. La necessità di una valutazione dell'interprete sull'idoneità della condotta a ledere o porre in pericolo il bene tutelato non è stata esente da critiche, nella parte in cui introdurrebbe una valutazione extranormativa della condotta non ancorata ad alcun parametro determinato, come nel caso degli elementi religiosi culturali. Per approfondimenti su tale teoria si veda VITTORIO MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, *passim*; GUIDO NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1965, *passim*; MARCELLO GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951 – 1952, p. 127 ss; CARLO FIORE, *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959, p. 23 ss., MARIO CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Esi, Napoli, 2004, *passim*). Già precedentemente una parte della Giurisprudenza aveva ritenuto il parametro dell'offensività secondo la cd. teoria realistica un criterio valido (Cass. Pen., I sez., 15 maggio 1989, in *Cass. Pen.*, 1991; Corte Cost., 06 ottobre 1988, n. 957, in *Cass. Pen.*, 1989, p. 186 con nota di F. SORRENTINO, *L'interesse minorile e il principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale* oltre che, più recentemente, Corte Cost., 7 luglio 2005, n. 265 la quale richiamando alcuni suoi precedenti ha precisato che il principio di offensività opera su due piani: quello normativo sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale (offensività in astratto); quello giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato).

²⁰ L'applicazione della teoria realistica come criterio interpretativo dei reati culturalmente motivati in materia di delitti sessuali su minori trova dei precedenti nella giurisprudenza statunitense; ad esempio *State v. Kargar*, no. 679 A2d 81 (nella dottrina italiana riportata ed analizzata in FRANCESCO PARISI, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 72, nota n. 187; ALESSANDRO PROVERA, *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Jovene, Napoli, 2018, p. 134) nel quale un cittadino afgano rifugiato negli Stati Uniti fu condannato in primo grado per violenza sessuale in quanto visto baciare il pene del figlio, per poi venire assolto in Appello in ossequio alla cd. *defense de minimis*, teoria da applicarsi quando non viene cagionato alcun danno e non vi è l'esposizione

Emerge pertanto che le due sentenze, pur essendo connotate dal medesimo approdo, si fondono su di una *ratio decidendi* difforme, non consentendo di affermare che le stesse si integrino reciprocamente ed essendo la Corte D'Appello andata ben oltre le argomentazioni del Tribunale.

Infatti, pur conformi nella assoluzione degli imputati e nella formula prescelta per i reati sessuali, vi pervengono (ferma, dal punto di vista storico l'oggettività dei fatti, in quanto emersi dai filmati delle intercettazioni audiovisive captate all'interno della camera da letto degli imputati) sulla base di argomentazioni sensibilmente diverse, che inducono ad escludere che si sia in presenza di una c.d. doppia conforme.

Di qui a breve si vedrà come sia stato onere della Terza Sezione della Cassazione Penale – al di là delle particolarità del caso di specie – chiarire alcune linee guida generali sul percorso che il giudice si ritrova a dover seguire imbattendosi nel giudicare i reati culturalmente orientati o culturalmente motivati nei quali i differenti sistemi culturali e religiosi (alla luce dell'imponente fenomeno migratorio che negli ultimi anni sta investendo l'Europa) non possono essere ignorati dall'interprete.

4. L'interpretazione di Cass. Pen., sent. 29613 / 2018: il riproporsi della teoria del cd. sbarramento invalicabile

Il Procuratore Generale della Corte di Appello di Bologna proponeva ricorso per Cassazione avverso la sentenza di assoluzione – chiedendone l'annullamento – sulla base dei seguenti motivi.

In primis veniva dedotto un vizio di motivazione nella parte in cui si riteneva insussistente l'atto di violenza sessuale sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo: per il PM, se la Corte avesse valutato correttamente le dichiarazioni rese dagli insegnanti del bambino, testimoni delle confidenze fatte da questo in ordine alla condotta illecita in esame²¹, non avrebbe di certo escluso la sussistenza degli atti sessuali.

Il secondo motivo di ricorso verteva sulla violazione della legge²² per erronea valutazione nella parte in cui statuiva l'insussistenza del dolo generico e la necessità che la condotta in esame si dovesse accompagnare alla coscienza e volontà di compiere un atto invasivo e lesivo della libertà sessuale della vittima non consenziente indipendentemente se tale finalità fosse atta a soddisfare desideri sessuali. Il PM, infatti, rilevava che non si era tenuto conto della giurisprudenza maggioritaria²³ che

a nessun pericolo. Tale assenza di offensività fu rintracciata proprio nel fatto che la condotta fosse "normale" secondo l'orientamento culturale (per gli afgani sarebbe mero affetto familiare) e dunque non lesiva per la sessualità del minore. Così anche in *State v. Ramirez* n. CR-04.213, 10 novembre 2005 riguardante il caso di una donna che aveva baciato ed accarezzato i genitali di suo figlio cambiandogli il pannolino e la quale fu assolta perché data dimostrazione che secondo la cultura domenicana rappresentasse un gesto di amore tra madri e figli.

²¹ Si afferma infatti che dalle dichiarazioni delle testimoni fosse possibile percepire immediatamente e senza dubbio alcuno la natura sessuale condotta, desumendola nelle confidenze giocose fatte dal minore alle docenti, in particolare quando avrebbe detto loro «*papà me lo ciuccia come un biberon*», simulando contestualmente il gesto con un cucchiaino.

²² In relazione agli artt. 609 bis e 609 ter c.p. (reato di violenza sessuale e relative circostanze aggravanti).

²³ *Ex multis*: Cass. Pen., sez. III, 10 maggio 2008, n. 28815; Cass. Pen., sez. III, 17 giugno 2009, n.

ritiene sussistente il dolo generico quando si accerta la mera consapevolezza di porre in essere un gesto invasivo nei confronti della libertà sessuale e dello sviluppo psico-fisico della vittima.

Ad ulteriore riprova della contraddittorietà della sentenza impugnata veniva illustrata l'incongruenza della stessa (come terzo motivo di ricorso) nella parte in cui da un lato riconosceva una presunta ed implicita maturità del bambino descrivendolo come «*autonomo, socievole, sereno e tranquillo*», dall'altra invece non riteneva che le sue dichiarazioni in merito alla sussistenza degli atti sessuali fossero "attendibili", data la sua età.

Punto fondamentale del ricorso per Cassazione parrebbe essere però il motivo n. 4 nel quale veniva dedotta la violazione della legge in cui sarebbe incorsa la Corte di appello in relazione all'art. 5 c.p.²⁴ nonché per l'esclusione del dolo del reato in ragione della provenienza culturale dell'imputato, non essendo stato tenuto affatto in considerazione il rilievo della consapevolezza dell'illiceità dell'atto sessuale sul presupposto che questi visse da anni in Italia.²⁵

In data 29 gennaio 2018 la Cassazione annulla con rinvio la sentenza della Corte d'Appello, rimarcando le principali criticità di cui sopra e soprattutto il fatto che pur essendo pervenute all'assoluzione entrambe le sentenze di merito – tra l'altro con la stessa formula – lo avevano fatto sulla base di una *ratio* argomentativa oltre che difforme, soprattutto (in ambo i casi) non assolutamente convincente o minimamente persuasiva.

Non essendoci stata una pronuncia c.d. "doppia conforme", le tante carenze motivazionali della pronuncia d'appello sollevate nel ricorso presentato dal Procuratore Generale, non potevano essere colmate attingendo all'impianto motivazionale della sentenza di primo grado.²⁶

A prescindere da disquisizioni di mero retaggio tecnico sull'annullamento, la sentenza *de qua* risulta particolarmente degna di nota rispetto agli snodi motivazionali contenuti al suo interno: infatti essi sembrerebbero oltre che risolutivi delle particolarità del caso di specie, anche una sorta di *vademecum* per la generale categoria dei reati culturalmente motivati.

Fin da subito la Corte si mostra del tutto sicura nell'ostentare la propria consapevolezza sull'acquisita rilevanza – nei tempi recenti – dei reati culturalmente orientati o motivati. Non solo, relazionando tale dato con l'ordinamento giuridico

39718; Cass. Pen., sez. III, 15 aprile 2010, n. 21336; Cass. Pen., sez. III, 21 settembre 2011, n. 39710; Cass. Pen., sez. III, 28 ottobre 2014 – 21 maggio 2015, n. 21020, CED 263738.

²⁴ Secondo il quale «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale».

²⁵ Quinto motivo di ricorso, di minore interesse rispetto alla questione trattata e riguardante la madre del bambino è stato «*la dedotta la violazione di legge, in relazione all'art. 612 c.p., in cui sarebbe incorsa la sentenza impugnata pervenendo all'assoluzione della imputata, sulla base della esclusione della gravità della minaccia che deve essere invece valutata in relazione alle circostanze di fatto, alla gravità della frase proferita, al grado di offensività della condotta, agli effetti che la stessa ha prodotto in capo alla persona offesa (in particolare la persona offesa aveva dichiarato di essersi sentita in ansia e nel panico, avendo timore di poter incontrare nuovamente l'imputata insieme ad altre persone e che queste potessero metterle le mani addosso).*»

²⁶ Come sostenuto da FABIO BASILE, *Ultimissime dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati*, in Rivista telematica "Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale" (www.statoechiese.it), n. 30 del 2018, cit. p. 11.

ammette in tutta franchezza che il diritto penale in genere ma anche i particolari elementi integrativi delle fattispecie penali non possono non tener conto di questa evoluzione sociale e delle numerose matrici religioso culturali frutto dei flussi migratori e della globalizzazione.

Va da sé che ciò condiziona l'operare del Giudice. È la stessa Corte a dichiarare di "promuovere" (ed aver promosso) un approccio esegetico cangiante, che non si adagi su quei concetti di "comune sentire" o di "pubblica decenza" immutabili e sempre uguali a loro stessi, ma adattabili al continuo divenire della società e dei costumi sociali²⁷.

Se dalla lettura delle prime righe delle motivazioni la Suprema Corte appare del tutto promotrice di un'elasticità giuridica quasi "accondiscendente" nei confronti delle necessità culturali e religiose del soggetto agente, decretando una sorta di diritto all'eccezione e alla particolarità, con la stessa prontezza non esita a mettere i dovuti "paletti"²⁸ affermando che, a prescindere da ciò, «nessun sistema penale potrà mai abdicare, in ragione del rispetto di tradizioni culturali, religiose o sociali del cittadino o dello straniero, alla punizione di fatti che colpiscono o mettano in pericolo beni di maggiore rilevanza (quali i diritti inviolabili dell'uomo garantiti e i beni ad essi collegati tutelati dalle fattispecie penali).»²⁹

²⁷ Così in Cass. Pen., Sez. III, 23 aprile 2014, n. 39860 nella quale la Corte valutando la nozione normativa di "pubblica decenza" sottolinea come la stessa sia stata esaminata e costantemente rivisitata alla luce dell'evolversi dei costumi sociali e del comune senso del decoro e della decenza, dovendosi ricostruire per i casi in cui la norma penale imponga la valutazione di elementi integrativi tratti dal comune sentire sociale, in un'interpretazione che si evolva conformemente ai principi di "civiltà ed elasticità giuridica"; in particolare ai fini della integrazione della fattispecie contemplata dall'art. 726 c.p. non è stato ritenuto sufficiente il mero abbigliamento trasgressivo e spinto per poter ritenere compiuta l'offesa alla pubblica decenza, occorrendo invece che forme siffatte di abbigliamento venissero accompagnate da comportamenti concretamente offensivi da parte dell'agente tali da suscitare quel senso di riprovazione o disagio o disagio nell'uomo medio tipico di quel dato momento storico.

²⁸ Espressione che evoca le suggestive parole di MARIO RICCA, *Il tradimento delle immagini tra kirpan e transazioni interculturali. Cultura vs competenza culturale nel mondo del diritto*, in *E/C rivista dell'Associazione Italiana di studi semiotici*, 21 maggio 2013, pp. 19-20, e che cito testualmente «Quante volte si sente dire, a proposito dei confronti con l'Alterità culturale, che bisognerà pure mettere dei paletti. Sembra quasi un *locus mediaticus*, un'espressione *slogan*, che si autolegittima e, non appena chiamata in causa, è in grado di legittimare qualsiasi presa di posizione o stato di negazione dell'Alterità. Eppure, i paletti possono diventare sia elementi del paesaggio sia terrificanti steccati, trincee, supporti per reticolati di filo-spinato. Forse – vorrei proporre – la metafora preferibile per esplicitare il nocciolo la transazione interculturale è quella del paletto come elemento *costitutivo* del paesaggio, che non distingue e delimita solo su uno sfondo omogeneo, quasi per aprioristica deliberazione stipulativa, ma invece ritma il significato di quel che avviene, delle modellazioni e trasformazioni generate dall'uso della terra, dal gesto di *vivere lo spazio*. (...) La qualità delle delimitazioni, così come la loro significatività, il loro forgiare il e il loro integrarsi *con* il paesaggio, dipenderanno dalla circostanza (eventuale) che i *paletti* non siano stati posti secondo una logica solo *lottizzante*, esito appunto di una lotta quantitativa per lo spazio, ma invece *edificante* l'umano e l'ambiente nel quale ci si rispecchia e che s'incorpora per costruire e progettare il senso del proprio esistere.»

²⁹ Si veda Cass. Pen., sez. III, 26 giugno 2007, n. 34909 in tema di esclusione della rilevanza della condizione soggettiva dello straniero "ignorante" della illiceità della condotta di violenza sessuale intra-coniugale e nella quale si statuisce che la sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale «ha escluso che sussista una situazione di ignoranza inevitabile, e quindi incolpevole, quando il soggetto non abbia, con il criterio della ordinaria diligenza, adempiuto al c.d. "dovere di informazione", ossia

Nell'inquadramento generale della *ratio decidendi* sembrerebbero palesarsi due opposte esigenze: da un lato quelle della tutela delle tradizioni religiose culturali del soggetto agente e dall'altro quelle general-preventive del diritto penale. È in questa reciproca tensione concettuale che la Suprema Corte tenta dunque di individuare alcuni punti chiave (ne rintraccia quattro) per ottenere un giusto equilibrio degli antitetici interessi, un *modus operandi* valido per tutti quei casi in cui si discute di reati culturalmente motivati o della cd. scriminante culturale.

Il primo consiste nel *livello di offensività del fatto commesso* e nell'*attento bilanciamento dei diritti*³⁰, in relazione alla cd. "*teoria dello sbarramento invalicabile*". Tale "sbarramento" – posto idealmente contro l'introduzione di consuetudini, prassi e costumi antistorici contrastanti con i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione – potrebbe rappresentarsi come una sorta di muro invalicabile i cui mattoni null'altro sono che particolari beni ai quali l'ordinamento offre maggiore rilevanza, vale a dire i diritti inviolabili dell'uomo così come tutelati dalle fattispecie penali.³¹

Nonostante tale teoria non sia considerata sempre e comunque prevaricante rispetto alla posizione del soggetto agente (si conferma la posizione dell'immigra-

all'obbligo di espletare ogni utile accertamento per conseguire la conoscenza della legislazione vigente, sicché l'agente versa invece in evitabile, e quindi inescusabile, ignoranza della legge penale allorché la mancata previsione della illiceità del fatto derivi dalla violazione degli obblighi di informazione giuridica.»

³⁰ In materia di offensività si rinvia nuovamente ai riferimenti in nota n.19 del presente contributo; sulle recenti applicazioni del principio di ragionevolezza/proporzione e sul sindacato concernente l'equilibrio sanzionatorio di singole fattispecie punitive si vedano le riflessioni di VITTORIO MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 1/2012, pp.106-107.

³¹ Sulla teoria *de qua* copiosa giurisprudenza conforme; a titolo esemplificativo e non esaustivo: Cass. Pen., sez. VI, 28 marzo 2012, n.12089 secondo cui «ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti familiari (nella specie, nei confronti della figlia minorenni perché non in grado di ripetere perfettamente a memoria i versi del Corano) non rileva la supposta finalità educativa fondata sul codice etico-religioso del padre di religione musulmana, trattandosi di violazione dei diritti inviolabili della persona i quali rappresentano uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di consuetudini, prassi e costumi antistorici contrastanti con i diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione». Ed inoltre Cass. Pen., sez. VI, 26 marzo 2009, n. 32824 nonché Cass. Pen., sez. VI, 26/11/2008, n. 46300, per le quali «non rileva, per l'integrazione del reato di maltrattamenti in famiglia, nella specie in danno della moglie, il credo religioso dell'autore delle condotte, non potendo ritenersi che l'adesione ad un credo, che non sancisca la parità dei sessi nel rapporto coniugale, giustifichi i maltrattamenti in danno della moglie» Ancora meno recentemente Cass. Pen., sez. VI, 08 gennaio 2003, n.55 e Cass. Pen., sez. VI, 08 novembre 2002, n. 55, in cui «il reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) è integrato dalla condotta dell'agente che sottopone la moglie ad atti di vessazione reiterata e tali da cagionarle sofferenza, prevaricazione e umiliazioni, costituenti fonti di uno stato di disagio continuo e incompatibile con normali condizioni di esistenza. Né l'elemento soggettivo del reato in questione può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, considerato che la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (art. 2 cost.), nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3, commi 1 e 2, cost.) costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili.»

to come “integrazione”³²), ma nemmeno elevata ad assioma (i reati culturalmente orientati vengono definiti infatti come una categoria «*tutt’altro che uniforme nella casistica*»), a detta della Suprema Corte risulta necessario in ogni caso porre sui piatti della bilancia da un lato il diritto (che è pur sempre inviolabile!) a non rinnegare le tradizioni culturali, religiose, sociali di chi agisce e dall’altro il diritto che viene offeso o posto in pericolo dalla sua condotta. Operazione preliminare è dunque quella di porre in essere un giudizio di (dis)valore sulla condotta che preveda al contempo una sorta di graduazione o individuazione dell’illiceità del fatto, attraverso il bilanciamento di diritti e libertà costituzionalmente garantiti con i principi stessi del sistema penale.

Il secondo dato da tenere in considerazione è la valutazione della “*natura della norma culturale*” in adesione alla quale è stato commesso il reato, vale a dire se di matrice religiosa ovvero giuridica. È in quest’ultimo caso che il precetto religioso culturale trovando riscontro anche nel diritto positivo vigente nel Paese d’origine del soggetto agente, potrà circostanziarsi in un fattore che abbia avuto modo di incidere realmente sulla consapevolezza dell’antigiuridicità del fatto commesso e della condotta.

Appurata la natura, è bene valutarne la vincolatività nel gruppo di appartenenza; ben potrebbe accadere infatti che pur essendoci un riscontro normativo nel Paese di provenienza dell’immigrato, tale norma non venga comunque rispettata in modo omogeneo da tutti i membri o sia piuttosto desueta ovvero poco diffusa anche in quel contesto: una regola non vincolante in tal senso non potrebbe dimostrare l’ignoranza della norma penale.

Terzo snodo è il “*grado di inserimento dell’immigrato nella cultura e nel tessuto sociale del Paese d’arrivo*” in relazione all’adesione perdurante alla cultura d’origine. Ciò vuol dire che il tempo di permanenza nel nuovo Paese sarà da considerarsi come un elemento necessario ma non sufficiente, dovendo obbligatoriamente correlarsi all’attaccamento del soggetto alle proprie radici culturali: è chiaro che tanto più ci sarà stata integrazione nel Paese d’arrivo, tanto meno risulterà convincente una

³² Si fa riferimento a quanto statuito in Cass. Pen. sez. VI, 26 novembre 2008, n. 46300 nella quale si legge: «Per l’Italia, oggi, appare decisamente “pro-immigrato” (e quindi “integrazioneista – inclusionista”), la previsione della configurabilità della circostanza aggravante (stabilita dal D.L. 26 aprile 1993, n. 122, art. 3, comma 1, conv. con modif. in L. 25 giugno 1993, n. 205) della “finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso” (...)» al contempo ammettendo che «è invece di segno culturale decisamente contrario e “assimilazionista” la norma sulla repressione penale dell’infibulazione, stabilita dall’art. 583 bis c.p., (L. 9 gennaio 2006, n. 7, art. 6, comma 1), nonché la norma sulla bigamia (art. 556 c.p.) in tema di delitti contro il matrimonio.» Tuttavia, per la Corte, relativamente ai cd. reati culturali e all’applicazione di norme penali nei confronti di cittadini di cultura e religione diversa confliggenti con la norma stessa, non può essere ammessa da parte del Giudice qualsivoglia soluzione interpretativa che pretenda di escludere la sussistenza dell’elemento soggettivo del reato, invocando le convinzioni religiose e il retaggio culturale dell’imputato, perché tale interpretazione finirebbe con il porsi in contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell’ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali (la Corte rigetta il ricorso dell’imputato avverso la sentenza di condanna per i reati di maltrattamenti in famiglia, sequestro di persona, violenza sessuale in danno della moglie e violazione degli obblighi di assistenza familiare, escludendo che potesse ammettersi la rilevanza della diversità culturale e religiosa dell’imputato – cittadino marocchino – che, secondo la pretesa difensiva, avrebbe dovuto portare a giustificare il comportamento tenuto in ragione di una pretesa, particolare concezione della famiglia e dei rapporti interfamiliari).

cultural defense.³³

Il quarto punto chiave di tale percorso risulta inscindibilmente correlato ai restanti in quanto circostanziato in un piano meramente probatorio. La presunta tradizione religioso culturale secondo la quale si potrebbe invocare una mancata consapevolezza del soggetto agente sul fatto compiuto, non può dirsi appurata sulla base di mere dichiarazioni difensive degli imputati o dei loro congiunti oppure di documentazioni prodotte dalle parti ma sprovviste di ufficialità o non presenti in letterature che diano conferma di una tradizione sicura e comprovata (valga a titolo esemplificativo il caso della circoncisione³⁴).

Risulta imprescindibile a questo punto illustrare come la Suprema Corte ha fatto propri questi parametri utilizzandoli nel caso di specie, arrivando a sconfessare (o meglio, a rilevare le contraddittorietà) di quanto statuito nei gradi precedenti di giudizio.

Nell'ottica del bilanciamento di diritti, del bene giuridico nonché del grado di offesa allo stesso, per la Corte è sembrato doveroso specificare che quando le vittime di violenze sessuali sono minori, l'oggetto di tutela risulta tenacemente rafforzato³⁵, giacché il delitto di cui all'art. 609 quater c.p. (atti sessuali con minorenne) è una fattispecie posta a presidio «dell'integrità fisio-psichica del minore nella prospettiva di un corretto sviluppo della personalità sessuale attraverso una assoluta intangibilità, nell'ipotesi di minore degli anni quattordici (comma primo n. 1), o relativa, con riferimento a specifiche situazioni di parentela o di affidamento del minore stesso (comma primo n. 2) e si configura anche in assenza di pressioni coercitive, atteso che in tali ipotesi si può realizzare una agevolazione del consenso o un impedimento al rifiuto dello stesso».³⁶

Nel giudizio di disvalore, questo dato – stante anche e soprattutto a quanto confermato dalla giurisprudenza predominante³⁷ – porta di già a far pendere l'ago della

³³ Dato rilevante ad es. in Cass. Pen., Sez. VI, n. 43646 del 22 giugno 2011, con riguardo alla condizione di una persona di etnia africana che, migrata in Italia, non è risultata essere ancora integrata nel relativo tessuto sociale e nell'ordinamento giuridico del nostro Paese e per la quale è stata ravvisata una oggettiva condizione di difficoltà nel recepire, con immediatezza, valori e divieti a lei ignoti in quanto portatrice di un bagaglio difforme alla civiltà occidentale.

³⁴ V. Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 giugno 2011, n. 43646, in *Dir. pen. cont.*, 22 marzo 2012, con nota di VERENA PUSATERI, *La circoncisione maschile cd. rituale non integra – se eseguita per motivi culturali che determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale – il reato di esercizio abusivo della professione medica*; ed anche Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 giugno 2011, n. 43646, in *Dir. eccl.* 2012, I – II, con nota di ALESSANDRO CESERANI, *Quando la circoncisione rituale maschile diventa reato culturalmente motivato*, p. 389 ss; TIZIANA DI IORIO, *Segni sul corpo e ferite nell'anima. Manipolazione degli organi genitali dei minori e diritti violati*, in *Diritto e Religioni*, luglio 2016, pp.1-22.

³⁵ La *ratio* del rafforzamento di tutela nei confronti dei minori – non ritenuti ancora detentori di una piena libertà sessuale – è riscontrabile anche nelle rivisitazioni codicistiche a seguito della famosa legge n.66 del febbraio 1996 (sul punto si veda ALBERTO CADOPPI, *I reati contro la persona*, volume 2, CEDAM, Milano – Padova, 2017, p. 6).

³⁶ *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. III, 15 maggio 2015, n. 29662; Cass. Pen., Sez. III, 27 maggio 2010, n. 24258.

³⁷ Come da nota *supra* ed ancora, sul delitto di cui all'art. 609-quater configurabile indipendentemente dal consenso della vittima, «anche perché la persona offesa è considerata immatura ed incapace di disporre consapevolmente del proprio corpo a fini sessuali» si veda: Cass. Pen., Sez. III, 15 giugno 2010, n. 27588, Cass. Pen., Sez. III, 27 maggio 2010, n. 24258; Cass. Pen., Sez. III, 25 febbraio 2004,

bilancia in favore di uno di quei diritti che fa parte dello *sbarramento* (*invalidabile*) in quanto si è in presenza di una grave offesa a beni fondamentali della persona e dunque di una fattispecie ad “elevata offensività”³⁸; beni difficilmente comprimibili da giustificazioni dal retaggio religioso culturale che possano esonerare l'imputato da responsabilità.

Rispetto invece alla natura della “norma culturale” invocata dai genitori del bambino, si fa notare fin da subito la sua “non ufficialità”. Non soltanto la conoscenza della stessa avveniva solo tramite quanto riportato verbalmente dagli imputati e dai loro congiunti (dato minatorio dell'attendibilità); inoltre, l'unico documento allegato dalle parti altro non era che una lettera inviata dal Prefetto della Provincia di un Paese dell'Albania, non verificata e priva di autenticazione.

Pur volendo “dar per buono” quel documento, dallo stesso emergeva come soltanto in alcune piccole zone rurali interne albanesi (e non ovunque) costituisse tradizione e segno di prosperità “accarezzare” il figlio maschio da parte del padre: dato pregiudizievole per la vincolatività tra i consociati di questa (presunta) tradizione culturale, senza dubbio (pur se considerata esistente) non rispettata omogeneamente. Tra l'altro, è risultato davvero difficile per la Corte – sulla scorta di quanto raccolto in sede probatoria – immaginare i gesti compiuti dall'imputato come coincidenti a quelle carezze “propiziatricie” descritte nel documento di cui sopra; senza tanti giri di parole infatti ha dichiarato che «*tale tradizione, non solo era stata esclusa dal consulente del p.m. (sia pure sulla base di mere indagini sommarie in letteratura), ma in concreto risultava ridimensionata dal fatto che, nel caso di specie, non di mere occasionali carezze si trattava, ma di vere e proprie fellationes.*»

Non solo. Veniva appurato che tale “norma culturale” risultasse in contrasto anche con le prescrizioni del Codice Penale Albanese e dunque fosse giuridicamente rilevante nello stesso Paese d'origine (pur volendo escludere le piccole zone rurali indicate dalla tesi difensiva).

Sulla scorta di ciò, si è affermata una piena consapevolezza degli imputati sulla illiceità degli atti compiuti: coscienza appurabile e confermabile dal dato oggettivo della “biografia” degli stessi, ben integrati nel tessuto sociale ove vivevano e lavoravano da molti anni. Arduo per la Suprema Corte poter statuire un'ignoranza (anche in riferimento all'art. 5 c.p.) sulla carica offensiva degli atti posti in essere.

Nel raffronto tra i dati oggettivi che avrebbero potuto determinare negli agenti un'ignoranza *legis* circa l'illiceità del loro comportamento, e i dati soggettivi attinenti alle loro conoscenze e capacità che avrebbero invece consentito loro di non incorrere dell'*error iuris*, i primi cedono ai secondi, non potendosi concepire – nel caso di specie – una scriminante di matrice religioso culturale. Ad essere riportata è inoltre un'importante e consolidata statuizione giurisprudenziale sui reati sessuali che la sentenza fa propria e che rende (ancora più) invalidabile quel famoso “sbarramento”: “*l'intenzionale e prolungata pressione sulla zona genitale della vittima, sia essa protetta o meno dalla biancheria, integra il reato di violenza sessuale anche nel caso in cui sia ispirata da una finalità diversa da quella a sfondo sessuale*”.³⁹

È la natura stessa del reato che escluderebbe dunque la possibilità di una nozione soggettivistica di atto sessuale che faccia leva su una (invocata e supposta) valenza

n. 15287; Cass. Pen., Sez. III, 13 maggio 2004, n. 2966; Cass. Pen., Sez. III, 27 maggio 2010, n. 24258.

³⁸ Come da definizione in FABIO BASILE, *Ultimissime dalla giurisprudenza*, cit., p. 7.

³⁹ Cass. Pen., Sez. III, 21 settembre 2009, n. 39710

culturale degli atti compiuti. Beni inviolabili come l'autodeterminazione sessuale portano a concepire come atto invasivo della sfera sessuale di un soggetto – in mancanza del consenso di quest'ultimo – qualsiasi comportamento che leda tale bene giuridico a prescindere dal motivo per il quale il soggetto agente lo abbia posto in essere (ad esempio religioso e/o culturale).

Sulla base di ciò, la Corte di Cassazione, annullava la sentenza con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Bologna.

Riflessioni conclusive

Fino ad alcuni anni fa, la maggior parte delle branche del diritto (tre le quali indubbiamente il diritto penale) sembravano radicarsi in determinati postulati saldamente condivisi e apparentemente indiscutibili tanto da non necessitare di alcuna enunciazione.⁴⁰

Si è da sempre parlato di astrattezza e generalità della norma: la capacità della stessa di far riferimento ad una serie indeterminata di fattispecie (astratte appunto), applicabili ad un numero indefinito di casi e ad un numero indistinto di soggetti. Si allude inoltre al dogma della "certezza del diritto"⁴¹ che, in declinazione del principio di eguaglianza vale – o dovrebbe valere? – sempre e comunque, a prescindere dalle caratteristiche individuali dei consociati, per ovviare all'impossibilità (pratica) da parte dell'ordinamento di prevedere tutto ciò che possa verificarsi nella realtà. Insomma, un'uniformità di disciplina da applicare a qualsivoglia soggetto: tutti in un'identica posizione nei confronti della legge, con gli stessi diritti, doveri, libertà e prerogative.⁴²

Anche il concetto del cd. "Stato Nazionale" (o Stato Nazione) è da sempre stato un assioma fondante, nozione descrittiva dei confini territoriali (e dunque della sovranità) entro i quali lo Stato produce ed attua il proprio diritto realizzando quella finalità di eguaglianza di cui sopra nei confronti di una comunità avente un'entità culturale ed etnica ben precisa, nella quale i cittadini condividono linguaggio, cultura e valori.

Tuttavia, con l'avvento del fenomeno della globalizzazione⁴³ e delle immigrazioni è evidente che le cose sono iniziate a cambiare, portando ad una "crisi delle categorie giuridiche tradizionali"⁴⁴ o alla necessità di adattare le stesse alle sempre

⁴⁰ Si riprendono le ben più ampie riflessioni contenute in CRISTINA DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1089

⁴¹ O forse è meglio dire che «una volta la certezza era un dogma», così come in CLAUDIO LUZZATI, *Ancora sulla certezza*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* (Rivista telematica), n. 23, 2017, p. 1.

⁴² Quella che in CRISTINA DE MAGLIE, *Culture e diritto penale.*, cit., è definita – riprendendo la teoria di Tarello – come "l'unità del soggetto di diritto".

⁴³ Suggestiva la definizione di "diritto sconfinato" data da MARIA ROSARIA FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma – Bari, 2006.

⁴⁴ Invero, «lo Stato appare sempre meno idoneo a farsi carico, con efficacia, dei problemi e delle istanze di protezione che contraddistinguono la società contemporanea e che solo apparentemente sono circoscrivibili entro gli ormai ristretti confini territoriali e comunitari rispetto ai quali lo Stato stesso è legittimato all'esercizio pieno del potere. (...) Ebbene, spesso riguardati, nella loro drammaticità, quale frutto tra i più discussi della stessa globalizzazione, i recenti fenomeni migratori hanno inciso

più attuali e dirompenti esigenze. Non soltanto c'è stato uno sconfinamento dello Stato Nazione verso l'alto e quindi a livello sovra-nazionale, ma anche (ed è questo che più ci interessa per la tematica trattata) verso il basso – o, se si preferisce nel suo interno – ove la diversità delle culture porta a far emergere tendenze e tradizioni diverse di qualsiasi carattere: religiose, ma anche linguistiche ed etniche in genere.

I conflitti tra i gruppi sociali di maggioranza e di minoranza – avvertiti soprattutto in un sistema delicato come quello penale – sono sempre più frequenti: può infatti accadere (o meglio, spesso accade) che un comportamento considerato “normale”, legittimo o addirittura vincolante per la cultura e/o la religione di un gruppo specifico ospitato, sia invece penalmente rilevante per chi quel gruppo lo accoglie.⁴⁵

Diventa così già per l'interprete (ma soprattutto per l'operatore del diritto) sempre più arduo cimentarsi continuamente nella difficile sfida di ricomposizione di quella irriducibile complessità e di quella polarizzazione dialettica tra unità e differenziazione.⁴⁶

Le insidie sono molteplici e si presentano fin da subito, a partire dal *che cos'è la cultura*, se sia possibile rintracciarne un'accezione valida per tutti e – ancor prima – *perché tutelarla* comportando in questo modo una deroga al principio di eguaglianza di fronte alla legge, (un tempo) considerato (almeno in astratto) inscalfibile.⁴⁷

pesantemente – quale concausa determinante – su uno dei presupposti più sicuri di questa coesione, ovvero sulla omogeneità di quel retro terra sociale e culturale dello Stato che, sino a quel momento, era apparso, sotto tale profilo, sostanzialmente granitico. Ne è derivata una situazione di conflittualità, più o meno manifesta, che non può che problematizzare ulteriormente la già minata capacità degli stessi stati a ricomporre ad unità le molteplicità degli interessi che si agitano nella società e l'efficacia delle risposte, politiche e giuridiche, che essi approntano nei confronti delle emergenze regolamentative, vecchie e nuove, che ne conseguono.» GIUSEPPE D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto ecclesiastico comparato e multilivello. Volume I. Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 5- 8.

⁴⁵ Si tratta di una vera e propria «esplosione del mondo religioso, che offre molteplici manifestazioni spesso inusuali, nuove per l'ambiente, lontane dalle forme tradizionali; ebbene le esigenze religiose (che inevitabilmente si traducono in diritto di libertà religiosa) delle persone variano a seconda dell'adesione all'uno od all'altro di questi messaggi religiosi (...) con modalità imprevedibili per chi era abituato ad una tranquilla tradizione. (...) La conseguenza è che questo mondo estremamente variegato deve fare i conti con un sistema civile, penale e amministrativo non preparato ad una valutazione di questi nuovi aspetti, ma anche con le imprevedibili reazioni (spontanee o guidate) dell'opinione pubblica, reazioni che possono essere di insofferenza, di fastidio, di ostilità. Di modo che, per alcuni gruppi religiosi, ad onta delle dichiarazioni astratte, la pratica della libertà religiosa può essere ostacolata, resa difficile non solo e non tanto sul piano giuridico ma anche e soprattutto sul piano di fatto». MARIA CRISTINA FOLLIERO, ANTONIO VITALE, *Diritto Ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti.*, cit., p. 24.

⁴⁶ Mi riferisco nuovamente a GIUSEPPE D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi*, cit., p. 16, nel quale si parla di una «articolazione conflittuale dei rapporti sociali e giuridici che riproduce a più livelli, la dinamica di fondo tra globale e locale, universale e particolare, unità e differenziazione.»

⁴⁷ Sono gli stessi interrogativi che si pone MARIO RICCA, *Il tradimento delle immagini*, cit., p.1. Si veda altresì, del medesimo A., più ampiamente ID, *Dike meticcica. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008; ID., *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari 2008; ID., *Riace, il futuro è presente. Naturalizzare il «globale» tra immigrazione e sviluppo interculturale*, Dedalo, Bari, 2010; ID., *Polifemo. La cecità dello straniero*, Torri del Vento, Palermo, 2011; ID., *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012; ID., *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013.

Dalla stessa sentenza in commento emerge quanto vi sia una propensione (per ovvie esigenze pratiche) a dare rilevanza a quella *cultura* in grado di proiettarsi dinamicamente, vale a dire di definirsi (e dimostrarsi) a livello processuale; di avere un'effettività, riempiendosi in questo modo di contenuti e facendo sì che non rimanga semplicemente una parola, per giunta vuota. Essa diventa sinonimo di *religione* (nel senso più intimo del termine) quando si concretizza per il singolo in un conflitto di lealtà col sistema (giuridico) dove vive e con cui inevitabilmente deve confrontarsi o al quale deve spesso conformarsi (chi è che non ricorda la nota pronuncia sul caso dei fedeli *sikh* e del loro *kirpan*?)⁴⁸.

Diventa così fuorviante far riferimento solo alla cultura (ad esempio religiosa) del singolo che semplicemente la rivendica come tale e come propria⁴⁹, dovendo sempre confrontarsi con la collettività al quale il singolo appartiene, verificando che sia caratteristica di un gruppo ben definito⁵⁰.

Sembrerebbe dunque che la matrice religioso culturale del singolo oltre a dover essere comune alla collettività di appartenenza e diffusa nella stessa, debba essere stata in grado di marcare la formazione del suo carattere e della sua coscienza, condizionandone le scelte; in altre parole, un altro dato da tenere in considerazione – oltre a quelli già sommariamente descritti – è che la stessa cultura non abbia subito influenze da nuove e diverse tradizioni (ad esempio del Paese di approdo). Provandomi a spiegare meglio, il “marchio d'origine” del soggetto agente, non è da

⁴⁸ Si allude a Cass. Pen., Sez. I, 31 marzo 2017, n. 24084 ed in particolare ai punti 2.3. e 2.4. delle motivazioni in diritto nei quali si legge che «(...) È quindi essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi, e di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi la liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina. La decisione di stabilirsi in una società in cui è noto, e si ha consapevolezza, che i valori di riferimento sono diversi da quella di provenienza ne impone il rispetto e non è tollerabile che l'attaccamento ai propri valori, seppure leciti secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, porti alla violazione cosciente di quelli della società ospitante. La società multietnica è una necessità, ma non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali confliggenti, a seconda delle etnie che la compongono, ostandovi l'unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro paese che individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare e, a tal fine, pone il divieto del porto d'armi e di oggetti atti ad offendere. Proprio la libertà religiosa, garantita dall'articolo 19 invocato, incontra dei limiti, stabiliti dalla legislazione in vista della tutela di altre esigenze, tra cui quelle della pacifica convivenza e della sicurezza, compendiate nella formula dell'ordine pubblico».

⁴⁹ In questo senso sembrerebbero rientrare quelle obiezioni che “qualcuno” potrebbe sollevare ed ipotizzate da MARIO RICCA, *Il tradimento delle immagini*, cit., p.5, alle quali l'Autore stesso parrebbe aver risposto con un «almeno in apparenza» intransigente «no» in questi termini: «Ma è possibile e giusto che ogni soggetto debba comprendere il significato, il perché e il senso socialmente situato di ciò che fa e rivendica di poter fare per essere legittimato a rivendicarlo? Non potrebbe limitarsi a dire “questo fa parte di me, da sempre, e non voglio rinunciarvi, anche se non ne conosco bene il senso, né con riferimento al mio passato né all'interno del mio attuale contesto di vita?” E soprattutto, “anche se non ho le competenze per articolarlo compiutamente, quel senso?”».

⁵⁰ Parrebbe essere la stessa *ratio* che ha portato il nostro ordinamento ad una sorta differenziazione della tutela penale del *sentimento religioso* tra quello individuale e quello collettivo (minore nel primo caso, maggiore nel secondo); la difficile identificazione della “*sensibilità religiosa*” come bene giuridico tutelato in quanto (ci si scusa per il gioco di parole) *sensibilmente* variabile da soggetto a soggetto, ha comportato una sopravvivenza codicistica delle sole offese riguardanti la collettività (si vedano gli artt. 403 – 405 c.p.)

considerarsi come un qualcosa *in re ipsa* in quanto ben potrebbe essere stato reciso dall'inserimento in un'altra società e dal contatto con valori religiosi e culturali differenti.

Dal recentissimo caso di Reggio Emilia, emerge come queste problematiche di fondo si complicano ancor di più in quanto ci si trova di fronte ad una norma incriminatrice che, per delineare il reato, utilizza un elemento normativo culturale – mi riferisco all'*atto sessuale* – la cui locuzione per essere circoscritta deve inevitabilmente fare riferimento alle scienze antropologiche e sociologiche, in quanto ciò che è sessualmente rilevante potrebbe dipendere dalla cultura di un popolo.⁵¹

Da sempre una delle più ardue sfide del legislatore è proprio quella di utilizzare tecniche di redazione delle fattispecie penali che rendano la norma più chiara possibile in modo tale da poter essere facilmente compresa dai destinatari e correttamente interpretata dai giudici. Affidare a degli elementi normativi *extragiuridici* di fonte sociale (nel nostro caso religioso culturale) il compito di “descrivere” – anche se solo in parte – il precetto penale parrebbe una sorta di espediente per monitorare realtà complesse e difficilmente riconducibili ad unità; per tali ragioni essi vengono definiti indispensabili “organi respiratori”⁵².

Tuttavia, accanto a tale funzione di “apertura” del sistema e di adattamento dello stesso ai mutamenti sociali per combattere gli eventuali effetti negativi della rigidità giuridica, è bene guardarsi dal rischio di una possibile indeterminatezza⁵³ ed inafferrabilità del linguaggio penale che potrebbe lasciare al giudice libero arbitrio nell'individuare l'illiceità del precetto dando il via ad una sorta di “sogettivismo interpretativo”⁵⁴.

In una società – come quella contemporanea – dominata da un forte pluralismo religioso e culturale viene allora spontaneo chiedersi – a questo punto – in base alla

⁵¹ Sul punto si veda ALBERTO CADOPPI, *I reati contro la persona*, cit., p. 34; secondo l'A. la definizione di “atto sessuale” non trae esclusivamente spunto da considerazioni di tipo medico (cioè di mera delimitazione anatomica di quale zona possa essere intrinsecamente “sessuale”) ma anche dal più ampio contesto culturale; ciò comporta una dilatazione dell'accezione di delitto sessuale in rapporto alle svariate società (evocativo è l'esempio dell'eschimese che, riconduce il mero sfregamento del naso ad un atto sessuale); di opinione parzialmente difforme GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 83; ID., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, II ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 208, in cui si sollevano possibili rischi di una sovrabbondante indeterminatezza a discapito del principio costituzionale di tassatività.

⁵² Così in GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 84; GIORGIO MARINUCCI, voce *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 512.

⁵³ Sul concetto di determinatezza ed i rischi conseguenti alla sua non applicazione nella descrizione della fattispecie penale si veda FRANCESCO PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, p. 421 ss.; GIORGIO MARINUCCI, EMILIO DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p.142 ss.

⁵⁴ Cfr. DOMENICO PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 229 il quale ritiene che «gli elementi di valutazione culturale dovrebbero essere espunti da sistemi penali che, come quello italiano vigente, sono fondati su principi di legalità e tassatività delle fattispecie di reato (art. 25 Cost.). Nella delimitazione dell'illecito dal lecito, se il principio di legalità non è una lustra, nessuna discrezionalità più o meno soggettiva del giudice – interprete può trovare posto. Tutto deve essere predeterminato «legalmente»: e se certi valori «culturali», rilevanti nella configurazione del reato, non risultano «performanti» del diritto, è necessario siano predeterminati, e fatti propri dalla norma penale, dei criteri culturali obiettivi su cui fondarli.»

cultura di quale popolo (*di chi*) tale elemento normativo (ed *extragiuridico*) debba essere valutato.

A tale interrogativo è possibile rispondere in due modalità alternative tra di loro⁵⁵ che sembrerebbero proprio calcare le motivazioni in seno alle pronunce di primo e secondo grado della vicenda le quali hanno in comune solo l'approdo, ma non la *ratio*.

Ed invero, il Tribunale di Reggio Emilia parrebbe aver valutato ed accertato i fatti commessi in base alla cultura della maggioranza degli Italiani⁵⁶ – e dunque la “cultura del legislatore”⁵⁷ – rinviando la valutazione dell'elemento religioso culturale alla successiva fase dell'accertamento della colpevolezza e della sussistenza dell'elemento soggettivo.⁵⁸ Il giudice di prime cure si è posto in pratica l'interrogativo del *se* in presenza di un reato (doloso), l'imputato – a causa di un inconciliabile divario tra la sua cultura e quella di maggioranza – versasse in una sorta di situazione di “errore” sull'elemento normativo della fattispecie (cioè su cosa sia per la cultura italiana un atto sessuale).

Dissimilmente, la Corte d'Appello di Bologna sembrerebbe aver considerato l'elemento normativo culturale in base alla cultura del soggetto agente, arrivando ad un'assoluzione per insussistenza del fatto che decreta (o comunque dubita) che sia stato compiuto un atto oggettivamente identificabile come sessuale.⁵⁹

Come è intuibile e come affiora tra le righe, ciò che è arduo è proprio appurare l'esistenza stessa del reato culturalmente motivato in quanto esso deve passare attraverso fasi di accertamento molto rigorose che spesso richiedono il necessario intervento di esperti in grado di conoscere e studiare il retroterra culturale del gruppo etnico religioso di cui l'agente fa parte. Va da sé che non basta far riferimento ad un *background* religioso culturale dell'imputato a giustificazione di un ipotetico fatto commesso, col rischio di ricomprendere in questa categoria ciò che non ne fa parte e di minare e corrodere le pretese di universalità della nostra “morale” giuridica.⁶⁰

⁵⁵ Efficacemente descritte da FABIO BASILE, *Immigrazione e reati*, cit., p. 370.

⁵⁶ «Se un gruppo di fanatici religiosi considerasse gravemente contrario al senso del pudore indossare in spiaggia il solo costume da bagno, non per questo chi indossasse il costume da bagno – conformemente al senso nazionale del pudore – commetterebbe il delitto di atti osceni!»: è quanto si legge in ALBERTO CADOPPI, *I reati contro la persona*, cit., p. 37 ss. nel quale il «dato nazionale» è identificato come «soglia minima della rilevanza penale di una certa fattispecie», nulla escludendo la possibilità dell'esistenza di una norma culturale più favorevole e dunque *pro reo*. Si sottolinea l'opportunità di rintracciare tale cd. soglia minima di tutela in modo tale da poter offrire al cittadino delle indicazioni (seppur generali) di orientamento in modo tale da fargli capire: «sotto questo livello non sarai punito».

⁵⁷ Si riportano nuovamente le parole utilizzate in sentenza per comodità di lettura e comprensione: «quale che sia la concezione di atto sessuale che si adotti, nessuno dubita che nel nostro ordinamento il contatto con l'organo genitale maschile, il bacio o ancor più l'inserimento in bocca del pene integri un atto sessuale in quanto invasivo della sfera sessuale, e integrante un rapporto del corpo dell'agente con parti del corpo della vittima naturalmente idonee a produrre stimolazione sessuale».

⁵⁸ La provenienza da contesto diverso da quello italiano ha inciso sulla consapevolezza «del carattere oggettivamente sessuale secondo la nostra cultura di riferimento, del bacio e tanto più del succhiotto sul pene del bambino, anche quando effettuato dal genitore (...)».

⁵⁹ Bensì identificabile come «gesti di affetto e di orgoglio paterno nei confronti del figlio maschio, assolutamente privi di qualsiasi implicazione di carattere sessuale e indicati come rispondenti a tradizioni di zone rurali interne dell'Albania, Paese di origine degli imputati».

⁶⁰ Si semplificano così le riflessioni di CRISTINA DE MAGLIE, *Culture e diritto penale*, cit., p. 1119.

Da un'analisi della giurisprudenza italiana⁶¹ emerge un *trend* di (quasi) indifferenza nei confronti del condizionamento culturale, non tanto e soltanto per il rispetto del principio di territorialità di cui all'art. 3 c.p., ma soprattutto quando ad essere in ballo vi sono dei diritti di rango costituzionale ritenuti inviolabili⁶² che costituiscono quel famoso "sbarramento invalicabile" all'introduzione di tutto ciò che potrebbe con essi contrastare (*ratio* assimilabile per certi versi a quel famoso "patriottismo costituzionale"⁶³).

Tuttavia, nonostante il tradizionale orientamento incline al diniego del fattore religioso culturale (in presenza di vittime di reati sessuali), da un'esegesi più meticolosa delle parole utilizzate dalla pronuncia recentissima della Cassazione⁶⁴, non sembrerebbe potersi affermare che la stessa si sia totalmente conformata ai suoi precedenti senza alcuna minima attenzione alle possibili influenze della provenienza culturale dell'autore del reato. Anzi, l'aver individuato degli snodi interpretativi (quelli che abbiamo definito "punti chiave") che possano conciliare il rapporto tra il diritto penale e l'elemento religioso culturale dello straniero, denota la volontà di trovare approcci interpretativi utili a tutelare la diversità senza vedere sacrificati beni costituzionalmente rilevanti.

È chiaro come tale procedimento non possa che essere per sua natura molto complesso, soprattutto alla luce del fatto che involge una fase (già) applicativa del diritto ed incombendo sul giudice l'onere di operare questa selezione secondo un'ermeneutica di (equa) differenziazione: ben più agevole sarebbe partire dall'elaborazione della legge e dunque dalla presenza di norme già ricomprendenti tutto ciò che è "altro" o semplicemente "diverso".

La sentenza n. 29613 del 2018 della Corte di Cassazione, sembrerebbe aprirsi in un (nemmeno poi tanto timido) approccio a quei ben noti "test culturali e religiosi" per individuare i requisiti in grado di distinguere un comportamento culturale da un comportamento che invece non lo è. «Essi si identificano in una procedura standardizzata di accertamento dei requisiti che il giudice ritiene rilevanti e/o indispensabili

⁶¹ *Ex multis* Cass. Pen., n. 19574/2014 nella quale la Corte rinnega come scriminante culturali le pretese di potestà all'interno del nucleo familiare per motivazioni di tipo religioso in quanto contrastanti col principio di eguaglianza e di pari dignità sociale; in egual modo Cass. Pen., n. 48272/2014 in tema di atti di violenza fisico morale anche se con intenti religiosi educativi; più segnatamente in ambito sessuale Cass. Pen., n. 37364/2015 in cui le eventuali giustificazioni dedotte in nome di presunti limiti o diversità religiosi culturali nella concezione del rapporto coniugale sopperiscono alla tutela di un diritto assoluto e inviolabile dell'uomo quale la libertà sessuale.

⁶² Così GIUSEPPE CAPOGRASSI, *Obbedienza e coscienza*, in *Opere*, V, 1959, p. 204 che definisce la Costituzione come «un prontuario specifico, talvolta ragionato, dei valori che stanno e che si vuole che stiano alla base di un ordinamento» e al quale la legislazione ordinaria (ad anche penale) inevitabilmente si adegua.

⁶³ Si fa riferimento alla teoria liberale strenuamente sostenuta dal filosofo *Habermas* e metaforicamente ricondotta al tema da FRANCESCO PARISI, *Cultura dell'«altro»*, cit., p. 121 ove l'Autore sostiene che «il frequente richiamo ai diritti costituzionalmente garantiti – ed in particolare ai diritti inviolabili dell'individuo, al principio d'uguaglianza e alla pari dignità tra gli esseri umani, alla tutela della famiglia, al diritto alla salute ed all'integrità fisica (...) significa implicitamente trovare nella tavola dei valori costituzionali le linee guida per definire il grado d'apertura dell'ordinamento giuridico alla differenza culturale, il nucleo attorno al quale la società multiculturale dovrebbe definire le regole di convivenza.»

⁶⁴ Chiaramente alludo alla sentenza Cass. Pen., 29 gennaio 2018, n. 29613 in commento.

per dare rilevanza alla “cultura” di una delle parti del processo. Il possesso di questi requisiti e della capacità di superare questo “test” determina la possibilità di risolvere il caso in deroga ad una norma generale ed astratta o variandone l’applicazione»⁶⁵.

Un accurato bilanciamento delle variabili indicate nella motivazione in diritto della Corte (livello di offensività del fatto commesso, natura della norma culturale osservata, grado di inserimento sociale del soggetto agente) potrebbe comportare un riconoscimento dell’elemento religioso culturale indubbiamente più misurato e per certi versi *benevolo*⁶⁶ in grado di aggirare il pericolo di una frantumazione del diritto penale virando verso una sorta di unitarietà che lasci idonei spazi di valutazione alle storie e alle biografie dei singoli *autori culturalmente motivati* tentando di risolvere così l’annosa problematica della riconducibilità ad un’efficacia scriminante delle fattispecie circoscrivibili nell’alveo dell’art. 19 Cost.⁶⁷

⁶⁵ ILENIA RUGGIU, *Il Giudice Antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 86.

⁶⁶ Così definito in FABIO BASILE, *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione Giustizia*, n.1, 2017, p. 135 e del quale Autore si riportano le seguenti riflessioni circa il riconoscimento del fattore culturale definito come «equo e ragionevole ogni qual volta la realizzazione del reato costituisca davvero l’esito di un conflitto normo-culturale ancora irrisolto, di tal ch  il reato commesso dall’immigrato di cultura diversa potrebbe effettivamente risultare meno rimproverabile rispetto ad uno stesso identico fatto commesso da un imputato di cultura italiana. La valutazione *pro reo* della motivazione culturale potrebbe, in altre parole, in qualche modo compensare la situazione di svantaggio in cui versa l’imputato appartenente ad una cultura di minoranza ogni qual volta sia chiamato a rispondere per un fatto previsto come reato da una legge in cui si rispecchia la sola cultura di maggioranza, qualora egli, rispetto a quest’ultima cultura, risulti tuttora incolpevolmente «straniero».

⁶⁷ Per approfondimenti si rinvia a SARA DOMIANELLO, *Dei Diritti e delle pene: note a margine del (paradosso del) valore medicinale laicamente riconoscibile all’uso della libert  religiosa come scriminante*, in *Diritto Religioni*, n. 2, 2016, p. 366 ss.