



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. Ilaria Zuanazzi.

**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 riportato ed analizzato 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 alcuno 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 PULITANO, *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.