



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXI ciclo

Tesi di Dottorato

**Alcuni riflessi penalistici dell’“enigma
multiculturale” : considerazioni in tema di
cause di giustificazione, scusanti e funzioni
della pena**

Relatore

Prof. Gabriele Fornasari

Dottoranda

Chiara Sella

anno accademico 2008-2009



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

candidata: Chiara Sella

**Alcuni riflessi penalistici
dell’“enigma
multiculturale” : considerazioni in
tema di cause di giustificazione,
scusanti e funzioni della pena**

Relatore Prof. Gabriele Fornasari

Anno Accademico 2008-2009

Curriculum di Diritto e procedura penale

XXI ciclo

Esame finale: 24/03/2010

Commissione esaminatrice:

Prof. Alessandro Bernardi, Università di Ferrara

Prof. Alberto Cadoppi, Università di Parma

Prof.ssa Francesca Curi, Università di Bologna

*Dedico queste riflessioni ai miei
genitori, che nel corso degli anni
mi sono sempre stati accanto,
sostenendomi con ogni mezzo.
Un pensiero va anche al mio caro
nonno, il quale ha letto ogni parola
qui contenuta da un posto lontano,
sicuramente migliore di quello in
cui ci troviamo.
I miei ringraziamenti vanno invece
al Prof. Fornasari
ed alle persone che, oltre ad essere
colleghi, nel percorso, si sono
dimostrate dei veri amici
... in quanto tali non necessitano
di specifica menzione
perché gli interessati sanno quanto
profonde siano la mia stima e la
mia gratitudine*

INDICE

	Pag.
ABSTRACT	1
CAPITOLO PRIMO.....	3
INTRODUZIONE	3
1.1. <i>Rilevanza del fenomeno del pluralismo culturale nel diritto penale</i>	<i>3</i>
1.2. <i>Oggetto della ricerca: i reati culturalmente orientati</i>	<i>6</i>
1.3. <i>La scelta delle condotte commissibili dagli immigrati.</i>	<i>8</i>
1.3.1. <i>L'esclusione degli illeciti commessi dalle sub-culture</i>	<i>8</i>
1.3.2. <i>La scelta dell'esclusione del delinquente ideologico.....</i>	<i>13</i>
1.4. <i>Quali tipologie di culturally orientated crimes sono o saranno commessi nel suolo nazionale?</i>	<i>15</i>
1.4.1. <i>Analisi dei dati sull'immigrazione e loro rilevanza per la parte empirica.....</i>	<i>15</i>
1.5. <i>Cenni alle varie tipologie di riconoscimento delle differenze culturali. Un primo approccio sui modelli adottati in Europa</i>	<i>17</i>
1.5.1. <i>Il multiculturalismo</i>	<i>17</i>
1.5.2. <i>Il modello assimilazionista</i>	<i>20</i>
1.5.3. <i>Il modello interculturale</i>	<i>23</i>
1.5.4. <i>Il nuovo modello apparentemente adottato dall'Italia in odium rei</i>	<i>25</i>
1.6. <i>Conclusioni provvisorie.....</i>	<i>32</i>
CAPITOLO SECONDO.....	35
IL REATO CULTURALMENTE ORIENTATO.....	35
2.1. <i>Introduzione. Nascita e sviluppo: i leading cases</i>	<i>35</i>
2.1.1. <i>The people vs Kimura- The people vs Wu (Sailaja Hathaway, Virk)</i>	<i>36</i>
2.1.2. <i>The People vs Chen</i>	<i>46</i>
2.1.3. <i>The people vs Moua</i>	<i>50</i>

2.2. <i>Altra giurisprudenza Bounnhong Douangpangna, vs. Mike Knowles; The People vs Galicia; The People, v. Oscar Acosta Trejo; Trujillo-Garcia v. Rowland</i>	54
2.3 <i>La parte teorica: le cultural defenses</i>	59
2.3.1. <i>La cultural defense formale</i>	59
2.3.1.1. <i>Argomenti a favore</i>	61
2.3.1.2. <i>Argomenti contrari</i>	63
2.3.2. <i>Una provvisoria soluzione</i>	69
CAPITOLO TERZO	73
ANALISI DI QUATTRO <i>CULTURAL CRIMES</i> E RAGIONI DELLA STESSA	73
3.1 <i>Introduzione: le motivazioni della scelta</i>	73
3.2 <i>Honor killings</i>	73
3.3. <i>I casi europei</i>	83
3.3.1. <i>Svezia</i>	83
3.3.2. <i>UK</i>	85
3.4 <i>La normativa italiana dall'art. 587 del Codice Rocco ai giorni nostri</i>	86
3.5. <i>I leading cases italiani</i>	94
3.5.1. <i>L'omicidio preterintenzionale di Kaoutar Lashni</i>	94
3.5.2. <i>L'omicidio premeditato di Hina Salem</i>	97
3.6. <i>La heat-of-passion doctrine</i>	103
3.7. <i>Female genital cutting</i>	109
3.7.1. <i>Introduzione storico-antropologica</i>	109
3.7.1.2. <i>I significati delle modificazioni genitali</i>	114
3.7.2. <i>Gli effetti sulla salute</i>	120
3.8. <i>La normativa africana</i>	121
3.9. <i>La normativa italiana</i>	124
3.9.1. <i>Le mutilazioni genitali maschili</i>	133
3.9.1.2. <i>Il versante giurisprudenziale</i>	147
3.9.2. <i>Le condotte di lesioni su donne maggiorenti</i>	150
3.9.3. <i>Il tentativo di mutilazioni genitali e di lesioni genitali</i>	154
3.9.4. <i>La perseguibilità all'estero</i>	156
3.9.5. <i>Art. 585 c.p.</i>	157

3.10. <i>Maltrattamenti in famiglia</i>	159
3.10.1. Ambito di applicazione: concorso con l'art. 571 c.p.	159
3.10.2. Maltrattamenti non necessariamente violenti -impiego di minori nell'accattonaggio	164
3.10.2.1. L'evoluzione giurisprudenziale.....	164
3.10.2.2 ... e normativa.....	172
3.10.3. I maltrattamenti violenti	176
3.11. <i>Conclusioni</i>	185
CAPITOLO QUARTO	187
LA COLLOCAZIONE DEI <i>CULTURAL CRIMES</i> NELLA PARTE GENERALE DEL DIRITTO PENALE	187
4.1. <i>La centralità della colpevolezza</i>	187
4.2. <i>Un breve cenno ai due presupposti della colpevolezza: la libertà di agire diversamente ed il rimprovero</i>	189
4.3. <i>Il principio di colpevolezza</i>	191
4.4. <i>Colpevolezza e funzioni della pena</i>	192
4.5. <i>La colpevolezza come categoria dogmatica. Un cammino a ritroso dalla colpevolezza alla tipicità</i>	204
4.5.1. L'imputabilità	204
4.5.2. La conoscibilità del precetto e l'errore di diritto.	213
4.5.3. L'errore sul fatto.....	216
4.6. <i>Le cause di giustificazione</i>	217
4.6.1. Esercizio di un diritto	217
4.6.2. Il consenso dell'avente diritto.....	223
4.7. <i>Le scusanti</i>	227
4.8. <i>La punibilità</i>	230
4.9. <i>Circostanze attenuanti ed aggravanti</i>	231
4.9.1. Le attenuanti generiche.....	231
4.9.1.1. Un breve accenno alla giurisprudenza ed alla novella del Decreto Sicurezza.236	
4.9.2. L'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale.....	238

INDICE

<i>4.10. La commisurazione ex art. 133 c.p.</i>	<i>241</i>
<i>4.11. Un nuovo punto di riflessione: reati culturalmente orientati e tipicità.....</i>	<i>243</i>
<i>4.12. Pena, colpevolezza e tutela delle vittime: una scelta necessaria?.....</i>	<i>244</i>
CAPITOLO QUINTO	251
CONCLUSIONI: I VERI NODI DELL'ILLECITO CULTURALE	251
BIBLIOGRAFIA	275

ABSTRACT

L'obiettivo che ci siamo posti all'inizio dell'attività di ricerca è consistito nell'indagare un circoscritto numero di delitti culturali in senso stretto, focalizzando la nostra attenzione sulle tipologie che in Italia hanno suscitato il maggior allarme sociale, al fine di verificare la "tenuta" dell'impianto codicistico sia sotto il profilo sostanziale che, parzialmente, processuale. Possiamo dire che l'analisi delle quattro fattispecie di reato scelte (*honour killings*, modificazioni degli organi genitali, maltrattamenti violenti ed accattonaggio) non sia stata fine a se stessa, ma volta a dimostrare come nel grande contenitore dell'illecito culturale e dell'omologazione nascente dalla stessa creazione di una categoria di sintesi, si nascondano in realtà molti profili problematici a livello dei principi che operano in questo specifico settore dell'ordinamento: dalle questioni attinenti al libero arbitrio, all'individuazione di beni giuridici bisognosi di tutela penale (con i necessari collegamenti con la dottrina dell'*harm principle*), fino al complesso dibattito sulla distinzione tra meritevolezza e bisogno di pena.

Consci del notevole livello di approfondimento scientifico presente oramai anche nella dottrina italiana, abbiamo cercato di perseguire l'ambiziosa meta di non ricorrere alle "facili" categorie della dignità e del limite invalicabile dei diritti umani, i quali soffocano qualsiasi dibattito riguardante quelle condotte culturalmente connotate che suscitano la maggior diffidenza, se non addirittura disgusto. Per fare ciò abbiamo, anche con l'indispensabile ausilio della giurisprudenza, tentato di investigare quale fosse il bene giuridico tutelato dalle diverse norme incriminatrici, chi ne fosse il titolare e, quindi, cosa si celasse dietro il comodo lemma dignità. Per quanto riguarda la vittimizzazione femminile abbiamo frequentemente scoperto che la visione massmediatica -che oppone un retrogrado e barbaro oriente ad un moderno ed egualitario occidente- null'altro fosse se non una semplice distorsione, mentre molto spesso la sopraffazione che si nasconde dietro certe condotte è una mera violenza di genere che trova ancora spazio in istituti

obsoleti come la provocazione, o, meglio, nelle manipolazioni giurisprudenziali, del Codice Rocco.

Ci siamo poi chiesti se la tutela delle vittime debba per forza passare attraverso la durezza delle pene per i rei e ci siamo convinti che non sia questa la strada da perseguire.

I nostri risultati sono ovviamente una goccia nel mare che questo meraviglioso tema rappresenta, ma siamo giunti alla conclusione che la comparazione in questo settore sarà sempre più importante e che dovrà essere superata la sterile distinzione tra paesi di *common law* e di *civil law*, essendo ormai presente per molte spinose tematiche una “grammatica comune”; che si rende ormai improrogabile una drastica revisione del sistema sanzionatorio e delle misure sostitutive ed alternative al carcere. Infine si è convinti che il tema richieda ancora un notevole approfondimento in punto di punibilità, soluzione per noi preferibile per i reati di media gravità, ma che nel clima politico in cui si scrive sembra assolutamente lontana. Siamo quindi giunti a proporre, grazie all’analisi della giurisprudenza che sembra adeguarsi al modello *in odium rei* introdotto dal legislatore con l’art. 583*bis* c.p., la formulazione di un articolo 133*quater* -calibrato sul modello di verifica del delitto culturale su cui si registra l’ampio consenso della dottrina- il quale prevede una presunzione *juris tantum* per l’applicazione del minimo edittale in caso di illecito culturalmente orientato, superabile se sia stata fornita congrua motivazione della colpevolezza, intesa quale motivabilità mediante norme, del soggetto.

De jure condito invece si è giunti all’amara conclusione che, pur essendo in via teorica molteplici i canali attraverso cui la motivazione può trovare spazio nel codice penale, all’avvocato difensore spetti il compito di usare al massimo i poteri che gli sono stati concessi dal nuovo rito, affinché, se ritenuto bisognoso di pena, il suo assistito possa almeno avvalersi della misura alternativa dell’affidamento in prova al servizio sociale, l’unica che ci sembra allo stato dell’arte possa garantire una minima rieducazione, purtroppo intesa nella maggior parte dei casi come prima educazione.

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE

1.1. Rilevanza del fenomeno del pluralismo culturale nel diritto penale

La scelta di focalizzare l'attenzione sui rapporti tra diritto penale e pluralismo culturale è dovuta ad un'esigenza insopprimibile di ripensamento del dato normativo, ormai palesemente anacronistico ed inadeguato, rispetto alle sfide che la società italiana del terzo millennio impone. Il flusso migratorio che ha interessato il paese secondo la chiave di lettura non solo di chi scrive, ma anche di fini teorici, tra cui *in primis* sociologi, antropologi e giuristi, pone in discussione la tavola valoriale su cui l'intero ordinamento, e pertanto anche il diritto penale, si fonda¹. Si esce da quell' "incanto confortevole dell'assolutezza"² consistente nell'immagine dell'ordinamento giuridico fondato su una società nazionale "compatta, omogenea ed indifferenziata al suo interno"³, per andare alla ricerca di un nuovo modello, diverso sia da quello multiculturalista, che ha dominato negli Stati Uniti fino alla fine degli anni 60 del secolo scorso, sia da quello assimilazionista alla francese.

La difficoltà s'inserisce nel contesto della società post-secolare⁴ in cui la religione inizia nuovamente a rivestire un aspetto fondante nella ricostruzione identitaria dell'individuo,

¹ R. BARTOLI, contraddittore a F. MONCERI, *Multiculturalismo: disincanto o disorientamento del diritto?* in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, 94.

² *Ibidem*.

³ C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in M. BERTOLINO, G. FORTI (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 4.

⁴ Il riferimento va principalmente a K. EDER, *Europäische Saekularisierung - ein Sonderweg in die postsäkulare Gesellschaft*, in *Berliner Journal fuer Soziologie*, 3, 2002, 313; J. HABERMAS, J. RATZINGER, *Ragione e fede in dialogo*, a cura di G. BOSETTI, Marsilio, Venezia 2005; C. VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, spec. 1035 ss. ed agli studi statunitensi in materia di *Law and religion*.

in palese abbandono della separazione tra Stato e Chiese, tra valori terreni e confessionali, mettendo a dura prova il principio di laicità⁵ che si ritenga debba caratterizzare lo *jus* criminale. In un quadro già così complesso emerge un ulteriore fattore di complicazione: la globalizzazione, che assieme alla politicizzazione della stessa religione ha portato a dire che “la società post–secolare è il *pendant* contraddittorio e riottoso dello Stato secolare. Lo sviluppo di entrambi non è un gioco a somma zero, ma un gioco a somma positiva. Entrambi i processi sono accelerati e regolati tramite un terzo attore tra Stato e società: la sfera pubblica organizzata massmediaticamente”⁶.

Il fenomeno migratorio può essere, quindi, ben impiegato come una sorta di grimaldello per disvelare quanto le finzioni giuridiche, più o meno consapevolmente condivise o accettate poste alla base dell’ideologia che permea il codice sostanziale possano ancora resistere, o se al contrario sia ormai improcrastinabile una profonda rivalutazione dell’intero impianto normativo. Difatti è stato giustamente osservato come il pluralismo culturale “non deve essere trattato come un oggetto, un fenomeno, che si offre positivamente allo sguardo che lo raccoglie come tale e di cui potremmo con facilità tracciare i confini. Il multiculturalismo è piuttosto da considerarsi come un prisma attraverso il quale uno sguardo nuovo si forma, che permette di ripensare un plesso di questioni de-

⁵ Troviamo particolarmente interessante la definizione di tale termine, nella particolare qualificazione di metodo data da P. BARCELLONA, *Critica della ragione laica. Colloqui con Michele Afferrante e Maurizio Ciampa*, Troina, 2006, 53 citato in M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull’immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2007,4, 689 quale “sostare il più a lungo possibile nello spazio dell’interrogazione, rifiutando, il più a lungo possibile, la risposta che chiude l’interrogazione, la risposta che risolve”. In merito, invece, alla laicità come principio supercostituzionale a cui deve conformarsi anche il diritto penale nell’ormai sconfinata letteratura risulta difficoltoso effettuare un rinvio ad opere di interesse generale, coagulandosi la produzione scientifica attorno ai quattro temi della tutela del sentimento religioso, tutela della libertà religiosa e delle scelte di inizio e fine vita, tra i lavori più importanti e recenti S. CANESTRARI (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007; S. CANESTRARI, L. STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Torino, 2008; A. CERETTI, L. GARLATI (a cura di), *Laicità e stato di diritto. Atti del IV Convegno. Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006*, Milano, 2007; L. RISICATO (a cura di), “Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali” *Atti del Convegno Università di Messina, 13-14 giugno 2008*, in corso di pubblicazione; FORTI G., *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il «potenziale di verità» di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, 2-3, 297; M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, 984; ID, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 2-3, 493; V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2005, 651.

⁶ K. EDER, *La religione liberata*, in *Reset 95*, 2006 consultato nella traduzione italiana a cura di DANIELE CASTELLANI PERELLI su http://www.eurozine.com/articles/article_2006-07-07-eder-it.html (10 giugno 2009).

cisive per una ridefinizione della politica nelle società contemporanee”⁷. Si ritiene opportuno premettere sin d’ora che qualche accenno, seppur necessariamente contenuto, nell’impianto della tesi verrà dato al legame tra diritto e mass-media, legame che il giornalismo interculturale valuta in modo sempre più allarmante. L’apporto dato da tale disciplina è nell’economia del lavoro molto importante per una duplice ragione: innanzitutto nonostante il fenomeno migratorio non sia recentissimo i casi di “reati culturalmente orientati” giunti all’attenzione delle corti italiane risultano essere assolutamente esigui, secondariamente perché la scelta del Legislatore italiano nell’affrontare i casi paradigmatici riconducibili a tale alveo è espressione di un’originale scelta di approccio al pluralismo valoriale che può influenzare ed essere influenzato da una particolare strategia di ricostruzione delle notizie e che naturalmente può poi indirizzare il potere giudicante nella decisione⁸. La dottrina ha parlato in questi casi di “etnicizzazione” della rappresentazione del crimine: l’illegalità o alcuni comportamenti criminosi sono associati al gruppo (religioso, nazionale, culturale, etnico) a cui la persona incriminata o sospettata appartiene. L’etnicizzazione della rappresentazione del crimine passa attraverso l’impiego di un linguaggio escludente e pregiudiziale, per cui l’autore di un certo delitto (o il semplice sospettato) viene etichettato utilizzando un particolare che lo caratterizza⁹. Purtroppo il dibattito mass-mediatico non risulta fine a se stesso, ma è foriero di un circolo vizioso di quantomeno opinabili decisioni di politica criminale e forti legami con alcune teorie sociologiche sulla devianza. Come infatti correttamente notato da Melossi quando “si ritiene che la frammentazione sociale abbia raggiunto ‘limiti intollerabili’, almeno nella prospettiva delle *élites*, e si invoca quindi la necessità- sempre più largamente condivisa ed egemonica- di ristabilire i valori dell’unità, dell’autorità, e della ge-

⁷ M. DURANTE, *La questione multiculturale nuove basi simboliche per la comprensione del dispositivo politico e giuridico contemporaneo*, in *Filosofia Politica*, 2007, 2, 269.

⁸ Si condividono totalmente le conclusioni di GRANDI secondo cui “posto che quest’ultimo (il giudice), come autorevole tradizione dottrinale riconosce, risulta in generale esposto ai condizionamenti derivanti dall’attenzione mediatica per i processi e dalle connesse aspettative “di giustizia” correnti nella collettività, tali condizionamenti, più in particolare, possono risultare amplificati con riguardo ai reati commessi dai migranti: sia a causa dell’appena ricordata capacità di tali reati di catalizzare l’interesse spasmodico dei media; sia a causa della peculiare veemenza dell’aspettativa sociale di “giustizia” rispetto a crimini coinvolgenti conflitti normativi interculturali in un periodo, come quello attuale, contraddistinto da un generalizzato senso di insicurezza e dalla percezione della “diversità” come fonte qualificata di pericolo, C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in M. PIFFERI, O. GIOLO, (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, Torino, 2009, 208-209.

⁹ M. CORTE, *Violenza sulle donne e pregiudizi religiosi*, in <http://www.cestim.it/> visto il 28/05/2009.

rarchia sociali [...] tendono ad apparire ed a farsi dominanti teorie dell'ordine sociale [...] nelle quali [...] l'immagine del criminale è quella del nemico pubblico [...] rappresentato come un individuo moralmente ripugnante (descritto come tale dai criminologi, dall'opinione pubblica, e anche dalla finzione artistica) ed è in ogni caso colui che porta nella società in cui alberga quale parassita o germe una minaccia mortale. Le cause di tale minaccia, quando vengono discusse, si ritrovano all'interno dello stesso soggetto criminale e non in particolari condizioni sociali [...]. In tali periodi i tassi di incarcerazione tendono a crescere e la retorica pubblica enfatizza particolarmente il valore dei riferimenti collettivi, espressi di volta in volta come 'Stato', 'Nazione' o 'Comunità'¹⁰.

1.2. Oggetto della ricerca: i reati culturalmente orientati

Si definisce reato culturalmente motivato “un comportamento realizzato da un membro appartenente ad una cultura di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico della cultura dominante. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale dell'agente è condonato, o accettato come comportamento normale, o approvato, o addirittura è sostenuto e incoraggiato in determinate situazioni”¹¹. La traduzione letterale, forse meno raffinata, citata da Monticelli, in base alla quale si parla di *cultural crimes* laddove si sia in presenza di “un'azione commessa da un immigrato, da un indigeno o da un appartenente ad una cultura minoritaria pur se considerata come reato dal sistema penale (espressione della cultura maggioritaria) viene giustificata, accettata, promossa o approvata all'interno del proprio gruppo”¹², permette tuttavia a nostro avviso di focalizzare sin da subito l'attenzione su due aspetti fondamentali. Il primo: nell'ordine in cui si è delineato il soggetto attivo si è subito evidenziato che, almeno in ambito europeo, il problema dei reati culturalmente connotati è *in primis* legato al fe-

¹⁰ D. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, Milano, 2002, 7 ss.

¹¹ C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati* cit., 181; F. BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, 53; C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2005, 1, 191; ID, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Scritti in onore di Marinucci*, Milano, 2006, 215.

¹² L. MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i “reati culturalmente orientati”*. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale, in *Ind. Pen.*, 540, trattasi della traduzione italiana della definizione data per primo da F. STRIJBOSCH, *Culturele delicten in de Molukse gemeenschap*, in *Nederland Juristenblad*, 1991, 666; conf. J VAN BROECK, *Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, 1, 5.

nomeno migratorio, secondariamente si mette in luce come il sistema penale sia espressione della cultura maggioritaria, denunciando immediatamente il pericolo dell'oggettivazione di valori e principi che invece sono storicamente connotati. Da entrambe le definizioni, invece, mostrando più attenzione alle critiche recenti emerse nei c.d. *cultural studies*, si evince come la reazione da parte della comunità di provenienza possa risultare assolutamente differenziata, coprendo uno spettro che va dalla mera accettazione, fino ad un attivo incoraggiamento.

Vediamo quindi che sul versante dell'agente emerge una prima bipartizione: le condotte possono essere commesse da migranti o da una minoranza storicamente preesistente a quella che è diventata la maggioranza della popolazione, soggetta a pratiche di annientamento o di progressiva esclusione dal circuito sociale e lavorativo. Nei confronti di tali popolazioni si sta da qualche tempo assistendo alla messa in opera di politiche multiculturaliste, soprattutto in Canada ed in Australia; tra di esse spicca particolarmente il recepimento di criteri che la giurisprudenza ha elaborato nei confronti dell'*aboriginality*, in particolar modo collegando la stessa alla posizione socialmente svantaggiata dei nativi, che avrebbe comportato da un lato una minore rimproverabilità delle condotte criminose, dall'altro la particolare connotazione ed intensità dei legami intracomunitari risolvendosi in una maggior percezione dall'afflittività della pena¹³. In questa prospettiva si inserisce art. 104A del Northern Territory Sentencing Act australiano del 2005¹⁴ che permette l'allegazione nel processo penale di elementi probatori basati su aspetti consuetudinari e ricollega espressamente la commisurazione della pena a “an aspect of Aboriginal customary law (including any punishment or restitution under that law) that may be relevant to the offender or the offence concerned”.

Ancora più forti sono i riconoscimenti della matrice culturale presente nel fenomeno del *Circle sentencing*¹⁵ nello Stato australiano del South New Wales creati dal giudice, dalla

¹³ C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, 1, 260.

¹⁴ http://www.austlii.edu.au/au/legis/nt/consol_act/.

¹⁵ Si tratta di un modello di *restorative justice* a cui partecipano agli incontri autore e vittima, le rispettive famiglie e amici, partner, comunità di interessi, rappresentanti delle etnie, rappresentanti della comunità locale, sotto la presenza di un facilitatore. nelle mani di ognuno degli interventori viene fatto circolare una *talking piece* a testimonianza di voler coprire un ruolo attivo nella risoluzione del conflitto, *Il volto informale della giustizia: analisi dei modelli riparativi*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14529.pdf> 22 giugno 2009. È da puntualizzare come tale modello nasca in realtà il Canada nei primi mesi del 1992 ad opera della *Supreme Court of the Yukon* nel caso *R vs Moses* (71 CCC (3d) 347 (Yukon Territorial

procura o dalla polizia, per offrire a chi applicherà la sanzione spunti per una sua flessione e trasformazione in una sanzione di tipo riparativo.

Trattasi tuttavia di prospettive che si è deciso di non approfondire: nella nostra disamina si è voluto invece tentare di affrontare le sfide poste dalla multiculturalità e dal pluralismo valoriale ad essa correlato in un Paese polietnico e non multinazionale¹⁶.

Fatte queste doverose premesse dobbiamo ora analizzare il quadro teorico (prevalentemente di stampo filosofico e sociologico) da cui parte il dibattito sul multiculturalismo, ma prima risulta necessario delimitare ulteriormente l'oggetto della nostra analisi sotto un punto di vista criminologico.

1.3. La scelta delle condotte commissibili dagli immigrati.

1.3.1. L'esclusione degli illeciti commessi dalle sub-culture

Qualificando in prima battuta la cultura come “a dynamic value system of learned elements, with assumptions, conventions, beliefs and rules permitting members of a group to relate to each other and to the world, to communicate and to develop their creative potential”¹⁷ o un “intersubjective system of symbols which offers the human being an orientation toward the others, the material world, him- or herself and the non-human. This symbolic system has a cognitive as well as an evaluative function. It is handed

Court). il cui Presidente Stuart consultò la comunità indiana locale, M. P., TINEO, *Building community justice partnerships: community peacemaking circles di Barry Stuart*, in *Ind. pen.*, 2003, 2, 851 ss.

¹⁶ Per una scelta sostanzialmente conforme vedasi F. BASILE, *op. cit.*, 20-21 pur contestando la qualifica di “emergenza e drammatica attualità per l’Unione europea” data all’immigrazione, si condivide, infatti il pensiero di Flick per cui risulta necessario “depurare il concetto di emergenza dalle frequenti scorie che soprattutto nel linguaggio mediatico e nell’emozione sociale tendono a coagularsi su di esso [...] l’emergenza, innanzitutto, non è l’insicurezza sociale e la sequela di dinamiche che ad essa solitamente si connettono in esso ogni falsa emergenza si nutre poi naturalmente dei rituali per esorcizzare l’insicurezza che li genera: questi ultimi divengono –per un’eterogeneità dei fini di immediata leggibilità- occasione di ulteriore falsa emergenza. Rispetto ad una paura collettiva nulla ha maggiore capacità di aggregazione (a buon mercato; e con il rischio di un populismo a sua volta aggregante) della minaccia di repressione penale: una risposta esemplare («tolleranza zero» e «risposte forti»); simbolica (le «leggi manifesto» anche prescindendo dalla verifica dell’esistente normativo, magari mai attuato); emotiva (le categorie del Tater-tip, appunto oppure la repressione proclamata ad di là ed indipendentemente da ogni effettività di tutela). Fino ad elaborare un «diritto penale del nemico» che sostituisce il suo oggetto: quest’ultimo in realtà, non è più il nemico, ma è l’emarginato sociale, l’escluso straniero, il non cittadino in quanto tale, secondo categorie antropologiche che –eccentriche rispetto alla finalità [...] risultano assai utili per esportare il conflitto sociale, individuando un soggetto «esterno» e così sublimando paura ed insicurezza sociale”, G. M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, 65.

¹⁷ CANADIAN COMMISSION FOR UNESCO, *A Working Definition of “Culture”*, in *Cultures*, 1977, 4, 78-83 citato in A. DUNDES RENTELN, *The Cultural Defense*, New York, 2004, 10.

over from a generation onto a next generation and subject to constant transformation. Even when it never achieves complete harmony, there is a certain logic and structure that binds the system together”¹⁸ si potrebbe ragionevolmente attendersi che il campo d’indagine vada ad abbracciare anche gli illeciti commessi dalle c.d. sub-culture. In sociologia e in antropologia una subcultura (o sottocultura) è un termine usato per riferirsi a un gruppo di persone o ad un determinato segmento sociale che si differenzia da una più larga cultura di cui fa parte per stili di vita, credenze e/o visione del mondo¹⁹. Pur tuttavia la scelta dell’autrice è di restringere l’analisi ad una dimensione etnicamente qualificata di cultura nel senso di “comunità intergenerazionale, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e condivide una lingua ed una storia distinte”²⁰ e questo per ragioni meramente funzionali poiché per-

¹⁸ J. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, 9, 8.

¹⁹ Lo studio principale di tale *species* di delinquenza con particolare riferimento ai gruppi giovanili si riconduce a Cohen il quale nel 1955 formulò la teoria delle subculture devianti come prodotto del conflitto tra le classi più agiate e quelle della borghesia proletaria; i giovani appartenente a quest’ultima pur aspirando alle medesime mete dei loro coetanei sarebbero più svantaggiati e porrebbero in essere atteggiamenti di tipo non utilitario, prevaricatore e negativo; i giovani devianti proverebbero soddisfazione nel causare disagio ad altri, tentando di oltraggiare i valori delle classi medie, coinvolgendosi in forme diverse di delinquenza, con obiettivi immediati. La motivazione principale consisterebbe nella ricerca di uno *status* sociale comune ed una disparità nella possibilità di conseguirlo, disparità evidente nelle famiglie delle classi inferiori cui mancano vantaggi materiali e simbolici, A. COHEN, *Controllo sociale e comportamento deviante*, tr. , Bologna, 1969. La critica sociologica attuale fa notare tuttavia come l’impianto originario secondo cui l’oggetto della ricerca consistesse in “sistemi reificati (generalmente di valori), riferibili senza problemi a segmenti di popolazione considerati anch’essi facilmente identificabili”, abbia cercato di concentrarsi su quattro principali lacune: a) la subcultura viene generalmente trattata come coincidente con un’intera popolazione di individui definiti in termini strutturali; in altre parole, essa viene concepita nei termini di una categoria sociale (per esempio i giovani) o di una collettività (ad esempio una gang), invece che come dipendente da un sistema di credenze e di pratiche; b) essa viene esaminata senza sufficiente attenzione alla definizione empirica del gruppo di individui che ne costituisce il referente; c) il sistema subculturale viene rappresentato come omogeneo, statico e in sé chiuso; d) la subcultura è generalmente raffigurata come composta esclusivamente di valori e orientamenti normativi. Nel loro insieme, questi problemi dimostrano che la nozione di subcultura è stata generalmente concettualizzata in termini che rendono difficile, se non impossibile, esaminare e spiegare il cambiamento e la diffusione di elementi culturali”, così M. SANTORO, *Mafia, cultura e subculture*, in *Polis*, 2000, 1, 99. Senza volere addentrarci ulteriormente in tale, seppur interessante, ginepraio, riportiamo tale critica proprio per sottolineare come il sistema delle credenze e delle pratiche che farebbe considerare legittimamente le minoranze etniche come sub-culture sia stato solo recentemente proposto nella letteratura specializzata e come quindi si preferisca mantenere ai fini di questo lavoro l’impostazione tradizionale.

²⁰ Così F. BASILE, *Immigrazione e reati “culturalmente motivati”*. *Il diritto penale nelle società multiculturali europee* Milano, 2008, 4 a sua volta citando a sua volta W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999, 34 e l’unanime dottrina penalistica italiana tra cui da ultimo C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in M. PIFFERI, O. GIOLO, (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, Torino, 2009, 182. L’autore sottolinea che una siffatta definizione risulta stipulativa, ma non arbitraria, laddove lascia ampio spazio anche al fattore etico-religioso in grado di condizionare fortemente la personalità dell’agente.

mette di inserire la disamina della devianza criminale di recente emersione all'interno di un'altra importante tematica del terzo millennio, *i.e.* il rapporto tra diritto penale e sicurezza e percezione della stessa da parte dei cittadini.

Brevemente si può dire infatti che il concetto stesso di cultura nella sua accezione descrittiva rimanda ad un insieme di credenze e pratiche che identificano un gruppo differenziandolo da un altro, formando il sostrato delle identità collettive. In ciò si differenzia fortemente dalla sua definizione concettuale che mira invece ad un processo di crescita dell'individuo e della società, molto simile al concetto di civiltà²¹ e pertanto sarebbe priva di capacità distintiva nella nostra analisi. Tuttavia ciò, anticipando considerazioni che si approfondiranno parlando dei diversi modelli di approccio al pluralismo culturale e normativo, incarna anche la maggiore difficoltà che incontra il penalista che si occupa di tale tema; è infatti innegabile che le culture non rappresentino un *set* predefinito ed immutabile, un bagaglio o meglio un fardello che il singolo deve trascinarsi fino al venir meno della sua stessa esistenza²², ma un insieme di molti tratti che sono destinati a mutare ed evolvere nell'incontro con l'altro. Tuttavia, se si vuole dare rilevanza al fattore culturale all'interno del processo penale bisognerà operare una *fictio* preliminare e supporre che la tradizione che adduce l'agente portatore di una supposta radicale alterità sia prevalentemente diffusa, se non unanimemente condivisa. Senza voler anticipare le conclusioni, ciò sarà assolutamente coerente con il modello liberale adottato dallo stato di diritto in cui di fronte all'impossibilità di decidere definitivamente se l'uomo sia libero o meno nel volere si è optato per una finzione affermativa. Inoltre anche il giurista più ingenuo sa che in tutte le c.d. società di provenienza²³ è pressoché impossibile profilare un'assoluta omogeneità culturale: per il momento sia sufficiente pensare all'alzata di scudi²⁴ che ha suscitato l'eco della decisione del Tribunale di Bucke-

²¹ P. CONSORTI, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturali sta e proposta interculturale*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Torino, 2008, 200.

²² Per tutti S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005.

²³ Una sottile polemica nei confronti della reale ospitalità dimostrata dai tecnicamente più progrediti Stati occidentali nei confronti dei soggetti provenienti dalle zone più povere del mondo si ravvisa anche in C. DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, 1092.

²⁴ Vedasi per tutti *I giudici di Buckeburg e la Giudicessa Eleonora di Oristano* <http://www.articolo21.info/5522/notizia/i-giudici-di-buckeburg-e-la-giudicessa-eleonora-di.html> (11 giugno 2009); Germania, per lo stupro sconto all'imputato sardo, in <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Attualita%20ed%20Esteri/Attualita/2007/10/germania->

burg²⁵, nei confronti di un imputato di origine sarda accusato del reato di cui ai §§ 21, 46, 49 52, 177, 223, 224, 239 StGB. Aldilà del merito della decisione su cui ritorneremo, vi è da dire che tali reazioni, secondo chi scrive, prima di un'argomentata critica giuridica siano state effetto della naturalizzazione delle differenze²⁶ e della percezione di un ingiusto pregiudizio da parte della maggioranza della comunità sarda, portatrice di valori di uguaglianza e rispetto nei confronti delle donne. Il che è corretto, ma non può fare scordare il numero quotidiano delle vittime di violenza di genere che si registra nella civilissima e moderna penisola e che sono espressione di quel modo d'intendere il rapporto uomo-donna e che non si può collegare ai soli immigrati.

Si deve avvertire sin da ora il lettore che non necessariamente la medesima origine geografica e l'appartenenza alla stessa confessione religiosa costituirà elemento indefettibile per poter dire di trovarsi di fronte con certezza ad una minoranza culturale: si pensi ai soli esempi delle popolazioni serbe, croate e slovene, compresenti nel territorio della *ex* Jugoslavia e distinte da un credo fortemente differenziato che nel secondo dei due esempi condivide una lingua comune o della Scozia che rispetto all'Inghilterra condivide lingua e religione, ma non la storia politica²⁷. Questo come si vedrà nel prosieguo dell'indagine per premettere sin da ora che plurimi sono i criteri per valutare laddove si sia in presenza di una minoranza culturale.

È da precisarsi che negli attuali studi sociologici “la ‘cultura’ non è concepibile solo e tanto come quella sfera di norme, valori e modelli di comportamento interiorizzati e stabili su cui insisteva la teoria parsonsiana, quanto piuttosto come un complesso dinamico

stupro-sardo.shtml?uuid=b5a0e62e-788e-11dc-a339-00000e25108c&DocRulesView=Libero (11 giugno 2009);

²⁵ Tribunale di Bückeburg 25 gennaio 2006, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, 1441, con nota di F. PARISI, *Colpevolezza attenuata in un caso dubbio di motivazione culturale*.

²⁶ Trattasi di un tema molto importante, ma spesso solamente accennato nella letteratura che si occupa di multiculturalità: con tale espressione s'intende indicare il processo attraverso cui nell'incontro con quello da noi percepito come irriducibilmente diverso mettiamo in atto un meccanismo selettivo, per cui le differenze presenti nello stesso gruppo di appartenenza scompaiono, per lasciare il posto esclusivamente ai tratti identitari comuni. Uno dei fattori principali su cui attualmente si fonda la richiesta di riconoscimento è basata sulla nazionalità. Ebbene è da condividere il pensiero di chi evidenzia come le Nazioni siano “comunità immaginate” create da “élites politiche ed intellettuali”, nell'epoca romantica e che la condivisione del medesimo suolo, della stessa lingua non sia stato un dato atavicamente presente, come la discendenza dai medesimi antenati, M. AMBROSINI, *Integrazione e multiculturalismo: una falsa alternativa?*, in *Mondi migranti*, 2007, 1, 218.

²⁷ P. CONSORTI, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturali sta e proposta interculturale*, in A. FUCILLO (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Torino, 2008, 202.

di schemi cognitivi, strutture discorsive, narrazioni, rituali e forme simboliche svariate attraverso cui attori storicamente situati (e costituiti) interpretano, manipolano, costruiscono e così facendo anche trasformano, in modo spesso strategico e creativo, il mondo sociale in cui vivono ed agiscono, con le sue strutture e istituzioni”²⁸.

Non si è ritenuto opportuno soffermarsi sugli studi criminologici relativi alle subculture in quanto tradizionalmente essi hanno riguardato una classe economicamente disagiata o comunque di cittadini collocati nel gradino inferiore della scala sociale ed economica. Nel caso di reati culturalmente orientati anche laddove ciò fosse empiricamente comprovato non per questo sarebbe automaticamente traslabile nella teoria: se si ipotizzasse che le pratiche che andremo ad analizzare nei prossimi capitoli fossero semplicemente espressione di un disagio di fonte economica si compirebbe quella che viene chiamata fallacia naturalistica.

Vi è poi un ulteriore ragione. Tali teorie nascono e sono praticate, in relazione agli immigrati, soprattutto nello studio della delinquenza delle c.d. seconde generazioni. Ora nonostante l’Italia, pur non percependosi come tale, sia diventata a tutti gli effetti un Paese di immigrazione comprensivo delle suddette, si scopre che nella scelta delle condotte culturalmente motivate oggetto di questo studio tali soggetti rivestirebbero prevalentemente il ruolo di vittime; detto altrimenti omicidi per causa d’onore, maltrattamenti e vari interventi incidenti sull’integrità fisica sono attualmente commessi dagli adulti sui figli (giunti in Italia contestualmente ai primi, per effetto di ricongiungimenti o nati nello Stivale). Mancherebbe quindi al momento in assoluto il materiale, eccezion fatta, forse, per il consumo rituale di sostanze stupefacenti²⁹, da impegnarsi per un’approfondita disamina del rapporto tra immigrazione e delinquenza delle sub-culture.

Infine tutte le teorie suddette sono state impiegate per spiegare la genesi di un comportamento deviante e criminale sistematico, di una delinquenza etologica fortemente correlata alla popolazione di determinati quartieri delle grandi città, mentre i gli esigui casi giunti all’esame delle Corti si sono equamente suddivisi tra grandi centri e città di modeste dimensioni.

²⁸ M. SANTORO, *Mafia*, cit., 98.

²⁹ Sul punto L. RISICATO, *La detenzione «rituale» di sostanze stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità* (osservazioni a Cass. pen., Sez. VI, 10 luglio 2008, n. 28720), in *Quaderni dir. pol. Eccles.*, 2009, 1,1039.

1.3.2. La scelta dell'esclusione del delinquente ideologico

Si è altresì deciso di omettere l'analisi della c.d. delinquenza ideologica. Purtroppo dopo i sanguinosi accadimenti succedutisi dall'11 settembre 2001, tale categoria è tornata prepotentemente alla ribalta della cronaca, e, in seguito a determinate scelte politiche di negazione dei diritti umani nei confronti di chi fosse semplicemente sospettato di aver compiuto o aver partecipato all'organizzazione di azioni terroristiche, anche della dottrina. In questa sede ci si limiterà a riportare alcune pennellate delle profonde riflessioni di importanti autori i quali hanno intravisto nella normalizzazione dell'emergenza il concreto pericolo che tali derive illiberali nei confronti di una parte di rei o presunti tali finissero per contagiare l'intero sistema delle garanzie e minare lo stato di diritto³⁰. Secondo la notissima tesi di Jakobs chi si macchia di tali azioni va trattato come una non persona³¹, è un nemico nei confronti del quale lo Stato deve reagire con i mezzi impiegati in guerra³². Pur tuttavia la ragione per cui si è deciso di omettere dallo spettro

³⁰ In particolare evidenzia il legame tra fattore culturale e diritto penale del nemico A. BERNARDI laddove tratteggia efficacemente quest'ultimo come segue: «caratterizzato da metodi di lotta alla criminalità dimentichi dei fondamentali principi dello stato di diritto, vale a dire, in un cupo crescendo; d1) dall'assenza o da una notevole erosione delle garanzie giurisdizionali; d2) da pene oltremodo severe e spesso sproporzionate rispetto alla colpevolezza dell'autore; d3) dal predominio di un diritto di polizia incentrato sulla prevenzione/neutralizzazione e spesso scarsamente sensibile al principio di personalità della responsabilità; d4) in casi limite, dal ricorso a veri e propri strumenti «di guerra», seppure frequentemente sottratti financo alle regole proprie del diritto di guerra; dal ricorso cioè a mezzi (ivi compresi i sequestri di persona e la tortura) che nulla hanno a che fare col diritto [...]ormai il diritto penale tende a trattare da «nemici» i soggetti culturalmente differenti non solo quando risultano (o sono sospettati di essere) implicati in episodi di terrorismo internazionale, ma anche in relazione a fenomeni assai meno feroci, non si può ignorare come un diritto così concepito implichi un evidente paradosso. Tale diritto, infatti – nel momento stesso in cui sottopone questi soggetti a processi di spersonalizzazione e di etichettamento in ragione della loro «differenza» – finisce col rivelare che la distanza che ci separa da costoro e dalle loro peculiari culture in realtà non è affatto così grande, forse addirittura manca del tutto o quantomeno non può essere misurata in termini di «qualità», di superiorità/ inferiorità». A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Pol. Dir.*, 2007, 1, 33-34.

³¹ Per tale qualifica nei confronti dei migranti vedasi A. DAL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999.

³² Sul diritto penale del nemico *ex multis* G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 200, 1, 51; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, 470; D. PULITANO, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. giust.*, 2006, 4, 740; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 2, 648; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al 'nemico'*, in *Cass. Pen.*, 2006, 2 735; ID, *Diritto penale di lotta: Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *St. quest. crim.*, 2007, 2, 55; A. GAMBERINI, R. ORLANDI, (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, 2007; M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007; S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009.

dell'analisi tali condotte è il movente, la ragione della spinta delittuosa. È innegabile che gli stessi terroristi agiscano con una logica belligerante e che nel prisma delle diverse motivazioni un peso significativo venga ricoperto da spinte religiose o culturali (basti pensare al fondamentalismo islamico), ma la differenza profonda con i reati culturalmente orientati sta, a parere di chi scrive, nella finalizzazione della condotta.

L'agente nel caso di attentati si disinteressa completamente della morte delle numerose vittime, il suo vero obiettivo è la destabilizzazione delle strutture politiche e di governo del Paese considerato avverso. Nel caso dei delitti oggetto della nostra analisi invece innanzitutto persona offesa ed aggressore appartengono allo stesso *milieu* culturale, spesso allo stesso nucleo familiare e diversa è l'attitudine nei confronti delle strutture democratiche e dei principi fondamentali della società di accoglienza, risolvendosi alternativamente nell'assoluta ignoranza dei medesimi o nel ritenerli privi di valore nella gestione di una questione comunque eticamente connotata, ma mai obiettivo diretto della condotta criminosa.

La dottrina continentale preferisce parlare di reato culturalmente orientato, mentre i teorici americani focalizzano l'attenzione sulla *defense*, che ad una prima approssimazione, copre sia l'ambito delle *justifications* che delle *excuses*. Nell'economia di questa introduzione si ritiene di più immediata utilità l'inquadramento d'oltreoceano: esso fa subito intendere che, in questa nuova sfida derivante per il sistema penale dalla multiculturalità, l'accento, operando secondo i consolidati principi costituzionali in materia, debba essere posto sul reo, su come i valori di cui egli è portatore debbano essere valutati in un'ottica di preminenza rispetto al bene tutelato dalla fattispecie incriminatrice o quantomeno come idonei ad incidere sul singolo processo motivazionale. Al contrario il focalizzare l'attenzione sulla condotta culturalmente connotata rischierebbe di fomentare un vero e proprio scontro di civiltà in esito al quale il singolo agente potrebbe venire manipolato per istanze generalpreventive addirittura positive³³. Inoltre, pure avendo optato per un'accezione ristretta di cultura, non è da sottacere che esistono ben più di cento definizioni e che nulla vieta, in mancanza di una disciplina positiva al giudice di appli-

³³ Questa ovviamente è la chiave di lettura scelta da chi scrive, ma è necessario precisare che altri Autori hanno fondato la distinzione sull'attitudine pragmatica degli ordinamenti di *common law* e sul presupposto che negli Stati Uniti l'integrazione sociale sia stata ormai conseguita, così L. MONTICELLI, *Le «cultural defenses» cit.*, 538; D. TRENTACAPILLI contraddittore a C. SALCUNI, *Libertà di religione e limiti alla punibilità. Dalla paura del diverso al dialogo*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, 194.

care una di esse, diversa da quella analizzata precedentemente e da noi condivisa, potendosi provocatoriamente qualificare tale anche la mafia³⁴.

1.4. Quali tipologie di culturally orientated crimes sono o saranno commessi nel suolo nazionale?

1.4.1. Analisi dei dati sull'immigrazione e loro rilevanza per la parte empirica

Nonostante la percezione sociale diverga in modo preoccupante rispetto a tale punto, non si può ragionevolmente sostenere che l'Italia sia paese di recente immigrazione. Pur tuttavia solamente nel corso dell'ultimo decennio si è dovuto confrontare con le tensioni poste dalla multiculturalità³⁵. Analizzando i dati ISTAT si evince che al 1° gennaio 2009 gli stranieri residenti si attestassero a 3 milioni 900 mila unità (il 6,5 per cento del totale dei residenti, contro il 5,8 del precedente anno)³⁶, con una progressione nella stabilità della stessa dimostrata dal numero delle nascite e della presenza dei minori per effetto del ricongiungimento familiare³⁷. 520 mila sono i minori nati in Italia rappresentando quindi la seconda generazione di immigrati, nei confronti della quale l'intero ordinamento giuridico e quindi anche quello penale è chiamato a confrontarsi. Tuttavia è quasi superfluo ribadire che l'incidenza del fenomeno migratorio rilevante per il diritto

³⁴ H. HESS, *Mafia. Centrale Herrschaft und lokale Gegenmacht*, Tübingen, Mohr, trad. it. Mafia, Bari, 1973, in M. SANTORO, *Mafia, cultura e subculture*, in *Polis*, 2000, 1, 91 ss., il quale cita anche Giovanni Falcone, il quale attribuì alla mafia “una sua subcultura che è l'aspetto criminale esasperato di certi valori che, di per sé, non sarebbero censurabili: il coraggio, l'amicizia, il rispetto delle tradizioni”, L. GALLUZZO, F. LA LICATA, S. LODATO (a cura di), *Falcone vive*, Palermo 1992, p. 61. Per uno studio attuale e completo vedasi M. SANTORO, *La voce del padrino. Mafia, cultura, politica*, Verona, 2007.

³⁵ Utilizziamo questo termine per differenziarlo dal concetto di multiculturalismo che, invece, indica una particolare modalità di risoluzione di tali problematiche, così P. CONSORTI, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Torino, 2008, 199 ss; come esattamente sottolineato da OLIVITO “il multiculturalismo è argomento nient'affatto semplice o di immediata spendibilità, poiché si innesta a monte su questioni di fondamentale spessore euristico e si svolge al contempo secondo movimenti dalla complessa valenza innovativa; esso sottintende un'esatta comprensione delle implicazioni teoriche di cui è indice e di cui la «multiculturalità» costituisce il punto di partenza, non l'esito finale. Eppure, la disinvoltura con cui si è soliti chiamare in causa le ragioni (ovvero le storture) della congiuntura multiculturalista tradisce una forviante traslitterazione metonimica del dato reale sulle risposte che attorno ad esso si costruiscono; il mero rilevamento di consistenti cambiamenti sociali è ammantato di una fraseologia ridondante – se non inconcludente – nella misura in cui essa si avvale di termini che sono stati invece messi a punto non a fini puramente descrittivi, ma con l'intento di incanalare gli elementi fattuali verso certe rotte”, E. OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in *Pol. Dir.*, 2007, 1, 73.

³⁶ ISTAT, *Rapporto annuale 2008*, Roma, 2009, 241.

³⁷ In dettaglio 73.000 nascite e 868 mila minori complessivi corrispondente al 22 per cento degli stranieri residenti.

penale risulta molto più esteso: i dati forniti dall'ISTAT si riferiscono alla sola popolazione legalmente residente, mentre gli studiosi del diritto dell'immigrazione da tempo denunciano il numero sempre più crescente di irregolari, che in quanto esseri umani possono essere al contempo agenti e persone offese di reati culturalmente orientati.

Tra le minoranze significative i cittadini rumeni (780 mila residenti), ora comunitari che, insieme ad albanesi (441.073) e marocchini (402.242), rappresentano il 42 per cento dei residenti stranieri. Negli stessi dati dell'Istituto di statistica in relazione alla nazionalità si afferma che l'immigrazione africana sia di antica data e che al suo interno la comunità senegalese sia quella da più tempo radicata in Italia con una maggioranza maschile (circa il 63 per cento) ed una presenza complessiva di 365.908 persone. Seguono, per quanto attiene il Nord del suddetto continente, che da solo conta 608.540 presenze, la Tunisia (100.950) e l'Egitto (76.566). Gli stati subsahariani contano una cifra complessiva di 267.580 unità, di cui il Senegal 68.134 ed il Ghana 43.409, con una crescita del 13%.

Un'altra nota da evidenziare riguarda l'età media della popolazione residente che si attesta a 31.1 anni a differenza dei 43 circa dei soli residenti di cittadinanza italiana, assieme ad altri indicatori si desume, pertanto, che la presenza multi-etnica sia un fenomeno *normale*, destinato ad un continuo incremento, che necessita di politiche di *welfare* ed integrazione posto che gli stessi stranieri dimostrano di non percepirsi come *Gastarbeiter*³⁸.

Per quanto attiene all'oggetto della nostra analisi relativamente a condotte culturalmente orientate altro dato significativo è la cifra di matrimoni misti, in particolare la provenienza del partner maschile di donne italiane: il 34,1 per cento dei matrimoni di questa tipologia evidenzia una preferenza per gli uomini del Nord-Africa ed un valore assoluto di 71 matrimoni rappresentante l'1,2% in cui lo sposo era Pakistano.

Si vedrà che questa precisazione è importante analizzando la tipologia di autore nelle condotte culturalmente connotate considerate nella giurisprudenza italiana. Per quanto

³⁸ Il riferimento è al modello tedesco definito anche precarista o della "rotazione", caratterizzante sia la legislazione che l'opinione pubblica, secondo il quale il primo flusso migratorio dai paesi stranieri sarebbe stato riassorbito nei paesi di provenienza dopo il tempo necessario, dando luogo ad una rotazione della forza lavoro; l'immigrato era percepito e definito come *commodity*, e cioè un acquisto di forza lavoro per un determinato periodo, per poi "restituirlo", dopo averne beneficiato. I lavoratori manterrebbero i legami con la nazione di provenienza dove farebbero inevitabilmente ritorno una volta raggiunto il loro obiettivo economico, E. COLOMBO, *Molto più che stranieri, molto più che italiani. Modi diversi di guardare ai destini di figli di immigrati in un contesto di crescente globalizzazione*, in *Mondi Migranti*, 2007, 1, 63.

riguarda ad esempio la violenza intraconiugale e più precisamente lo stupro sembra che esso sia assente dalla legislazione penale e non percepito comunque come condotta illecita nella società marocchina³⁹.

Approfondiamo ora i diversi modelli teorici che hanno cercato di comporre la questione della convivenza multiculturale, governandola posto che “si governa non semplicemente con il controllo sociale, infatti, ma soprattutto attraverso l’ideologia e la costruzione di strategie retoriche con cui si dà ai propri interlocutori il senso dei fenomeni connessi ai problemi di tutti i giorni”⁴⁰.

1.5. Cenni alle varie tipologie di riconoscimento delle differenze culturali. Un primo approccio sui modelli adottati in Europa

1.5.1. Il multiculturalismo

Il termine multiculturalismo venne impiegato per la prima volta nel 1957 per descrivere

³⁹ Per il codice sostanziale marocchino, lo stupro è un delitto contro l’ordine familiare e la pubblica morale collocato nello stesso capitolo dell’aborto, dell’abbandono del tetto coniugale e degli atti osceni, non un crimine contro la persona. Recita l’art. 486 c.p. «le viol est l’acte par lequel un homme a des relations sexuelles avec une femme contre le gré de celle-ci. Il est puni de cinq à dix ans de prison. Si le viol a été commis sur la personne d’un mineur, la peine est la réclusion de dix à vingt ans.» Tuttavia secondo la DECLARATION DES ONG MAROCAINES in occasione dell’esame congiunto del terzo e del quarto rapporto del Comitato CEDAW per il Marocco del 21 gennaio 2008 il c.p. è caratterizzato da una visione patriarcale e discriminatoria per la violenza sessuale, vi è una distinzione della pena basata sullo *status* della vittima (sposata, nubile, vergine o meno) e lo stupro coniugale non è punito, in quanto il corpo della donna sposata appartiene al marito, così ASSOCIATION DEMOCRATIQUE DES FEMMES DU MAROC, *Le processus d’examen et d’évaluation des progrès réalisés dans la mise en oeuvre du Programme d’action de Beijing en Afrique (Beijing + 10) Rapport des ONG au Maroc* in http://www.wildafao.org/eng/IMG/pdf/Synthese_Maroc_FR-2.pdf. Si ritiene il rapporto attendibile poiché lo stesso Comité pour l’élimination de la discrimination à l’égard des femmes in data 8 aprile 2008 ha espressamente raccomandato allo Stato “de modifier sans plus tarder le Code pénal pour criminaliser le viol conjugal et s’assurer que les auteurs de viols n’échappent pas aux poursuites pénales quand ils épousent leur victime», http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/CEDAW.C.MAR.CO.4_fr.pdf, 5. Nella visione della donna e del rapporto di coppia si vuole altresì precisare che nonostante la riforma del 2003 una persona che ospiti una donna che ha lasciato il tetto coniugale, anche per sfuggire a un marito violento, è ancora passibile, secondo il Codice penale, di una condanna da due a cinque anni di prigione e ad un’ammenda. Per averla aiutata a “sottrarsi all’autorità alla quale è legalmente sottomessa. Sulla difficoltà che tale concezione della violenza sessuale può condurre rispetto all’ordinamento giuridico italiano veda: Cass. pen., 26 giugno 2007, n. 34909 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1, con nota di A. GENTILE, *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente approccio della Cassazione ai c.d. “reati culturali”*. Dalla lettura della norma risulta con evidenza come non vi sia una giustificazione espressa per lo stupro coniugale, ma che ciò deriva dal modo d’intendere il rapporto tra coniugi; tutto ciò si ricollega alla spinosa questione delle formanti del diritto le quali non possono essere appiattite attraverso un semplice rimando alla legislazione di una Nazione, ma che entrano prepotentemente in gioco nella formazione della stessa valutazione della liceità di una determinata condotta

⁴⁰ R. DE ANGELIS, *Che cos’è il multiculturalismo?*, in <http://www.resetdoc.org/IT/Multiculturalismo-deangelis.php> (17 giugno 2009); W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, 17; T. MODOOD, *Multiculturalism – A Civic Idea*, Cambridge, 2007, 16.

la politica svizzera di approccio alle differenze culturali nei confini di una nazione; esso divenne di uso comune in Canada alla fine degli anni sessanta del secolo scorso, ma fu solamente nel 1971 che proprio in questo Stato federale fu ufficialmente adottato, attraverso il Canadian Heritage per affermare la dignità di tutti i cittadini a prescindere da differenze etniche, linguistiche e religiose⁴¹. Esso nasce quindi in contrapposizione al modello statunitense detto del *melting pot*⁴².

Nucleo comune di tale teoria è che le culture siano irriducibili e presentino un'inevitabile incomunicabilità le une con le altre nonché che tutte debbano avere il diritto di esistere e di essere praticate senza che soggetti esterni esprimano un giudizio di valore su di esse. Sono fondamentalmente due le ragioni che hanno spinto alla necessità del riconoscimento: l'uguale dignità -quale potenzialità umana universale di kantiana memoria di operare come agenti razionali, capaci di governare la propria vita per mezzo di principi- degli esseri umani ed i pericoli derivanti dal mancato riconoscimento o misconoscimento. In un famoso saggio di Taylor sostiene che l'identità di ciascuno sia in parte plasmata dalla condotta di altre persone, per cui egli può "subire una danno reale, una distorsione se le persone o la società che lo circondano gli rimandano, come uno specchio, un'immagine di sé che lo limita, o sminuisce o umilia"⁴³. È tuttavia necessario sancire chiaramente come il multiculturalismo, inteso quale movimento filosofico, non sia uniforme: secondo una prima approssimazione si può delineare un modello differenzialista in cui l'appartenenza culturale di identifica con un elemento primario della personalità individuale in modo tale da fare nascere un mosaico di culture che coesistono senza compenetrarsi mai, da delle visioni che noi chiameremo interculturaliste.

Si ritiene poco proficuo nell'economia del lavoro soffermarsi sulle varie distinzioni presenti all'interno del pensiero dei filosofi che hanno sostenuto tale schema, o quantomeno si preferirà farlo contestualizzandone il pensiero in relazione al singolo problema affrontato. Le distinzioni tra liberalisti e comunitaristi attengono, infatti, maggiormente alle rivendicazioni dei diritti di gruppo, che a nostro modesto avviso, sono poco attinenti

⁴¹ P. DONATI, *Oltre il multiculturalismo*, Bari, 2008, 3.

⁴² La cui metafora rimandava al crogiolo usato dai cercatori d'oro "ove fondere i minerali auriferi disparati per ottenerne il nobile metallo eliminando contemporaneamente i detriti che andavano a sedimentarsi sul fondo", G. SCIDÀ, *Visioni disincantate della società multi-etnica e multiculturale*, in *Sociologia e politiche sociali*, 2000, 3, 13.

⁴³ C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, trad. it. in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998, 9.

alle questioni in gioco in materia penale, riguardando maggiormente il profilo costituzionale.

La critica più cruda è stata proposta dall'antropologa spagnola Stolcke che ha coniato la famosa formula di "fondamentalismo culturale"⁴⁴, vale a dire una retorica nata nei Paesi occidentali per fondare pratiche di esclusione nei confronti di soggetti "deboli". Secondo l'autrice la cultura si sarebbe sostituita alla razza: ella sceglie di usare il concetto di fondamentalismo, impiegato solitamente per indicare fenomeni e movimenti antimoderni e neotradizionalisti in ambito religioso, quali reazioni alla modernizzazione economica e socioculturale. Tale atteggiamento si differenzerebbe dal razzismo "canonico" in quanto quest'ultimo si sarebbe focalizzato sull'inferiorità socioeconomica degli *underprivileged*, naturalizzandola, mentre l'attenzione sarebbe ora posta sullo straniero di per sé, che viene percepito come portatore di un *set* di conoscenze e prerogative incomunicabili, in quanto – e questo è il presupposto mai esplicitato – la natura umana sarebbe etnocentrica e questo comporterebbe la naturale ostilità ed il conseguente esito distruttivo nell'incontro tra diverse culture.

Trattasi di voce non isolata: Tanguieff usa il termine razzismo differenzialista per indicare lo stesso fenomeno, in cui ravvisa una sorta di orrore per la possibilità di contaminazione tra i gruppi umani; la catalogazione avviene mediante scelta di un unico criterio (la nascita in un determinato paese o la discendenza da genitori autoctoni o meno), in Europa questo fattore, considerato come una frontiera invalicabile, sembra essere stato scoperto nella religione che "tende a sua volta ad essere separata dalla credenza, dalle pratiche culturali e dalle implicazioni etiche, per ridursi a simbolo di appartenenze culturali non negoziabili"⁴⁵; alla concezione biologica della razza, intesa come elemento determinante le differenze culturali si rischia di sostituire un'enfatizzazione radicale delle caratteristiche culturali. Il "razzismo" culturale elabora categorie analoghe, gerarchiche e finalizzate anch'esse alla distinzione e all'esclusione, ma fondate sui tratti culturali. Entrambi finiscono per diventare spinte alla differenziazione che pretendono di spiegare

⁴⁴ V. STOLCKE, *Talking Culture: New Boundaries, New Rhetorics for Exclusion in Europe*, in *Current Anthropology*, 1995, 36, 1-13 e tr. it. in S. MEZZADRA, A. PETRILLO (a cura di), *I confini della globalizzazione: lavoro, culture, cittadinanza*, Manifestolibri, 2000.

⁴⁵ M. AMBROSINI, *Integrazione e multiculturalismo: una falsa alternativa?*, in *Mondi migranti*, 2007, 1, 217; non si è tuttavia pienamente concordi con tale autore in quanto sarà molto più facile che venga iniziata la pratica del riconoscimento all'americano o all'australiano anche se appartenente a Scientology mentre non potrà mai accadere la stessa cosa con una donna appartenente alla minoranza cattolica somala.

se non addirittura di prevedere le attitudini, le disposizioni e gli atteggiamenti delle persone o dei gruppi.⁴⁶

In entrambe le critiche si ravvisa un elemento molto importante notato anche dal giornalismo transculturale: la comparsa di fenotipi e l'asserita conciliabilità delle culture di appartenenza a seconda del rientrare o meno in tali modelli. La cultura introduce in realtà un mascheramento di una distinzione che trova il proprio fondamento sullo Stato-Nazione e sulla cittadinanza. Risolvendosi quest'ultima in un fattore non dissimile dai vincoli di sangue che operano nelle cosiddette società primitive per stabilire l'affiliazione al gruppo⁴⁷, ma in tutto ciò si dimentica la genesi del concetto di Nazione, il quale verrà invece ampiamente valorizzato nel seguente archetipo.

1.5.2. Il modello assimilazionista

Secondo Pack e Burgess esso consiste in un "processo di interpenetrazione e fusione in cui persone e gruppi acquistano le memorie, i sentimenti e gli atteggiamenti di altre persone e gruppi e, condividendo le loro esperienze e la storia, sono in corporati con essi in una vita culturale comune"⁴⁸. Presupposto teorico fondamentale per cui si realizzi è la considerazione della storia come svolgimento unilineare tendente ad una meta comune, in cui universale debba essere inteso come *uni-versum*, ovvero come direzione unica⁴⁹. Secondo questa chiave di lettura sono gli immigrati che devono fondersi completamente con il nuovo contesto in ogni dimensione della quotidianità. Il modello giuridico derivante da quello sociologico guarderà le culture altre in un ventaglio che andrà dalla tollerante stravaganza al vero e proprio errore da cui difendersi. Questo modello "sul piano politico non tiene conto dell'esistenza di identità diverse da quella definita dalla cittadinanza giuridica (*pleno jure*). Qui abbiamo a che fare con la negazione delle differenze e la trasfusione di identità culturali estranee basate su un universalismo etnocentrico, che assume come dato fondamentale l'appartenenza allo Stato-nazione"⁵⁰.

Nel panorama degli ordinamenti giuridici europei il modello assimilazionista è stato

⁴⁶ P. A. TAGUIEFF, *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, Milano, 1999, 57.

⁴⁷ V. STOLCKE, *Talking Culture cit.*, 8.

⁴⁸ R. E. PARK, E. W. BURGESS, *Introduction to the science of sociology*, Chicago, 1924, 735, citato in M. AMBROSINI, *Integrazione e multiculturalismo: una falsa alternativa?*, in *Mondi migranti*, 2007, 1, 214.

⁴⁹ P. CONSORTI, *cit.* 203.

⁵⁰ B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, 2003, 59.

sempre ricondotto alla Francia, nella ricostruzione del concetto di *citoyen*. Già in epoca giacobina⁵¹, vi è un continuo rivolgersi all'antichità classica, quale strumento per la costruzione di una nuova comunità politica ed in quest'ottica nessuna rilevanza deve essere data all'origine etnica, ma alla virtù intrinseca dell'uomo⁵². In cambio dell'abbandono dei valori parziali ed all'acquisizione dei principi fondanti la Costituzione repubblicana allo straniero verrà garantita la cittadinanza, che sarà legata alla nazione per osmosi indicata da Renan con la metafora di "plebiscito quotidiano"⁵³. Detto altrimenti "il concetto di cittadinanza legato a quello di nazionalità viene preferito al concetto di comunità (*Gemeinschaft*) o di popolo (*Volk*), quello di nazione a quello di società multiculturale. L'unità non è un fatto naturale, una trasmissione etnica, è costruita e politica: è una volontà di appartenenza che si riafferma continuamente⁵⁴.

Oltre alla concezione della storia come progresso lineare che confonde avanzamento tecnologico con superiorità a tutto tondo, quindi, il modello in esame rinvia ad un altro presupposto fondamentale: quello dello Stato Nazione il quale "ha definito nel periodo moderno, uno spazio fisico, distinto e concreto, entro cui pensare processi di inclusione e entro cui immaginare una condizione realizzabile di uguaglianza. L'assimilazione, nella sua accezione moderna, è pensabile a partire da una metafora spaziale, da un contenitore adeguato capace di tracciare un confine che distingua tra un dentro, in cui garantire solidarietà ed uguaglianza e un fuori, i cui accumunare la differenza"⁵⁵. De Maglie parla addirittura di assioma e di mito⁵⁶, la cui data di origine viene fatta coincidere con la pace di Westfalia, uno dei tre vertici del triangolo multiculturale delineato da Baumann⁵⁷, il cui abitante sarà fin dall'inizio il bianco adulto maschio e proprietario⁵⁸ e

⁵¹ Parla di "concezione giacobina ed unitaria" anche A. BERNARDI, *Società multiculturale e "reati culturali"*. *Spunti per una riflessione*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I*, Milano, 2006, 65.

⁵² E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, 1997, 188; B. ANDERSON, *Comunità immaginate. Origini e fortuna dei nazionalismi*, Roma, 1996.

⁵³ E. RENAN, *Che cos'è una nazione?* Roma, 2004, 16.

⁵⁴ J. COSTA LASCoux, *Differenze culturali, territorio e cittadinanza in Francia*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 1997, 1 59.

⁵⁵ E. COLOMBO, *Molto più cit.*, 74.

⁵⁶ C. DE MAGLIE, *Culture, cit.* 1089-1090.

⁵⁷ Assieme a identità culturale e religione, G. BAUMANN, *L'enigma multiculturale. Stati, etnie, religioni*, Bologna, 2003 citato in M. L. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, Bari, 2005, 8.

⁵⁸ ID, 14.

la cui costruzione avviene attraverso un processo di azzeramento dei rapporti pre-politici, definito un “vero e proprio procedimento di eugenetica, che costruisce uno standard identitario [...] anche biopolitico imponendo a coloro che ne fanno parte un’omogeneità non solo politica, ma anche biologica”⁵⁹.

Correttamente si parla di mito, fondato a sua volta sulla concezione naturalistica del territorio, su una realtà fisica oggettiva che determina fatti giuridici e politici rilevanti; la teoria sociologica ha però evidenziato come si sia perlopiù in presenza di una “amnesia della genesi” o misconoscimento, in cui la natura pratica e politica del campo giuridico coincidente con il diritto statale debba “venire rimossa dal campo giuridico stesso affinché esso possa dare origine ad un’efficace *in-lusio*, vale a dire un coinvolgimento degli attori entro la sua logica propria e specifica”⁶⁰, l’identità socio politica quindi viene tralata da effetto ad origine del territorio. Pur non potendosi dilungare sull’argomento, in questa sede è necessario tuttavia accennare brevemente all’esistenza di una lettura alternativa che disvela come il concetto socio politico di territorio intervenga sulla terra ponendo delle linee di taglio funzionali, le frontiere, e come in un contesto in cui gli attori politici non sono più solamente cittadini e Nazioni, ma prendono parte importanti agenti sovranazionali, anche le politiche identitarie vadano ricalibrate su questo nuovo concetto di spazio⁶¹.

A chiosa una riflessione dev’essere comunque almeno accennata: nel modello assimilazionista si è sempre supposto che, una volta integrata, la minoranza culturale avrebbe acquisito le caratteristiche (intese come pensiero condiviso e valori) della maggioranza secondo il paradigma *wasp* o comunque occidentale. Il che però non è fondato né plausibile laddove è stato empiricamente dimostrato come i cittadini nazionali che fanno riferimento a quest’ultima non desiderino assolutamente la “*mixité sociale*”⁶². Conseguentemente l’assimilazione avverrà verso gli strati emarginati della società e, laddove presenti, verso le sub-culture. Nella società americana tale riflessione si è già concretizzata come del resto nella realtà francese, sia sufficiente pensare alla rivolta delle *ban-*

⁵⁹ ID, 18.

⁶⁰ A. MUBI BRIGHENTI, *Territori migranti: spazio e controllo della mobilità globale*, Verona, 2009, 34.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Così M. AMBROSINI, cit., 226 ss.

*lieues*⁶³, scatenata dal tradimento della premessa fondamentale del patto, ovvero il pieno godimento della cittadinanza, comprensivo dei diritti sociali. Nelle politiche europee, l'integrazione presuppone una certa concezione del soggetto di diritto, con uno stato civile affidabile, consapevole dei suoi doveri, sostenitore convinto dei diritti dell'uomo, rispettoso della legge e delle istituzioni democratiche. Ma questa visione astratta finisce per diventare imperialismo culturale, quando gli stranieri cui si applica vivono in condizioni materiali e morali ben lontane dal modello cui si riferisce⁶⁴. Inoltre è stato efficacemente osservato come, a prescindere dalle eventuali ripercussioni negative in termini di ricostruzione del Sé, possono intervenire nel processo segni di distinzione ineliminabili⁶⁵ che vanificano gli sforzi fatti dai migranti per integrarsi strutturalmente e simbolicamente.

1.5.3. Il modello interculturale

Come affrontare quindi il pluralismo etnico e normativo della società postmoderna? La maggioranza degli autori concorda con un modello interculturale o di "pluralismo comprensivo, centrato sul rispetto simultaneo delle diversità e sull'esigenza di una prassi comunicativa che richiede l'adesione al principio dell'eguale valore morale di tutti gli esseri umani"⁶⁶, fondato sulla tutela della dignità umana, quale bene transculturale. Vi è un immediato riferimento al singolo, punto di partenza e di arrivo di ogni rapporto comunitario, i cui diritti fondamentali sono sinonimo di diritti delle differenze e garanzie del pluralismo culturale, orizzonte ultimo attraverso cui separare quanto è giuridicamente rivendicabile, da quanto non lo sia. Pur condividendo il punto di arrivo di tale ragionamento due obiezioni preliminari sono da sollevare: il costante richiamo alla dignità umana ed all'immenso contenitore dei diritti umani.

⁶³ Riconduce tale tematica nell'alveo dello scacco subito dal modello repubblicano assimilazionista, che "razzializza il proprio spazio economico, sociale e urbano in modo ancora più perverso ... dei modelli multiculturali postcoloniali dominanti nel mondo anglosassone poiché si ostina a non riconoscere la sua stessa singolarizzazione delle disuguaglianze", dove per postcoloniale si intende "uno spazio di lotta sociale, politica ed economica, caratterizzato dalla persistenza di una condizione di tipo coloniale nel rapporto tra l'Occidente e i suoi altri, tra le zone centrali e periferiche del mondo, tra i gruppi egemonici e i gruppi subalterni dell'intera società globale mondiale", M. MELLINO, *Le banlieues francesi tra ghetti e postcolonie ovvero le passé qui ne passe pas*, in *Parolechiave*, 2006, 36-64 ss.

⁶⁴ J. COSTA LASCOUX, *Differenze culturali cit.*, 69.

⁶⁵ Il riferimento riguarda prevalentemente la fisionomia del soggetto o il colore della pelle, G. SCIDÀ, *Visioni disincantate della società multi-etnica e multiculturale*, in *Sociologia e politiche sociali*, 2000, 3, 26.

⁶⁶ B. PASTORE, *cit.*, 64.

In prima battuta si può rinvenire il fondamento di quasi tutti i diritti soggettivi riconosciuti dalle democrazie occidentali nella dignità, ma trattasi di “opzione teorica che, seppure attraente e di alto profilo ideale, finisce nondimeno col riproporre la questione pregiudiziale relativa al modo di concepire la dignità stessa: scegliere tra una visione illuministica o una visione ‘sacrale’ rimanda infatti a ulteriori fondamenti, a ulteriori opzioni di fondo rispettivamente basate su preferenze assiologiche che possono legittimamente divergere”⁶⁷, ed ancora “il diffuso consenso tributato alla dignità umana quale bene meritevole di tutela si spiega, verosimilmente, col fatto che essa rispecchia un valore a forte connotazione etico-emozionale, ma al tempo stesso dal contenuto generico e indefinito: come tale potenzialmente disponibile - per dir così - a fungere da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico. Sia il contenuto vago, sia la carica emozionale del *topos* della dignità recano, dunque, un rischio: cioè che esso si presti con eccessiva precipitazione e con soverchio automatismo a fungere da bene-ricettacolo delle reazioni di panico morale da cui veniamo sopraffatti [...], proprio per il particolare peso del valore che vi è sotteso (una sorta di 'asso di briscola'), come uno stratagemma per interrompere e bloccare una discussione che potrebbe teoricamente invece continuare, impedendo così un processo di approfondimento argomentativo attento alle peculiarità delle diverse costellazioni di casi concreti «il principio della dignità umana ha già parlato e sistema tutto. Il risultato è un'argomentazione che nella cosa non fa progressi, perché sostituisce l'attenzione alla cosa con la violenza». Ancora, la vaghezza del concetto fa sì che esso si presti a essere duttilmente riferito a situazioni applicative anche molto differenti e distanti tra loro [...]; da qui una deleteria tendenza a una sua utilizzazione ‘inflattiva’, interessata a sfruttare opportunisticamente l'efficacia retorica di argomentazioni altrimenti deboli. Senonché questo uso opportunistico e inflattivo - una sorta di ‘tirannia della dignità’- danneggia non solo il discorso, ma anche la concezione della dignità umana: per preservare l'alto valore (anche argomentativo) della dignità bisognerebbe viceversa farne un uso molto parsimonioso, circoscritto cioè

⁶⁷ G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in L. RISICATO (a cura di) *Atti del Convegno "Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali"* (Università di Messina, 13-14 giugno 2008), p. 11 del dattiloscritto.

alle costellazioni estreme di casi”⁶⁸.

Nella tematica affrontata in questo lavoro si concretizzano infatti due timori di FIANDACA: quella già citata dell’impiego dell’inflazionata dignità per chiudere un dialogo agli albori e la non definitività di tale concetto, sottoposto a continui mutamenti in virtù della sua connotazione storico-culturale. Ed è per questo che sarà citata solamente in questa prima parte introduttiva del lavoro, ma nel prosieguo si cercherà di raccogliere la sfida di individuare con maggiore precisione il bene giuridico oggetto di tutela, anche laddove il Legislatore o il giudice avesse proceduto in senso opposto.

Per quanto attiene invece al secondo punto è da rendersi sin d’ora edotto il lettore dell’accusa di etnocentrismo dei diritti umani⁶⁹.

Come superare l’*impasse*?

A parere di Pastore il riconoscimento può essere dato solamente a quelle culture che oltre a non violare i diritti umani non mettano in discussione il principio del danno, così come teorizzato da Mill e Feinberg, pur confessando che lo stesso risulta identificabile in quanto tale, soltanto alla luce dei valori e delle norme diversi dalla cultura assunta dal gruppo”⁷⁰. Ad un’attenta lettura l’*harm principle* non si sostituisce, ma integra i diritti umani, la questione del riconoscimento sembra tuttavia essere stata efficacemente risolta dal Legislatore italiano, con l’adozione di un nuovo paradigma che analizzeremo di seguito.

1.5.4. Il nuovo modello apparentemente adottato dall’ Italia *in odium rei*

Secondo parte della dottrina analizzare la posizione italiana non risulta semplice: da un lato infatti dall’assenza di norme finalizzate ad attribuire rilevanza al fattore culturale, congiuntamente all’interpretazione data dalla giurisprudenza dell’art. 62, n. 1 c.p.⁷¹ un illustre autore ha dapprima ricondotto il nostro ordinamento al modello assimilazionista⁷²; altra dottrina ha parlato di oscillazione tra i due paradigmi analizzati precedentemente, da un lato dando rilievo all’introduzione dell’art. 583 *bis* c.p.⁷³, il cui nucleo di

⁶⁸ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2007, 2-3, 558-559; accenna al pericolo concreto che il concetto laico di dignità venga trasformato in un “oggetto di culto a metà tra l’idolatrato ed il kitsch” anche F. TEDESCO, *Diritti umani e relativismo*, Bari, 2009, 16, citando A. MARGALIT, *La dignità umana tra kitsch e deificazione*, in *Ragion pratica*, 2005, 25, 507 e ss.

⁶⁹ Esemplicativamente J.S. DAVIDSON, *East Versus West: Human Rights and Cultural Difference*, in *Canterbury Law Review*, 2001, 8, 55.

disvalore viene ravvisato nella particolare tradizione che si ritiene sottostante alla pratica mutilatoria e dalle recenti riforme in materia di “sicurezza pubblica”⁷⁴. Diversamente, un’apertura verso il modello interculturale sarebbe ravvisabile nell’art. 42 T.U. immigrazione e nella recente “carta dei valori della cittadinanza e dell’integrazione”, nonché in alcuni pareri del Comitato Nazionadi Bioetica, tra cui spicca, a nostro sommo avviso, quello relativo alla circoncisione.

Partendo proprio da quest’ultimo si ritiene, al contrario, che la logica sottostante al riconoscimento di tale intervento sui minori sia riconducibile alla comune matrice giudaico-

⁷⁰ B. PASTORE, *Identità culturali, conflitti normativi e processo penale*, in B. PASTORE, L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008, 12.

⁷¹ In base a cui il valore morale o sociale è sempre stato ricercato nella percezione della maggioranza dei consociati e non nel *milieu* culturale del reo, in questo senso da ultimo vedasi Cass., sez. I, 16-04-2008, in Ced Cass., rv. 240454 (m), nonché Cass., sez. VI, 04-05-2004 in, *Dir. e giustizia*, 2005, 8, 87, che l’ha identificata con “l’immediata risonanza nella coscienza civile, in senso collettivo e oggettivo”, e *infra* Cap. IV per ulteriori approfondimenti.

⁷² A. BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 10, 1200.

⁷³ F. BASILE, *Immigrazione cit.*, 36. Per una critica di tale norma, quale paradigma di un sistema ad “aggravante culturale” che si pone in antitesi con la prospettiva di dialogo interculturale, perché parte dell’assunzione di principi culturali non negoziabili che squalificano in modo aprioristico l’ “altro”, M. PELISSERO, *Logiche di esclusione cit.*, 698.

⁷⁴ Si deve evidenziare in questa sede che la situazione attuale è ancora più grave rispetto a quella profilata da Basile: al Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero è stato difatti introdotto con la Legge 15 luglio 2009, n. 94 l’art. 10bis rubricato «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato», affidato alla competenza del giudice di pace, la cui condotta, punita con l’ammenda da a da 5.000 a 10.000 euro e non oblabile si sostanzia nell’ingresso o nel trattenimento nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del testo unico sull’immigrazione o della legge n. 68/2007 (in tema di disciplina dei soggiorni di breve durata). La nuova fattispecie incriminatrice, cui non possono accedere le circostanze attenuanti elencate all’art. 62 c.p., è corredata da previsioni accessorie (espressa previsione della espulsione come sanzione sostitutiva, effetto estintivo del reato dell’avvenuto allontanamento dello straniero, possibilità di procedere ad espulsione amministrativa anche in assenza di nulla osta della autorità giudiziaria procedente) che ne rendono evidente la finalità strumentale all’allontanamento dello straniero irregolare dal territorio dello Stato e che suscitano forti dubbi sulla costituzionalità stessa delle norme. A maggior ragione esempio di *odium rei* nei soli confronti però del “radicalmente diverso” si rileva pensando al combinato disposto dell’effetto della norma di nuovo conio con le fattispecie del codice Rocco e del codice Vassalli. Ci riferiamo in particolare all’impossibilità di accesso a servizi pubblici essenziali relativi a beni fondamentali di rango costituzionale, quale la salute (da parte degli immigrati non dotati, o non più dotati) di valido titolo di soggiorno. Secondo la disposizione dell’art. 331 c.p.p., infatti, tutti i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio hanno l’obbligo di denuncia in relazione alla cognizione funzionale di un reato procedibile d’ufficio. Infine con l’art. 3 della L. 15 luglio 2009, n. 94 l’art. 585 c.p. è stato modificato nei seguenti termini: «Nei casi previsti dagli articoli 582, 583, 583-bis e 584, la pena è aumentata da un terzo alla metà, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dall’articolo 576, ed è aumentata fino a un terzo, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dall’articolo 577, ovvero se il fatto è commesso con armi o con sostanze corrosive, ovvero da persona travisata o da più persone riunite». A parere di chi scrive è evidente l’intento persecutorio e la perdurante cecità del Legislatore nel disciplinare una materia delicatissima, anche sotto il profilo della rilevanza dell’elemento soggettivo con tale draconiana sanzione su cui si ritornerà nel prosieguo., possiamo tuttavia già affermare che questa sia l’ennesima dimostrazione di “populismo penale”, su tale fenomeno D. SALAS, *Il populismo penale*, in *Quest. Giust.*, 2006,2, 389.

cristiana della pratica⁷⁵.

In ordine invece al documento su “Alimentazione differenziata e interculturalità. Orientamenti bioetici”⁷⁶, nonostante una petizione di principio per cui “questo approccio alla diversità alimentare consente di affrontare con maggiore equilibrio la questione delle prescrizioni alimentari di tipo religioso, sganciandola da rivendicazioni identitarie fini a se stesse che potrebbero esasperare le differenze impedendo un reciproco contatto tra le diverse culture. Quando non esistono significative controindicazioni, queste prescrizioni dovrebbero essere rispettate e, nei limiti del possibile, valorizzate”, per cui l’osservanza del precetto religioso islamico viene garantita assicurando la presenza di sostituti alla carne suina subito si aggiunge “quando possibile ed opportuno (e qui entrano in gioco la tipologia delle richieste alimentari, il numero dei richiedenti, ecc.); gli studenti debbono avere la possibilità di consumare cibi preparati secondo i dettami della propria religione attraverso la predisposizione di menù differenziati da parte della scuola o almeno consentendo l’introduzione dall’esterno (a cura e spese dello studente) di tali cibi”. L’introduzione del concetto di opportunità a nostro avviso dilata eccessivamente la discrezionalità dei dirigenti scolastici e risulta curioso che venga criticato solamente poche righe dopo in relazione all’alimentazione nelle carceri in cui si dice “il riferimento espresso all’art. 11, quarto comma, dell’ordinamento penitenziario italiano (d.P.R. n. 230/2002) al dovere di tener conto delle prescrizioni proprie delle diverse fedi religiose nella formulazione delle tabelle vittuarie, ma solo «in quanto possibile» appare - nella sua genericità - riduttivo. Ciò anche alla luce dell’importanza attribuita alla religione fra gli «elementi del trattamento» riguardante il condannato o l’internato dall’art. 15, primo comma, dell’ordinamento penitenziario (legge n.354/1975); come pure alla luce del fatto che il carcere rappresenta ormai da tempo, sul piano statistico, lo spaccato più marcatamente multietnico della nostra società”.

Si ritiene, dunque, che la posizione quantomeno del Legislatore, valutando in un secondo momento il trattamento giurisprudenziale, sia espressione di un atteggiamento di intolleranza nei confronti del fattore culturale. Condividiamo la valutazione di chi rimarca anche un’attitudine implicita rinvenibile nel raddoppiamento delle pene nei confronti di chi pone in essere la condotta di cui all’art. 5 L. 22 maggio 1975, n. 122⁷⁷, nata in quanto fortemente

⁷⁵ Vedasi infra § 3.9.1. sulla violazione del principio di uguaglianza in relazione all’art. 583*bis* c.p.

⁷⁶ http://www.governo.it/bioetica/testi/Alimentazione_differenziata.pdf, consultato il 27/06/2009.

⁷⁷ È vietato l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. È in ogni caso vie-

voluta da un movimento altamente xenofobo quale la Lega Nord per vietare l'uso non solo del burqa, ma di ogni copricapo tradizionale riconducibile alla religione musulmana⁷⁸. Data la particolarità della pronuncia in questione, su cui non sarà possibile ritorna-

tato l'uso predetto in occasione di manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino.

Il contravventore è punito con l'arresto da uno a due anni e con l'ammenda da 1.000 a 2.000 euro.

Per la contravvenzione di cui al presente articolo è facoltativo l'arresto in flagranza.

⁷⁸ Si distingue tra *chador* che copre la fronte, le guance e il mento, l'*hijab* che lascia scoperti solo gli occhi, mentre il *burqa* copre tutto il corpo della donna, compreso il volto e gli occhi, celati dietro una 'grata' di stoffa, L. MANCINI, *Simboli religiosi e conflitti nelle società multiculturali*, in E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, 2006, 7. La questione del velo lungi da trovare una soluzione è tutt'ora di impressionante attualità: il Presidente Sarkozy al Congrès de Versailles del 23/06/2009 ha asserito con forza "pensant en particulier aux Français de confession musulmane. Nous ne devons pas nous tromper de combat. Dans la République la religion musulmane doit être autant respectée que les autres religions. **Le problème de la burka n'est pas un problème religieux. C'est un problème de liberté et de dignité de la femme. Ce n'est pas un signe religieux, c'est un signe d'asservissement, c'est un signe d'abaissement.** Je veux le dire solennellement, la burka n'est pas la bienvenue en France. Nous ne pouvons pas accepter dans notre pays des **femmes prisonnières derrière un grillage, coupées de toute vie sociale, privées de toute identité.** Ce n'est pas l'idée que nous nous faisons de la dignité de la femme. Le Parlement a souhaité se saisir de cette question. C'est la meilleure façon de procéder. Il faut qu'il y ait un débat et que tous les points de vue s'expriment. Où ailleurs qu'au parlement pourrait-il mieux s'exprimer ? Mais je vous le dis, nous ne devons pas avoir honte de nos valeurs. Nous ne devons pas avoir peur de les défendre", *Déclaration de M. Le Président de la République devant le Parlement réuni en congrès*, Versailles – lundi 22 juin 2009, in http://www.elysee.fr/download/?mode=press&filename=22_06_Congres.pdf, 5, consultato il 27/06/2009.

Il 26 gennaio 2010 è stato sul tema pubblicato il Rapport d'information de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national n. 2262; non siamo competenti ad esprimere in questa sede critiche approfondite sotto il profilo contenutistico, colpisce però la profonda differenza, che già si era sperimentata in tema di fine vita, esistente tra il modus operandi del legislatore francese rispetto a quello italiano. Il documento, di ben 658 pagine, giunto alla fine di sei mesi di lavoro e redatto dopo l'audizione di antropologi, filosofi, rappresentanti di associazioni in difesa dei diritti delle donne, delle immigrate, delle associazioni laiche, del rettore de la Grande Mosquée di Parigi, di ricercatori specializzati nel movimento salafista, di professori di diritto pubblico e privato, ripercorre la storia dei copricapi tradizionali e si apre alla comparazione tra diversi Paesi europei (Repubblica Ceca, Bulgaria, Romania, Ungheria, Germania, Svezia, Danimarca, Belgio, Olanda, UK) e extraeuropei (canada ed U.S.A.). Sono state quindi avanzate 15 proposte:

1. Adopter une résolution condamnant le port du voile intégral comme contraire aux valeurs de la République, affirmant le soutien de la représentation nationale aux efforts engagés par les acteurs de terrain pour combattre cette pratique, condamnant les discriminations et les violences faites aux femmes et affirmant la solidarité de la France à l'égard des femmes qui en sont victimes de par le monde. Diffuser cette résolution par voie de circulaire afin de la porter à la connaissance des agents publics.
2. Permettre largement des actions de médiation à l'attention des femmes portant le voile intégral et de leur entourage, afin de comprendre leurs motivations, en établissant des protocoles rassemblant tous les acteurs concernés.
3. Renforcer la formation civique délivrée dans le cadre du contrat d'accueil et d'intégration en l'inscrivant dans le moyen terme.
4. Généraliser la formation des agents en contact direct avec les usagers aux règles de la laïcité et à la gestion des incivilités.
5. Mettre en œuvre la proposition n° 18 du rapport de la mission d'évaluation des politiques de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, qui vise à prévenir les violences sexistes à l'école et à former les enfants à l'égalité femme-homme et à la mixité.
6. Donner tout son rôle à l'Observatoire de la laïcité, créé en 2007.

re nel prosieguo del lavoro, si ritiene opportuno evidenziare come tale osservazione non si sia rivelata una mera esercitazione accademica, ma abbia già dato luogo ad una sentenza, seppur di assoluzione. Ci riferiamo al caso deciso dal Tribunale di Cremona, con sentenza del 27 novembre 2008⁷⁹: una donna era entrata in aula con quel particolare copricapo al fine di assistere al processo del marito, il cui capo d'imputazione attineva a

-
7. Engager une réflexion quant aux moyens d'assurer une juste représentation de la diversité spirituelle.
 8. Donner instruction aux services de l'État de signaler systématiquement au président du conseil général les situations de mineurs portant le voile intégral, dans le cadre de la protection des mineurs en danger.
 9. Prévoir la création d'un délit de violences psychologiques au sein du couple.
 10. Compléter l'article 24, alinéa 9, de la loi du 29 juillet 1881 pour y introduire la provocation à l'atteinte à la dignité de la personne.
 11. Demander à la Miviludes (Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires) de dresser un état des lieux des éventuelles dérives sectaires qui pourraient avoir lieu dans l'entourage des personnes portant le voile intégral et dont ce dernier pourrait être le révélateur.
 12. Prendre en compte, dans les demandes d'asile, la contrainte à porter le voile intégral comme indice d'un contexte plus général de persécution.
 13. Afin de conforter les agents publics, adopter une disposition interdisant de dissimuler son visage dans les services publics.
 14. Modifier les articles L. 211-2-1 et L. 411-8 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) afin de mentionner « l'égalité entre les hommes et les femmes et le principe de laïcité » parmi les valeurs que doivent connaître les personnes désirant se voir délivrer un visa de long séjour ou désirant bénéficier du regroupement familial; modifier l'article L. 314-2 du CESEDA afin de refuser la délivrance d'une carte de résident aux personnes qui manifestent une pratique radicale de leur religion, incompatible avec les valeurs de la République, en particulier le principe d'égalité entre hommes et femmes, ceci étant considéré comme un défaut d'intégration.
 15. Introduire aux articles 21-4 et 21-24 du code civil relatifs à l'acquisition de la nationalité française une disposition explicitant qu'est considéré comme un défaut d'assimilation le fait de manifester une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, notamment avec le principe d'égalité entre les hommes et les femmes.

Per quanto riguarda lo specifico divieto del velo nello spazio pubblico il rapporto recita «**À ce stade du débat dans notre pays, la mission ne peut que constater que, tant en son sein que parmi les formations politiques représentées au Parlement, il n'existe pas – en tout cas pour l'heure – d'unanimité pour l'adoption d'une loi d'interdiction générale et absolue du voile intégral dans l'espace public. Une grande partie des membres de la mission est favorable à une loi d'interdiction du voile intégral, comme de tout vêtement masquant entièrement le visage, dans l'espace public, sur le fondement de la notion d'ordre public. C'est le sens des contributions individuelles des membres, qui figurent en annexe du présent rapport. [...] Le débat est désormais ouvert. À chacun de s'en emparer, aux formations politiques de trouver une voie de passage qui permette au pays de faire front face à ce défi. Si un consensus est une vue bien trop idéale, un large accord républicain est à portée de main.**», http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2262.asp#P1742_451592 (consultato il 31/01/2010).

⁷⁹ Trib. Cremona, 27 novembre 2008, M., in *Corriere del Merito* 2009, p. 294 s., con nota di N. FOLLA, *L'uso del burqa non integra reato, in assenza di una previsione normativa espressa*, per un commento sulle vicende si veda altresì G. GATTA, *Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali*, in http://www.statoecheme.it/images/stories/2009.6/gatta_islamm.pdf

fatti di terrorismo di matrice islamica. L'assoluzione è stata motivata dalla collaborazione della signorala quale invitata a sollevare il velo per procedere alla sua identificazione davanti al personale femminile non ha opposto la minima resistenza, non realizzandosi quindi il pericolo concreto richiesto dalla norma.

Esito opposto ha avuto una vicenda analoga, avente però per protagonista un imputato che alla richiesta del giudicante di togliersi il copricapo, che lo lasciava, comunque pienamente riconoscibile, ha visto rigettarsi l'eccezione di una violazione del diritto di difesa conseguente al suo spontaneo allontanamento dall'aula dopo essersi rifiutato di procedere in tal senso⁸⁰ e tutto ciò perché nel contemperamento tra il diritto alla libertà religiosa ed i poteri di disciplina dell'udienza, attribuiti al giudice ex art. 470 c.p.p. - tra cui è ricompresa la possibilità di adottare tutti i provvedimenti opportuni per garantire il decoro e il rispetto nei confronti dell'Autorità giudiziaria, funzionali all'ordinata celebrazione dell'udienza- ovviamente il primo doveva soccombere. Il giudice procede con un'*excusatio non petita* sancendo che "per consolidata prassi istituzionale nessuno può presenziare in udienza a capo coperto, ad eccezione delle Forze dell'ordine adibite alla sicurezza dell'udienza stessa. Gli stessi ufficiali di P.G., qualora presenti in udienza per finalità diverse da quelle della sicurezza (ad es., assunzione di testimonianza), seppur in divisa, devono presentarsi a capo scoperto". Ma trattasi di una coperta troppo corta posto che la dottrina ha subito posto l'attenzione sulla disparità di trattamento con altri religiosi, appartenenti alla cultura occidentale (in particolare le suore cattoliche)⁸¹.

Un chiaro autore motiva quest'impostazione sulla presenza di immigrazione illegale nel suolo nazionale⁸², ma ci permettiamo di dissentire: innanzitutto ammesso che il Legislatore sia un effettivo interprete dei bisogni sociali e non si limiti a recepirli acriticamente o a fomentarli nell'ottica della creazione della paura di baumaniana memoria in vista di un facile populismo e consenso elettorale, è da ricordarsi che la normativa italiana in materia di immigrazione è criminogena e lo è ancor di più con l'aver reso uno *status* una contravvenzione. Inoltre si contesta anche la valutazione fatta da Barbagli⁸³ sui maggiori tassi di crimina-

⁸⁰ Trib. Milano, ord. 26 febbraio 2009, K., in *www.olir.it*.

⁸¹ G. GATTA, *op. cit.*, 12,13.

⁸² F. BASILE, *Immigrazione e reati*, cit., 37.

⁸³ M. BARBAGLI, *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, 2002, 117, sul punto Ruggiero sancisce "gli stranieri, si è visto, commettono molti reati bagattellari, mentre per reati particolarmente remunerativi la quota sul totale dei denunciati 'è assai bassa e inferiore anche a quella degli stranieri sui residenti' (Mini-

lità commessi dagli irregolari o meglio si vuole cercare di offrire una chiave di lettura alternativa. Si potrebbe ipotizzare che “tenda a prodursi un corto circuito fra una certa illegalità diffusa nella società italiana e una funzione di ‘capro espiatorio’ cui gli stranieri corrono il rischio di essere adibiti. Appare come se certi stranieri- quelli che bighellonano nelle strade ‘senza arte né parte’ e sono sospetti quindi di darsi allo spaccio o allo sfruttamento della prostituzione-proprio per la loro estraneità, avvertita dagli italiani come goffaggine, impudenza, arroganza, vengano percepiti come la ‘goccia che fa traboccare il vaso’”⁸⁴. Melossi prosegue spiegando come quelle tradizionali forme di microcriminalità fossero contestualizzate in “un regime di ipocrita tolleranza di una moderata, ma pervasiva violazione del diritto”, in cui in altri termini venisse esercitato il controllo sociale attraverso meccanismi informali, impercettibili per chi non fosse nato e cresciuto nella società italiana, ponendo “l’immigrato ingenuo di fronte ad uno spettacolo che dal suo punto di vista può essere inteso solo come mancanza di norma oppure un’applicazione della stessa così casuale e capricciosa da renderne impossibile l’apprendimento”⁸⁵. Infine si ribadisce come il tasso di incarcerazione rappresenta al contempo una misura di criminalità e di criminalizzazione, citando Sellin “la validità delle statistiche criminali per la base della misurazione della criminalità all’interno di determinate aree geografiche diminuisce man mano che le procedure ci portano lontano dal reato stesso”⁸⁶. La grande presenza di stranieri irregolari nel nostro sistema penale sarebbe in parte causato anche dall’azione congiunta dei mezzi di controllo formali

stero Dell’Interno, 2007: 371). Lo stesso Ministero specifica che gli stranieri regolari, non quelli irregolari, sono autori dei reati più gravi. I primi, infatti, sono responsabili principalmente di furto con destrezza, furto di automobile e furto in appartamento. ‘Tra i secondi vi sono gli omicidi consumati e tentati, il contrabbando, le estorsioni, le lesioni dolose, la violenza sessuale, lo sfruttamento della prostituzione’ (ibid: 373). Se si ritiene che gli stranieri regolari abbiano avuto più opportunità e più tempo di acquisire alcuni tratti della cultura ospite, di accumulare una certa familiarità con i suoi mercati illeciti, di perfezionare le abilità nell’offerta di beni illegali, e di stabilire principi di convivenza con la criminalità indigena, allora l’assunto di Sutherland trova in Italia una sua innegabile validità. Il processo di ‘acculturazione’ fa in modo che gli stranieri lentamente apprendano le modalità operative, le tecniche di sollecitazione della domanda e i principi di regolazione dei mercati illeciti, e che acquisiscano infine la duttilità di convivere con la concorrenza, in alcuni casi, e di dissuaderla con la violenza, in altri. I mercati illeciti pre-esistenti al loro arrivo giocano un ruolo cruciale nel processo della loro ‘acculturazione’. Ma esiste un altro aspetto di questo processo, che rende l’acculturazione degli stranieri in Italia in un certo senso anomala quanto lo è il Paese che li ospita”, V. RUGGIERO, *Stranieri e illegalità nell’Italia criminogena*, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online/stranieri-e-illegalita-nell%E2%80%99italia-criminogena> (27/06/2009).

⁸⁴ D. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, cit., 276.

⁸⁵ D. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, cit., 277.

⁸⁶ T. SELLIN, *The significance of records of crime*, in *Law Quarterly Review*, 1951, 67, 489.

ed informali, particolarmente pressanti nei confronti di alcuni fenotipi⁸⁷

1.6. Conclusioni provvisorie

Alla fine di questa introduzione basata esclusivamente su riferimenti a concetti elaborati dalle varie scienze sociali in tema di pluralismo culturale, ma fondamentali per entrare *in medias res* si potrebbe anche obiettare che il nostro lavoro di ricerca sia stato assolutamente inutile, questo in ragion del fatto che il diritto penale si caratterizza per il suo forte localismo⁸⁸ e che la sfera di applicazione, soprattutto nella sfera dei reati culturalmente orientati che andremo ad analizzare non va a coincidere minimamente con gli spazi normativi dell'UE.

In altri termini si potrebbe facilmente obiettare che tutta la riflessione che stiamo per condurre e che, soprattutto, è stata condotta da illustri autori prima di noi non costituisca altro che un mero diletto intellettuale posto che a risolvere ogni questione sarebbe sufficiente la presenza dell'art. 6 c.p. il quale, com'è noto, stabilisce la punibilità secondo la legge italiana chiunque, cittadino o straniero commetta un reato nel territorio dello Stato. Si riproporrebbe nuovamente il noto brocardo "*si fueris Romae, Romano vivito more; si fueris alibi, vivito sicut ibi*". Trattasi, ovviamente, di una provocazione: abbiamo precedentemente dimostrato come il diritto e soprattutto il braccio armato della legge penale non debba sanzionare delle culture e come parimenti la cultura non debba essere intesa secondo una modalità reificata. È indubbio che nell'applicazione della norma incriminatrice il principio di territorialità obbligherà tutti indistintamente, a prescindere dallo Stato nazionale di nascita o dall'etnia di appartenenza, nondimeno la multiculturalità non può essere così facilmente accantonata

⁸⁷ A. DAL LAGO, *Non persone*, Milano, 1999; evidenzia come gli immigrati costituiscano per le forze dell'ordine una popolazione ad "alta visibilità" anche a causa della alterità fisiognomica e dello *status* socioeconomico A. BERNARDI, *Società multiculturale cit.*, 82. Interessante è la riflessione della generazione in veri e propri paradossi della visibilità nel *legalscape* fornita da MUBI BRIGHENTI: secondo il sociologo "l'immagine di migranti irregolari e clandestini è connotata come pericolosa in base all'argomento che essi risultano invisibili al controllo delle istituzioni; ma allo stesso tempo la loro immagine mediatica è così altamente visibile nell'*ideoscape* che qualsiasi seria analisi pubblica circa la loro condizione, le cause strutturali del loro status e gli effetti sociali del loro *disempowerment* diventa praticamente impossibile. Essi vengono così riconsegnati all'invisibilità dei centri di detenzione amministrativa, o direttamente del carcere, dove incredibilmente continuano a rimanere invisibili anche alle ultime istituzioni burocratiche che potrebbero ancora fornire loro un riconoscimento di *status*. Questa combinazione condurrà alla creazione di saperi e pratiche punitive in aperto contrasto con i principi costituzionali, "disegnando il volto oscuro dello *state legal pluralism*", MUBI BRIGHENTI, *Territori migranti cit.*, 57 ss.

⁸⁸ Per un'interessante disamina sulla nascita e le motivazioni della stessa si rinvia a BASILE, *Immigrazione e reati*, cit., 55, ss.; particolarmente suggestiva l'immagine di un diritto penale come *prodotto statale locale, contrassegnato dal marchio di produzione del Paese d'origine: un diritto che riporta stampigliato sopra un "prodotto in Italia", o un "made in UK", o un "fabriqué en France", a seconda del paese dove tale diritto è stato emanato e dove è destinato ad essere applicato.*

perché in un codice concepito per una comunità asseritamente omogenea (e mirante in parte a creare un sano cittadino italiano) è presente un numero sostanzioso di istituti che potrebbero salvaguardare l'essere umano che in virtù della propria cultura di provenienza e di quell'interiorizzazione che, spiegheremo in prosieguo, lo *costringe* a realizzare delle condotte considerate reato a causa di eccessi neoretribuzionisti ed assimilazioni forzate condotte proprio attraverso il codice penale.

A chiosa si può dire che l'intero dibattito sociologico ed antropologico sulla fondatezza dell'esistenza di culture da reificare o meno interessa solo relativamente il penalista e questo perché quest'ultimo -fortunatamente, ci permettiamo di dire- dovrà pronunciarsi su fatti di reato, commessi in virtù di una particolare tradizione religiosa o culturale che non dovranno mai risolversi nel giudizio su una pratica, ma, in accoglimento di principi costituzionali e sovranazionali, richiederanno come esito finale un'attenta indagine sulla colpevolezza di un singolo autore, questo in virtù della connotazione ancora democratica, intesa anche quale rispetto e tutela delle differenze dell'ordinamento⁸⁹.

Ma prima di inoltrarci nella disamina di tutta la parte generale che viene lambita dalle sfide della multiculturalità sarà opportuno soffermarsi nel prossimo capitolo ancora su una questione dogmatica, vale a dire sulla nascita e sullo sviluppo oltreoceano della categoria della *cultural defense*.

⁸⁹ Qualifica il legame intercorrente tra fattore multiculturale e la compatibilità delle scelte politiche, e quindi giuridiche, che verranno realizzate nei suoi confronti come "prova di democrazia" G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 191.

CAPITOLO SECONDO

IL REATO CULTURALMENTE ORIENTATO

2.1. *Introduzione. Nascita e sviluppo: i leading cases*

La riflessione sui reati culturalmente orientati all'interno di una società polietnica o di "multirazzialità di origine volontaria"¹ nasce convenzionalmente nell'esperienza statunitense attorno agli anni ottanta dello scorso secolo ad opera degli avvocati difensori di imputati di origine asiatica che si erano resi responsabili di condotte che si possono in una prima approssimazione suddividere in due grandi filoni: omicidi (filicidi o uxoricidi dell'infedele) e condotte offensive della libertà sessuale (in seguito a matrimoni combinati aventi per protagonisti ancora una volta dei minori o forme particolari di corteggiamento, risolvendosi nell'ordinamento americano nel delitto di *rape*)².

Una volta tentato di inserire nelle maglie del dibattito la ragione culturale posta a fondo delle varie condotte, talvolta recepita negli *obiter* degli stessi giudici, nella dottrina cominciò un ampio dibattito tra chi riteneva ormai necessaria l'introduzione della c.d. *formal cultural defense*, ovvero di una causa di giustificazione o di esclusione della punibilità formulata *ex novo* e applicabile ai soli gruppi che vantassero particolari tradizioni culturali e chi elencava la sostanziale impossibilità di addivenire, in maniera rispettosa del principio di uguaglianza e del giusto processo, nonché del principio di legalità, alla sua creazione. Prima di addentrarci nell'analisi delle diverse posizioni è opportuno riprendere la descrizione, ormai ben nota anche nel panorama scientifico italiano³

¹ C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in M. BERTOLINO, G. FORTI (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 7.

² C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, 1, 252.

³ Si soffermano sui *leading cases*: L. MONTICELLI, *Le "Cultural Defenses" (Esimenti Culturali) e I "Reati Culturalmente Orientati"*. *Possibili Divergenze tra Pluralismo Culturale e Sistema Penale*, in *Ind.*

dei casi più eclatanti in cui il collegio difensivo ha tentato di introdurre tale *cultural reason*.

BEGER E HEIN in un saggio del 2001 criticano l'uso di questi ultimi fattane da dottrina e media: essi sono considerati la fonte primaria della produzione scientifica in tema di *cultural defense*: su 22 articoli che analizzano alternativamente *les affaires* Kimura, Kong Moua o Chen, solo uno di questi casi in sei saggi viene utilizzato per argomentare l'impatto della cultura dei migranti nelle corti statunitensi, altri 15 citano due precedenti e solamente dieci si sforzano di fornire un'elencazione maggiore⁴. I due autori hanno analizzato 181 casi aventi per protagonista un imputato vietnamita o appartenente all'etnia Hmong –in quanto di recente immigrazione e protagonisti di richieste di applicazione della scriminante culturale- decisi tra il 1974 ed il 1995 consultabili su Lexis-Nexis e sono giunti alla conclusione che la relazione tra migrazione e cultura nell'ambito giuridico sia molto più ampia rispetto alla realizzazione di un reato culturalmente orientato, così come definito e dell'invocazione di un'esimente, coinvolgendo un uso discrezionale di tale elemento da parte della giuria, l'importanza della valutazione della lingua natale in tutte le fasi del procedimento e la predominanza di condotte irrispettose della normativa sugli stupefacenti, anziché della sola realizzazione di reati a danno della vita o dell'integrità fisica dei propri familiari. Trattasi di osservazioni indubbiamente interessanti, ma che fuoriescono dall'oggetto della nostra analisi e su cui sicuramente si tornerà in sede di conclusioni.

Si cercherà comunque di ampliare il ventaglio di esempi paradigmatici forniti dai repertori americani, anche se risulta doveroso un riferimento a tali precedenti.

2.1.1. *The people vs Kimura- The people vs Wu (Sailaja Hathaway, Virk)*

Nonostante attenta dottrina nazionale abbia evidenziato l'esistenza di reati culturali *ante*

Pen., 2003, 2, 541-543; C. DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Scritti in onore di Marinucci*, Milano, 2006, 217; ID, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in M. BERTOLINO, G. FORTI (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 185; F. BASILE, *Immigrazione e reati "culturalmente motivati". Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, 272; ID *Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*, http://www.statoecliese.it/images/stories/2009.7/Basile_Cultural_Defense_in_America.pdf, 9 ss, visitato il 18/07/2009.

⁴ R. R. BEGER, J. HEIN *Immigrants, Culture, and American Courts: A Typology of Legal Strategies and Issues in Cases Involving Vietnamese and among Litigants*, in *Criminal Justice Review* 2001, 1, 39, 42.

*litteram*⁵, vera e propria pietra miliare nell'ormai vasta letteratura in tema è il caso Kimura⁶, una madre giapponese accusata di aver commesso il *boshi-shinju*⁷, dieci giorni dopo aver scoperto il tradimento che durava da tre anni del marito, motivata dal desiderio di sottrarre se stessa ed i suoi figli di quattro anni e sei mesi dal senso di vergogna che ne derivava. Infatti, in Giappone un genitore che si suicida e abbandona così i suoi

⁵ F. BASILE, *Diritto penale e multiculturalismo*: cit., 9.

⁶ *People v. Kimura*, No. A-09113, Los Angeles Superior Court, 21 novembre 1985, inedita ma su cui la letteratura Americana si è ampiamente soffermata (in ordine cronologico): J.P. SAMS *The Availability of a "Cultural Defense" as an Excuse for Criminal Behaviour*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1986, 2, 335 ss.; A., *The cultural defense in the criminal law*, in *Harvard Law Review*, 1986, 1293 ss.; M.M. SHEYBANY *Cultural Defense: One Person's Culture is Another's Crime*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 1987, 3, 751; D. WOO, *The People v. Fumiko Kimura: But Which People?*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 1989, 4, ; C. CHOI *Application of a Cultural Defense in Criminal Proceedings*, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 1990, 1-2, 80 ss.; T.F. GOLDSTEIN *Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize a "Cultural Defense"?*, in *Dickinson Law Review*, 1994, 1, 141 ss.; G. P. GOMEZ, *The dilemma of difference: race as a sentencing factor*, in *Golden Gate University Law Review*, 1994, 24, 357; M. FISHER *The Human Rights Implications of a "Cultural Defense"*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 1998, 3, 663 ss.; V. MA *Cultural defense: limited admissibility for new immigrants*, in *San Diego Justice Journal*, 1995, 3, 461; A. MATSUMOTO, *A place for consideration of culture in the american criminal justice system: japanese law and the Kimura case*, in *DCL Journal of International Law and Practice*, 1995, 4, 507; J. LI, *The Nature of the Offense: An Ignored Factor in Determining the Application of the Cultural Defense*, *University of Hawai'i Law Review*, 1996, 2, 765; V. L. SACKS *An indefensible defense: on the misuse of culture in criminal law*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1996, 2, 523; N. S. KIM, *The cultural defense and the problem of cultural preemption: a framework for analysis*, in *New Mexico Law Review*, 3, 1997, 117-119; T. TAYLOR *The Cultural Defense and its Irrelevancy in Child Protection Law*, in *Boston College Third World Law Journal*, 1997, 1, 331; M. W. C.WU, *Culture is no defense for infanticide*, in *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2003, 2, 975; S. S. KUO, *Culture clash: teaching cultural defenses in the criminal law classroom*, in *Saint Louis University Law Journal*, Summer, 2004, 2, 1297; G. RASHMI *Theory meets praxis: the impact of critical legal theory on lawyering strategies and experiential learning: can i call Kimura crazy? Ethical tensions in the cultural defense*, in *Seattle Journal for Social Justice*, 2004, 3, 443; J. M. DONOVAN, J. M., J. S. GARTH, *Delimiting the Culture Defense*, in *University School of Law Quinnipiac Law Review*, 2007, 1, 109; R. M. WILLIAMS, *Why the 'cultural defense' belongs to 'us'*, in *Maine Bar Journal*, 2007, 4, 36; M.C. FOBLETS, A. DUNDES RENTELN (a cura di) *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oñati International Series in Law & Society, Oxford, 2009.

⁷ Trattasi del termine corretto per indicare il suicidio-omicidio madre-figlio. Con *oya-ko shinju* s'intende invece genericamente la stessa pratica commessa indifferentemente da uno dei due genitori anche se letteralmente la parola *oya-ko* indica il legame genitore-figlio e *shinju* all'interno o al centro del cuore, così A. MATSUMOTO, *A place for consideration of culture in the american criminal justice system: japanese law and the Kimura case*, in *DCL Journal of International Law and Practice*, 1995, 4, 511. Sulla pratica giapponese vedasi altresì M. IGA, *Cultural aspects of suicide: The case of Japanese oyako shinju (parent-child suicide)*, in *Archives of Suicide Research*, 1996, 2, 87-102, citato in T. JILL MESSING, J. W. HEEREN, *Another Side of Multiple Murder: Women Killers in the Domestic Context*, in *Homicide Studies* 2004; 8; 123, consultato su <http://hsx.sagepub.com/cgi/content/refs/8/2/123>; T. L. BRYANT, *Oya-ko Shinju: Death at the Center of the Heart*, *Pac. Basin L.J.*, 1990, 1-31; Y. KAWANISHI, *Japanese Mother-child Suicide: The Psychological and Sociological Implications of the Kimura Case*, in *Pac. Basin L.J.*, 1990, 32 ss.; M. M. SHEYBANI, *Cultural defense: one person's culture is another's crime*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* 1987, 3, 751.

figli è criticato molto più duramente, di un soggetto che nello stesso atto toglie la vita anche a loro⁸, in quanto li sottoporrebbe alla disgrazia di crescere in un orfanotrofio o di portare avanti la propria esistenza con una sola figura di riferimento. Secondo altri autori la madre distoglierebbe i figli dalla famiglia del marito e ritornerebbe simbolicamente a quella di origine privando il compagno della prole che avrebbe perpetrato la sua discendenza, nonché ricordato e rispettato la sua persona dopo la morte, morte che in tali situazioni può costituire per la donna un significativo trionfo⁹. Per comprendere la reazione del sistema giuridico giapponese nei confronti di tali pratiche sarà utile rammentare lo svolgersi di un caso analogo deciso dall'Alta Corte di Osaka. Dopo l'abbandono da parte della nuora una nonna aveva accettato di occuparsi dei nipoti minori; ella, tuttavia, era stata lasciata da sola nel compito educativo dal momento che il figlio si era dato all'alcol. Ella era divenuta preda di un enorme stress psicologico, la relazione con il marito aveva iniziato a presentare delle difficoltà, soffriva di insonnia e si sentiva perennemente affaticata. L'esito di tutto ciò fu lo strangolamento di uno dei nipoti addormentati, illecito previsto dall'art. 199 c.p. per cui venne comminata la pena di tre anni di reclusione. Nel grado di appello si ritenne che la donna soffrisse di *utsubyo*¹⁰ e, conseguentemente, la sua capacità di intendere e volere risultasse menomata. Secondo i giudici la donna decise di accollarsi il dovere di sostituire la figura genitoriale nonostante fosse fortemente provata a causa del suo forte senso del dovere; l'età avanzata, l'incensuratezza e l'ammissione da parte degli stessi parenti nell'averle fatto mancare la minima forma di aiuto permisero di affermare che il carcere non avrebbe sortito alcun effetto positivo nei suoi confronti al contrario della quotidiana sorveglianza all'interno del nucleo familiare che le avrebbe permesso, al contempo, di approfondire il proprio rimorso¹¹ e di vivere felicemente i giorni che le rimanevano.

⁸ M. M. SHEYBANI, *Cultural defense*: cit., 760.

⁹ T. KICHINOSUKI, *Japan in Suicide* in L. A. HEADLEY (a cura di) *Asia and the Near East* 1983, citato in A. MATSUMOTO, *A place* cit., 512 trad. propria.

¹⁰ *Utsubyo* è il termine giapponese usato per indicare la depressione.

¹¹ Chi scrive ritiene che anche nel panorama europeo, seppur in un ambito molto delimitato e specifico, non sia del tutto assente una valutazione basata sul rimorso quale pena nei confronti del genitore che uccide i propri figli: ci riferiamo all'istituto tedesco della rinuncia all'inflizione di pena (*Absehen von Strafe*) che ha per presupposti l'assoluta gravità delle conseguenze del reato anche per l'agente e che la pena comminata sia inferiore ad un anno di reclusione, in questi casi il giudice si astiene dall'applicare la sanzione, venendo meno sia le esigenze retributive che quelle di prevenzione, ma non si astiene dal pronun-

La dottrina ha evidenziato che per comprendere appieno la decisione della Corte sia fondamentale avere ben chiaro il ruolo svolto dal concetto di *bun*¹² e dell'interdipendenza di tutte le persone all'interno della società: la donna sarebbe vissuta sotto l'occhio vigile della propria famiglia, la quale a sua volta sarebbe stata controllata dalla comunità di appartenenza¹³.

Tornando al caso Kimura vediamo che la Suprema Corte di Los Angeles si è così trovata ad affrontare un'originaria imputazione di *first degree murder*¹⁴ derubricata in *voluntary manslaughter*¹⁵ e sanzionata con un anno di carcere e cinque anni di *probation*¹⁶ grazie all'applicazione dell' "insanity defense"¹⁷: lo stato mentale in cui si trovava la si-

ciare una sentenza di condanna; per esemplificazioni e bibliografia di riferimento vedasi G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 524-525.

¹² Termine che indica porzione, frazione, parte.

¹³ A. MATSUMOTO, *A place cit.*, 519.

¹⁴ Nel diritto anglo americano si indica con questo termine l'omicidio volontario caratterizzato da *malice aforethought*, ovvero premeditazione.

¹⁵ Con questa locuzione viene individuato l'omicidio volontario che ha luogo mediante la commissione di un atto illecito ovvero per colpa grave a differenza del *voluntary manslaughter*, corrispondente all'omicidio volontario in cui sia presente un'attenuante. In realtà sembra che "non vi sia una distinzione concettuale tra murder e manslaughter, ma che essa vada fatta ex post sulla base della sentenza irrogata" DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico Inglese - Italiano*, Milano, 1984,990-991.

¹⁶ La locuzione "*probation of offenders*" si riferisce all'insieme di norme in base alle quali, nel diritto penale inglese e nordamericano, si fa luogo alla sospensione della pronuncia di condanna sostituendola con una forma di libertà vigilata. Il giudice, tenuto conto delle circostanze del caso, nell'ipotesi di un *first offender* invece di infliggere la pena può emettere un *probation order* col quale questo viene posto sotto il controllo di un *probation officer* per un periodo che va da uno a tre anni. I contenuti dell'*order* possono essere i più vari: un trattamento psichiatrico obbligatorio, l'obbligo di prendere parte a programmi rieducativi... e non costituiscono delle coazioni nei confronti del colpevole in quanto è quest'ultimo che ha volontariamente aderito all'istituto. In caso di violazione delle regole o di commissione di un altro reato, il reo potrà essere sottoposto alla precedente condanna.

¹⁷ The *defense of insanity* è diversa dalle altre *affirmative defenses* in quanto l'accusato usualmente viene internato in un ospedale psichiatrico giudiziario. Le corti americane hanno usato quattro test per valutare la capacità cognitiva degli imputati: il primo, detto M'Naghten test, fu importato dall'Inghilterra nel 1843. In esso si presumeva che il soggetto fosse imputabile a meno che non venisse provato un vizio di mente dovuto a malattia, il quale comportasse l'incapacità di comprendere la natura e le caratteristiche delle proprie azioni, o laddove questo accadesse, non percepisse comunque l'ingiustizia delle stesse. Più avanti nel tempo in alcune giurisdizioni esso venne corroborato dall'"*irresistible impulse*" exception, la quale permetteva di giungere all'assoluzione se l'accusato avesse validamente documentato una turba psichica tale da condurlo ad un *irresistible and uncontrollable* impulso a commettere il reato, indipendentemente dalla capacità di comprensione della natura dell'offesa e del requisito dell'ingiustizia della medesima. Gli scienziati, medici e giuristi, si schierarono contro queste modalità di valutazione ritenute incongruenti con i più moderni studi psichiatrici, nel 1954, la Corte d'Appello del Distretto di Columbia nel caso *Durham v. United States* adottò una nuova modalità valutativa chiamata *Durham rule* la quale esclude la responsabilità penale se la condotta sia il risultato di una malattia mentale. La vaghezza di tale nozione però comportò al suo *overruling*: nel 1972 si adottò the American Law Institute (A.L.I.) *Model Penal Code test for insanity*. Il quale prevedeva che l'agente fosse carente della capacità di apprezzare l'illiceità della propria condotta e che ciò nascesse da un disturbo. In seguito al caso *Hinckley* nel 1984 il

ignora al momento della condotta omicida non coincideva con quello richiesta dalla figura del *first degree murder* in quanto mancante dell'elemento della premeditazione. Tuttavia è evidente che i valori della tradizione giapponese a cui la donna era fortemente legata avessero ricoperto un ruolo preponderante nella sua reazione alla scoperta del tradimento del marito, rendendola maggiormente vulnerabile allo *stress* causato dallo stesso e costituendo la motivazione principe per cui aveva deciso di mettere in atto la pratica del *mother-child suicide*.

Secondo il parere di chi scrive più dei tratti caratterizzanti la Sig.ra Kimura dipinta come una madre estremamente devota alla prole, protettiva quasi al punto di essere ossessiva (teneva un diario i cui annotava il tempo trascorso quotidianamente con i bambini e durante la gestazione della femmina si alzava durante la notte per mangiare della zuppa al fine di garantire l'adeguato nutrimento per la nascita)¹⁸, la *chance* da parte dell'imputata di vedere ridotta la sentenza derivò quasi esclusivamente dalla possibilità per la stessa di avvalersi di una testimonianza esperta di psichiatri forensi che fecero penetrare il movente culturale, a sua volta facilitata dal grande clamore che il caso aveva suscitato. Difatti 25.000 appartenenti alla comunità giapponese sottoscrissero una petizione rivolta al District Attorney – peraltro non accolta- in cui veniva spiegato il trattamento giuridico di tale condotta secondo l'ordinamento giapponese.

Sebbene nella vulgata d'oltreoceano e continentale il caso Kimura venga citato ormai come il punto di riferimento principale dell'uso della *cultural defense* nel giudizio penale, alcuni autori (prevalentemente non giuristi) obiettano tale collocazione argomentando che la Corte abbia in un certo senso trasformato il movente culturale in una forma

Congresso emanò il Comprehensive Crime Control Act il quale contemplava l'Insanity Defense Reform Act, con il quale si tornò alla regola di M'Naghten con due importanti aggiunte: il disturbo mentale dev'essere grave e l'onere della prova fu spostato sull'imputato. Tre Stati (Idaho, Montana, Utah) hanno quindi abolito completamente tale *defense*; una dozzina (Alaska, Delaware, Illinois, Indiana, Kentucky, Michigan, New Mexico, Pennsylvania e South Carolina) crearono invece una nuova figura conosciuta come "*guilty but mentally ill*" per ampliare i poteri delle giurie e limitare il numero di proscioglimenti n50 in questo modo il colpevole viene ospedalizzato e quando la cura ha avuto un effetto benefico viene incarcerato per scontare il resto della pena. La dottrina è stata molto critica non vedendo realizzate in concreto le ragioni per cui tale istituto era stato introdotto: infatti non ci sono state significative diminuzioni delle assoluzioni e nemmeno i soggetti in questione hanno potuto beneficiare di qualche forma aggiuntiva di trattamento, così K. M. COPP, *Black rage: the illegitimacy of a criminal defense*, in *The John Marshall Law Review*, 1995, 3, 210-215.

¹⁸ A. MATSUMOTO, *A place cit.*, 525.

di patologia¹⁹. Trattasi, appunto, di obiezione posta da “non tecnici”: in assenza di un’esimente culturale codificata, il sistema penale statunitense ha dovuto far filtrare la spiegazione culturale all’interno delle categorie giuridiche che permettono di ricostruire una singola azione illegale commessa da un singolo individuo. Posto che in tutti gli ordinamenti liberali l’uomo è considerato libero nel volere, non poteva essere ragionevolmente sostenuto una sorta di determinismo in base al quale l’essere umano venisse agito dall’introiezione dei valori considerati fondamentali nella comunità di origine. Anche analizzando gli altri casi si vedrà che quanto viene posto in discussione nelle ipotesi sempre più frequenti di reati culturalmente orientati non è l’atto in sé, ma la connotazione che se ne dà; esemplificando brevemente Fumiko Kimura non ha mai sostenuto di non aver commesso un omicidio, Kong Moua²⁰ di aver avuto rapporti sessuali con la fidanzata, quello che cambia è la loro percezione della giustizia o legalità della condotta, sia nell’ipotesi di *cognitive* che di *volitional defense*²¹.

In realtà la critica da fare nei confronti dell’uso dell’*insanity defense* è un’altra: dei valori culturali divergenti non sono necessariamente sintomo di *mental illness*, anzi basandosi su questi ultimi l’imputato aveva agito in modo estremamente ragionevole e razionale. L’imposizione dei nostri concetti di vizio di mente, anch’essi culturalmente influenzati, su imputati immigrati potrebbe generare delle finzioni legali laddove non fosse possibile rinvenire delle strette analogie con la cultura minoritaria: è plausibile infatti che i modelli medici occidentali di *mental illness* divergano in importanti aspetti da quelli orientali in modo tale da rendere impossibile l’utilizzo degli strumenti diagnostici o condurre ad un esito completamente distorto²².

Altri autori hanno asserito che, al contrario, il legame culturale sembra sparire del tutto

¹⁹ S. REDDY, *Temporarily insane: pathologising cultural difference in American criminal courts*, in S. TIMMERMANS, J. GABE (a cura di), *Partners in health, partners in crime*, Malden, Mass., 2003, 170.

²⁰ Vedasi *infra* § 2.1.3.

²¹ W. I. TORRY, *Culture and individual responsibility: touchstones of the culture defense*, in *Human Organization*, 2000, 1, 59. Si rammenta che con *cognitive cultural defense* s’intendono tutte quelle ipotesi in cui l’agente poteva rendersi che le sue azioni erano vietate, mentre per *volitional* lo stesso accusato era a conoscenza del divieto, a causa delle influenze culturali non poteva comportarsi secondo quanto richiesto dalle norme, per la distinzione vedasi A. DUNDES RENTELN, *A justification of the cultural defense as partial excuse*, in *The southern California review of law and women's studies*, 1993, 2, 437, 442, ripreso da N.A. GORDON, *The implications of memetics for the cultural defense. (legal strategy drawn from culturally specific norms for marriage and domestic relations)*, in *Duke Law Journal*, 2001, 6, 1813.

²² V. L. SACKS *An Indefensible Defense cit.*, 523 ss.

seguendo una logica per cui le azioni della signora sono culturali esclusivamente nella direzione ma non nell'origine che resta psicologica: probabilmente si è verificata addirittura una regressione agli istinti primitivi interiorizzati in Giappone che le facevano percepire i figli come un'estensione di sé²³.

In realtà si ritiene sia prospettabile una chiave di lettura alternativa: l'esiguità della sanzione comminata alla Sig.ra Kimura rispetto ad un illecito per cui avrebbe potuto essere condannata alla pena di morte è da ritrovarsi nella vicinanza e non nella distanza culturale.

LEE ha formulato una stimolante teoria chiamata della *convergenza dell'interesse*²⁴: "is the idea that the interests of minority and immigrant criminal defendants in obtaining leniency seem most likely to receive accommodation when there is convergence between dominant majority cultural norms and the cultural norms relied upon by the immigrant or minority defendant". La studiosa ha notato che la sentenza (1 anno di carcere e 5 di *probation*) lungi dall'essere lontana dalla media delle pene comminate nei confronti delle donne che uccidono i loro figli era molto rassomigliante²⁵.

In altri termini la Sig.ra Kimura pur avendo posto in essere una modalità sconosciuta di suicidio (l'annegamento nelle acque del Pacifico), non era dissimile al prototipo della madre amorevole ed affettuosa ed interamente dedicata alla famiglia, immagine totalmente sovrapponibile all'immaginario dell'angelo del focolare americano. La ragione dell'annegamento dei due figli era stata, in una logica annebbiata dalla disperazione, altruistica: evitare il disonore per i figli. Dai documenti probatori era emerso, infatti, che la donna non avesse pressoché legami con la società americana ed i suoi punti di riferimento fossero esclusivamente nella comunità giapponese per cui la famiglia e la comunità stesso sono intimamente interconnesse. La studiosa procede ponendo a paragone il

²³ Così S. REDDY, *Temporarily insane: pathologising cultural difference in American criminal courts*, in *Sociology of Health & Illness*, 2002, 5, 679.

²⁴ C. LEE, *Interest convergence theory and the cultural defense*, in *Arizona Law Review*, 2007, 4, 911. La *interest convergence theory* era stata proposta per la prima volta da Derrick Bell, professore di diritto all'Università di New York che l'aveva definita come "l'idea secondo cui l'interesse da parte delle minoranze di colore al raggiungimento dell'uguaglianza razziale sarebbe stato soddisfatto solamente laddove avesse trovato un punto di convergenza con quello della maggioranza bianca", D. A. BELL, Jr., *Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma*, in *Harvard Law Review*, 1980, 1, 518- 523 (tr. nostra).

²⁵ C. LEE, *Interest convergence* cit., 952, la quale fa riferimento a sua volta a M. OBERMAN, *Mothers Who Kill: Coming to Terms with Modern American Infanticide*, in *American Criminal Law Review*, 1996, 1, 7.

caso Smith, in cui una madre per poter fuggire con il nuovo fidanzato aveva annegato i due figli e con il caso Wu²⁶ in cui la donna era stata ritenuta poco credibile perché in un primo tempo aveva abbandonato la figlia, entrambe ipotesi di madri “snaturate” secondo la visione dell’americano medio.

Siamo convinti della correttezza di quest’impostazione anche in virtù di una frase pronunciata dal giudice cioè “she will likely experience punishment for as long as she lives”²⁷.

Si ritiene quindi di poter parzialmente confutare le osservazioni di Sing secondo cui i giudici avrebbero realizzato una bipartizione tra un agente modello completamente razionale e corrispondente alla donna prima della scoperta del tradimento e un vizio parziale di mente dovuto alla cultura giapponese che aveva fatto emergere prepotentemente sentimenti di disonore e disperazione poi, piuttosto, come evidenziato da CHIU, la figura femminile standard (anche americana) era rappresentata come «*inherently passive, gentle, and tolerant; and mothers are assumed to be nurturing, caring and altruistic. It is an easy step, therefore, to assume that a “normal” woman could surely not have acted in such a way. She must have been “mad” to kill her own child*»²⁸.

Si è detto che nel caso di filicidi le pratiche culturali aliene non sono semplicemente psicologizzate, ma ricollegate a ragioni emotive provate dalle madri universalmente in

²⁶ People v. Helen Wu, No. E007993, Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division Two, 14 ottobre 1991. Gary Wu, immigrato cinese negli USA ritrova nella madrepatria Helen Wu, amica d’infanzia; traviato dalla presunta ricchezza della donna le propone quindi di raggiungerlo nel nuovo luogo di residenza al fine di unirsi in matrimonio. Tale evento tuttavia non si concretizza, nemmeno dopo la nascita di un figlio. Qualche tempo dopo, all’ennesimo rifiuto oppostole da Gary, Helen torna da sola in Cina, essendole impedito il rientro con un figlio nato fuori dalle nozze, che l’avrebbe disonorata, mantiene i contatti telefonici con quest’ultimo per sette anni, poi dietro preghiera del fidanzato ritorna negli States. Una volta giunta scopre che il compagno ha una relazione con un’altra donna e che la casa in cui vivono è di proprietà della stessa. Strangola quindi il figlio con la corda di una tapparella e tenta il suicidio, dapprima con la stessa corda, poi tagliandosi i polsi. Helen viene condannata per *murder* di secondo grado alla detenzione da quindici anni a vita, in appello la strategia difensiva basata sulla considerazione della *defense* di *extreme emotional disturbance* risulta vincente arrivando a comminare la sanzione ad 11 anni di detenzione, secondo Lee, “*Wu’s claim that her cultural background influenced her behavior does not seem as compelling as Kimura’s claim. Wu killed her nine-year-old son whom she had not seen or taken care of in years. Wu left her son when he was just a newborn because she was afraid of damage to her personal reputation. She had already abandoned Sidney once. Wu’s claim that she killed Sidney so she would not abandon him again seems disingenuous given her absence from Sidney’s life for much of his nine years*”, *ibidem*.

²⁷ D. WOO, *The People v. Fumiko Kimura: But Which People?*, in *International journal of the sociology of law*, 1989, 4, 403, 405, 422-23.

²⁸ D. C. CHIU, *The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism*, in *California. law review*, 1994, 4, 1116; sul punto vedasi anche ANH T. LAM, *Culture as a Defense: Preventing Judicial Bias Against Asians and Pacific Islanders*, 1 *Asian Am. Pac. Islands L.J.* 1993, 49, 53.

quanto richiesti ad ogni madre ragionevole nel senso tradizionale del termine sia essa collocata in ogni dove²⁹.

Per un caso più recente di *attempeted mother child suicide* si può fare riferimento a Sailaja Hathaway³⁰: trattasi di una donna di origini indiane che dopo aver divorziato dal primo marito, si era risposata ed avevo avuto due figli, di tre e sei anni, dal nuovo compagno. Dopo tredici anni di unione quest'ultimo si era trasferito per lavoro da Boston ad Austin dove aveva incontrato un'altra donna ed aveva chiesto il divorzio dalla moglie. Dopo questo episodio la donna, che già era sottoposta a trattamento psichiatrico, espresse al proprio medico curante degli intenti suicidi ed omicidiari verso i figli; questi ultimi vennero, quindi, affidati al padre. Alla madre furono in un primo momento accordati esclusivamente degli incontri sorvegliati, poi -una volta consolidatisi dei miglioramenti nel trattamento- le venne concesso di tenere i bambini anche per la notte. Il 14 febbraio 2001 la signora Hathaway tentò di avvelenarli con dell'insetticida: il più grande bevve un sorso del liquido posto puro nella tazza e lo sputò, il più piccolo lo rigettò immediatamente. Sailaja invece ingoiò il liquido, più tardi nella notte in preda al panico chiamò il 911, il figlio maggiore venne posto sotto osservazione tutta la notte, il minore venne dimesso dal reparto di terapia intensiva dopo tre giorni. Per la donna l'accusa chiese 40 anni di reclusione: sulla base di una lettera da lei sottoscritta e di alcuni atteggiamenti persecutori posti nei confronti del marito si sostenne che l'atto aveva un movente vendicativo nei confronti del medesimo. La difesa tentò di presentare un *insanity plea*, ma venne rigettata, solamente nella fase di commisurazione della pena vennero accordate le testimonianze di periti culturali e psichiatri³¹. La pena effettivamente comminata fu di 15 anni di reclusione.

La sociologa escussa in veste di testimone esperto nel caso sottolinea come “while culture influences the meanings we attach to motherhood, the act of mothers killing their children when they face difficulties is not a predetermined outcome. However, the entry of culture in the courtrooms has contradictory effects. Not only was my narrative on

²⁹ S. REDDY, *Temporarily insane: pathologising cultural difference in American criminal courts*, in *Sociology of Health & Illness*, 2002, 5, 679.

³⁰ Sailaja Hathaway vs. State of Texas, June 2002, inedito citato in S. RUDRAPPA, *Madness, Diasporic Difference, and State Violence: Explaining Filicide in American Courts*, in *Cultural Dynamics*, 2007, 19, 261.

³¹ S. RUDRAPPA, *Madness, diasporic difference*, cit., 261

culture structured according to the norms of legal testimony so that it could be considered as proper evidence, but also the way legal personnel receive such evidence is based on their doxa, that is, their unexamined beliefs and norms, which constitutes their understanding of everyday occurrences. Judges and juries already carry commonly held perceptions on what constitutes a victim, what is correct conduct for a woman of a particular age, and crucially, what comes ‘naturally’ to every mother”³².

Dal raffronto tra queste due diverse vicende il lettore attento avrà notato che emerge una differenza sostanziale: sono trascorsi vent’anni ed in questo arco di tempo l’immagine della donna media si è modificata nell’immaginario collettivo statunitense e, generalmente, nel mondo occidentale, si può prudentemente asserire che la Signora Hathaway avesse atteso il momento opportuno semplicemente per vendicarsi del marito?

Un altro caso può aiutarci per trovare una precaria spiegazione.

Santokh and Narinder Virk³³ si sposarono attraverso un matrimonio combinato; nel 1984, Santokh immigrò negli U.S.A. dove fu raggiunto dopo qualche tempo dalla moglie. Nel 1993, comprò un negozio di liquori dove lavorava da solo essendo demandate alla compagna le cure dei due figli, benché la stessa parlasse esclusivamente in Punjabi e fosse analfabeta.

Nel 1999, l’uomo andò in India in parte a causa dei continui problemi della sua vita matrimoniale, diede comunque delle istruzioni ad un dipendente del negozio affinché provvedesse all’affitto ed alle spese alimentari dei suoi cari. Mentre si trovava nel Paese natale presentò istanza di divorzio, dopo circa 6 mesi ritornò a casa. L’ 11 gennaio 2000 chiamò nuovamente l’impiegato per dirgli che stava partendo per un nuovo viaggio motivato dalla malattia del padre, pregandolo di informare la moglie. La donna venne profondamente turbata dalla notizia, svegliò i figli e disse loro che stavano per andare al porto a lavarsi il viso, giorni prima infatti aveva raccontato al figlio maschio che l’acqua del porto aveva il potere di far sparire gli avvenimenti negativi; lungo la strada si fermano alla casa di un vicino loro amico, Narinder rimosse una cassetta audio riposta su una gabbia per uccelli che si trovava nel portico e ripose 600 dollari sotto la coperta che la ricopriva. Quando passarono accanto ad un canale di scolo vi buttò la cassetta e le

³² *Ivi*, 264.

³³ *The People V. Narinder Kaur Virk* Court Of Appeal Of California, Second Appellate District, Division Six B161993 2004 Cal. App. Unpub.in LEXIS n. 3859.

proprie chiavi in una fioriera.

Entrarono, quindi, in un bacino galleggiante: la madre spinse i piccoli nell'acqua ghiacciata e tenne sott'acqua la testa della figlia, il bambino riuscì ad urlare, i pianti vennero sentiti da una persona che abitava nelle vicinanze il quale li riportò a riva; la bambina presentava *aspiration pneumonia* ed un edema polmonare, in ospedale la donna disse al bambino di dire che un uomo aveva loro gettato della spray al peperoncino negli occhi, che li aveva quindi portati al porto e gettati nell'oceano. La polizia tuttavia recuperò la registrazione ed altri nastri nell'abitazione: in quello gettato la donna diceva che tale riproduzione sarebbe stato l'unico modo per il marito di parlare con i figli ed in altre di essere stata vittima di abusi, che furono confermati da testimoni. Gli psichiatri riscontrarono ad otto mesi dall'accaduto una psicosi e una profonda depressione presente da lungo tempo.

Ella venne considerata incapace e mandata al Department of Mental Health per un ricovero a vita, con la possibilità del *parole* dopo tre anni, la donna appellò sulla base di motivazioni attinenti le istruzioni impartite alla giuria, ma non invocò la scriminante culturale. Tuttavia WOO³⁴ collega la vicenda ai casi Kimura e Wu: nonostante in India non esista una pratica analoga al *mother child suicide* un'ondata crescente di comprensione per la donna emerse nelle comunità indiane e Sikh riconoscendo degli elementi culturali nelle sue condizioni, quali l'estrema pressione e la disperazione derivante dall'abbandono definitivo.

Rimanendo nell'alveo della dottrina americana possono essere individuati altri *leading cases* che possono essere utilizzati per argomentare la teoria della somiglianza.

2.1.2. *The People vs Chen*³⁵

Nel 1987 Dong Lu Chen, un immigrato di origini cinesi, dopo un anno di permanenza uccise a martellate la moglie che lo tradiva. Venne imputato per omicidio di secondo

³⁴ D. WOO, *Cultural "anomalies" and cultural defenses: towards an integrated theory of homicide and suicide*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 2004, 4, 295.

³⁵ *People v. Chen*, No. 7774/87 (N.Y. Supr. Court 1989). In dottrina: D. LAMBELET COLEMAN, *Individualizing justice through multiculturalism: the liberal's dilemma*, in *Columbia Law Review*, 1996, June, 1108; D. CHIU, *The cultural defense*, cit., 1053; A. DUNDES RENTELN, *The cultural defense*, New York, 2004, 34; S. REDDY, *Temporarily insane*, cit., 671; T. F. GOLDSTEIN, *Cultural conflicts*: cit., 152; L. VOLPP, *(Mis)identifying culture: asian women and the "cultural defense"*, in *Harvard Women's Law Journal*, 1994, 1, 63 e ss.

grado³⁶, ma condannato per *second degree manslaughter*: la difesa riuscì a portare a dibattimento un famoso antropologo –Prof. Pasternack- il quale testimoniò che secondo la cultura tradizionale cinese se il marito non reagisce al tradimento della moglie viene considerato un inetto e allontanato dalla propria comunità, il tradimento è uno stigma su di sé –in quanto lo rende indesiderabile agli occhi di qualsiasi donna-, sui propri antenati e discendenti³⁷; egli aggiunse però che difficilmente nella madrepatria episodi di tal genere hanno un esito mortale in quanto la comunità di appartenenza riesce a costituire un filtro e a mediare nel dissidio, comunità, purtroppo totalmente assente nel caso di specie.

Tale *affaire* nell’ambito della letteratura d’oltreoceano fu quello che suscitò più perplessità: molte donne di origine asiatica iniziarono a temere per la loro incolumità, il marito di una di loro arrivò a dire che se quello era il tipo di sentenza emanata in seguito all’uxoricidio, egli avrebbe potuto fare qualsiasi cosa a sua moglie in quanto era nella posizione economica per permettersi un buon difensore. Da questi episodi parte della dottrina dedusse che la *cultural defense*, lungi da avere efficacia deterrente, nei confronti di certe condotte può addirittura costituire un fattore criminogeno³⁸.

La condanna a 5 anni di *probation*³⁹ fu accordata a Chen perché fu uno dei rarissimi casi in cui l’imputato riuscì ad ottenere la valutazione del movente culturale già nella *trial phase*⁴⁰ e il *public prosecutor* ritenne di non presentare alcun esperto a suo favore che potesse controbattere le argomentazioni dell’antropologo^{41,42}. Al di là delle critiche su

³⁶ Ai sensi della legge penale di New York, *a person is guilty of second degree murder when, "[w]ith intent to cause the death of another person, he [or she] causes the death of such person or of a third person," or he or she "recklessly engages in conduct which creates a grave risk of death to another person" and causes such death under circumstances that evince a "depraved indifference" to human life*, N.Y. PENAL LAW 125.25(1), citato in N. S. KIM, *The cultural defense and the problem of cultural preemption: a framework for analysis*, in *New Mexico Law Review*, 1997, 3, 119.

³⁷ L. VOLPP, *(Mis)identifying* cit., 52 e55.

³⁸ S. TOMAO, *The cultural defense: traditional or formal?*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 1996, 2, 256.

³⁹ La condanna appare scioccante se confrontata con la pena da 15 a 25 anni di reclusione che avrebbe dovuto scontare se fosse stato accusato di *second-degree murder*, D. W. SIKORA, *Differing cultures, differing culpabilities?: a sensible alternative: using cultural circumstances as a mitigating factor in sentencing*, in *Ohio State Law Journal*, 2001, 1, 1719.

⁴⁰ Per una chiara distinzione tra *trial* e *sentencing phase* (in cui rispettivamente si decide sulla responsabilità penale e sulla commisurazione della pena) si rinvia a BASILE, *Diritto penale e multiculturalismo* cit., 56-57.

⁴¹ N. S. KIM, *The cultural defense* cit. 125. Il tema della discrezionalità da parte del giudice dell’ammettere le testimonianze ed in quale fase è ben approfondito da parte dell’autrice che confronta i

cui torneremo in sede di dibattito teorico sui vantaggi e gli svantaggi dell'introduzione di una scriminante *ad hoc*, preme qui sottolineare che anche nel caso Chen gli studiosi più attenti hanno sostenuto una somiglianza tra la prospettiva "tradizionale" americana del rapporto uomo-donna e la facilità con cui Pasternack è riuscito a far accogliere l'*insanity defense*. Ciò si ricollega alla *legal doctrine of provocation*⁴³ in quanto gli abusi familiari, ne costituiscono un esempio tristemente noto⁴⁴. LEE parla di "*countless American men who have killed their unfaithful wives*" che hanno argomentato nella stessa direzione⁴⁵, l'*affaire* in esame secondo HOFFEL non è nulla di più che un "*typical heat of passion manslaughter case*"⁴⁶ risolvibile solamente in una duplice direzione: istruendo i giurati che certi tipi di provocazione come l'abbandono o l'infedeltà da parte di una donna siano di per sé irragionevoli o abbandonare la tradizione secondo cui un omicidio commesso in costanza di un "*heat of passion*" diminuisca anziché aumentare la colpevolezza⁴⁷.

diversi esiti dei casi Kimura, Chen e Wu e le regole di istruzione della giuria applicabili. Tale analisi, seppur interessantissima, esula dalla nostra indagine, posta la diversità tra il sistema processuale nordamericano e quello nazionale, ma costituisce un'importante riflessione per tenere a mente come la discrezionalità del giudice possa avere una rilevanza fondamentale nella soluzione profondamente diversa, in palese disprezzo del principio di uguaglianza.

⁴² Critica l'eccessivo affidamento posto nei confronti di un solo presunto esperto anche C. W. CHEN, *A critique of "loss of face" arguments in cultural defense cases: a comparative study*, in M.C., FOLETS, A. DUNDES RENTELN (a cura di) *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oñati International Series in Law & Society, Oxford, 2009, 254-258. L'autrice sottolinea altresì che nella Cina contemporanea- comprensiva degli anni 80 dello scorso secolo- la perdita di *mianzi* –il prestigio sociale- non sarebbe riconducibile nemmeno ad una circostanza attenuante.

⁴³ La *partial excuse* si compone da due segmenti: dapprima si valuta il profilo meramente soggettivo, se l'imputato sia realmente stato provocato e nella seconda quello oggettivo, se l'*homo ejusdem conditionis et professionis* avrebbe avuto la medesima reazione,. A. D. RENTELN, *The use and abuse*, cit., 65.

⁴⁴ Secondo un antico proverbio anglosassone "*A woman, a horse and hickory tree / the more you beat'em the better they be*" ("Una donna, un cavallo ed un albero di noci / più li picchi meglio stanno"), citato in *La violenza domestica: il caso della battered woman, relazioni tenute in occasione dei seminari di sociologia della devianza (Anno accademico 2005-2006) in* http://www.ristretti.it/areestudio/cultura/libri/seminari_sociologia_devianza.pdf rivisitato il 28/07/2009.

⁴⁵ C. LEE *Cultural convergence* cit., 942. L'autrice evidenzia altresì come secondo il primo *common law* il marito che scopriva la moglie nell'atto del tradimento poteva automaticamente chiamare a propria discolorpa la categoria della provocazione adeguata che derubricava l'imputazione da *murder* a *voluntary manslaughter* in alcune giurisdizioni, come Georgia, Texas, Utah, and New Mexico, vi era prevista l'assoluzione totale. Attualmente invece alcuni cittadini americani sono riusciti ad argomentare l'*extreme emotional disturbance* contemplato nel Model Penal Code al §210.3(1)(b). Vedasi in merito anche V. NOURSE, *Passion's progress: modern law reform and the provocation defense*, *Yale Law Journal*, 1997, 2, 1331, 1405.

⁴⁶ J. C. HOFFEL, *Deconstructing the cultural evidence debate*, 318.

⁴⁷ Sul punto si permette di fornire un commento assolutamente condivisibile di uno dei massimi esperti in tema di scriminante culturale secondo cui trattasi di "opinione [...] discutibilissima e priva di linearità lo-

Questo perchè, come argomenta SONG, “*although the defense stressed the cultural differences in the ways that an American and Chinese man might respond to adultery, there is an underlying intercultural congruence in the gender norms at work: a man’s violent retaliation against his female partner’s infidelity is a reasonable response, whether committed out of honor, passion, or emotional disturbance*”⁴⁸.

La strategia della tolleranza culturale venne impiegata anche in *People v. Aphaylath*⁴⁹, un altro caso di uxoricidio commesso da un immigrato laotiano scatenato da una telefonata fatta alla moglie da un altro uomo. In primo grado egli cercò di dimostrare che la conversazione potesse essere rappresentata quale forma di infedeltà, la quale gli aveva fatto provare una vergogna tale da perdere totalmente il controllo. Alla difesa non venne accordata la possibilità di presentare una perizia sull’esperienza di rifugiato che, secondo una *dissenting opinion* costituiva il nocciolo centrale della questione, posto che la gelosia costituisse semplicemente “*the last straw which unhinged his mind and that, because of the stresses resulting from his status as a refugee, a significant mental trauma has affected [his] mind for a substantial period of time, simmering in the unknowing subconscious and then inexplicably coming to the fore*”⁵⁰. In appello tali considerazioni furono accolte, annullando la precedente condanna, il giudizio si chiuse con un patteggiamento comportante una detenzione compresa tra otto anni e quattro mesi, e venticinque anni.

La diversità culturale non sempre costituisce un automatismo per una sentenza più lieve: infatti nel 1994, Moosa Hanoukai, un ebreo di origini persiane, picchiò a morte la mo-

gica, ma peraltro favorite da un atteggiamento sempre meno indulgente nei confronti del diverso”, così A. BERNARDI, “*Fattore culturale*” e personalizzazione dell’illecito penale, in L. RISICATO (a cura di) *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali. Atti del Convegno (Università di Messina, 13-14 giugno 2008)*, in corso di pubblicazione, p. 37 del dattiloscritto. Il saggio è stato pubblicato per i tipi di Giappichelli dopo la consegna della tesi.

⁴⁸ S. SONG, *Majority norms, multiculturalism, and gender equality in The American Political Science Review*, 2005. 4, 482, sugli uxoricidi commessi dai mariti si veda anche M. SPATZ, *A “lesser” crime: a comparative study of legal defenses for men who kill their wives*, in *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 1991, 4, 597, 621-22.

⁴⁹ *People v. Aphaylath*, Court of Appeals of New York, 13 novembre 1986 riferimenti in H. MAGUIGAN *Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?*, in *New York University Law Review*, 1995, 1, 77; S. REDDY, *Temporarily insane*, cit., 675; A. D. RENTELN, *The Cultural defense*, cit. 33; C. LEE, *Cultural Convergence*, cit., 33; E. M. CHIU *Culture as justification*, cit., 1318 e 1354 ss.; D. L. COLEMAN, *Individualizing Justice*, 1; F. BASILE, *Diritto penale e multiculturalismo*, cit. 23.

⁵⁰ *Ibidem*.

glie con una chiave inglese perché non era più in grado di sopportare il disprezzo per la sua virilità da parte di quest'ultima e la sua cultura di provenienza non gli permetteva di chiedere il divorzio. La giuria lo condannò per *voluntary manslaughter* anziché per *second-degree murder* ma questo esclusivamente a causa della mancanza di premeditazione⁵¹.

Proseguiamo la nostra analisi seguendo *il fil rouge* sopra delineato e cercando di individuare un altro esempio paradigmatico di utilizzo della scriminante culturale.

2.1.3. *The people vs Moua*⁵²

⁵¹ *People v. Hanoukai* (1994) No. 56-4533, Van Nuys Super. Ct. Citato in S. REDDY, *Temporarily insane*, cit., 682; K.L. Levine *Negotiating the boundaries of crime and culture: a sociolegal perspective on cultural defense strategies*, in *Law & Soc. Inquiry*, 2003, 1, 39; T. F. GOLDSTEIN, *Cultural conflicts* cit., 141.; A. D. RENTELN, *The use and abuse* cit., 47-67; K. L. LEVINE *Negotiating the boundaries of crime and culture: a sociolegal perspective on cultural defense strategies*, in *Law and Social Inquiry*, 2003, 4, 58.

⁵² *People v. Moua*, No. 315972-0, Fresno County Superior Court, 7 febbraio 1985 (non edita), su Lexis Nexis e citata per la dottrina italiana da: F. BASILE, *Immigrazione e reati "culturalmente motivati". Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, 156, 272 e 323-324; 12-13; ID., *Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*, in http://www.statochiese.it/index.php?option=com_content&task=view&id=278&Itemid=40, 44-45; C. DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, Milano, 2006, vol. I, 218; C. GRANDI., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, 1, 252; L. MONTICELLI, *Le "Cultural defenses" (esimenti culturali) e i "reati culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2003, 2, 542; e nella dottrina statunitense da C. LEE, *Cultural convergence: interest convergence theory meets the cultural defense*, in *Arizona law review*, 2007, 4, 911-958; A. J. GALLIN, *The cultural defense: undermining the policies against domestic violence*, in *Boston college law review*, 1994, May, 723-745; N.A. WANDERER, C. R. CONNORS, *Culture and crime: Kargar and the existing framework for a cultural defense*, in *Buffalo law review*, 1999, 1, 829-871; D. C. CHIU, *The cultural defense: beyond exclusion, assimilation, and guilty liberalism*, in *California law review*, 1994, 4, 1053-1125; C. S. CHOW, *The unheard narrative: Sir Walter Scott and the exclusion of cultural evidence from self-defense claims*, in *The University of Chicago law school roundtable*, 2000, 295-322; N. A. GORDON, *The implications of memetics for the cultural defense*, in *Duke law journal*, 2001, 2, 1809-1834; L. FELD, *Along the spectrum of women's rights advocacy: a cross-cultural comparison of sexual harassment law in the united states and India*, in *Fordham International law journal*, June, 2002, June, 1205-1281; H. Y. CROCKETT, *Cultural defenses in Georgia: cultural pluralism and justice-can Georgia have both?* in *Georgia State University law review*, 2006, Spring, 665-688; L. VOLLP, *(Mis)identifying culture: Asian women and the "cultural defense"*, in *Harvard women's law journal*, 1994, 17, 57-101; *The cultural defense in the criminal law*, in *Harvard law review*, 1986, April, 1293-1311; J. LI, *The Nature of the offense: an ignored factor in determining the application of the cultural defense*, in *University of Hawai'i Law Review*, 1996, 2, 765-794; N. S. KIM, *Blameworthiness, intent, and cultural dissonance: the unequal treatment of cultural defense defendants*, in *University of Florida journal of law & public policy*, 2006, 2, 199-229; J.C. HOEFFEL, *Deconstructing the cultural evidence debate*, in *University of Florida journal of law & public policy*, 2006, 2, 303-345; M. SHARAFI, *Justice in many rooms since Galanter: de-romanticizing legal pluralism through the cultural defense*, in *Law and contemporary problems*, Spring, 2008, 1, 139-146; K. L. LEVINE, *Negotiating the boundaries of crime and culture: a sociolegal perspective on cultural defense strategies*, in *Law and social inquiry*, 2003, 4, 39-82; R. M. WILLIAMS, *Why the 'cultural defense' belongs to 'us'*, in *Maine bar journal*, 2007, 4, 36-41; S. KIM, *The cultural defense and the problem of cultural preemption: a framework for analysis*, in *New Mexico law review*, 1997, 3, 101-139; H. MAGUIGAN, *Cultural evidence and male violence: are fe-*

Nel 1985 un immigrato laotiano di etnia Hmong fu accusato di violenza sessuale e sequestro di persona a scopo di estorsione ai danni della propria fidanzata Xeng Xiong poiché, seguendo la tradizione della tribù di appartenenza, aveva posto in essere il c.d. *zij poj niam*⁵³, ovvero dopo un periodo di corteggiamento⁵⁴ l'aveva portata a casa del cugino e successivamente aveva avuto con lei un rapporto sessuale⁵⁵. Il rapimento era avvenuto al campus del *college* di Fresno alla vista degli amici della giovane i quali chiamarono la polizia. Dopo aver identificato il luogo in cui si trovava i poliziotti le chiesero chi era l'uomo che si trovava con lei e se volesse andar via con loro, ma Xeng rispose di trovarsi in compagnia del marito e di voler rimanere con lui. La decisione di sporgere denuncia fu presa poco dopo. Da un punto di vista di dinamiche processuali la pubblica accusa non vedeva di buon occhio il fatto di portare il caso in giudizio data la difficoltà di spiegare alla giuria come mai la donna avesse rifiutato di allontanarsi con i poliziotti (è possibile che ella fosse, a causa della tradizionale paura che il gruppo Hmong prova nei confronti della autorità a causa degli episodi di violenza cui sono stati sottoposti nel corso di vari accertamenti, maggiormente spaventata dalle autorità che da chi l'aveva violentata), inoltre la sua testimonianza si era rivelata in molti punti con-

minist and multiculturalist reformers on a collision course in criminal courts?, in *New York University law review*, 1995, 1, 36-99; T. F. GOLDSTEIN, *Cultural conflicts in court: should the American criminal justice system formally recognize a "cultural defense"?*, in *Dickinson law review*, 1994, 3, 141-167.; S. S. KUO, *Culture clash: teaching cultural defenses in the criminal law classroom*, in *Saint Louis University law journal*, 2004, 2, 1297-1311; R. GOEL, *Theory meets praxis: the impact of critical legal theory on lawyering strategies and experiential learning: can I call Kimura crazy? Ethical tensions in the cultural defense*, in *Seattle journal for social justice*, 2004, 2, 443-459; C. LEE, *Cultural convergence: interest convergence theory meets the cultural defense*, in *Arizona law review*, 2007, 1, 911-959.; M. FISCHER, *The human rights implications of a "cultural defense"*, in *Southern California interdisciplinary law journal*, 1998, 1, 663-702.; N. RIMONTE, *A question of culture: cultural approval of violence against women in the Pacific-Asian community and the cultural defense*, in *Stanford law review*, 1991, July, 1311-1326.; V. MA, *Cultural defense: limited admissibility for new immigrants*, in *San Diego justice journal*, 1995, 2, 461-484.; N. A. KING, *The role of culture in psychology: a look at mental illness and the "cultural defense"*, in *Tulsa journal of comparative & international law*, 1999, 199-224; A. DUNDES RENTELN, *Cross-cultural dispute resolution: cross-cultural dispute resolution: the consequences of conflicting interpretations of norms*, in *Williamette journal of international law & dispute resolution*, 2002, 103-115.

⁵³ Sul *marriage by capture* come pratica molto diffusa vedasi R. H. BARNES *Marriage by Capture*, in *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 1999, 1, 57 ss.; specificamente sullo *zij poj niam* invece MELVIN EMBER, *Encyclopedia of sex and gender*, New York, 2004, 460.

⁵⁴ Comprensivo di scambi di doni, lettere d'amore ed appuntamenti sorvegliati.

⁵⁵ Secondo il rito la ragazza deve opporre una blanda resistenza in modo tale da dimostrare la propria verginità, mentre l'uomo deve perseverare nell'intento al fine di sottolineare a sua volta la propria virilità e la propria forza, una volta conclusosi il rituale la donna non può sposare un altro uomo della tribù C. CHOI cit., 84.; D. EVANS-PRITCHARD, A. DUNDES RENTELN, *The interpretation and distortion of culture: a Hmong "marriage by capture" case in Fresno, California*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 1994, 2, 1 ss.

traddittoria. Il giudice optò per la scelta del rito patteggiato⁵⁶.

La difesa di Moua venne basata sull'errore di fatto in quanto egli asserì di aver agito in buona fede basandosi sui segnali ricevuti dalla fidanzata che egli riteneva riflesso di un genuino consenso all'unione. In seguito alla testimonianza delle parti e alla perizia sui rituali della tribù Hmong⁵⁷, venne emessa una condanna per la fattispecie meno grave di *false imprisonment* a nove mesi di carcere e al pagamento di 1000 dollari, di cui 900 a titolo di risarcimento del danno da reato⁵⁸.

Tuttavia la Corte si basò sull'errore di diritto e non di fatto, secondo parte della dottrina questo venne fatto per facilitare il proprio compito in quanto diversamente si sarebbe dovuto valutare la condotta di Kong Moua secondo una *Hmong reasonable defendant*⁵⁹. Anche qui non venne allegata un'autonoma scriminante culturale, peraltro tutt'ora sconosciuta all'ordinamento statunitense, ma il fattore culturale condusse a far cadere le imputazioni originarie e a patteggiare per il reato di sequestro di persona, associando efficacemente la figura codificata e tipizzata dell'errore di fatto all'evidenza dell'importanza del *background* di provenienza del reo al fine di dimostrare che non era presente il dolo proprio del reato di violenza sessuale.

Alcuni dubbi vennero sollevati sul corretto inquadramento del caso, fondati principalmente sulla fretteosità e superficialità con cui venne trattata la matrice culturale: bisognava infatti prima di tutto comprendere la fondamentale differenza tra *marriage by capture* e *marriage by abduction*. Solamente l'ultimo è la traduzione corretta dalla lingua Hmong della locuzione "*zij poj niam*" (dove "*Poj niam*" significa moglie e "*zij*" rat-

⁵⁶ A. DUNDES RENTELN *Raising Cultural Defenses* in J.C. CONNELL, R.L. VALLADARES., *Cultural Issues in Criminal Defense*, New York, 2000, 30-31.

⁵⁷ Secondo RENTELN e EVANS PRITCHARD in realtà il difensore si limitò ad allegare un documento scritto da un lavoratore laoziano che prestava la propria opera presso il *Laos Community Center* in San Bernardino: si trattava di un breve scritto con pochi riferimenti bibliografici in cui si delineavano le tradizionali forme di matrimonio, ma senza fare riferimento alcuno alla locuzione "*marriage by capture*," o ai concetti di *abduction* o *rape*. D'altro canto la pubblica accusa presentò solo un testimone esperto: un ufficiale del governo laoziano che testimoniò come il "*marriage by capture*" non sarebbe stato sanzionato nella comunità di provenienza; tale testimonianza viene valutata fuorviante se scollegata dalla conoscenza delle modalità di risoluzione – sempre all'interno dei nuclei familiari e mai davanti alle corti di tali vicende, D. EVANS-PRITCHARD, A. DUNDES RENTELN, *The interpretation*, cit., 21.

⁵⁸ Sembra che il *public prosecutor* si sia rivolto direttamente alla famiglia della vittima chiedendo come il giudice si sarebbe comportato nel paese di provenienza; una zia che parlava correttamente inglese gli ha quindi risposto "3000\$ e nessuna reclusione, 2.000\$ e 60 giorni di reclusione o 1.000\$ e 90 giorni di reclusione", S. SONG, *Justice, gender, and the politics of multiculturalism*, Cambridge, 2007, 90 ss..

⁵⁹ D. EVANS-PRITCHARD, A. DUNDES RENTELN, *The interpretation*, cit., 32.

to). I matrimoni nascenti da questo metodi sono conosciuti come *tshoob zij* o *bride-theft*⁶⁰. Esso si basa sul principio per cui se il ragazzo è innamorato, ma non ricambiato, in quanto sprovvisto delle qualità necessarie per un buon matrimonio, il rapimento non sfocia in un matrimonio immediato, ma nella costrizione nei confronti dei due clan per un incontro il cui eventuale esito saranno le nozze celebrate nella casa della ragazza.

Nel *marriage by elopement* invece i giovani si vogliono sposare, ma i genitori sono contrari⁶¹.

Tornando al corretto inquadramento dogmatico si ritiene che la dottrina italiana che si è occupata del tema abbia immediatamente collocato il caso Kong Moua come un esempio paradigmatico dell'errore sul fatto escludente il dolo vertente sulla genuinità del consenso della controparte⁶², difatti il nodo tema centrale non era la mancata conoscenza di quello che potesse essere considerato uno stupro secondo la legge americana⁶³, ma se la signorina Xiong si ritenesse parte di un *marriage by elopement*, in quel caso avendo validamente assentito al contatto sessuale.

In realtà le parole usate dal giudice californiano risultano di difficile interpretazione per un continentale: “with general intent crimes, ignorance of law is no excuse. Thus the principle of general intent blocks the use of a formal cultural defense, which rests on the argument that ignorance of law is no excuse. Nonetheless, commission of a general intent crime by a refugee from another culture should not necessarily expose him to the same punishment that a convicted kidnapper and rapist from the culture would receive”⁶⁴

Gli studiosi statunitensi inoltre anche in questo caso hanno sottolineato una *sameness* e non una differenza tra la cultura americana e quella laotiana: second Song “*this is be-*

⁶⁰ *Ivi.*, 14.

⁶¹ Come nella fuitina tradizionale italiana.

⁶² L. MONTICELLI, *Le “Cultural Defenses” (Esimenti Culturali) e I “Reati Culturalmente Orientati”*. Possibili Divergenze tra Pluralismo Culturale e Sistema Penale, in *Ind. Pen.*, 2003, 2, 552; C. GRANDI, *Diritto penale cit.*, 252; C. DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, Milano, 2006, vol. I, 218; ID, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in M. BERTOLINO, G. FORTI (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 21; F. BASILE, *Immigrazione e reati cit.*, 323; C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?* in M. PIFFERI, O. GIOLO, (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, Torino, 2009, 187.

⁶⁴ S. SHERMAN *When Cultures Collide*, in *California Lawyer* 1986, 6, 36., citato in S. SONG, *Justice*, cit., 91.

cause the old idea that women who say "no" to sexual advances don't really mean no is still widely accepted in the majority culture. Some Hmong men may engage in cultural practices that subordinate Hmong women, but there are similarly powerful norms of male aggressiveness and female passivity at work in mainstream legal doctrine and practice, and the latter have offered support for the former"⁶⁵. Detto altrimenti: la giurisprudenza nordamericana ha per lungo tempo richiesto una resistenza alle avances "to the utmost."⁶⁶, nella riformulazione di alcune leggi statali essa è stata sostituita con una *ragionevole* resistenza per delineare il confine tra forme grossolane di seduzione e violenza, o tra uno scusabile errore di fatto e la consumazione dell'illecito⁶⁷.

Diversamente è avvenuto invece laddove a forme più o meno marcate di visione della compagna quale "proprietà" si siano accompagnati elementi del tutto estranei alla cultura autoctona, quali la magia. La lettura del prossimo caso può costituire un valido esempio.

2.2. *Altra giurisprudenza Bounnhong Douangpangna, vs. Mike Knowles; The People vs Galicia; The People, v. Oscar Acosta Trejo; Trujillo-Garcia v. Rowland*

Nel primo caso in esame l'imputato Bounnhong era stato accusato dell'omicidio di secondo grado di Khamphet Chanthavong avvenuto il 4 Aprile 1998 con un'arma da fuoco. La vittima risultava essere il nuovo compagno della sua ex moglie, sposata nel 1975 in Thailandia, all'interno di un campo per rifugiati, da cui aveva divorziato nel 1996, dopo aver partorito due figli che continuarono a vivere con il padre. L'imputato venne a conoscenza della nuova residenza della moglie ed iniziò a minacciare di morte lei ed il nuovo compagno, poi si persuase di essere stato vittima di una fattura realizzata 15 mesi prima, a mezzo di un liquido che la vittima gli aveva fatto bere. Egli aveva maturato tale convinzione in seguito alle sensazioni provate: essere "pesante come se il mondo fosse sulle sue spalle". La settimana successiva aveva accusato le stesse inquietudini, unite ad una sconfinata tristezza, confusione ed ad una notevole difficoltà nel bere e nel mangiare, dopo aver consumato del pesce cucinato dalla ex moglie.

Egli aveva quindi cercato aiuto al tempio, dove gli venne detto che Khamphet era assi-

⁶⁵ S. SONG, *Majority Norms, Multiculturalism, and Gender Equality in The American Political Science Review*, 2005. 4, 482.

⁶⁶ Fino all'estremo limite delle proprie forze.

⁶⁷ *Ibidem*.

stato da spiriti maligni. Non poteva permettersi la magia per allontanarli e, in virtù delle sue conoscenze, loro, di conseguenza avrebbero portato a compimento la missione della realizzazione della sua morte nel giro di un anno.

Secondo la sua testimonianza la vittima l'aveva minacciato telefonicamente per oltre dodici mesi e la data dell'evento mortale era quella fissata dal medesimo per un appuntamento nel suo appartamento, occasione nella quale gli era stato detto dalla stessa di possedere una pistola e di essere sostanzialmente incolume rispetto ad ogni attacco in quanto protetto da entità superiori.

Nel momento dell'incontro lui percepì che K stava cercando qualcosa nella sua giacca poi quest'ultimo recuperò la pistola dell'imputato e proferì una pesante offesa in laotiano⁶⁸ quindi D. gli sparò convinto di trovarsi in pericolo di vita.

L'imputato venne condannato in base alle testimonianze di diverse persone che avevano visto Loommany and Khamphet abbandonare l'appartamento davanti al quale l'imputato, violando un ordine di restrizione, aveva lasciato il proprio camion e si era gettato all'inseguimento dell'uomo con una pistola, mentre la ex moglie lo sentiva dire "oggi ti ucciderò". La vittima cercò di entrare in casa, ma senza successo, una vicina riferì che ripeté più volte all'imputato in laotiano di fermarsi. Inoltre il comportamento dopo l'evento mortale costituì un importante elemento di valutazione negativo: K. Infatti fuggì e trascorse la notte con i propri amici ai quali raccontò la vicenda ma senza fare parola del movente.

Pur riconoscendo l'importanza, in ordine alla valutazione dell'elemento soggettivo, della suggestione derivante dalla convinzione di essere vittime di un incantesimo, i giudici hanno tuttavia escluso tale *defense* in base al concreto svolgersi dell'azione.

Anche se particolarmente "folcloristica" non bisogna fare l'errore di pensare che gli episodi di condotte criminose in qualche modo collegate alla magia siano rare.

Nel caso *The People vs Galicia* ad esempio un uomo di origine messicana residente nelle vicinanze di Chicago uccise la fidanzata pensando che fosse una strega. Egli tentò di asserire sia nella *guilty-phase* che nella *sentencing* di essere un seguace del *curanderismo*⁶⁹, e non potendo permettersi un mago che gli togliesse l'incantesimo freddò la don-

⁶⁸ Traducibile nell'inglese "Mother fucker".

⁶⁹ Illinois v. Galicia, A. DUNDES RENTELN, *The cultural defense*, cit., 39; A. DRELL, *Witchcraft Murder Defense Fails: Judge bars expert testimony on defendant's belief in victim's supernatural powers*, in

na. La corte rifiutò tale difesa: non accordò la testimonianza di un Professore di psicologia intraculturale e non ammise come prova una lettera della zia dell'imputato nel quale si cercava di mettere in guardia il nipote dalla "strega". Galicia venne condannato a 50 anni di reclusione per omicidio di primo grado⁷⁰; in un altro caso, un rifugiato etiope che viveva ad Oakland fu accusato del tentato omicidio di una donna che credeva essere una *buda*, uno spirito maligno avente la capacità di far ammalare le persone o farle agire in modo irrazionale. L'imputato sostenne di aver sofferto dal momento del loro incontro di dolori sparsi su tutto il corpo.

È necessario sottolineare che la credenza in diverse forme di stregoneria è assolutamente diffusa anche nella *Northern Province of the Republic of South Africa* dove venne addirittura istituita un'apposita commissione di studio su "stregoneria, violenza ed omicidi rituali" ed i cui risultati dimostrarono che la maggioranza assoluta degli intervistati, residenti sia in città che nelle zone rurali, tra i quali comparivano anche i membri della polizia, credevano nella magia e quindi nell'esistenza delle streghe (*baloi*)⁷¹.

La *witchcraft cultural defense* ha avuto una lunga storia nel continente africano: essa venne per la prima volta usata nel 1941, in Uganda nel caso *Rex v. Fabiano Kinse & Another*⁷², ma fu solamente in *Eria Galikuwa v. Rex*, che vennero delineati tutti gli elementi per presentare una valida scusante. In primo luogo bisognava dimostrare che la condotta omicida fosse stata commessa in stato d'ira⁷³ essendo insufficiente la mera pa-

A.B.A. J., 1993, 79, 40. Il termine curanderismo deriva dal verbo spagnolo *curar*. Trattasi di una pratica folcloristica medica diffusa in Guatemala, Nicaragua, Honduras, Argentina, Mexico, e nelle regioni sud-occidentali degli USA.

⁷⁰ Model Penal Code §§210.2-210.3 (1985). Criminal homicide constitutes murder when "it is committed purposely or knowingly; or it is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life." Id. §210.2. Criminal homicide constitutes the lesser offense of manslaughter when "a homicide which would otherwise be murder is committed under the influence of extreme mental or emotional disturbance for which there is reasonable explanation or excuse. Id. §210.3. Furthermore, "the reasonableness of such explanation or excuse shall be determined from the viewpoint of a person in the actor's situation under the circumstances as he believes them to be." Id.

⁷¹ P. A. CARSTENS, *The cultural defence in criminal law: south african perspectives*, 5 in <http://www.isrcl.org/Papers/Carstens.pdf> (explaining a cultural defense in connection with witchcraft-inspired violence), visitato il 1/07/2009.

⁷² R. SEIDMAN, *Witch murder and mens rea: a problem of society under radical social change*, in *Modern Law Review*, 1965, 46?, 52 (Jan.), citato in J. DUMIN, *Superstition-based injustice in Africa and the United States: the use of provocation as a defense for killing witches and homosexuals*, in *Wisconsin Women's Law Journal*, 2006, 157. Sul tema della stregoneria e del suo rapporto con lo stato costituzionale di diritto in Sud Africa ed il paradigma dello stato liberale vedasi anche N. TEBBE, *Witchcraft and Statecraft: Liberal Democracy in Africa* *Georgetown Law Journal*, 2007, 96 ?, 183 ss.

⁷³ *Heat of passion*.

ura, anche della morte stessa; secondariamente la vittima doveva essere colta nel compimento di un'azione che non solo l'imputato, ma un agente ragionevole della comunità di appartenenza dello stesso genuinamente credesse risultare in un atto di stregoneria contro di sé o una persona sottoposta alle sue cure; è necessaria altresì una provocazione improvvisa immediata intesa quale condotta costituente reato⁷⁴.

Il riferimento, per il momento appena accennato, alla figura dell'agente ragionevole ci permette di passare ad un altro insieme di casi tipici in cui ci si imbatte nello studio della giurisprudenza sulla scriminante culturale: eventi lesivi, a volte letali in conseguenza della espressione di determinati termini offensivi.

Trejo, suo cugino Ricardo Rosales Acosta, un altro cugino, e un quarto uomo stanno trascorrendo del tempo in auto ad ascoltare della musica sotto l'effetto di sostanze alcoliche, Rosales inizia quindi a sbeffeggiare dapprima amichevolmente l'imputato poi però definisce la zia come una prostituta. Cercando di calmarsi Trejo esce dall'auto e rompe una bottiglia di birra, gli intima quindi di smetterla, ma la sua minaccia non viene presa sul serio ed anzi la vittima persiste negli insulti. A quel punto lo ferisce con il collo della bottiglia, Rosales morirà per colpa di un'emorragia. Al processo⁷⁵ il difensore argomenta una duplice linea: da un lato l'essere sotto effetto di sostanze alcoliche avrebbe impedito la configurazione della *malice aforethought*, elemento soggettivo dell'omicidio di primo grado, secondariamente nella cultura messicana l'offesa nei confronti della propria madre sarebbe elemento idoneo a fare sorgere una "*heat of passion*". La Corte tuttavia non permise di allegare i riferimenti alle biografie di persone che si erano realmente prostitute nella famiglia del reo. Il dott. Dr. José LaCalle, esperto in psicologia transculturale ammise che le parole profferite dal cugino sono le offese più pesanti che una persona possa pronunciare in quella cultura, quasi delle *fighting words*⁷⁶.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Court of Appeal of California, Second Appellate District, Division Six No. B1938982008 Cal. App. Unpub. Lexis 4186.

⁷⁶ La Suprema Corte degli Stati Uniti nel 1942 nel caso CHAPLINSKY v. NEW HAMPSHIRE No. 255 315 U.S. 568; 62 S. Ct. 766; 86 L. Ed. 1031; 1942 U.S. LEXIS stabilì la dottrina delle "*fighting words*," che limita la libertà di manifestazione del pensiero quando le parole scelte assumono la forza di una violenta aggressione verosimilmente sfociante in una ritorsione. Il nucleo centrale della teoria consiste nel fatto che le comunicazioni – aldilà del contenuto del messaggio – incorporano una caratteristica che rende del tutto plausibile il verificarsi di conseguenze dannose. Citando testualmente "there are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been

Diversamente si risolse il caso *Trujillo-Garcia v. Rowland*, Rowland perse 140\$ e dopo averli versati in un primo tempo al conoscente andò nella casa di quest'ultimo per ottenere la loro restituzione, in seguito alla risposta negativa pronunciò le parole “*chinga tu madre*”, un termine ritenuto estremamente offensivo in spagnolo. Trujillo-Garcia gli sparò e venne condannato per omicidio di primo grado posto che la Corte giudicante si rifiutò di valutare l'incidenza dell'insulto dal punto di vista di un uomo ragionevole “messicano”⁷⁷. In realtà la motivazione sembra essersi basata proprio sulla testimonianza di un esperto di lingua e cultura messicana, il quale asserì che tale espressione potesse anche essere proferita scherzosamente, cosa che però ci risulta difficile credere valutando globalmente l'accadimento e l'atmosfera in cui l'evento si è realizzato.

La carrellata di casi appena esposti costituisce solo una ristretta rosa delle vicende giunte nelle aule di giustizia statunitensi; non si è ritenuto tuttavia proficuo dilungarsi nell'esposizione dettagliata di ogni singolo caso in quanto da un lato tale opera paziente di recupero e descrizione dati è già stata fatta sia dalla dottrina di tale Federazione, sia da quella italiana⁷⁸, ma soprattutto perché il nostro obiettivo è fornire una riflessione sull'influenza del fattore culturale nell'ordinamento italiano, ragione per cui una disamina minuziosa di ogni singolo caso risulterebbe superflua.

Possiamo quindi cercare di addentrarci nelle prime riflessioni teoriche, vertenti sulla plausibilità dell'introduzione di una figura tipizzata di scriminante culturale per proseguire poi nell'analisi dei singoli istituti di parte generale che risultano lambiti dal mare della multiculturalità.

thought to raise any constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or 'fighting' words -- those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace." Si stabilì quindi che quando l'intenzione dell'agente non è rivolta al dialogo o all'espressione di un pensiero, ma sono rivolte a provocare una condotta pericolosa non possono essere protette dal primo emendamento, così, O. AVIVA, *Wertheimer the first amendment distinction between conduct and content: a conceptual framework for understanding fighting words jurisprudence*, in *Fordham L. Rev.* 1994, 63?, 793.

⁷⁷ *Truiillo- Garcia v Rowland*, 1992 US Dist Lexis 6199 (28 April 1992); US District Court, Northern district of California, 1993 US App Lexis 30441 (10 November 1993), in A. D. RENTELN, *The use and abuse*, cit., 66; F. BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'*, cit., 330; ID, *Diritto penale e multiculturalismo* cit., 27.

⁷⁸ Ci riferiamo in particolare ai preziosissimi lavori di F. BASILE sopra citati e di A. DUNDES RENTELN, in particolare il volume curato con M.C. FOGLETS, *Multicultural jurisprudence: comparative perspectives on the cultural defense*, *Oñati International Series in Law & Society*, Oxford, 2009 e il precedente *The cultural defense*, Oxford- New York, 2004.

2.3 *La parte teorica: le cultural defenses*

2.3.1. *La cultural defense formale*

Abbiamo visto nel capitolo precedente come possa essere definito un reato culturalmente orientato; nella disamina giurisprudenziale appena ripercorsa si può prudentemente asserire che sia stato applicato il modello tripartito delineato già nel 2001 da Van Broeck secondo cui si sarebbe stati in presenza di tali ipotesi di condotta illecita laddove l'imputato avanzasse una motivazione che affondasse le radici nel proprio *background* culturale, venisse appurata la condivisione della stessa da parte di altri membri del gruppo sociale di riferimento e quest'ultima venisse poi confrontata con le norme giuridiche del paese ospitante⁷⁹.

Posto che nemmeno ora, a più di vent'anni di distanza dall'inizio del dibattito sulla scriminante culturale, una tale figura è stata ufficialmente introdotta negli U.S.A., si ritiene proficuo partire da una riflessione in merito ai vantaggi ed agli svantaggi di una *stand alone cultural defense*, vale a dire di una *defense that would allow an immigrant or minority defendant to claim either that he was unaware of the illegality of his actions in a particular jurisdiction (cognitive defense) or that the cultural environment in which he was raised mandated the act in a particular manner (volitional defense)*⁸⁰. Essa nasce dal principio in base al quale un individuo non può essere accusato di un crimine se difetta dell'*actus reus* o della *mens rea* necessari alla configurazione dell'illecito⁸¹. A questa figura viene opposta la considerazione di fattori culturali in tutto l'*iter* procedimentale inseriti, com'è effettivamente avvenuto, all'interno delle scusanti già codificate. Emergono così da un punto di vista prettamente dottrinale tre categorie in cui gli elementi culturali ricoprono di volta in volta un ruolo profondamente diverso: la *cultural defense* come causa di esclusione della responsabilità penale (*affirmative defense* o

⁷⁹ J VAN BROECK., *cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, 9, 23; accolgono nella dottrina italiana questo modello gradualistico: C. DE MAGLIE, *Società multiculturali* cit., 232 ss.; ID, *Multiculturalismo e diritto penale* cit., 28 ss.; ID, *Premesse ad uno studio su società multiculturali e diritto penale*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 144; C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in M. PIFFERI, O. GIOLO, (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, Torino, 2009, 205-207.

⁸⁰ D. SIKORA, *Differing cultures*, cit., 1695.

⁸¹ *Ivi*, 1699.

complete defense), come esimente tesa ad escludere o ridurre l'elemento soggettivo del reato (*derivative defense*) ovvero come circostanza attenuante (*mitigative defense*).

Nel primo caso, al pari della legittima difesa o dello stato di necessità, non verrebbe contestata la presenza né dell'*actus reus* né della *mens rea*, ma semplicemente si indicherebbe la condotta non punibile a causa delle circostanze eccezionali che l'indagato ha dovuto affrontare⁸². In questo contesto l'ordinamento penale dà spazio ad un elemento di norma non considerato o comunque ritenuto privo di qualsiasi rilevanza: il movente, il *background* culturale del reo ricoprirebbe un ruolo chiave nel considerare il livello di riprovazione morale del soggetto in questione o, come accade per le altre cause di esclusione della responsabilità codificate, di un ragionevole agente posto nella stessa situazione dell'indagato.

Al contrario, la *cultural defense* come *derivative defense* farebbe venir meno o contesterebbe la presenza di *actus reus* o *mens rea* similmente a quanto accade per l'infermità mentale o l'errore di fatto: il soggetto a causa della propria scala valoriale non sarebbe stato in grado di aderire allo stato mentale necessario alla configurazione di un determinato delitto. Poiché l'ordinamento penale (statunitense) richiede la volontaria commissione di un danno vietato dalla legge, non viene punito un individuo che soffre di un impedimento di natura cognitiva o volitiva tale da rendere la condotta, dal punto di vista sostanziale, non voluta.

Ovvero l'imputato potrebbe validamente sostenere la ragionevole mancata conoscenza di un fattore integrante l'offesa la quale impedirebbe la formazione dell'intenzionalità dell'atto⁸³. Per capire questo punto dobbiamo considerare che tutti gli atti sono costruzioni sociali: nessuno, preso di per sé, ha un particolare significato, ma viene ricoperto da quello che la società gli attribuisce, condotte che in alcuni luoghi sono reati in altri non sono assolutamente considerati tali. La *cultural defense* in questo contesto potrebbe intervenire nel giudizio per permettere all'accusato di dimostrare che, dal momento in

⁸² La giurisprudenza inglese è ricorsa a tale soluzione, ad esempio, nel caso *Adesanya* nel quale fu accusata di lesioni personali una donna nigeriana per aver, conformemente alle tradizioni della propria tribù d'origine, fregiato ed inciso le guance dei due figli con un rasoio; il giudice emise solamente un'ordinanza di non luogo a procedere accompagnata da un monito alla donna affinché la pratica non venisse più realizzata.

⁸³ Il caso *Moua* potrebbe validamente prestarsi come esempio: il rifugiato laotiano aveva infatti errato sull'elemento essenziale del consenso della vittima in modo tale da non poter validamente configurare il reato di violenza sessuale.

cui una determinata azione non si trovava nel suo repertorio culturale come illecito, egli non può averlo commesso.

Infine, tale figura potrebbe operare come circostanza attenuante sia per derubricare il titolo di reato che per imporre una pena più lieve o, meno formalmente, per beneficiare del patteggiamento.

La diversità dei punti di vista in ordine alla qualificazione dell'eterogenea categoria della *cultural defense* si è riscontrata anche nelle critiche che sono sorte di fronte ad essa, il nostro prossimo passo sarà, quindi, quello di tentare di fornire una panoramica il più possibile esaustiva di queste ultime.

2.3.1.1. Argomenti a favore

Le motivazioni per cui parte della dottrina chiede con insistenza la presenza formale di una scriminante culturale ruotano essenzialmente attorno all'unico fulcro del rispetto dei valori di uguaglianza e *individualized justice* su cui è fondato l'intero ordinamento statunitense.

In ordine al primo punto è stato sostenuto che un sistema in cui un immigrato o un appartenente ad una minoranza venga perseguito penalmente per essersi comportato secondo i dettami della propria cultura è un sistema in cui chiaramente la maggioranza si pone nei confronti di quest'ultima con un atteggiamento di superiorità⁸⁴. Ogni gruppo, infatti, ha il dovere di rispettare gli altri e non li può penalizzare solo per il fatto di essere diversi⁸⁵. Inoltre i principi di giustizia individuale e di uguaglianza impongono di tenere in considerazione il fatto che ad un immigrato non è stata data la stessa opportunità di assorbire, attraverso istituzioni sociali come la scuola, il lavoro e la famiglia i valori sottostanti alle norme penali del paese di destinazione⁸⁶.

Ulteriore corollario è la garanzia dell'imparzialità all'interno del procedimento da parte di giudici e procuratori poiché una scriminante formalizzata farebbe rientrare la considerazione degli elementi culturali all'interno di parametri specifici e determinati e non lascerebbe la valutazione dei suddetti in balia alla sensibilità multiculturale della corte

⁸⁴ Nota, *The Cultural Defense in Criminal Law*, in *Harvard Law Review*, 1986, 99, 1302.

⁸⁵ C. CHOI, *Application*, cit., 86.

⁸⁶ *Ibidem*; Nota, *The cultural defense* cit., 1299.

davanti a cui di volta in volta pende il caso⁸⁷.

Una terza considerazione attiene ai limiti in cui ci si imbatte forzando la valutazione degli elementi culturali all'interno delle scriminanti codificate; in particolar modo l'utilizzo dell'*insanity defense* avrebbe una valenza discriminante: dei valori culturali divergenti non sono necessariamente sintomo di *mental illness*, anzi basandosi su questi ultimi l'imputato aveva agito in modo estremamente ragionevole e razionale. L'imposizione dei nostri concetti d'insanità, anch'essi culturalmente influenzati, su imputati immigrati genererebbe delle finzioni legali laddove non fosse possibile rinvenire delle strette analogie con la cultura minoritaria: i modelli medici occidentali di *mental illness* possono divergere in importanti aspetti da quelli orientali in modo tale da rendere impossibile l'utilizzo degli strumenti diagnostici o condurre ad un esito completamente distorto⁸⁸.

Sotto quest'aspetto una prospettiva molto interessante, ma comunque non totalmente accoglibile come visto precedentemente⁸⁹ è avanzata da SING. Egli, partendo dall'analisi minuziosa del caso Chen e del caso Kimura arriva ad affermare che la *cultural defense* non può essere assolutamente ricondotta all'*insanity defense* in quanto diverge la *ratio* posta alla base delle due figure. Nella prima si evita di sottoporre un "colpevole" alla pena perché, al momento della condotta lesiva, non era razionalmente in grado di comprendere e dirigere le proprie pulsioni. In altri termini, nel momento in cui un difensore utilizza tale *defense* si sostiene un'interruzione del raziocinio dell'individuo prima ritenuta esistente e che nella maggior parte delle volte riprende anche nel momento successivo. Diversamente, nel caso della *cultural defense* questo salto non avviene: l'elemento valoriale è una costante che permea sia la parte logica che quella impulsiva dell'individuo. Argomentando in senso contrario si stigmatizza inutilmente l'agente, rendendolo passibile, tra l'altro, di interdizione o inabilitazione le quali hanno durata indeterminata, e viene negata la legittimità della cultura minoritaria⁹⁰.

Infine, in merito al mantenimento dell'ordine sociale, altro elemento di fondamentale

⁸⁷ C. CHOI, *Application* cit. 86; D. SIKORA, *Differing Cultures*, cit., 1701; D. CHIU, *The Cultural Defense*: cit., 1108.

⁸⁸ V. L. SACKS, *An Indefensible Defense*: cit., 523 ss.

⁸⁹ Cfr. 44 di questo capitolo.

⁹⁰ S. TOMAO, *The Cultural Defense*: cit., 253-254; D. CHIU, *The Cultural Defense*: cit., 1106.

importanza per l'ordinamento giuridico, si sottolinea che sia la deterrenza primaria che quella secondaria non subirebbero alcun indebolimento dall'introduzione di una *cultural defense* formalmente intesa; la prima non sarebbe minacciata nei casi in cui l'agente ha commesso l'atto in circostanze straordinarie difficilmente ripetibili e, nel caso in cui la condotta derivi dalla sola ignoranza della legge, il mero paventare un procedimento penale avrebbe un effetto normativo sul reo tale da non fargli più commettere simili violazioni in futuro⁹¹.

La seconda è salvaguardata dall'impatto poco profondo che tali condotte provocano sull'ordine sociale⁹². Molto più numerosi sono tuttavia gli autori che si schierano contro l'introduzione formale di tale scriminante; il nostro prossimo compito sarà procedere alla loro analisi.

2.3.1.2. Argomenti contrari

Le motivazioni addotte consistono nella difficoltà di mantenere la deterrenza primaria e secondaria, nella creazione di stereotipi, nella messa in pericolo dei diritti fondamentali di soggetti che nelle culture minoritarie occupano una posizione subordinata (quali donne e bambini), in particolar modo del diritto alla vita e all'integrità psicofisica, nella salvaguardia del principio di legalità e di uguaglianza nei confronti della maggioranza della popolazione e soprattutto nella difficoltà ad individuare quali soggetti sarebbero autorizzati a ricorrere a tale figura.

Soffermandoci sul primo tema, si sostiene che permettendo l'uso di questa figura si otterrebbe in cambio la rimozione dell'incentivo ad imparare le leggi del Paese ospitante, favorendo un continuo oscillamento fra le norme di quest'ultimo ed i costumi tradizionali a netto discapito delle prime. In ultima istanza il rigetto della *cultural defense* permetterebbe ai nuovi immigrati di adeguarsi più velocemente alle regole dello Stato in cui si sono trasferiti: una sentenza di condanna nei confronti di un soggetto appartenente ad una cultura minoritaria che abbia commesso un crimine porterebbe all'attenzione degli altri membri del gruppo come determinate condotte vengano ivi considerate⁹³ inducendoli a riflettere, se posti all'interno di una situazione del tutto simile, prima di agire

⁹¹M. FISHER, *The Human Rights Implication* cit., 682.

⁹² Nota, *The cultural defense* cit., 1303-1304.

⁹³ J. P. SAMS, *The Availability* cit., 348-349.

in base ai loro “*cultural impulses*”⁹⁴. L’esistenza di tale scriminante potrebbe suggerire erroneamente agli immigrati che non sono soggetti alla legge o che l’ordinamento penale li debba trattare in modo particolarmente cauto⁹⁵. Se si focalizza l’attenzione su parte dei casi in cui la *cultural defense* è stata invocata è possibile inoltre tracciare un collegamento tra efficacia deterrente e tutela dei diritti delle vittime: un’Autrice⁹⁶ ha sottolineato che pur essendo tale figura basata sulla tolleranza nei confronti delle altre culture, ha come effetto finale quello di promuovere la violenza domestica nei confronti delle donne, violenza che nell’ordinamento penale americano si è cercato di arginare attraverso l’introduzione di una particolare scriminante: la *battered women’s defense*⁹⁷. La *cultural defense* nasce per capire le motivazioni sottostanti ad un certo crimine commesso da persone immigrate da poco, ma tragicamente lo fa a spese di soggetti più deboli anch’essi immigrati da poco tempo forse anche per scappare dalla oppressioni del loro Paese d’origine⁹⁸. Gli abusi che la *battered women’s defense* ha legalmente riconosciuto e che la società americana dalla metà degli anni settanta ha cercato di sconfiggere, sono attualmente perpetuati attraverso l’utilizzo della scriminante culturale⁹⁹. La dottrina italiana ha efficacemente ribattuto a tali considerazioni evidenziando come da un lato esista una concezione più ampia ed articolata del principio di uguaglianza, che impone di trattare in modo diverso i diversi e soprattutto sull’opportunità di compensare quel vizio

⁹⁴ T. F. GOLDSTEIN, *Cultural Conflicts* cit., 160.

⁹⁵ S. TOMAO, *The Cultural Defense*: cit., 256.

⁹⁶ A. J. GALLIN, *The cultural defense: undermining the policies against domestic violence*, in *Boston College Law Review*, 1994, May, 735 e ss..

⁹⁷ La *battered women’s defense* nasce come modificazione della legittima difesa in casi in cui imputata sia una donna maltrattata, essa è basata sulla considerazione che la ragionevolezza della condotta letale debba essere giudicata secondo le caratteristiche del soggetto in questione e considerando tutte le circostanze del caso, in particolar modo la dinamica ed il dipanarsi delle violenze subite. Nel giudizio in questi casi vengono sentiti come periti esperti sulla sindrome da donna maltrattata, intendendo con questa locuzione indicare una serie di caratteristiche emotive e comportamentali tipiche delle donne abusate dai propri compagni. Queste ultime consistono innanzitutto nella presenza di un circolo trifasico: una prima fase di crescente tensione, una seconda in cui avviene la violenza ed una terza in cui l’abusatore si mostra pentito ed amorevole nei confronti della vittima ed in cui le promette che l’episodio non avverrà mai più. La ripetizione del circolo conduce ad un’automatizzazione della reazione: la donna si sente abbandonata e questo spiega il suo mancato allontanamento dalla spirale di violenza e soprattutto perché essa avverta come unica via di fuga l’uccisione dell’aggressore anche se questa avviene non nel momento dell’abuso, ma addirittura quando questo si è già consumato. La testimonianza in questi casi viene utilizzata al fine di prevenire degli stereotipi negativi a cui la giuria potrebbe aderire e che potrebbero influenzare sfavorevolmente la decisione.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

d'origine della legge penale americana, che va sotto il nome di “pluralistic ignorance”¹⁰⁰.

Non bisogna infatti commettere l'errore di considerare i gruppi culturali totalmente omogenei: al loro interno emergono differenze di genere, di esperienze di vita e soprattutto di ruoli. Quest'ultimo elemento è forse quello maggiormente significativo poiché diversi studi di antropologia culturale hanno dimostrato come il ruolo ricoperto da un singolo all'interno di una determinata società abbia forti ripercussioni sulla percezione della propria cultura. Il non riconoscere tra chi all'interno di una stessa minoranza occupa ruoli e posizioni diverse offre una visione troppo semplicistica ed uniformante oltre che pericolosa laddove le differenze di ruolo siano determinate da quelle di genere¹⁰¹.

Quasi sempre la figura della scriminante culturale ha per protagonisti tre attori sociali: due o più individui appartenenti al gruppo minoritario (vittima e reo) e l'ordinamento giuridico del Paese ospitante fondato sui valori della maggioranza; è erroneo appiattare il conflitto tra questi ultimi e quelli della minoranza proprio perché la seconda non è un'entità a se stante, ma è composta da individui che, anche in seguito al contatto con altre culture, possono o meno condividere i dettami della tradizione.

Chi subisce la lesione non riceve giustizia, anzi viene vittimizzato una seconda volta¹⁰².

Per di più si potrebbero porre delle problematiche anche sotto un profilo del rispetto del principio di uguaglianza poiché l'utilizzo della scriminante implicherebbe una minor protezione nei confronti delle potenziali vittime minoritarie rispetto a quelle appartenenti al gruppo maggioritario, arrivando a discriminare ingiustamente tra individui costituenti un gruppo omogeneo¹⁰³.

Inoltre, basandosi sulla teoria dell'abusatore-abusato, i bambini che crescono in un am-

¹⁰⁰ Con *pluralistic ignorance* s'intende indicare un “difetto d'origine” della legge penale americana, vale a dire l'incorporare esclusivamente i valori W.A.S.P. dimostrandosi di conseguenza insensibile ed impermeabile a visioni diverse degli stessi fenomeni, F. BASILE, *Diritto penale* cit., 70.

¹⁰¹ Secondo VOLPP è importante sottolineare come la cultura venga vissuta diversamente a seconda delle diversità di età, genere, razza e *status* sociale, se si ammette questo punto è facile comprendere come nei casi di violenza familiare giustificati su base culturale, non è la visione del libero occidente avanzata da alcune femministe ad essere la chiave corretta per la risoluzione di tali problemi, bensì come questi argomenti vengano contestati all'interno della stessa comunità minoritaria, posto che tutte le culture sono caratterizzate sia da sostenitori delle concezioni patriarcali che da critici delle stesse. L. VOLLPP, *Talking “Culture”: Gender, Race, Nation And Politics Of Multiculturalism*, in *Columbia law review*, 1996, 6, 1592.

¹⁰² T. F. GOLDSTEIN, *Cultural Conflicts* cit., 163.

¹⁰³ V. L. SACKS, *An Indefensible Defense*: cit., 523 ss.

biente violento tendono, una volta cresciuti, a ripetere il comportamento deviante ed è anche per questo motivo che qualora si abbia a che fare con reati lesivi dell'integrità psicofisica o della vita tali condotte, seppur motivate dall'aderenza a tradizioni minoritarie, non possono trovare giustificazione.

Si possono efficacemente opporre due considerazioni: questo pericolo emerge prevalentemente dalle generalizzazioni fatte a partire dal caso Chen, in cui la dottrina più attenta che si è occupata di scriminante culturale ha evidenziato da un lato –come abbiamo visto precedentemente- una pericolosa somiglianza tra i valori patriarcali statunitensi e quelli cinesi tradizionali e dall'altro l'uso distorto della stessa non sia una ragione sufficiente per negarne completamente l'introduzione¹⁰⁴. Inoltre è stato efficacemente detto da Basile “compito del giudice penale, del resto, è di giudicare i singoli e le loro condotte, e non già i gruppi e le loro culture. Se l'adesione ad una determinata cultura ha effettivamente diminuito la colpevolezza dell'imputato, il giudice dovrebbe tenerne conto, a prescindere dal fatto che tale cultura sia buona o cattiva, rispettosa o meno dei diritti delle donne. Giacché non spetta, per lo meno non in via prioritaria, al giudice penale assolvere con le sue sentenze il fondamentale compito di ogni Stato liberale e democratico di assicurare che le donne, cittadine o immigrate, non siano svantaggiate dal loro sesso e sia riconosciuta loro una pari dignità e la stessa possibilità degli uomini di vivere una vita soddisfacente e liberamente scelta”¹⁰⁵. Ed ancora a chiosa si può ribadire comunque come vita, salute, libertà, dignità ed autodeterminazione in campo sessuale verrebbero messi a repentaglio solamente laddove l'ordinamento a livello generale privilegiasse i diritti culturali collettivi nel bilanciamento con i primi¹⁰⁶.

Altro profilo problematico nell'applicazione di tale figura consiste nella creazione di stereotipi negativi delle minoranze e degli immigrati in quanto suppone che la cultura di una particolare zona sia facilmente conoscibile e che tutte le persone provenienti dalla stessa agiscano in ugual modo¹⁰⁷, ma ciò che vale per un individuo non lo è necessaria-

¹⁰⁴ A. D. RENTELN, *The use and the abuse of the cultural defense*, in M.C. FOLETS, A. DUNDES RENTELN (a cura di) *Multicultural jurisprudence: comparative perspectives on the cultural defense*, *Oñati International Series in Law & Society*, Oxford, 2009, 64, argomentando comunque che alla presenza di diritti umani fondamentali la *defense* dovrebbe soccombere.

¹⁰⁵ F. BASILE, *Diritto penale e multiculturalismo*, cit., 74.

¹⁰⁶ A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza del “fattore culturale*, in *Politica del diritto*, 2007, 1, 20.

¹⁰⁷ D. SIKORA, *Differing cultures* cit., 1708.

mente per un intero gruppo. Come sottolineato precedentemente, così facendo, però, si rischia di creare una griglia standardizzata e fasulla¹⁰⁸ di soggetto minoritario modello e di non poter applicare la scusante qualora il reo non vi rientri, seppur le sue motivazioni abbiano un fondamento culturale altrettanto forte, non contando che le tradizioni si possono modificare attraverso il contatto con modi di vivere diversi.

Attraverso l'utilizzo di termini quali "*compelled*" o "*propelled*" si rinforza la nozione occidentale di un primitivo, non autonomo "altro": le culture non appartenenti alla *western legal tradition* rischiano di essere viste come elementari, barbare e passive.

Per di più inaccurate analisi della cultura minoritaria contribuiscono a creare degli stereotipi anche su cosa sia accettabile o meno in quella del Paese ospitante¹⁰⁹ oppure conducono a pensare che quest'ultimo sia senza cultura.

Approfondendo questa tematica emerge immediatamente la difficoltà, nel caso in cui venisse introdotta una scriminante formale, nell'individuare i soggetti che potrebbero legittimamente avvalersene all'interno di un procedimento penale¹¹⁰; si potrebbe utilizzare un criterio meramente temporale, fissando una soglia di tempo limite dall'arrivo dell'immigrato, ma così non si terrebbe conto del fatto che non è solo il periodo in cui una persona risiede in un certo luogo il fattore che le permette di conoscere ed in parte assorbire i valori su cui si fonda l'intera società e quindi anche l'ordinamento giuridico, ma altresì, e forse soprattutto, l'esposizione alle istituzioni socializzanti, il contatto con persone non appartenenti alla sua stessa cultura minoritaria. Al fine di concretizzare quanto detto possiamo far riferimento al caso Kimura: la donna aveva vissuto negli U.S.A per ben 14 anni prima di imbracciare la pratica dell' *boshi-shinju*, ma questo non l'aveva comunque distolta dal commettere un atto che per l'ordinamento americano era

¹⁰⁸ Conglobando infatti la totalità della cultura minoritaria in un limitato numero di caratteristiche, si presenta la stessa in modo radicalmente diverso dalla realtà secondo una concezione monolitica in cui tra l'altro alcuni voci sono poste sotto silenzio per privilegiarne altre e, per collegarci ad un aspetto già analizzato, queste si identificano in quelle dei soggetti più deboli, che in quanto deboli nel Paese di provenienza continueranno a ricoprire una posizione subordinata in quella di ricevimento se si permetterà, attraverso la *cultural defense*, di perpetrare una discriminazione di genere. Trattasi di pericolo da non sottovalutare posto che si verrebbe a minare la ragione per cui da tante parti è iniziata una riflessione sul pluralismo culturale all'interno del diritto penale, cioè il riconoscimento di "le tradizioni, le pratiche, le convinzioni *realmente diffuse* all'interno di un gruppo culturale di minoranza – e non certo le tradizioni, le pratiche, le convinzioni che il gruppo culturale di maggioranza, per comodità o ignoranza, gli vuole attribuire", così F. BASILE, *Diritto penale* cit., 79.

¹⁰⁹ D. SIKORA, *Differing Cultures* cit., 1709.

¹¹⁰ *Ibidem*.

un crimine, mentre per lei rimaneva un atto doveroso; questo si può spiegare grazie al fatto che comunque negli anni ella aveva sempre avuto esclusivi contatti con la comunità giapponese a causa anche della mancata conoscenza della lingua americana. Al contrario, alcuni immigrati potrebbero prendere familiarità con le leggi americane in modo molto rapido, ma in presenza di una mera soglia temporale poter continuare ad usare del tutto indebitamente la *defense*, oppure affermare l'appartenenza ad una certa minoranza al solo scopo di trarre beneficio da quest'ultima. Inoltre il riconoscimento di una scriminante culturale formale agli immigrati di prima generazione o fondata sul concetto di integrazione/assimilazione pone a confronto una società maggioritaria ed una minoranza, le politiche di riconoscimento fondate su questa bipartizione funzionano solamente laddove le unità di assimilazione coincidano con gruppi e che gli indicatori siano limitati, quantificabili e non arbitrari¹¹¹

Un tema molto controverso è rappresentato dal rispetto del principio di legalità¹¹² e di uguaglianza nei confronti della maggioranza della popolazione: si sostiene infatti che i nuovi arrivati porrebbero le loro personali opinioni ed idee al di sopra della legge, arrivando così ad un'erronea sostituzione dell'oggettività del sistema penale con qualcosa di meramente soggettivo, in aperto contrasto con il giusto processo e con la regola ufficiale e che avrebbero una possibilità di difesa in più in quanto la *cultural defense* si aggiungerebbe alle altre scusanti già formalmente presenti, mentre gli "autoctoni" non se ne potrebbero avvalere. A nostro avviso due sono le critiche che si possono rivolgere a tale affermazione: la prima che il sistema giuridico del paese ospitante è fondato sui valori della maggioranza, valori in linea di massima interiorizzati anche dal reo "locale" e che quindi nei suoi confronti la possibilità di ricorrere alla *cultural defense* non avrebbe alcun senso¹¹³; la seconda è che da questo punto di vista tali perplessità dovrebbero essere state sollevate anche nel momento della creazione della *battered women's defense*. Come quest'ultima è nata dalla modificazione della legittima difesa in situazioni particolari attinenti alle violenze continue subite dalla donna, così la scriminante culturale consisterebbe in una versione modificata dell'errore di fatto o dell'*insanity defense* in

¹¹¹ W. I. TORRY, *Multicultural jurisprudence and the culture defense*, in *Journal of legal pluralism*, 1999, 44, 135.

¹¹² C. CHOI, *Application* cit, 87-88; T. F. GOLDSTEIN, *Cultural Conflicts* cit., 159; J. P. SAMS, *The Availability* cit., 350-352, ; D. SIKORA, *Differing Cultures*, cit., 1713.

¹¹³ D. CHIU, *The Cultural Defense*: cit., 1109.

condizioni particolari dovute all'ambiente in cui il reo è cresciuto e di cui ha assimilato i valori fondamentali. Il principio di uguaglianza richiede infatti che le situazioni uguali siano trattate in modo uguale e quelle diverse in modo diverso.

Infine, alcuni autori prospettano il pericolo di una potenziale “*balkanization*” del sistema giuridico penale intendendo con questa locuzione la possibilità per gli immigrati di avvalersi di un'intera serie di norme giuridiche create solo per loro avente come risultato il superamento del canone “*ignorantia legis non excusat*” e la sensazione di essere ancora stranieri, di non aver raggiunto e, aggiungiamo noi, di non poter mai arrivare ad una totale integrazione. È ipotizzabile scorgere un ulteriore corollario nell'aumento delle assoluzioni nei confronti di imputati appartenenti alla maggioranza: una giuria, a conoscenza di una sentenza di colpevolezza particolarmente mite emanata nei confronti di un soggetto minoritario in ordine allo stesso titolo di reato attraverso l'uso di un'autonoma scriminante culturale, potrebbe infatti, basandosi su una potenziale disuguaglianza, essere portata ad emettere una sentenza altrettanto lieve.

Da ultimo è stato detto che non si saprebbe come comportarsi laddove la tradizione in questione sebbene non del tutto scomparsa sia fortemente contestata nel paese d'origine. Mentre l'ideologia di base che sostiene l'introduzione di una *affirmative defense* è tesa verso l'affermazione di un reale pluralismo, ma si risolve nella prova dei fatti in un'ottica esclusionista del tutto simile a quella che aveva animato le leggi razziali nel XX secolo, quella che la contrasta *tout court* nella convinzione che i valori del Paese di ricevimento siano sempre migliori, mentre gli altri inferiori e sbagliati, si risolve, quindi, nella moderna versione della legislazione coercitiva della fine XVIII ed inizi del XIX secolo¹¹⁴; è possibile però profilare una terza alternativa, un approccio intermedio al problema.

2.3.2. Una provvisoria soluzione

Un espediente, secondo alcuni Autori¹¹⁵ potrebbe consistere nel prendere in considerazione le motivazioni culturali, quale circostanza attenuante, solamente in giudizio, al momento dell'emanazione della sentenza. Così facendo l'ordinamento penale dimostrerebbe di non poter e non voler accettare episodi di violenza basati su motivazioni cultu-

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ D. SIKORA, *Differing Cultures*, cit., 1714-1723; C. CHOI, *Application* cit., 90.

rali in senso lato, in particolar modo laddove tali episodi siano a danno di soggetti indifesi ed allo stesso tempo, rispettandone la finalità retributiva, si emanerebbe una pena adeguata in tutto e per tutto al caso di specie ad in particolar modo alle motivazioni che hanno indotto un certo soggetto a perseguire quella particolare condotta. In secondo luogo si eviterebbero tutti i problemi legati al dover creare delle tabelle rigidamente fissate di soggetti legittimati all'utilizzo della *defense* analizzate precedentemente: attribuendo alla scriminante culturale valore meramente circostanziale non emergerebbe nessuna differenza rispetto a qualsiasi altro fattore che si può prendere in considerazione al momento dell'emanazione della sentenza al fine di discostarsi da quella raccomandata¹¹⁶. Inoltre non si creerebbe un separato sistema legale per soggetti di diverse etnie e provenienze contrastante con il principio di uguaglianza, ma si permetterebbe di strutturare la sentenza sulle caratteristiche del soggetto e non della stereotipata cultura di provenienza¹¹⁷. Infine la deterrenza secondaria sarebbe rafforzata: poiché l'imputato verrebbe comunque considerato colpevole i membri della minoranza non potrebbero usare impropriamente la loro cultura per sottrarsi alla condanna anche dal punto di vista sociale.

Secondo un altro punto di vista¹¹⁸, il fenomeno della *cultural defense* potrebbe essere analizzato partendo dalla dottrina degli *human rights*¹¹⁹: il rispetto dei diritti umani diverrebbe una cartina al tornasole per valutare le altre culture superando l'ottica neo-etnocentrica¹²⁰, quella relativista¹²¹ e quella Goldschmidtiana¹²², in altri termini si po-

¹¹⁶ Le *Federal Sentencing Guidelines* permettono di considerare ad esempio fattori quali la condotta della vittima, la finalità di procurare un grosso danno, l'aver usato mezzi coercitivi o violenti...

¹¹⁷ In altri termini la cultura verrebbe analizzata nel più complesso discorso delle dinamiche del potere, in un contesto che prende in esame anche quelle riguardanti la cultura circostante e le legge L. VOLLPP, *Talking "Culture"*: cit., 1596.

¹¹⁸ M. FISHER. *The Human Rights Implication* cit., 691 ss.

¹¹⁹ Con questo termine vengono nella dottrina filosofica modernamente indicati i diritti naturali ovvero la legge naturale analizzati da pensatori quali Locke, Mill e Jefferson nel XVII e XVIII secolo. Secondo le loro teorie tutte le persone, solamente in virtù della loro appartenenza al genere umano, sono titolari di alcuni diritti indipendentemente dal fatto che questi ultimi trovino riconoscimento nelle tradizioni o negli ordinamenti giuridici di determinati Paesi; la lista di tali diritti include, ponendoli al primo posto, quello alla vita ed all'integrità fisica.

¹²⁰ Visione in base alla quale la cultura occidentale è la migliore, ponendosi come punto di arrivo di un'evoluzione nello sviluppo delle civiltà di darwiniana memoria. In base a questo modello tutte le altre culture sarebbero inferiori, rappresenterebbero, in altri termini delle mere tappe di un processo ancora incompiuto. Il rischio in questo caso è di percepire la differenza culturale come minaccia, privilegiando la popolazione autoctona, ed arrivando in ultima istanza ad una marcata assimilazione del diverso, perdendo

trebbero analizzare sia le altre culture nella loro totalità, sia singoli atti ad esse appartenenti sulla base del rispetto dei diritti umani. La scriminante dovrebbe essere applicata nei casi in cui nessun diritto umano venga leso in modo tale da permettere di valutare equamente le circostanze in cui l'agente si è trovato e di conseguenza, come analizzato precedentemente, rispettare i principi di retribuzione, di deterrenza e di riabilitazione della pena, mentre, laddove si abbia a che fare con condotte aventi per risultato la violazione del bene vita od integrità personale, nessun elemento culturale può essere richiamato per superarne l'intangibilità.

Anche nel caso di conflitto tra diversi diritti umani (la Dichiarazione Universale dei diritti Umani contiene tra gli altri il diritto alla libertà di espressione ed all'identità culturale) l'intangibilità della vita e dell'integrità psicofisica dovrebbe prevalere su tutti gli altri in quanto ne costituiscono il necessario presupposto.

Infine, una posizione, a nostro avviso, particolarmente interessante¹²³ indica il valore dell'antisubordinazione¹²⁴ come criterio principe per risolvere la questione sul se e come debbano essere valutati gli elementi culturali in un procedimento penale. In questo modo si terrebbe conto in modo adeguato della complessità dei fattori intra ed extraculturali, in particolare della condizione marginale, posti alla base della condotta criminale,

così le possibilità di incontro e di miglioramento, G. DEL MISSIER *Le mutilazioni genitali femminili*, in *Medicina e Morale*, 2000, 6, 1121-1122.

¹²¹ Nata come reazione alla precedente, si basa sul principio per cui ogni cultura dev'essere valutata e considerata solamente rispondendo alla domanda se essa soddisfa i bisogni della comunità a cui si rivolge.

¹²² Goldschmidt modificò parzialmente l'approccio relativista modificandone la domanda e facendola diventare "quanto bene una specifica cultura soddisfa i bisogni fisici e psicologici dei suoi membri?" includendo elementi quali la salute fisica e mentale della popolazione, il livello nutrizionale, il tasso dei crimini, la struttura demografica, la stabilità familiare, così M. FISHER, *The Human Rights Implication* cit., 695.

¹²³ L. VOLPP, *(Mis)Identifying Culture*: cit., 97-99.

¹²⁴ A differenza del principio di uguaglianza che tratterebbe, sotto il profilo della razza, tutti i membri della società in maniera neutrale, il primo cerca di raggiungere l'uguaglianza di genere e razziale identificando le persone che sono soggette a varie forme di subordinazione da parte della maggioranza e successivamente elevando il loro *status*. Il principio di uguaglianza viene criticato nella sua forma base perché si ritiene che la sola applicazione di una legge neutrale, insensibile a tali fattori possa debellare qualsiasi forma di disuguaglianza, garantendo giustizia. Questa visione in realtà è propria di chi crede di vivere in una società dove il razzismo sia solamente un retaggio del passato, dove il progresso e la democrazia abbiano la meglio, dove le differenze esistano al di fuori della legge, non capendo come la legge non sia neutrale e l'astratto principio di uguaglianza non sia sufficiente a rendere giustizia L. VOLPP, *Talking "Culture"*: cit., 1594-1607. Tale tesi non è stata tuttavia accolta con favore da tutta la dottrina americana: secondo LAMBELET COLEMAN in questo modo solamente le imputate potrebbero avvalersi della *cultural defense* e questo porterebbe a negare tutela ai minori vittime di reati culturalmente orientati commessi dalle prime quale, ad esempio l' *oyako-shinju*, D. LAMBELET COLEMAN, *Individualizing Justice* cit., 1146-1147.

si capirebbe che gran parte di tali crimini ha per protagonisti un gruppo oppresso ed un oppressore all'interno della stessa comunità. Le perizie dovrebbero essere centrate sul ruolo ricoperto dall'imputato all'interno della comunità di appartenenza, sulle vicende migratorie, sul suo intero vissuto in modo tale da comprendere se la difesa da lui addotta sia semplicemente una via per continuare a perpetuare abusi (molto spesso di genere) sulla base di concezioni statiche e fossilizzate della stessa cultura, potremmo dire una visione storica della stessa, o se veramente l'intera storia personale e non la sua sola provenienza gli abbia fatto vedere la condotta come l'unica via da percorrere in quella data situazione.

Come abbiamo detto questa terza via risulta essere una soluzione embrionale, per entrare *in medias res* dovremo quindi approfondire dapprima alcune ipotesi tipiche di reato culturale, di seguito i singoli istituti di parte generale coinvolti in tali casi e, secondariamente, avanzare una posizione non procrastinabile sul tema della funzione della pena.

CAPITOLO TERZO

ANALISI DI QUATTRO *CULTURAL CRIMES* E RAGIONI DELLA STESSA

3.1 Introduzione: le motivazioni della scelta

Oggetto di questo capitolo sarà l'analisi normativa e giurisprudenziale di quattro fattispecie che si sono ritenute particolarmente significative per analizzare il tema del peso culturale nel diritto penale post-moderno. Trattasi di figure di reato che destano un notevole allarme sociale ed in cui la tentazione di reazioni eccessive motivate essenzialmente dal disgusto è all'ordine del giorno dal momento in cui da un lato sono spesso coinvolti soggetti che evidenziano una menomata capacità di autotutela e dall'altro gli atti tipici sono condotte assolutamente esotiche. Nell'esposizione si procederà, secondo una valutazione del tutto soggettiva ed opinabile, da condotte che si ritengono maggiormente lesive per beni giuridici ben definiti e delimitati (vita, integrità fisica) in cui l'elemento culturale dovrebbe avere meno rilevanza ad ipotesi tipiche più sfumate.

3.2 Honor killings¹

Con tale locuzione vengono indicati gli omicidi commessi a danno delle donne della famiglia da parte del padre o dei fratelli (talvolta anche i cognati) per lavare via il diso-

¹ Si preferisce usare il termine conosciuto a livello internazionale, pur essendo consci delle critiche fornite dalla letteratura, in particolare si ritiene che “the notion of honor acts as a smoke screen, a nod to an extrinsic value system that masks the fact that judgments about honor are made according to internally defined gendered criteria”, A. GILL, *Honor killings and the quest for justice in black and minority ethnic communities in the United Kingdom*, in *Criminal Justice Policy Review*, 2009, 477. Ad esso si privilegia in tal senso la locuzione *honor-based violence* (acronimo HBV). Nel prosieguo del lavoro essa potrà essere usata come sinonimo dal momento che l'autore ritiene che una grande fetta della violenza contro le donne sia riconducibile ad una violenza di genere correlata a visioni patriarcali, ma che nell'economia del nostro lavoro sia maggiormente funzionale la prima definizione in quanto l'attenzione viene posta su una specifica condotta, *i.e.* l'omicidio.

nore, effetto di una condotta contraria ai dettami tradizionali posta in essere dalle stesse, che investirebbe l'intero nucleo². La perplessità in cui subito s'imbatte il lettore di estrazione liberale occidentale riguarda il collegamento tra l'azione disonorevole di quest'ultima e le ripercussioni sull'intero clan, specialmente sul capofamiglia. In una società laica e secolarizzata, difatti, le conseguenze delle proprie azioni dovrebbero ricadere esclusivamente su chi le abbia realizzate. Purtroppo in molte società tradizionali l'onore del maschio è tuttora misurato sulla capacità di imporre autoritativamente la propria guida sugli altri membri della famiglia, ancorché completamente capaci di intendere e volere, ne discende che la comunità dei pari calibra il rispetto per il capofamiglia dai comportamenti più o meno consoni alla tradizione posti in essere dalla componente femminile. Si ritiene che quest'ultima sia controllata maggiormente rispetto a quella maschile a causa del ruolo principe nella procreazione spettante alla donna nelle società patriarcali, legate fortemente ad un'identità di sangue³.

Il fenomeno degli omicidi per causa d'onore è largamente diffuso in Giordania⁴, Tur-

² In senso analogo F. K. NESHEIWAT, *Honor crimes in Jordan: their treatment under islamic and jordanian criminal laws*, in *Pnn State International Law Review*, 2004, 3, 253-254.

³ Radhika Coomaraswamy, precedente UN *Rapporteur* sulla violenza di genere, esaminò gli "honour" crimes nel suo Rapporto del 2002 sulle *Cultural Practices in the Family that are Violent towards Women*. Secondo l'autrice "by controlling women's sexuality and reproduction, they become the custodians of cultural and ethnic purity...The woman's body is considered to be the 'repository of family honour.' Alarmingly, the number of honour killings is on the rise as the perception of what constitutes honour and what damages it widens." R. COOMARASWAMY, *Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, its Causes and Consequences*, o U.N Document E/CN.4/2002/83, January 31, 2002.

⁴ Molte disposizioni del codice penale con valenza mitigante sono state applicate dal potere giudiziario ma la disposizione che ha suscitato il maggior dibattito è risultato essere l'art. 340 secondo cui "1. There shall benefit from the mitigating excuse (Uthur Mukhafif) whosoever surprises his wife or one of his ascendants or descendants in the crime of adultery or in an unlawful bed, and kills her immediately or kills the person fornicating with her or kills both of them or attacks her or both of them in an assault that leads to death or wounding or injury or permanent disability. 2. Shall benefit from the same excuse the wife who surprises her husband in the crime of adultery or in an unlawful bed in the marital home and kills him immediately or kills the woman with whom he is fornicating or kills both of them or attacks him or both of them in an assault that leads to death or wounding or injury or permanent disability. 3. The right of lawful defence shall not be permitted in regard to the person who benefits from this excuse nor shall the provisions of "aggravated circumstances" (Thuruf Mushaddida) apply". È da evidenziarsi che prima della novella del 2001 la circostanza non poteva essere invocata dalla donna e soprattutto si prevedeva un completo esonero da pena, così HUMAN RIGHTS WATCH, *Honoring the killers: justice denied for "honor" crimes in Jordan*, <http://www.hrw.org/en/node/12141/section/5> visitato il 5/11/2009. L'art. 340 precedentemente recitava "1. He who discovers his wife or one of his female relatives committing adultery with another, and he kills, wounds or injures one or both of them, is exempt from any penalty. 2. He who discovers his wife, or one of his female ascendants or descendants or sisters with another in an unlawful bed, and he kills, wounds or injures one or both of them, benefits from a reduction of penalty", *Jordanian Penal Code*, Number 16, 1960, Amman, 1991, 96, citato in F. FAQIR, *Intrafamily femicide in defence of honour: the case of Jordan*, in *Third World Quarterly*, 2001, 1, 72. L'autrice ritiene che nonostante comunemente si creda che l'origine di tale disposizione fosse da ravvisare nella *Shari'a* o

chia⁵, Pakistan⁶, Libano⁷, Siria⁸, Kuwait⁹, Egitto¹⁰, Iraq¹¹, Emirati Arabi Uniti¹², Maroc-

nella consuetudine in realtà risulta esservi un collegamento diretto con il secondo comma dell'art. 324 del Code pénal francese del 1810 ("Néanmoins dans le cas d'adultère prévu per l'article 336, le meurtre commis par l'époux sur l'épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il la surprend en flagrant délit dans la maison conjugale est excusable", J.M. DUFOUR, *Code criminel: avec instructions*, v. 1, 1811). Secondo un altro autore tale norma filtrò nel mondo arabo in parte attraverso l'Impero Ottomano che adottò il modello giuridico francese in parte attraverso la dominazione coloniale in Egitto, C. WARRICK, *The Vanishing Victim: Criminal Law and Gender in Jordan*, in *Law & Society Review*, 2005, 2, 334. L'art. 340 per la sua formulazione restrittiva non è stata la norma maggiormente applicata negli *honour killings*: più frequentemente si è fatto ricorso all'art. 98 il quale stabilisce che "He who commits a crime in a fit of fury resulting from a wrongful and dangerous act on the part of the victim shall benefit from a reduced penalty", prima del 1964 la Corte di Cassazione aveva stabilito che per atto illecito e pericoloso si dovesse intendere almeno un'ipotesi minore di legittima difesa, poi con un *revirement* lo si ritenne complementare al suddetto art. 340. Attualmente la giurisprudenza non è concorde nel definire tale categoria, variando da pettegolezzi su supposte gravidanze, a espressioni verbali contenenti una mancanza di rispetto nei confronti del *maschio*.

⁵ La situazione in Turchia risulta un pochino più complessa: difatti a partire dal 2005 si ravvisa una discrasia tra previsioni normative e perpetrarsi delle usanze tradizionali. Nel codice penale rinnovato proprio in quell'anno l'articolo relativo alla provocazione è stato emendato in modo tale da evitarne l'applicazione negli omicidi per causa d'onore. Più significativa è stata la qualificazione di omicidio aggravato per i *killings in the name of customary law*, che pure non ricomprendendo tutte le ipotesi astrattamente riconducibili alla *species* di cui sopra, costituiscono un significativo avanzamento per la tutela dei diritti delle donne. Esprime in merito qualche perplessità S. TELLENBACH: il termine *töre cinayeti* è stato adottato dalla legge perché *namus cinayeti*, "per la maggior parte dei cittadini, possiede una connotazione positiva, a differenza del concetto di tradizione (*töre*) al quale si tenta di attribuire, quantomeno a livello di parvenza nei rapporti pubblici, una connotazione negativa. La tradizione in tal caso non viene intesa in senso onnicomprensivo, bensì definisce una ben precisa tradizione, consistente nella decisione del consiglio di famiglia di disporre la morte di una ragazza ed individuando al contempo l'esecutore materiale. Nella maggioranza dei casi tuttavia non si è in grado di provare l'esistenza di tale consiglio di famiglia il quale dovrebbe quantomeno rispondere a titolo di determinazione (concorso morale), di modo che il procedimento non può estendersi agli altri soggetti appartenenti al nucleo familiare". S. TELLENBACH, *Il codice penale turco, seconda parte*, relazione presentata il 23 ottobre 2007 presso l'Università di Trento.

⁶ Su cui vedasi *infra*.

⁷ Art. 562 del codice penale del 1943 (come novellato nel 1983, 1994, 1995, 1996 e 1999): "Whosoever surprises his spouse or one of his [female] ascendants or descendants or his sister in the crime of adultery (*in flagrante delicto*) or in a situation of unlawful sexual intercourse, and kills or wounds one of them unintentionally shall be liable to a lesser penalty [in view of extenuating circumstances]. Prima del 1999 l'articolo recitava invece 1. He who surprises his spouse or one of his [female] ascendants or descendants or his sister in the crime of adultery (*in flagrante delicto*) or in a situation of unlawful sexual intercourse and unintentionally kills or injures one of them shall benefit from exemption of penalty. 2. He who kills or injures if he surprises his spouse or one of his [female] ascendants or descendants or his sister in a suspicious situation with another shall benefit from a reduction in penalty.

Art. 252: "Whosoever commits the crime in an outburst of extreme anger resulting from a grave and unlawful action of the victim shall be liable to a lesser penalty".

⁸ Art. 548 1. He who surprises his spouse or one of his ascendants or descendants or his sister committing adultery or illegitimate sexual acts with another person and he unintentionally kills or injures one or both of them benefits from an exemption of penalty. 2. The perpetrator of the murder or injury shall benefit from a reduction in penalty if he surprises his spouse or one of his ascendants, descendants or sister in a "suspicious" situation with another.

⁹ Art. 153 He who surprises his wife in the act of adultery (*in flagrante delicto*) or surprises his daughter, mother or sister in the act of sexual intercourse with a man, and immediately kills her or the man who is

co¹³, Oman¹⁴¹⁵. Si preferisce in questa sede evitare di entrare nel dettaglio del profilo numerico, posto che i rapporti disponibili non sono recenti e che la letteratura sociologica ha dimostrato come possano essere comunque largamente falsati, non risultando infrequente l'ipotesi per cui nei paesi sopra elencati le statistiche giudiziarie riportino co-

committing adultery or having sex with her or kills both of them shall be punished by prison for a period not more than 3 years and a fine of not more than 3000 dinars*) or by one of these two penalties.

¹⁰ Art. 237: He who surprises his wife committing adultery [*in flagrante delicto*] and immediately kills her and the person committing adultery with her, shall be liable to a prison sentence instead of the penalties provided for in Articles 234, 236. Inoltre l'art. 17 prevede un'assoluta discrezionalità per il giudice nei casi in cui sia richiesta una compassion of the court, il che ha portato ad esempio la corte di Tanta il 15 dicembre 1998 a condannare a soli 3 anni di prigione un omicidio per causa d'onore, CEWLA, 'Crimes of honour' as violence against women in Egypt, in L. WELCHMAN, S. HOSSAIN (a cura di), *Honour. Crimes, paradigms and violence against women*, London, 144.

¹¹ Art. 309 Whosoever surprises his wife or one of his [female] mahrams in the act of adultery [*in flagrante delicto*] or finds her in one bed with her partner and kills them immediately or kills one of them, or attacks both or one of them in an assault that leads to death or permanent disability, shall be punished by prison for a period not exceeding three years. Use of the lawful right of defence is not permitted against whoever benefits from this excuse and the rules of aggravating circumstances shall not be applied against him.

¹² Art. 334 He who sees his wife, daughter or sister committing adultery (*in flagrante delicto*) and kills her immediately or kills the person committing adultery with her or kills both of them, shall be punished with a prison sentence; and if he attacks her or them in an attack that leads to death or disability he shall go to prison. If a wife surprises her husband in the crime of adultery in the marital home and kills him immediately or kills the woman with whom he is committing adultery or kills both of them, she shall be punished with a prison sentence; and she shall go to prison if she attacks him or them in an attack that leads to death or disability. The exercise of the right of lawful defence shall not be used against a person benefiting from this excuse.

¹³ Art. 418-424 *Penal Code 1963 as amended: Art. 418*: Lesser penalties [in light of extenuating circumstances] shall be applied to crimes of murder, wounding or beating, when committed by a husband against his wife and her partner when he surprises them in the act of adultery (*in flagrante delicto*)

Art. 420: Lesser penalties [in light of extenuating circumstances] shall apply to crimes of wounding and beating without intent to kill, even if death does [in fact] result, if committed by the head of a family against persons whom he has surprised in his house in a situation of unlawful sexual intercourse.

Art. 422: No reduction in penalty may be applied in the crime of murder of ascendants.

Art. 423: When the legal excuse [of extenuating circumstances] is established the penalties shall be reduced to:

1. prison from one to five years in the case of felonies (*jinaya*) punishable in law by capital punishment or life imprisonment;
2. prison for 6 months to 2 years for all other felonies;
3. prison for one to three months in cases of misdemeanors (*junha*)

¹⁴ Art. 252 He who surprises his wife committing adultery (*in flagrante delicto*) or surprises his mother or his sister or his daughter in an unlawful bed, and immediately kills or injures her or kills or injures the person committing adultery with her or in the bed with her, or kills or injures both of them, may be exempted from liability or be liable to a reduced penalty according to the provisions of article 109 of this law.

¹⁵ I riferimenti delle note da 7 a 14 sono tutti tratti da L. WELCHMAN, *Extracted provisions from the penal codes of Arab states relevant to 'crimes of honour'*, in http://www.soas.ac.uk/honourcrimes/Mat_ArabLaws.htm

me suicidi morti riconducibili al delitto in esame¹⁶.

Dalla breve carrellata sopra evidenziata si può in prima battuta evincere come alcuni codici tra cui l'egiziano e l'algerino pongano l'accento sulla passione, a differenza di quello giordano e siriano incentrato sull'onore¹⁷, ma ciò non ci deve trarre in inganno, posto che nei casi concreti le maglie del concetto si sono allargate talmente tanto da sovrapporsi.

Nel passaggio da una prima esplicazione divulgativa ad un embrione di approfondimento scientifico il penalista italiano non dovrebbe tuttavia sentire tale pratica così lontana dal proprio universo culturale: egli rammenterà la Legge 5 agosto 1981, n. 442, che ha abrogato l'art. 587 del codice sostanziale, come pietra miliare del mutamento della percezione etica nella materia che stiamo trattando. La questione potrebbe, quindi, essere facilmente archiviata: abrogata la fattispecie che prevedeva un trattamento sanzionatorio più mite per chi commettesse un omicidio ai danni del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scoprisse la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa *recata all'onore suo o della famiglia*, non avrebbe più alcun senso reininterrogarsi a più di vent'anni di distanza sull'accettabilità di simili giustificazioni.

La differenza appare tuttavia sottile: pur essendo, anche nella maggioranza dei casi contemporanei, il fattore scatenante lo stato d'ira coincidente con una relazione sentimentale, implicante anche una sessualità attiva, organismi internazionali lanciano un allarme per cui nei Paesi in cui tale tipologia omicidiaria risulta assai diffusa, non può dirsi l'unico esistente. Difatti “the ideas of honour and lost honour are based on the notion of justification of collective injury, the emphasis is on the nature of the act, not the actor (perpetrator of the crime). What is crucial is the ‘dishonourability’ of the victim. By contrast, passion exists in a private relationship between a man and a woman. The idea

¹⁶ Comunque per una recentissima indagine che si assume paradigmatica perché condotta in uno dei paesi tristemente noto proprio per tale tipologia di reati vedasi M. NASRULLAH, S. HAQQI, K.J. CUMMINGS, *The epidemiological patterns of honour killing of women in Pakistan*, in *European journal of public health*, 2009, 193-197, in cui si riportano le cifre fornite dalla Human Rights Commission of Pakistan (HRCP) che ha sistematicamente raccolto le notizie di HK sulle donne apparse sui giornali da gennaio 2004 a dicembre 2007. Sono stati compiuti 1957 assassini, per l'82% su maggiorenni; 1257 donne erano sposate, il movente principale era una supposta relazione extraconiugale (92%): gli agenti risultavano nell'ordine mariti, fratelli ed altri parenti stretti (rispettivamente 43, 24 e 12%). I metodi usati variavano dalle armi da fuoco (61%), l'impiego di un'ascia (12%) lo strangolamento (9%), l'impiego di uno strumento da taglio (8%) accoltellamento (4%).

¹⁷ Così F. FAQIR, *Intrafamily femicide in defence of honour: the case of Jordan*, in *Third World Quarterly*, 2001, 1, 73.

of passion excludes all men who are not or cannot be sexually involved with a woman (fathers, sons, brothers)¹⁸. Analizzando gli articoli dei codici penali sopracitati si evidenzia, invece, come vi sia una sovrapposizione, potendo ben i soggetti attivi coincidere con i fratelli che non avrebbero alcun sostegno nell'avanzare giustificazioni sessuali (commettendo in tutti i paesi suddetti incesto, vietato anche dall'Islam). Inoltre ci si vuole porre criticamente sin d'ora in merito all'idea che i cosiddetti crimini passionali siano costruiti su gelosia ed individualismo¹⁹, siano quindi una costruzione tipicamente occidentale. A parere di chi scrive anche nelle società occidentali una grande importanza nell'instaurarsi del meccanismo vendicativo è rivestito dalla considerazione del tradimento all'interno della propria cerchia amicale, lavorativa o parentale (si pensi al significato ingiurioso attuale di molti termini con cui si indica gergalmente chi ha subito un tradimento). Inoltre, pur non aderendo alla dottrina femminista radicale che appiattisce gli omicidi per causa d'onore sulla più ampia categorie della violenza di genere, il porre i due fenomeni su una linea di continuità e non di opposizione ci può portare a riflettere sulla possibile collocazione del movente in tema di imputabilità e non di causa di giustificazione o circostanze attenuanti²⁰.

Centrale pertanto risulta la comprensione del termine onore. L'importanza del concetto è evidenziato dalla stessa ricchezza terminologica con cui si indica; in Turchia ad esempio *onor* risulta riconducibile al significato che riveste nelle società occidentali, *seref* è collegato alla fama derivante dal possesso di imprese proprie o appartenenti a parenti maschi, rappresentando pertanto una forma di onore derivante dallo *status* sociale; esso è esclusivamente posseduto e controllato dagli uomini e lo si può perdere o aumentare a seconda dei risultati ottenuti. Diversamente *haysiyet* è ricollegato alla capacità di provare vergogna e *haysiyetsiz* indica la sua mancanza. *Yuzsus* letteralmente viene tradotto senza faccia, nome comune che implica una connotazione visiva tra l'assenza di onore e la possibilità di provare imbarazzo; *ar* è collegato al rossore ed alla circolazione sanguigna, *nam* e *san* attengono ad un'onorevole fama, *gurur* è un onorevole orgoglio, *prestiji*

¹⁸ K. LUOPAJÄRVI, *Honour killings as human rights violations, Research report n. 17 (2003)*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2003, 11, in <http://web.abo.fi/institut/imr/norfa/Katja%20Luopa%20honour%20killings.pdf>

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Si pensi che la giurisprudenza italiana ha costantemente qualificato il tradimento come fatto ingiusto per poter applicare la scusante dello stato d'ira ai sensi dell'art. 599 c.p., da ultimo Cass.pen. sez. V, 11 gennaio 2007, n. 8097, in Cass. pen. 2007, 11, 4142 (s.m.), o per esteso su Dejure.

viene usato per indicare l'occidentale prestigio, *izzet* denota l'attitudine ad essere magnanimi nei confronti degli altri. Solamente *seref* è un termine androcentrico, gli altri invece sono neutri. *Namus* riguarda parallelamente solo il genere femminile un tipo di onore legato alla sessualità (verginità e purezza) che solamente le donne devono avere e proteggere per l'intera durata della propria vita, di quella delle figlie e delle altre donne loro parenti. La vergogna derivante dalla perdita di *namus* è uno stigma che si ripercuote sulle generazioni successive anche sui maschi della famiglia, è per questo che gli uomini sono vulnerabili riguardo alla messa in pericolo del loro onore per le condotte delle donne della famiglia attuale, allargata o addirittura prima famiglia in cui sia intervenuta una forma di separazione o divorzio²¹.

La letteratura scientifica è quasi uniforme nel sottolineare che perlomeno in Turchia l'omicidio per causa d'onore non ha collegamenti con l'Islam, che si tratta esclusivamente di una motivazione culturale a sfondo patriarcale²², particolarmente perniciosa perché comporta una vittimizzazione indiretta degli esecutori materiali, scelti tra i giovani della famiglia in modo tale da ottenere un cospicuo sconto di pena. Quest'ultima per l'adulterio, detto *zina*, movente principale per gli *honour killings*, difatti sia a detta del Corano che degli *hadith*²³ ammonta a 100 frustrate di media violenza per gli uomini celibi e donne nubili²⁴ e alla lapidazione per le persone legate in matrimonio²⁵. Secondo

²¹ AYSAN SEV'ER, GÖKÇEÇİÇEK YURDAKUL *Culture of honor, culture of change: A feminist analysis of honor killings in rural Turkey*, in *Violence Against Women*, 2001, 7, 972-976; A. GILL, *Honor Killings* cit., 480.

²² Ivi, 985.

²³ Letteralmente racconto o dialogo. Seconda fonte della Shari'a a partire dai primi due secoli e mezzo dopo la morte del Profeta, comprende i detti, le disposizioni e le azioni di Maometto e in un senso più allargato dei suoi stessi successori. In seguito alla grande diffusione delle scuole giuridiche si rese necessario un metodo di trasmissione che distinguesse il testo vero e proprio (*matn* in arabo) dalla catena di trasmettitori (*isnād*), arrivando ad una schematizzazione del racconto dal più al meno verosimile, così R. ELGER, *Piccolo dizionario dell'islam. Storia cultura società*, Torino, 2002, 142-145.

²⁴ La fornicatrice et le fornicateur, fouettez chacun d'eux de cent coups de fouet. Ne soyez point pris de compassion envers eux dans la religion de Dieu, si vous croyez en Dieu et au jour dernier. Qu'un groupe de croyants soient témoins de leur châtement (24:2).

Cette sanction est aussi prescrite contre celui qui accuse autrui d'adultère, mais sans apporter quatre témoins. Le Coran dit: Ceux qui jettent [le discrédit] sur les femmes préservées sans apporter quatre témoins, fouettez-les de quatre-vingts coups de fouet, et n'acceptez plus jamais leur témoignage. Ceux-là sont les pervers (24:4), S. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Sanctions pénales dans les pays musulmans passé, présent et futur* 2006, 15 in <http://www.sami-aldeeb.com/files/fetch.php?id=135>; per una dettagliata descrizione del garantismo penale e processuale in tema di adulterio nelle disposizioni coraniche vedasi anche F. K. NESHEIWAT, *Honor crimes in Jordan* cit., 266-271 confortato dalla posizione della Muslim Women's League su <http://www.mwusa.org/topics/violence&harrassment/hk.html>, visitato il 6/11/2009.

un condivisibile commento “during the pre-Islamic period Arab society was patrilineal, feudal and Bedouin; the highest authority was the father or male members of the family. At the time, when slavery was rife, women were perceived to be the property of their family or tribe with the potential of bringing disgrace to their kinsmen. Significantly, therefore, ‘the Bedouins before Islam practised female infanticide as a safeguard against a girl’s future misbehaviour or kidnap’. Later, the Islamic religion attempted to regulate sexual relationships and transgressions: prostitution, zina and female infanticide were prohibited, and sex out of wedlock and adultery were penalised. Despite the attempted changes the pre-Islamic code of honour survived, creating a powerful value system parallel to Islam and the newer political ideologies. That value system is what decides the fate of women in the Arab world today if they are perceived to have violated the code of conduct of the family, community or tribe”.²⁶ Un altro paese tristemente balzato agli onori delle cronache per l’HBV è il Pakistan in cui “il modello familiare prevalente è rigidamente gerarchico, di tipo esteso, virilocale e patrilineare”²⁷, dove l’importanza data all’onore determina la vita della donna durante la fertilità, limitandone di fatto la libertà; per un uomo essere *gharaitmand* (avere cioè onore agli occhi della comunità) dipende dal comportamento dei membri femminili della famiglia ed è indice di preminenza di un gruppo su un altro.

Il termine onore è così diffuso da essere addirittura indicato con nomi diversi nelle di-

²⁵ Così F. FAQIR, *Intrafamily femicide in defence of honour: the case of Jordan*, in *Third World Quarterly*, 2001, 1, 73; conf. S. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Licit and illicit sexuality in Islamic law*, 2003, 17-20, reperibile all’indirizzo <http://www.sami-aldeeb.com/articles/view.php?id=54>, il quale tuttavia puntualizza che in caso di coppia squilibrata solo chi è *muhasan* (sposato) verrà lapidato e che un fedele sposato ad una non fedele non potrà mai essere considerato legato dal vincolo matrimoniale. L’adulterio consumato (e descritto in termini inequivocabili) è l’unico delitto contro l’intera società in ambito sessuale, mentre tutte le altre condotte sono punite con pene discrezionali, trovando la loro fonte in un *hadith* in cui un uomo si era rivolto al profeta confessandogli di essersi intrattenuto con una donna, ma di non essersi congiunto carnalmente e quest’ultimo gli aveva semplicemente ordinato di pregare (dedotto a sua volta dal versetto 23:5 che impone la castità, nella lettura di Muhsin: Al-himayah al-gina’iyyah lil’ard, 38-39, citato in S. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Licit* cit., 20). Aderisce alla tesi anche L. ABU ODEH, voce *Honor: crimes of*, in J. SUAD, N. AFSANEH (a cura di), *Encyclopedia of Women & Islamic Cultures: Family, law, and politics*, 2005, Leiden, 221.

²⁶ F. FAQIR, *Intrafamily femicide in defence of honour: the case of Jordan*, in *Third World Quarterly*, 2001, 1, 79.

²⁷ E. GIUNCHI, *Ritorno alla Shari’a e prassi sociale: i reati sessuali in Pakistan*, in *Sociologia del diritto*, 2005, 1, 115.

verse province: *kalakali* in Punjab, *karokari*²⁸ in Sindh, *siyakari* in Balochistan e *taurtoora* in NWFP.

Tralasciando le origini remota della pratica, ci preme evidenziare che il codice penale inglese del 1860 aveva introdotto i concetti di castità, pudore, adescamento e di ratto a scopo di violenza in relazione al senso di onore collettivo²⁹. Castità e pudore che dovevano essere protetti esclusivamente attraverso la custodia di un uomo, padre, marito, tutore che fosse³⁰, anche nella formulazione degli stessi illeciti il titolare del bene giuridico violato era comunque il maschio. Del tutto analogamente alla dottrina del *common law* europea era poi prevista una circostanza attenuante laddove il marito scoprisse la moglie in flagranza di adulterio³¹, presto estesa alle concubine e diventata una scusante *tout court* per tutti i membri della famiglia

Dopo l'indipendenza la normativa si mantenne la stessa, fu solamente a partire dal processo di islamizzazione che si realizzò un'altra pericolosa deriva: il fatto ingiusto non coincideva più con il solo adulterio consumato, ma si estese fino a ricomprendere tutte le condotte compromettenti l' "ordine sociale".

In questo Paese dal 1990 attraverso l'Ordinanza Qisas³² e Diyat i delitti d'onore sono raramente perseguiti posto che è permesso alla famiglia della vittima di accettare un compenso pecuniario e ritirare l'accusa nei confronti dell'aggressore che nella maggioranza dei casi è un parente stretto³³; questa considerazione potrebbe non spiegare tutta la sua importanza se non si facesse, seppur rapidamente, menzione delle implicazioni socio-economiche derivante dalla commissione del delitto di *zina* (supposto o realizzato) per la famiglia. Il padre non solo viene privato del prezzo della sposa, ma

²⁸ Trattasi di parola composta che significa donna nera e uomo nero, termini con cui metaforicamente si indica chi ha avuto dei rapporti sessuali prima del matrimonio o relazioni extraconiugali. Una donna è indicata come *Kari* a ragione del disonore che ha portato alla propria famiglia e l'uomo diventa *Karo* di conseguenza e che potrà essere legittimamente ucciso, ovviamente con la donna, per restaurare l'onore, così S. PATEL, A. M. GADIT, *Karo-Kari: a form of honour killing in Pakistan, in Transcultural psychiatry*, 2008, 4, 684.

²⁹ S. AKBAR WARRAICH, 'Honour killings' and the law in Pakistan, in L. WELCHMAN, S. HOSSAIN, (a cura di) *Honour: crimes, paradigms and violence against women*, London, 2005, 81.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Vedasi *infra* 3.6 La *heat-of-passion doctrine*.

³² Secondo l'Islam classico con questo termine si indicano i crimini di lesioni personali e omicidio punibili secondo la legge del taglione F. K. NESHEIWAT, *Honor crimes in Jordan cit.*, 265.

³³ *Ivi*, 124; conf. AMNESTY INTERNATIONAL, *Honour killings in Pakistan*, 12, su <http://www.amnesty.org/en/library/info/ASA33/018/1999>

più preoccupantemente, nei casi di ripudio da parte del marito spesso la donna che si riposa, se il ripudio non è stato registrato correttamente, viene ricattata affinché il nuovo consorte paghi il precedente³⁴. Un'autrice ha parlato addirittura di “*honor killing industry*”³⁵.

Dal 1990 inoltre si assiste alla curiosa applicazione della provocazione nel caso di lesioni personali e d'omicidio: difatti pur non essendo stata introdotta con l'Ordinanza appena delineata (rendendosi quindi giuridicamente non più vigente) le corti persistono in tal senso³⁶.

Nonostante l'entrata in vigore all'inizio del 2005 dell'*Honour Killings Bill* il quale prevede anche la pena di morte nei casi di maggior gravità la situazione non si è molto modificata da allora; rappresentanti delle ONG umanitarie hanno infatti sottolineato le due principali difficoltà: la mancata modifica dell'ordinanza *Qisas* ed altresì l'istituto del *wali* all'interno della famiglia anziché di un soggetto esterno e quindi *super partes*; in una serie di emendamenti si propose di dichiarare l'omicidio per causa d'onore *qatal-i-amd*, (omicidio premeditato) e di estendere la punibilità ai concorrenti morali e materiali, ma ciò venne rigettato in nome dell'impronta islamica data alla forma di stato, che comporta l'obbligo costituzionale di non legiferare in contrasto con il Corano o la Sunna³⁷ e ciò nonostante il Pakistan sia parte contraente della CEDAW³⁸.

³⁴ E. GIUNCHI, *Ritorno alla Shari'a* cit., 126-127.

³⁵ TAHIRA KHAN, *Honor killings: a definitional and contextual overview*, <http://usconsulate-istanbul.org.tr/reppub/vawo/tkhan.html> (last visited Nov. 10, 2005), citato in M. HUSSAIN, “*Take my riches, give me justice*”: a contextual analysis of Pakistan's honor crimes legislation in *Harvard journal of law & gender*, 2006, 2, 228.

³⁶ S. AKBAR WARRAICH, ‘*Honour killings*’ and the law in Pakistan, in L. WELCHMAN, S. HOSSAIN, (a cura di) *Honour: crimes, paradigms and violence against women*, London, 2005, 87 ss.

³⁷ M. HUSSAIN, “*Take my riches*, cit., 240-241.

³⁸ Trattasi della Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, adottata dall'ONU il 18 dicembre 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre 1981. Essa non solo ribadisce la norma della Dichiarazione Universale contro le discriminazioni in base al sesso, e integra in un testo organico tutti gli altri standard relativi alle donne, o particolarmente significativi per le medesime, già contenuti nei trattati internazionali esistenti all'epoca, ma impegna gli Stati che la sottoscrivono ad attivarsi per modificare gli schemi di comportamento e i modelli culturali in materia di differenza di genere, e si propone di diffondere principi di uguaglianza e non discriminazione nella vita sia pubblica che privata. Il Pakistan ha ratificato la Convenzione il 12 marzo 1996, esso comunque ha dichiarato di vincolare tale adesione al rispetto della Costituzione della Repubblica islamica ed ha opposto una riserva al paragrafo 1 dell'art. 29, contestata da Danimarca, Portogallo e Svezia in quanto incompatibile con l'oggetto e lo scopo del Trattato e, conseguentemente inammissibile ed inefficace secondo i principi del diritto internazionale, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#31. In particolare si ricordano gli artt. 2, 3, e 5 della Convenzione:

Dopo questa breve carrellata di stampo sociologico passiamo ad analizzare gli omicidi verificatisi nel vecchio continente.

3.3. *I casi europei*

Scopo di questo breve capitolo non vuole essere una disamina approfondita di tutta la giurisprudenza presente in Europa con un dettagliato studio delle sentenze (anche per la difficoltà e la pesantezza che deriverebbe dall'illustrazione necessaria dell'intero ordinamento penalistico), ma una breve carrellata di casi significativi che evidenzino quali sono i punti problematici della relazione *honor killings-cultural defense*.

3.3.1. Svezia

Tutti i tre gli omicidi registrati³⁹ hanno riguardato la minoranza curda in cui le famiglie

Articolo 2 Gli Stati parte condannano la discriminazione contro le donne in ogni sua forma, convengono di perseguire, con ogni mezzo appropriato e senza indugio, una politica tendente ad eliminare la discriminazione contro le donne, e, a questo scopo, si impegnano a:

- a. incardinare nella loro costituzione nazionale o in ogni altra disposizione legislativa appropriata, il principio dell'uguaglianza tra uomo e donna, se questo non è ancora stato fatto, e garantire per mezzo della legge, o con ogni altro mezzo appropriato, la realizzazione pratica di tale principio;
- b. adottare appropriate misure legislative e di altra natura, comprese, se del caso, quelle di natura sanzionatoria, per proibire ogni discriminazione nei confronti delle donne;
- c. instaurare una protezione giuridica dei diritti delle donne su un piede di parità con gli uomini al fine di garantire, attraverso i tribunali nazionali competenti ed altre istituzioni pubbliche, un'efficace protezione delle donne contro ogni atto discriminatorio;
- d. astenersi da qualsiasi atto o pratica discriminatoria contro le donne e garantire che le autorità e le istituzioni pubbliche agiscano in conformità con tale obbligo;
- e. prendere ogni misura adeguata per eliminare la discriminazione contro le donne da parte di qualsivoglia persona, organizzazione o impresa;
- f. prendere ogni misura adeguata, comprese le disposizioni di legge, per modificare o abrogare ogni legge, regolamento, consuetudine e pratica che costituisca discriminazione contro le donne;
- g. abrogare dalla normativa nazionale tutte le disposizioni penali che costituiscono discriminazione contro le donne.

Articolo 3 Gli Stati parte devono prendere ogni misura adeguata, incluse le disposizioni legislative, in tutti i campi, ed in particolare in campo politico, sociale, economico e culturale, al fine di assicurare il pieno sviluppo ed il progresso delle donne, per garantire loro l'esercizio e il godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali su una base di uguaglianza con gli uomini.

Articolo 5 Gli Stati parte devono prendere ogni misura adeguata per:

- a. modificare gli schemi ed i modelli di comportamento sociali e culturali degli uomini e delle donne, al fine di ottenere l'eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di altro genere, basate sulla convinzione dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso, o sull'idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne
- b. far sì che nell'educazione familiare sia integrata una comprensione del ruolo sociale della maternità ed il riconoscimento della responsabilità comune di uomini e donne nell'allevamento e nella crescita dei figli, restando inteso che l'interesse dei figli è in ogni caso la considerazione principale.

³⁹ Sara Maisam Abed Ali nel 1998, Pela Atroshi nel 2000 e Fadime Sahindal nel 2002, citati in KVINNOFORUM (a cura di), *Honour Related Violence. European Resource Book and Good Practice. Based on the European project "Prevention of violence against women and girls in patriarchal families"*, 37 reperibile al sito <http://www.iiav.nl/epublications//2005/HRV2005.pdf>. trattasi di un rapporto organico nato dalla collaborazione nell'ambito del Progetto Daphne dell'Unione Europea. L'esiguità della cifra, se

delle vittime avevano ritenuto che queste ultime non stessero più obbedendo alla loro autorità e mantenendo l'osservanza dei precetti tradizionali in tema di castità, che avessero rinnegato la loro cultura d'origine ed avessero abbracciato le norme svedesi relative alle questioni di genere e sessualità, aderendo ad una visione marcatamente individualista⁴⁰.

Il caso di Fadime Sahindal sembra interessante per la comparazione con gli avvenimenti italiani. Ella si rifiutò di prendere parte ad un matrimonio combinato e sparse altresì denuncia per minacce poste in essere dal padre e dal fratello nel 1998; durante quel processo la giovane riconobbe l'umiliazione che con il proprio rivolgersi agli inquirenti aveva imposto alla propria famiglia, immigrata in Svezia da un piccolo villaggio della Turchia quando la vittima aveva sette anni. Fino al compimento del ventiduesimo compleanno la giovane aveva condotto un'esistenza relativamente osservante dei precetti familiari, fintanto che non si innamorò di un giovane svedese, un compagno non scelto per lei dal padre. Supponendo che avesse perso la verginità, i parenti maschi, in particolare il fratello minore⁴¹, la minacciarono di morte; nel giugno 1998, nello stesso giorno in cui la giovane ed il fidanzato avevano deciso di andare a convivere, quest'ultimo perse la vita in un misterioso incidente automobilistico. Una settimana dopo, Fadime incontrò per caso suo fratello per la strada e fu picchiata selvaggiamente; a differenza di altre donne nella sua stessa condizione, ella si rifiutò di ritornare sui propri passi o di nascondersi, ma diede avvio ad un procedimento contro il fratello che l'aveva minacciata di morte. Durante il dibattimento disse che l'unica scelta lasciata alla sua famiglia per recuperare il proprio onore dopo la sua condotta sarebbe stata il suo assassinio. Il fratel-

così si può definire secondo gli autori è motivata da tre fattori: 1. la preferenza dei maschi della famiglia nel far semplicemente 'sparire' le vittime durante i viaggi per le vacanze in terra natale, dove si può contare su un trattamento sanzionatorio più favorevole e talvolta anche sulla corruttibilità dei funzionari di polizia; 2. le giovani dopo i casi citati sono uccise con modalità tali da sembrare dei suicidi o sono comunque indotte a suicidarsi; 3. Molti casi non possono essere qualificati come honour killings perché non si riescono a trovare testimonianze attendibili a causa della paura di cui le donne sono costantemente vittime.

⁴⁰ Z. HELLGREN, B. HOBSON, *Cultural dialogues in the good society: the case of honour killings in Sweden*, in *Ethnicities*, 2008, 8, 390, conf. anche V. MEETOO, H. S. MIRZA, *There is nothing 'honourable' about honour killings: gender, violence and the limits of multiculturalism*, in *Women's Studies International Forum*, 2007, 3, 191.

⁴¹ Il quale comunque conviveva con una fidanzata svedese. Analogo comportamento era stato realizzato da un altro assassino: il germano di Sara Abed Ali (nata Maisam), il quale esplicitamente aveva tuttavia affermato di non poter mai porre in essere una condotta analoga con una giovane irachena, le svedesi esano semplicemente delle prostitute, U. WIKAN (con traduzione di A. PATERSON), *In honor of Fadime: murder and shame*, Chicago-London, 2008, 28.

lo fu condannato ad un anno di *probation*. Fadime divenne una sorta di simbolo, tra le varie cose tenne un discorso in parlamento in cui parlò delle difficoltà che le giovani immigrate dovevano affrontare in Svezia e si trasferì in un'altra città, continuando a mantenere uno stile di vita 'occidentale'⁴². Prima di partire per un viaggio in Africa andò a far visita alla madre ed alle sorelle, quella stessa sera trovò la morte per mano del padre che le sparò davanti alla moglie ed alle figlie. Nell'aprile del 2002 venne condannato all'ergastolo⁴³.

Anche la vicenda di Pela Atroshi presenta dei profili d'interesse per lo studioso europeo. La giovane era stata uccisa nel Kurdistan (nella città di Dihok) dal padre e dai tre fratelli, i quali erano stati condannati a sei mesi di prigione, pena sospesa. La sorella non si diede per vinta e contattò la polizia svedese, la quale si adoperò dapprima inviando i propri agenti sul luogo per la sicurezza della testimone e poi l'intero ordinamento cercò la strada per rendere giustizia alla vittima. Nonostante esistesse una precedente condanna il diritto interno prevedeva una possibilità di disattendere la *res judicata* laddove si fosse in presenza di una condotta lesiva dell'integrità che comportasse una condanna nel minimo a 4 anni di reclusione, ma tale disposizione era stata abrogata; la ragione per cui si arrivò ad un nuovo processo fu che la pianificazione del delitto era avvenuta in suolo svedese, ed in Svezia l'ordinamento penale prevede un principio di territorialità assimilabile a quello italiano.

3.3.2. UK

Nonostante sin dal 1996 fossero stati registrati dei decessi per causa d'onore, il catalizzatore fu l'omicidio nel 2002 della sedicenne Heshu Younes, per mano del padre di nazionalità turca dopo aver appreso che la stessa aveva una relazione con un giovane Libanese cristiano⁴⁴.

⁴² Riferimento comune anche nel movente della morte di Pela Atroshi su cui vedasi *infra* condannata a morte per aver dormito una notte presso una *compagna* di scuola, per essere perdonata fu costretta ad acconsentire ad un finto matrimonio combinato che si sarebbe celebrato nella terra natale,

⁴³ M. KURKIALA, *Interpreting honour killings: the story of Fadime Sahindal (1975-2002) in the Swedish press*, in *Anthropology Today*, 2003, 1, 6.

⁴⁴ M. DUSTIN, A. PHILLIPS, *Whose agenda is it?: Abuses of women and abuses of 'culture' in Britain*, in *Ethnicities*, 2008, 8, 412. *R v Abdulla M Younes*, Central Criminal Court, 27 September 2003. Altri precedenti furono la morte di Anita Gindha, strangolata nel 2003 e Sahda Bibi, accoltellata sempre nel 2003 nel giorno delle proprie nozze.

In. *R v Haq; R v Saleem*⁴⁵ i genitori di una donna che aveva contratto un matrimonio combinato in Pakistan, ma al ritorno in Inghilterra aveva iniziato una nuova relazione, vennero condannati per omicidio di primo grado; nel 1998 invece la medesima motivazione, in aggiunta al rifiuto della vittima di sottoscrivere i documenti per far ottenere il permesso di ingresso al marito, ricondotto all'istituto della provocazione, valse a fare derubricare il reato a *manslaughter* (con conseguente condanna alla reclusione di anni 6 e mesi 5) per un omicidio posto in essere ai danni della cognata dell'imputato. Trattasi tuttavia di episodio isolato posto che le vicende *Shazad Naz e Faqir Mohammed*⁴⁶ la posizione delle Corti fu la stessa del caso *Saleem*.

Dopo quest a breve indagine possiamo passare all'inquadramento normativo nazionale.

3.4 La normativa italiana dall'art. 587 del Codice Rocco ai giorni nostri.

"Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona la morte della persona che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella".

Il bene giuridico tutelato era rapportato al solo onore sessuale: "ciò si ricava dall'equiparazione che essa⁴⁷ pone tra lo stato d'ira per l'offesa all'onore e la scoperta della relazione carnale illegittima. Siccome cioè il secondo fatto attiene alla vita sessuale del congiunto, e siccome lo stato d'ira dev'essere stato determinato proprio dalla scoperta di tale fatto, ne discende logicamente che non potrebbe invocare l'applicazione di questa norma chi avesse compiuto il delitto per la difesa di un aspetto dell'onore diverso da quello propriamente sessuale"⁴⁸.

A livello teorico era stato detto che, venuta meno la fattispecie speciale, l'omicidio si sarebbe riqualficato come aggravato dal rapporto intercorrente tra agente e persona of-

⁴⁵ *Court of Appeal, Criminal Division* 16 febbraio 1996; in letteratura F. BASILE, *Immigrazione e reati "culturalmente motivati". Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, 203; A. PHILLIPS, *When culture means gender: issues of cultural defence in the british courts*, in *Modern law rev.* 2003, 4, 520 ss.

⁴⁶ Su cui vedasi F. BASILE, *Immigrazione*, cit. 204-205 anche per l'amplissima rassegna giurisprudenziale tedesca.

⁴⁷ La formulazione della norma.

⁴⁸ I. CARACCIOLI, voce *Causa di onore*, in *Dig. disc. pen.*, v. II, Torino, 1988, 584.

fesa ex art. 577 c.p. in quanto espressivo di una condotta che offende i valori etico-sociali tutelati dagli artt. 29 e 30 della Costituzione, dall'aggravante della premeditazione, con eventuale concorso degli artt. 62 n. 1 e 62bis c.p.⁴⁹ (in merito all'art. 62, n. 2 c.p.) si tornerà in prosieguo per la maggior complessità del tema). La dottrina aveva escluso l'applicabilità della prima circostanza in quanto il legislatore aveva codificato un mutamento del costume che disconosceva la riconducibilità del movente d'onore ad una ragione di particolare valore sociale o morale⁵⁰, non esprimendosi invece con posizioni particolari sulla seconda.

Si vuole evidenziare che il Codice Rocco aveva operato se possibile un arretramento culturale rispetto alla previgente normativa: richiedendo la sola *scoperta* della "illegittima relazione carnale" non esigeva la flagranza della condotta antiggiuridica, come gli articoli del precedente codice Zanardelli⁵¹, ma si accontentava di quanto oggi verrebbe chiamato *rumors*. Come se non fosse stato sufficiente la giurisprudenza si era manifestata assolutamente generosa nei confronti dell'agente ammettendo che lo stato d'ira potesse venire dilatato⁵², non potendosi dare lo stesso significato d'impeto d'ira, ma essendo richiesto che il soggetto non avesse il tempo di calmarsi⁵³. Risultava quindi possibile che il soggetto avuto *sentore* della relazione illecita si ponesse in un'ottica inve-

⁴⁹ I. CARACCIOLI, *Legge 5 agosto 1981, n. 442. Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*, in *Legislazione pen.*, 1982, 23.

⁵⁰ I. CARACCIOLI, *Legge 5 agosto 1981 cit.*, 24; conf. R. CONTE, *Note sull'abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore e sul nuovo testo dell'art. 578 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1981, 10, 673, il quale citava giurisprudenza costante a partire dal 1965. Da segnalarsi anche un'efficace espressione di Antolisei che qualificava il delitto ex art. 587 c.p. come "frutto di una *forma mentis* improntata a *retrivo egoismo* e di concezioni ancestrali dell'onore", F. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, edizione 1972, 51.

⁵¹ In cui all'art. 377 era prevista un'attenuante speciale: "Per i delitti preveduti nei capi precedenti, se il fatto sia commesso dal coniuge, ovvero da un ascendente, o dal fratello o dalla sorella, sopra la persona del coniuge, della discendente, della sorella o del correo o di entrambi, nell'atto in cui li sorprenda in flagrante adulterio o illegittimo concubito, la pena è ridotta a meno di un sesto, sostituita alla reclusione la detenzione, e all'ergastolo è sostituita la detenzione da uno a cinque anni". Si sottolinea comunque che la pena effettivamente comminata risultava assolutamente esigua: grazie al concorso con le altre circostanze all'ergastolo o alla detenzione da 22 a 24 anni spesso la stessa era inferiore all'anno di reclusione, così M. DONINI, *Omicidio e causa d'onore dal Codice Zanardelli al codice Rocco*, relazione presentata a Diyarbakir (Turchia), Atti del Simposio internazionale su "Issue of Custom and Honour Killing: Viewpoint of Sociology and Law", 26-27 settembre 2003, a cura di HAKERI, YILDRIM, ERPOLAT, ZEYTIM, 245-273, 4 del dattiloscritto per gentile concessione del Prof. Bernardi e del dott. Ciro Grandi.

⁵² Fu solamente alla fine degli anni settanta del secolo scorso che venne richiesta l'immediatezza della reazione, cfr. Cass. pen., sez. I, 23 marzo 1979, R., in *Giust. pen.* 1980, II, 173 (s.m.).

⁵³ M. G. BETTIGA-BOUKERBOUT, '*Crimes of honour*' in the Italian penal code: an analysis of history and reform, in L. WELCHMAN, S. HOSSAIN, (a cura di) *Honour: crimes, paradigms and violence against women*, London, 2005, 235.

stigativa per trovare le prove e alla fine della ricostruzione del *collage* uccidesse la malcapitata potendo reclamare a suo favore l'applicazione della norma.

Infine, essendo una fattispecie speciale, il trattamento più favorevole poteva essere esteso anche a chi non faceva parte del nucleo familiare, al concorrente, finanche al *killer* assoldato per tale *lavoro*, il quale significativamente non poteva far coincidere la *ratio* della propria condotta con l'ira derivante dal fatto ingiusto altrui⁵⁴.

Efficacemente “si può ben dire che il codice Rocco abbia modificato l'impostazione del codice Zanardelli: da situazione motivazionale, da circostanza attenuante soggettiva, la causa d'onore è divenuta una fattispecie autonoma privilegiata, una *quasi-scriminante*— si è detto anche, riferendosi alla fattispecie “comune” dei reati contro l'amministrazione della giustizia: una sorta di ragion fattasi, di esercizio arbitrario delle proprie ragioni— se non oggettiva, almeno “mista”, incidente tanto sul piano dell'*illecito* quanto su quello della *colpevolezza*, una specie di eccesso colposo (anche se il fatto resta doloso la pena è poco più di quella di un reato colposo) nell'esercizio di un quasi-diritto del coniuge (in caso di adulterio) o patriarcale (in caso di rapporto sessuale illegittimo di figlia o sorella) sulla moglie e sulla donna”⁵⁵.

Come riconosciuto da dottrina unanime non è stata l'abrogazione del dettato a far cambiare la mentalità della società; una chiave di lettura quantomeno per quanto attiene al mutamento della giurisprudenza può essere ritrovata nell'ammissione al concorso in magistratura per le donne avvenuto nel 1963, con la L. 66⁵⁶, ipotesi tutta da verificare però essendo necessario controllare l'effettiva composizione del collegio giudicante in casi ricadenti nella fattispecie di cui ci stiamo occupando.

Torniamo all'attuale configurazione normativa ed all'applicabilità dell'attenuante comune prevista dall'art. 62, n. 2 c.p.

Innanzitutto si ritiene che debba escludersi a priori la qualifica del fatto ingiusto per una relazione sessuale consumata fuori dal vincolo del matrimonio laddove venga reclamata dal fratello, dalla madre o dal padre della donna per la mancata possibilità di lamentare un danno diretto nei loro confronti, non essendovi alcun obbligo giuridico in tal senso; diversamente per quanto riguarda il marito l'esclusione dovrà essere argomentata

⁵⁴ M. DONINI, *Omicidio e causa d'onore* cit., 5.

⁵⁵ M. DONINI, *Omicidio e causa d'onore* cit., 6.

⁵⁶ M. G. BETTIGA-BOUKERBOUT, '*Crimes of honour*', cit., 240.

sull'assenza di proporzione tra una condotta lesiva del bene vita (indisponibile nei confronti dell'esterno) e sentimento del tradito⁵⁷. Si è stabilito infatti che pur mancando, a differenza della causa di giustificazione della legittima difesa, un'espressa richiesta normativa in tal senso "la mancanza assoluta di qualsiasi adeguatezza tra il fatto provocante e la reazione offensiva, costituisce una condizione negativa per la configurabilità della provocazione, sicché l'attenuante non sussiste quando manchi il necessario presupposto del fatto ingiusto oppure manchi il nesso di causalità psicologica per l'assoluta inesistenza di qualsiasi adeguatezza tra il fatto attribuito alla vittima e la reazione offensiva poiché in tal caso, il fatto della vittima non è causa, ma mera occasione rispetto all'azione criminosa del colpevole"⁵⁸. Si potrebbe quindi ben argomentare che anche un adulterio consumato e provato non possa mai essere attenuato *ex art. 62, n. 2 c.p.*, potendosi valutare questo effetto astenico solamente ai sensi dell'art. 133 seconda parte c.p. che attribuisce rilevanza alle condizioni ambientali e sociali nei quali il delitto matura.

A tal proposito vale forse la pena di ricordare come a ben sei anni dalla novella legislativa il movente d'onore venisse valutato ancora favorevolmente dai giudici e quali potessero essere le derive di una concezione eccessivamente elastica della provocazione. Si ritiene opportuno riportare per intero la pronuncia della Corte d'Assise di Trapani del 21 ottobre 1987, su un omicidio preterintenzionale commesso dal fratello ai danni della sorella, in cui, nell'ambito di un rapporto conflittuale con una tredicenne che aveva iniziato a frequentare una donna più anziana di discutibile fama e aveva avuto l'ardire di rispondere petulantemente nei confronti di chi doveva badare alla sua educazione (e vegliare si aggiunge sulla maturità sessuale), si motivò nei seguenti termini l'applicazione delle circostanze di cui all'art. 62, nn. 1 e 2 c.p.: "all'E. deve essere, innanzi tutto, concessa la circostanza attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale (art. 62, n. 1, c.p.) che, secondo il criterio interpretativo prevalente, sussistono ogni qualvolta il movente della condotta del reo sia suscettibile di una valutazione etica positiva e sia diretto a realizzare uno scopo spiccatamente nobile o altruistico oggettivamente conforme

⁵⁷ Così anche M. DONINI, *Omicidio e causa d'onore*, cit., 9.

⁵⁸ Cass. pen. 29 dicembre 1988, n. 12863, G., in *Riv. pen.*, 1989, 10, 957, citando Cass. pen., 27 giugno 1984, in *Riv. pen.*, 1985, 722, Cass. pen., 15 febbraio 1984, ivi, 66, Cass. pen. 24 giugno 1982, in *Cass. pen.*, 1983, 1510.

alla morale e ai costumi della collettività (cfr. Cass., sez. I, 13 dicembre 1978, Perone, Foro it., Rep. 1979, voce Circostanze di reato, n. 22; 13 maggio 1980, Di Pasqua, id., Rep. 1981, voce cit., n. 26; sez. V 3 febbraio 1982, Bonaventura, id., Rep. 1983, voce cit., n. 171). È stato ritenuto, invece, che non siano meritevoli di rilievo – ai fini della applicazione della norma in esame – tutte quelle situazioni che, pur originate da moventi particolari, risultino ispirate da spinte prevalentemente egoistiche e utilitaristiche (ad es. stato d'indigenza) o concezioni anacronistiche di taluni sentimenti (ad es. passione, gelosia e onore). L'attenuante in questione è, inoltre, caratterizzata da due elementi: quello soggettivo, che si concretizza nell'intenzione dell'agente diretta ad eliminare una particolare situazione di fatto ritenuta immorale o antisociale e quello oggettivo, che si verifica quando il movente sia conforme alla morale ed ai costumi del tempo e del luogo del commesso reato (cfr. Cass., sez. I, 26 settembre 1977, Virugno id., Rep. 1978, voce cit., n. 54). Tutti gli esaminati presupposti si evidenziano nell'azione dell'E.. Deve, in primo luogo, riconoscersi che il potere di limitare le estrinsecazioni della sfera sessuale e morale di un soggetto minorenni sia afferente all'esercizio della potestà educativa da parte del soggetto a questa preposto ed al riguardo è stato già ampiamente illustrato che tale potestà faceva capo all'imputato in via di fatto ed in sostituzione del genitore, che non l'esercitava o l'esercitava in maniera poco incisiva. Così come è evidente che l'E. fu mosso a percuotere la sorella, nell'intento, non soltanto di affermare in concreto l'esigenza di limitare, pur nell'ambito della libertà degli altri rapporti sociali di A. che non risultano essere stati per il resto contrastati, la vita sessuale di quest'ultima (a nulla rilevando l'acclarata impossibilità di accertare se in effetti questi tali rapporti sessuali avesse già intrattenuto), ma anche e soprattutto per rimuovere l'ostacolo frapposto dalla pervicacia della ragazza che, verosimilmente soggetta alle negative influenze dell'anomala amicizia stretta con una donna di facili costumi, non solo continuava a frequentare un ambiente, ritenuto dal fratello e dal padre di dubbia moralità, esponendosi a pericolo di traviamiento o rendendosi più permeabile, per la sua giovane età, ad altri rischi (è da notare come l'ambiente giovanile di Marsala sia, al giorno d'oggi, afflitto dai mali nefasti della droga), ma si ostinava a disconoscere l'attuazione da parte del fratello nei suoi confronti di potestà pedagogica. E, naturalmente, pur non potendosi sottrarre l'azione dell'imputato al giudizio di disvalore inerente alla commissione di un qualsiasi delitto, va affermato che l'opera di convincimento – sia pure attuata con mezzi

illeciti – per preservare una fanciulla tredicenne da attentati alla sua integrità morale, concreti o semplicemente probabili perché insiti nella fragilità psichica del soggetto e nella vita sregolata da questa condotta, corrisponde a finalità ed a principi che, per la densità del loro contenuto etico, sono approvati dalla coscienza dell'individuo medio e quindi dalla collettività, anche nei tempi attuali. Né la fattispecie in esame può essere facilmente travisata, per il luogo geografico e per l'ambiente in cui ha avuto luogo, scambiandosi l'intento correttivo dell'E. con un malinteso ed ingiustificabile scopo di reintegrare l'onore della ragazza e, per riflesso, quello familiare, poiché nessuno degli elementi processuali è idoneo ad accreditare una tesi simile. E la corte è ben consapevole di ciò. Per concludere, l'interpretazione data dalla corte (non risultando precedenti specifici in termini) è implicitamente confermata da una decisione non recente della suprema Corte di cassazione (cfr. Cass., sez. I, 7 dicembre 1965, Pietrantuono, id., Rep. 1966, voce Abuso dei mezzi di correzione, n. 5), con la quale, essendo stato ritenuto sussistente il delitto di abuso dei mezzi di correzione, è stato escluso che lo scopo correttivo potesse essere valutato come motivo etico, non perché non ricorrevano in esso gli estremi voluti dall'art. 62, n. 1, c.p., ma perché tale scopo, rientrando tra gli elementi essenziali del reato in questione, non poteva essere preso in considerazione una seconda volta. All'imputato va, inoltre, concessa la circostanza attenuante prevista dall'art. 62, n. 2, c.p., per avere egli agito in stato d'ira, determinato dal fatto ingiusto della sorella. Com'è noto, l'attenuante della provocazione si configura in presenza di tre elementi: 1) il fatto ingiusto altrui, realmente verificatosi e da intendersi non soltanto in senso strettamente giuridico, ma anche in costanza di una violazione del vivere civile e, quindi, di un comportamento sprezzante o di iattanza [...] 2) uno stato d'ira suscitato, da valutarsi con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona in cui è avvenuto il fatto; 3) esistenza di un rapporto di causalità psicologica tra offesa e reazione e non di occasionalità, ravvisabile nella proporzione fra il fatto provocante e quello provocato. Infine, elemento accessorio è quello della simultaneità della reazione, da intendersi, però, come più volte ha precisato la Suprema corte, non nel senso di immediatezza, ma anche quando la reazione avvenga dopo un lasso di tempo apprezzabile, giacché lo stato d'ira può perdurare nel tempo o riaccendersi (cfr. Cass., sez. I, 15 luglio 1981, Burgio [...]). Nella specie, è rimasto accertato che la giovane A., non solo si trattenne fino a tarda sera nell'abitazione della « P. », contro il volere del fratello e degli altri familiari (ingannan-

do, peraltro, l'imputato che ivi si era recato a cercarla, facendo negare la sua presenza) e nonostante i numerosi precedenti rimproveri e le promesse di ubbidienza fatte, ma anche rispose, al suo ritorno, alle censure del congiunto con disprezzo e petulanza («che te ne frega?»); che tale comportamento della ragazza, tenuto conto dei precedenti richiami e dell'ostinata e pervicace violazione da parte della stessa dei suggerimenti del congiunto anche in una particolare serata in cui la presenza in casa era richiesta da regole di convenienza, *suscitò l'ira dell'imputato e la proporzionata reazione di questo ultimo, il quale, nonostante avesse iniziato a riprenderla ancora una volta con rimproveri verbali, passò quindi a vie di fatto, percuotendola prima con ceffoni e poi in preda allo stato d'eccitazione con pugni e calci, nonché con la cinghia dei pantaloni che casualmente si trovava appesa nel bagno*. Del resto, anche a voler propendere per la tesi alternativa, secondo la quale tale evento avvenne nella mattinata seguente, avendo i due ripreso la discussione su quanto era accaduto la sera precedente, non potrebbe ritenersi carente l'elemento della simultaneità della reazione, poiché, alla stregua del principio sopra ricordato, lo stato d'ira, perdurato nell'imputato anche durante la notte, sarebbe nuovamente esploso alla vista della sorella ed alla ripresa dell'argomento, avente ovviamente, in questo caso, proprio ad oggetto la contestazione di quella frase dalla stessa pronunciata poche ore prima. Entrambe le attenuanti sono poi perfettamente compatibili fra loro, in quanto deve ritenersi che lo stesso fatto possa determinare da una parte, essendo offensivo di un sentimento nobile ed elevato, motivi di spinta all'azione approvati dalla coscienza etica collettiva e dall'altra, in quanto ingiusto, uno stato d'ira valutabile come fatto provocatorio (cfr. Cass. 13 gennaio 1970, Piemontese, [...]). L'imputato appare, infine, meritevole della concessione anche delle circostanze attenuanti generiche (art. 62 bis c.p.), sia avuto riguardo ai profili positivi già esaminati della sua personalità di giovane mite, incensurato, onesto lavoratore ed oltremodo gravato dalla responsabilità di provvedere alla cura dei suoi numerosi fratelli e sorelle, che in considerazione della accertata entità dei fatti e della particolare concatenazione causale di essi, fatalmente sfavorevole all'E.".

È da evidenziarsi nella vicenda in esame che *il giovane mite* era stato tale da disinteressarsi completamente delle condizioni della sorella che per giorni aveva camminato ricurva, trattenendo l'intestino o si contorceva nel letto dai dolori, essendo soccorsa dal padre "quando ormai le sue condizioni erano disperate ed irreversibili (priva di sensi e

cianotica)»⁵⁹.

Prima di passare all'analisi dei due casi passati in giudicato in Italia per un omicidio a causa d'onore⁶⁰, risulta opportuno soffermarsi su una recentissima decisione della Cassazione⁶¹ che ha riconosciuto ad un imputato italiano, vittima di tradimento, tale attenuante. Questa volta il defunto è l'amante della moglie dell'agente, freddato con cinque colpi di pistola, gli ultimi dei quali quando giaceva ormai inerme; i giudici di prime cure avevano disatteso la richiesta di applicazione dell'attenuante della provocazione posta l'inadeguatezza della reazione dell'imputato all'offesa. Quest'ultimo aveva colto la moglie, creduta con delle amiche, nell'abitazione dei suoceri mentre stava guardando un film pornografico in compagnia dell'uomo, il quale, dietro esortazione dell'imputato, era uscito dal divano dietro cui si era nascosto. A quel punto il primo aveva esplosa un colpo alla gamba sinistra, uno nella parte bassa del corpo, uno alla guancia in rapida successione e non mortali. A quel punto si era intrattenuto in una violenta discussione con la moglie, risparmiata in quanto madre dei tre figli, all'esito della quale aveva sparato alla regione frontale e parietale sinistra, freddandolo. Secondo la corte territoriale "l'intervallo temporale fra i primi tre colpi esplosi contro la vittima ed i due finali, fra i quali si è inserito l'alterco con la moglie, avrebbe dato luogo ad una sproporzione fra la risposta e la gravità del fatto ingiusto così rilevante da escludere la sussistenza dell'attenuante in parola, in quanto lo stato d'ira si sarebbe trasformato in un diverso sentimento, caratterizzato dalla freddezza d'animo".

Di opposto avviso gli Ermellini: "la prevalente giurisprudenza di questa corte è difatti orientata nel senso che [...] non rileva tanto già la proporzionalità fra offesa e reazione, essendo invece determinante la permanenza dello stato d'ira per il fatto ingiusto altrui che si ponga con rapporto di causalità psicologica fra offesa e reazione [...]. Non può infatti ritenersi che lo stato d'ira dell'odierno ricorrente sia scemato quando, dopo aver esplosa i primi tre colpi di pistola contro il G., il medesimo ha iniziato il tempestoso colloquio con la moglie nell'attigua cucina, sia per l'estrema brevità di tale colloquio, protrattosi presumibilmente per non più di un minuto, sia perché il suo stato d'ira, nel

⁵⁹ Corte d'Assise di Trapani, 21-10-1987, E., in *Foro. it.*, 1988, parte II, col. 324.

⁶⁰ Il terzo è avvenuto il 15 settembre 2009 ai danni di Saana Dafani per mano del padre a Montereale Valcellina (Pordenone), si trova ancora in fase di indagini preliminari.

⁶¹ Cass. pen. 3 giugno 2009, n. 29775 inedita per gentile concessione dell'Avv. Bogliolo.

corso di tale concitato colloquio, è da ritenere essere diventato ancor più parossitico, sì che, al momento del suo rientro nel salotto, lo stato d'ira del ricorrente, lungi dall'essere diminuito e dall'aver fatto luogo ad un diverso sentimento, legato alla freddezza ed alla ragione, era da ritenere al contrario non solo sussistente, ma anche più acuto". Ammesso che si possa essere concordi con tale spiegazione, è la premessa che non convince: senza arrivare a richiedere la proporzione della legittima difesa, ci sembrerebbe più corretta una dosimetria maggiormente rigorosa, calcolando anche il fatto che il soggetto è un metronotte e quindi istruito adeguatamente sull'impiego dell'arma; *breve* non è il *cooling period* che rende l'aggressione più o meno adeguata, esso serve esclusivamente a verificare che vi sia un rapporto di causalità psicologica tra offesa e reazione, ma è del tutto muto sulle caratteristiche di quest'ultima. Vero è che anche la norma nulla stabilisce in merito, ma è desiderabile accordare un'attenuante così corposa laddove il fatto ingiusto sia costituito da una condotta contraria ai soli *mores* consuetudinari o tutt'al più a qualche norma del diritto civile e sacrifici una vita umana?

Definita l'ira come "un impulso emotivo incontenibile caratterizzato da modificazioni organiche eccitate e reattive che si susseguono alla percezione ed alla riflessione nella psiche del fatto provocante e da un rapporto di causalità psichica tra offesa e reazione"⁶², se si accolgono pronunce così strutturate non si può più sostenere che il fondamento etico, ovvero la genesi del motivo, sia molto più importante rispetto a quello psicologico e naturalistico⁶³.

Passiamo ora all'analisi dei delitti d'onore allogeni, ma commessi nel patrio suolo per rendere ancora più esplicita la nostra tesi.

3.5. I leading cases italiani

3.5.1. L'omicidio preterintenzionale di Kaoutar Lashni

In provincia di Padova nel 2004 un padre marocchino percuote selvaggiamente la figlia diciannovenne, vittima di un matrimonio combinato con un cugino che si trovava in Marocco, perché aveva ricominciato a frequentare un ragazzo conosciuto in Italia e con cui aveva interrotto la relazione durante il tempo trascorso nella madrepatria. Il motivo scatenante della furia omicida fu, in questo caso, l'ammissione da parte della giovane di

⁶² Cass. pen., 21 giugno 1991, n. 6848, B., in Riv. pen. 1991, 1064.

⁶³ G. MARCONI, voce *Provocazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 823.

aver avuto dei rapporti sessuali con tale persona, anche se la confessione era stata causata dagli stessi pestaggi.

In primo grado il Lashni fu condannato ai sensi degli artt. 575, 577 co. 1, nn. 1 e 4, con le aggravanti dell'aver commesso il fatto per motivi abietti e futili e contro il discendente⁶⁴. L'abiezione, era stata motivata sul desiderio di sapere se la relazione con Braim perdurasse e soprattutto sulle violenze poste in essere per accettare un matrimonio combinato fondato sul mero interesse. La futilità invece era stata fatta discendere dalla presenza tra un mero pretesto di natura religiosa, pretesto perché la vera motivazione doveva ricercarsi in uno spirito vendicativo nei confronti di condotte legittime che invece vengono lette come spirito di ribellione⁶⁵. In secondo grado questa lettura viene mantenuta, mentre invece viene disconosciuta la presenza del motivo abietto: il modo dell'imputato di intendere e gestire la famiglia, l'onore e il rispetto delle promesse non sono elementi da suscitare ripugnanza, turpitudine e spregevolezza⁶⁶, giudizio poi divenuto definitivo in Cassazione⁶⁷. Secondo cui "viene esclusa l'aggravante dei motivi abietti, poiché l'imputato, immigrato marocchino, aveva inteso esercitare, sia pure esorbitando da ogni legittimo e ragionevole limite, la tutela matrimoniale - istituto riconosciuto dal diritto nazionale - nei confronti della figlia, che era stata maritata in Marocco e avrebbe intrapreso in Italia una relazione con un connazionale; situazione non riconducibile a quella profonda abiezione e perversità che sta alla base della circostanza".

⁶⁴ Trib. Padova, 9 giugno 2005, n. 446 in *Diritto immigrazione cittadinanza*, 2006, 4, 199 ss., con nota di L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, *ivi*, p. 63 ss.

⁶⁵ Precisamente: "Diviene così importante valutare il substrato culturale e l'ambiente in cui vive ed ha agito l'autore del fatto. Nel caso di specie, trattasi di persona di cultura mussulmana che, col pretesto di una apparente legittimazione derivante dalla religione islamica, aderisce a modelli di vita in cui vi è una disparità di trattamento tra uomo e donna, essendo quest'ultima per consuetudine, secondo regole arcaiche, assoggettata all'arbitrio della famiglia patriarcale tribale che dispone di lei come una proprietà e non la considera come persona. Tale situazione, però, è oggi sempre più rara in ambienti islamici moderati, come il Marocco, essendoci un lento processo di occidentalizzazione, favorito anche dai *mass media* che tendono alla globalizzazione. Un cittadino marocchino, dopo alcuni anni trascorsi nel nostro paese, pur avendo mantenuto dei legami con il paese d'origine, è dunque perfettamente in grado, pur conservando la propria cultura e le proprie origini, di rendersi conto dell'insopprimibilità in un paese civile di alcuni diritti fondamentali della persona umana, quali l'autodeterminazione. Se, ciò nonostante, egli reagisce con inaudita violenza a fronte di una ribellione della figlia allo stato di soggezione, la sua condotta diventa, non già espressione di una cultura arcaica, ma di uno spirito punitivo nei confronti della vittima, della quale non tollera l'insubordinazione (si veda il riguardo Cass, Sez 1, 25/10/1997)".

⁶⁶ Corte di Assise di Appello di Venezia, 9 gennaio 2006, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, 2006, 4, 199 ss., con nota di L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, *ivi*, p. 63 ss.

⁶⁷ Cass., 14 giugno 2006, n. 20393, Lhasni, in *Dejure*, la quale aveva dichiarati i ricordi dell'imputato e del PG, riconfermando quindi la sentenza d'appello.

La dottrina ha accolto in modo parzialmente critico tale pronuncia: “è comprensibile l’atteggiamento di netta chiusura manifestato dalla giurisprudenza rispetto ad argomentazioni difensive – incentrate sull’impossibilità di percepire il disvalore del fatto e miranti dunque ad escludere *tout court* il dolo [...]– l’accoglimento delle quali avrebbe comportato l’assoluzione di individui responsabili di reati assai gravi. Per la verità, rispetto a questi reati (maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale ecc.) la percepibilità della carica offensiva delle condotte tipiche nella massima parte dei casi non sembra preclusa in radice dalla diversa appartenenza culturale del reo”, ma non può dirsi la stessa cosa per la mancata valutazione in ordine alla gradazione della colpevolezza poiché “senza addentrarsi nella valutazione degli elementi fattuali del caso in oggetto, si può comunque sottolineare come il mancato rispetto di una promessa matrimoniale precedentemente contratta, per quanto all’evidenza sproporzionato ad una reazione omicidiaria, possa apparire un motivo tutt’altro che ‘futile’, se collocato nel quadro di una cultura caratterizzata dalla sopravvalutazione dell’onore familiare e misurato alla stregua del corrispondente parametro soggettivo, in linea con l’orientamento decisionale appena richiamato. Ecco allora che, contrariamente a tale orientamento e a dispetto della “dichiarazione d’intenti” favorevole all’apprezzamento della cultura del reo, la sentenza in esame sembra ancorare il giudizio sulla natura dei motivi ancora una volta a criteri oggettivi, per di più particolarmente rigorosi, se confrontati con quelli solitamente impiegati nelle decisioni ove l’aggravante in oggetto è stata esclusa”⁶⁸.

Un altro autore ha considerato quantomeno bizzarro che la causa d’onore idonea a comminare venticinque anni fa condanne lievissime e quasi mai scontate possa assurgere oggi con totale intransigenza a circostanza aggravante⁶⁹, senza per questo ovviamente disconoscere che la tutela della vita umana debba prevalere su qualsiasi interpretazione dell’onore familiare.

Lahsni non ha chiamato a sua discolpa l’art. 62 n. 2. e per le motivazioni sopra delineate concordiamo sul fatto che ciò sia assolutamente condivisibile, ma a questo punto ci chiediamo se il disonore di un marito italiano tradito valga davvero di più dello stesso

⁶⁸ Così C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in M. PIFFERI, O. GIOLO, (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, Torino, 2009, 199-200.

⁶⁹ L. MIAZZI, *Violenza familiare* cit., 68.

sentimento di chi si trova in un contesto lavorativo, umano ed esistenziale particolarmente difficile a causa del proprio percorso migratorio. Ed ancora una provocazione: la vittima autoctona a questo punto varrebbe di meno di quella di una giovane che si vuole occidentalizzare, ma è realmente così? O le rigidità dei giudici sono effettivamente “una cartina di tornasole del nostro modo di pensare e vedere”⁷⁰, che riesce a cogliere solo la differenza marcatamente manifesta (il musulmano, l’islamico omicida a motivo della sua religione⁷¹) e non la violenza di genere nei confronti delle *proprie* cittadine? Non vogliamo parlare di tutela per il momento riservandoci di farlo quando tratteremo delle funzioni della pena, ma è evidente che finché non saranno lanciati messaggi univoci il dubbio che l’Italia, anche attraverso le sentenze dei propri giudici, stia perseguendo un modello in *odium rei* va rinforzandosi.

Breve: o si assicura, quantomeno sotto il profilo dell’applicazione delle circostanze, che il proprio onore non può mai essere inframezzato dai comportamenti dei membri femminili della famiglia, arrivando all’applicazione uniforme dell’aggravante del futile motivo o sarà concessa a tutti la provocazione, posto che il fatto ingiusto, se ci si sforza di andare aldilà del pregiudizio nascente dalla propria cultura, può ben coincidere con un adulterio, ma non legittimerà mai reazioni lesive dei beni della vita, dell’integrità fisica, della libertà sessuale, pena il mascheramento della vera motivazione che si nasconde dietro il tradimento; a tacer del fatto che quest’ultimo potrebbe benissimo essere *contra jus* (ai sensi delle disposizioni del codice civile), ma perfettamente motivato oppure potrebbe verificarsi in un rapporto di convivenza *more uxorio*, dando luogo, laddove si applicasse la sola interpretazione testuale, all’esclusione della circostanza *de qua* per un’intera categoria di soggetti per motivazioni irragionevoli.

3.5.2. L’omicidio premeditato di Hina Salem

Hina Salem è una ragazza di origini pakistane che a Sarezzo (BS) viene uccisa dal padre e dai due generi l’11 agosto 2006 “imputati 1. del reato p.p. dagli artt. 61, n.1, 5 e 11, 110, 112 co.1, n.2, 575, 576 n.2, 577 n. 1,3, e 4 perché, in concorso morale e materiale tra loro, cagionavano la morte di S. H., colpendola con armi da punta e da taglio in vari punti del corpo ed in particolare nella regione carotidea; con l’aggravante di aver com-

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Erroneamente interpretata.

messo il fatto con premeditazione; con l'aggravante di aver commesso il fatto per motivi abiecti (consistiti nel fatto di aver voluto punire la donna per tutto un insieme di comportamenti quali l'essersi determinata a vivere fuori dal contesto familiare e tradizionale di origine pakistana, l'essersi rifiutata di unirsi in matrimonio con un connazionale, l'essersi procurata un lavoro serale a contatto con il pubblico, e in generale aver intrattenuto relazioni sociali e private libere in linea con il contesto sociale di tipo *occidentale*⁷² dove viveva, ed avendo voluto con il loro atto riaffermate una sorta di possessorio dominio che non tollera l'insubordinazione- disobbedienza e la libertà di scelta e di autodeterminazione morale e personale di un membro femminile, pur maggiorenne della famiglia, e così tenendo una condotta in insanabile contrasto con il comune sentire e con lo sviluppo del sistema sociale e normativo sia del paese ospitante che invero del paese di provenienza, e tale da sollevare nella collettività un marcato senso di riprovazione) e futili (essendovi rilevante sproporzione tra i motivi dell'agire e la gravità del fatto commesso, che contrasta con elementari esigenze di giustizia avvertite da tutta la collettività civile ove gli imputati erano inseriti da anni, così dimostrando una particolare capacità criminale con notevolissima probabilità di reiterazione in particolare con riguardo agli imputati che hanno altri figli); con l'aggravante di aver profittato delle circostanze di tempo e di luogo tali da ostacolare la pubblica e provata difesa, avendo profittato del periodo in cui tutti gli altri membri della famiglia, donne e minorenni, si trovavano nel paese di provenienza e del fatto che la vittima si trovava all'interno della loro abitazione lì attratta con l'inganno; con l'aggravante dell'aver commesso il fatto abusando del rapporto di fiducia derivante dall'ospitalità nella propria abitazione; quanto al solo S. M. con l'aggravante di aver promosso ed organizzato la cooperazione nel reato, o comunque diretto l'attività delle persone che sono concorse; quanto a S. M.⁷³ con l'aggravante di aver commesso il fatto nei confronti della propria figlia; quanto agli altri tre (rispettivamente zio e cognati della vittima) con l'aggravante dell'aver commesso il fatto in danno di un prossimo congiunto. 2. Del reato p.p. dagli artt. 61, n. 2, 110, 112, co. 1 e 412 c.p. perché in concorso morale tra loro, occultavano il cadavere di S. H. gettandolo in una buca scavata nel giardino della loro abitazione; commettendo il fatto al fine di procurarsi l'impunità del reato di omicidio di cui al capo che precede; quanto al solo S.

⁷² Corsivo originale nella sentenza.

⁷³ Lo stesso imputato.

M. con l'aggravante di aver promosso ed organizzato la cooperazione nel reato, o comunque diretto l'attività delle persone che sono concorse⁷⁴. La pubblica accusa chiedeva altresì per il padre il disconoscimento delle attenuanti generiche, che per effetto dell'applicazione del rito *ex art. 442 c.p.p.* faceva quantificare la pena in anni 30 di reclusione; la difesa il riconoscimento della provocazione e dell'art. 62bis c.p. nonché il disconoscimento della premeditazione, dei motivi abietti e futili con conseguente condanna a pena equa di giustizia.

Nel dibattito si delineava una storia familiare difficoltosa esacerbata dal desiderio della giovane di non sottostare alle rigide regole consuetudinarie che il padre le imponeva. Hina inoltre aveva denunciato nel 2003 il padre per maltrattamenti ed abusi sessuali; in seguito, ancora minorenni si era trasferita in una comunità, poi presso amici conosciuti nel suddetto posto, infine con il fidanzato italiano, ma aveva radicalmente modificato la propria testimonianza pochi mesi prima della morte.

Hina era rimasta in Italia dietro consiglio della madre⁷⁵, poi (a causa della nostalgia provata per la famiglia) sembrava avesse richiesto al genitore l'acquisto di un nuovo biglietto e fosse passata da casa per fornirgli i propri dati personali⁷⁶ o comunque fosse stata attirata nell'abitazione con il pretesto che fosse arrivato uno zio dalla Francia che le avesse portato dei regali. Effettivamente dovevano arrivare dei parenti della madre, ma non appena questa fosse rientrata dal Pakistan. Appena giunta a casa viene portata in soffitta, immobilizzata ed uccisa. Il verbale di sommarie informazioni reso dal principale imputato in data 14 agosto 2006 e unica versione considerata attendibile (per incompatibilità logica delle altre versioni con i riscontri testimoniali) così recita: "ho ucciso mia figlia perché non aveva un comportamento corretto da molti anni, in particolare lei beveva alcolici fumava ed era una puttana. Da anni non andavamo d'accordo. [...] Appena entrata in casa mi ha chiesto i suoi vestiti perché voleva ancora andare via di casa. Siamo andati a prenderli in solaio ove lei diceva di averli messi, mentre era in solaio sono andato in cucina, ho preso un coltello grosso, sono salito in solaio e le ho chiesto per l'ultima volta "sono tanti anni che sei fuori casa resta qua". Lei mi ha risposto "questa è

⁷⁴ G.U.P. Brescia sentenza 13 novembre 2007 n. 1191/07, per gentile concessione del difensore di S. M., Avv. Bordone.

⁷⁵ Nel verbale di sommarie informazioni ripreso nella sentenza la signora aveva riferito che il marito aveva proferito più volte minacce di morte nei confronti della figlia "se le cose fossero continuate così".

⁷⁶ I due passaporti pakistani della giovane sono stati ritrovati nell'abitazione dello stesso.

la mia vita non posso tornare indietro a casa perché amo fare questa vita. Non voglio più tornare indietro'. A questo punto le ho detto: 'tanti amici mi hanno detto che lavori in via Milano ad un bar e poi vai via con tanti ragazzi non so se prendi soldi o no per fare questo'; lei mi rispondeva 'questa è la mia vita'. A questo punto la mia testa ha cominciato a girare e in primo luogo ho preso una camicia o un vestito e le ho avvolto il collo stringendola, l'ho spinta a terra facendola inginocchiare e con il coltello le ho tagliato la gola»⁷⁷.

Ma qual è stato il movente del reato? "Hina è percepita come un serio problema, non solo per i risvolti interni alla famiglia, dando un cattivo esempio anche alle sorelle; ma soprattutto rappresenta un problema per la famiglia nei risvolti esterni verso la comunità pakistana. Negli ultimi tempi la segnalazione dei comportamenti eterodossi di Hina si fanno sempre più frequenti e ciò in stretta relazione al lavoro che essa svolge, che la espone agli occhi della comunità. È inaccettabile che la stessa lavori in un locale pubblico a contatto con clienti, per lo più indiani ma anche pakistani, che affluiscono in loco proprio per l'eccezionalità della presenza di una ragazza pakistana. Nel giudizio della comunità il S. vede qualcosa di fondamentale che non può essere trascurato, tenuto conto che si tratta di una comunità assai numerosa e che la famiglia è strettamente osservante»⁷⁸.

La corte esclude l'attenuante della provocazione: dagli eventi successivi alla morte si deduce la piena lucidità di tutti i correi argomentata dal tentativo di ripulire l'arma del delitto, dall'occultamento degli effetti personali della vittima, dall'assunzione della direzione delle operazioni di scavo ove riporre il cadavere, dal mantenimento di un certo contegno con gli estranei entrati in contatto con lui nelle ore immediatamente susseguenti all'accaduto, tutti elementi da cui si desume la premeditazione, ritenuta da dottrina e giurisprudenza unanime incompatibile con la prima circostanza.

La presenza del motivo futile viene così argomentata: "se dunque, la punizione della figlia con la morte viene programmata ed eseguita in quanto costei rifiuta di adeguarsi all'ortodossia comportamentale dettata dal padre [...]; se viene attuata nonostante, a fronte di questa rivendicazione della propria libertà di scegliere Hina manifestasse un intenso legame e affetto per la madre (cui peraltro negava che molti dei fatti attribuiti

⁷⁷ G.U.P. Brescia sentenza 13 novembre 2007 n. 1191/07, 7.

⁷⁸ G.U.P. Brescia sentenza 13 novembre 2007 n. 1191/07, 27.

dal padre fossero veri) ed il desiderio struggente di venire accettata dalla famiglia per come era (tanto da ritrattare per questa ragione le accuse a suo tempo sporte nei confronti dei genitori, da accettare di trovarsi imputata per calunnia), questa motivazione non è altro che manifestazione di una concezione del rapporto padre-figlia come possesso-dominio, come volontà di riaffermare il proprio potere messo in discussione con una punizione (l'eliminazione di una figlia) che elimina alla radice il problema ed ha anche il vantaggio di essere 'esemplare' nei confronti degli altri membri della famiglia, a scanso di possibili 'devianze' e 'contagi' pericolosi. In detta ottica il motivo a delinquere è certamente abietto e tale da suscitare nella comunità un marcato senso di riprovazione. Ma detto motivo è, nell'accezione legale sopra riportata, anche futile, per la sproporzione tra il motivo ed il fatto, per la coscienza civile. Anche parametrando il motivo del delitto, così come ricostruito, il motivo appare futile: alla stessa comunità pakistana il fatto è apparso privo di qualsiasi proporzione ed i motivi biasimevoli ed assolutamente insufficienti a portare all'azione così come concretamente realizzata⁷⁹.

Si dissente dal giudizio di PAROLARI sulla vicenda testè descritta secondo cui “nella percezione dell'opinione pubblica, la condanna di Saleem al massimo della pena ha dato nuovo slancio a quella lettura della vicenda che fin dal principio, individuando nel *background* culturale dell'imputato il movente dell'omicidio, ha denunciato la particolare gravità della sua responsabilità penale. Tuttavia, le motivazioni della sentenza rivelano un'analisi differente. Il Giudice, Dott.ssa Silvia Milesi, non ritiene infatti che Saleem si sia determinato a commettere l'omicidio della figlia per effetto dei condizionamenti esercitati dalla propria cultura d'origine. Al contrario, secondo il Giudice i motivi che hanno spinto Saleem ad uccidere sono abietti e futili proprio perché appaiono particolarmente riprovevoli, eccessivamente lievi, e significativamente sproporzionati rispetto alla gravità del reato, anche tenendo conto delle «connotazioni culturali del soggetto» e del «contesto sociale in cui si è verificato l'evento». È necessario, quindi, tenere distinte le motivazioni della condanna formulate nella sentenza dalla ricostruzione della vicenda emersa dai giornali, e avallata in certa misura da alcune considerazioni espresse dalla pubblica accusa. Nondimeno, *nel suo complesso* il caso Saleem mostra come, per effetto della crescente attenzione (dell'opinione pubblica ma non solo) alle eventuali connota-

⁷⁹ G.U.P. Brescia sentenza 13 novembre 2007 n. 1191/07, 42.

zioni culturali della condotta penalmente illecita dell'imputato, la cultura divenga sempre più spesso la principale chiave di lettura attraverso la quale sono interpretati non solo i fatti di cronaca, ma anche le decisioni giudiziali che li riguardano”⁸⁰.

Questo perché non si può sottacere innanzitutto una totale carenza di motivazione sulla condivisibilità della comunità pakistana nella futilità del motivo. A parere di chi scrive il giudice ha espresso del tutto apoditticamente tale convinzione, forse sulla scorta di importanti lotte femministe condotte nello stesso Pakistan da donne coraggiose, ma la posizione ufficiale dello Stato (comprensivo della giurisprudenza) esprime purtroppo una visione del tutto simile a quella manifestata dal condannato. Detto altrimenti il G.U.P. avrebbe dovuto dar conto di specifiche testimonianze in seno alla stessa comunità pakistana bresciana di espressioni di dissenso nei confronti della condotta filicida, quella stessa comunità che ha esasperato l'autopercezione dell'uomo attraverso un continuo flusso di maldicenze. Se il giudice invece si fosse riferito alla corretta applicazione della legge islamica, su cui ci siamo intrattenuti sopra, per cui il motivo è futile dal momento che una vita non può essere spezzata con un procedimento sommario fuori dalle aule di giustizia e secondo i dettami del Corano, avrebbe dovuto esplicitare tale passaggio logico, dovendo comunque indagare ancora una volta la concreta diffusione di tale conoscenza all'interno del gruppo di riferimento. La posizione della sorella citata in una delle note a piè di pagina non si ritiene sufficiente per parlare di dissenso nella comunità, posto che anche il marito della stessa difendeva le posizioni del padre di Hina.

Si condivide il *dictum* di un'isolata pronuncia di Cassazione secondo cui “il giudizio di futilità non può essere astrattamente riferito ad un comportamento medio difficilmente definibile, ma va ancorato agli elementi concreti della fattispecie, tenendo conto delle connotazioni culturali del soggetto giudicato, nonché del contesto sociale in cui si è verificato l'evento e dei fattori ambientali che possono aver condizionato la condotta criminosa”⁸¹; il che nel caso di specie significherebbe valutare il senso dell'onore nella tradizione pakistana, secondo la cultura attuale nazionale e con il metro di riferimento con-

⁸⁰ P. PAROLARI, *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica*, 2008, 3, 535-536.

⁸¹ Cass. pen., 16 aprile 1999 (ud. 17 dicembre 1998), Casale, CED 213378, citata da F. BASILE, *Immigrazione e reati “culturalmente motivati”. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, 349.

creto e quotidiano dell'agente. Non si può difatti disconoscere che una permanenza quasi ventennale dovrebbe aiutare ad ampliare la propria visione dei rapporti interpersonali, ma se la società di accoglienza esprime un rifiuto marcato al confronto, può accadere, e gli studi sociologici dimostrano che si tratta di ipotesi del tutto frequente, che fattori sociali condizionanti debbano essere intesi nella ristrettissima cerchia dei contatti di quest'ultimo. Ma se quello che preme è sottolineare la sproporzione, del tutto evidente, tra bene difeso e bene leso allora nel *caso di specie* il metro su cui commisurare la futilità riguarda solo ed esclusivamente il comune sentire italiano e delle nuove generazioni che lo hanno fatto proprio come Hina, ma che per il peso numerico e la flebilità delle loro voci (in quanto zittite dallo stesso stato italiano mediante politiche continue di emarginazione) continueranno ad essere soccombenti rispetto a chi rappresenta dei poteri forti in microsocietà così chiuse.

Si ritiene, pertanto, maggiormente condivisibile l'argomentazione della Corte d'Assise d'Appello di Venezia che ha riconosciuto la futilità –argomentando sul processo di progressiva pulizia del testo coranico da storture fondamentaliste consuetudinarie–, ma ha escluso l'abiezione del movente. Tecnicamente il risultato non divergerebbe (la circostanza comporta una sola diminuzione di 1/3), sarebbe anzi maggiormente fedele al dettato normativo che parla di motivi abietti o futili e giustificabile agli occhi delle stesse comunità coinvolte, risolvendosi in una prospettiva maggiormente funzionale per incanalare un messaggio di valutazione positiva da parte dell'ordinamento di fronte al senso dell'onore, ma che tale non possa mai risolversi in un malinteso senso di supremazia e possesso in particolarmente laddove leda o ponga in pericolo beni fondamentali come la vita.

Giunti a questo punto dobbiamo volgere la nostra attenzione nuovamente aldilà dell'oceano, dove la dogmatica della provocazione ha ricevuto, da parte principalmente della letteratura femminista, un notevole approfondimento.

3.6. La heat-of-passion doctrine

Nella maggior parte degli Stati americani, un soggetto che commetta un omicidio doloso, una volta che si ritrovi in uno “state of passion” viene condannato per *voluntary*

*manslaughter*⁸² e non per *murder*⁸³.

La formula tradizionale della dottrina della provocazione prevedeva uno standard oggettivo, ritagliato sul modello del *reasonable man*: apparteneva a tale novero chi fosse vittima di percosse di una certa entità, cogliesse la moglie in flagrante adulterio, non venisse provocato da ingiurie o alla vista di un incombente adulterio o nello scoprire la propria fidanzata con un altro uomo, non fosse omosessuale e risultasse totalmente privo di un'indole straordinaria o di deficienza dovute all'ambiente⁸⁴. Sulla base di tale elenco Dressler ha argomentato in un primo tempo che la *heat of passion* avesse un fondamento giustificativo: proprio la differenza tra cogliere o meno la moglie nella consumazione dell'atto o la distinzione tra la moglie e la fidanzata dimostrava che il *discrimen* non fosse riconducibile ad un sentimento che lasciasse intatto il disvalore di evento, secondo l'*harm principle*, posto che la reazione al tradimento dell'amata non varia a seconda dell'ufficialità o meno del legame, bensì che l'adulterio costituisse la più alta lesione alla proprietà di un marito⁸⁵.

Attualmente secondo alcuni autori il *rationale* dovrebbe essere ricercato in una prospettiva giustificante, per altri scusante in ragione della fragilità umana posto che “the ulti-

⁸² Nel diritto anglo americano si indica con questo termine l'omicidio volontario di secondo grado; la differenza con quello di primo grado riguarda sia la *mens rea* che l'*actus reus*, per tutti ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, V ed., Oxford, 2006, 256 ss.; più precisamente nel MPC statunitense la sezione 210.3 defines the offense of manslaughter to include both reckless homicide and homicide that would otherwise be murder but for the presence of “extreme emotional disturbance for which there is a reasonable explanation or excuse”.

⁸³ Nel diritto di *common law* si indicava con questo termine l'omicidio volontario caratterizzato da *malice aforethought*, ovvero premeditazione, trattasi della figura di omicidio più grave sotto il profilo soggettivo; negli USA invece con l'avvento del MPC si è cercato da fornire una diversa tipizzazione. Secondo la sezione 210.2 ad essa sono riconducibili i casi in cui un omicidio è commesso *purposely, knowingly, or recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life*. Più precisamente “§ 210.2. Murder. (1) Except as provided in Section 210.3(1)(b), criminal homicide constitutes murder when: (a) it is committed purposely or knowingly; or (b) it is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life. Such recklessness and indifference are presumed if the actor is engaged or is an accomplice in the commission of, or an attempt to commit, or flight after committing or attempting to commit robbery, rape or deviate sexual intercourse by force or threat of force, arson, burglary, kidnapping or felonious escape. B. SHAWN, *It could happen to the best of us: a theory of provocation*, in *New York University Annual Survey of American Law*, 2009, 65, 175; nella letteratura italiana sulla forma intermedia di colpevolezza della *recklessness* F. CURI, *L'istituto della recklessness nel sistema penale inglese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 3 975-1009; F. CURI, *Tra forme intermedie di dolo e colpa: un requisito soggettivo comune per il cittadino europeo*, in *Ind. pen.*, 2001, 1, 493-502; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002, 297-315.

⁸⁴ J. DRESSLER, *Criminal law: rethinking heat of passion: a defense in search of a rationale*, in *Journal of criminal law & criminology*, 1982, 2, 430.

⁸⁵ *Ivi*, 440, citando Regina v. Mawgridge, [1707] Kel. J. 119, 137, reprinted in 84 Eng. Rep. 1107, 1115.

mate question, therefore, is whether we (or the jury) consider the provoked party's anger within the range of expected human responses to the provocative situation. Put somewhat differently, we must decide if the provocative event might cause an ordinary person - one of ordinary and neither short nor saintly temperament - to become enraged or otherwise emotionally overcome”⁸⁶. Si reputa maggiormente condivisibile che questo secondo orientamento sia considerato secondo la chiave di lettura del *just desert*, vale a dire la mera ottica retributiva, che in quella utilitarista, essendo innegabile che come categoria generale chi agisce in preda all’ira non necessariamente sia meno pericoloso di un freddo e calcolatore *killer* e quindi abbisogni di minor rieducazione e parimenti la società non debba essere tutelata anche da tale categoria di soggetti. Riconoscendo altresì l’utilità di prevedere da parte dell’ordinamento delle forme di valutazione in senso positivo all’agente delle conseguenze di tali fortissime emozioni e quindi la non percorribilità delle dottrine che chiedono l’abrogazione *tout court* della categoria della provocazione, ci si chiede, tuttavia, se possa essere efficacemente limitata, prevedendola come ipotesi generale, esclusa per determinate fattispecie o, contrariamente, tipizzando delle scusanti o cause di giustificazione in riferimento a ben specifiche condotte, sul modello di quanto prevede il codice italiano in tema di ingiuria e diffamazione.

Oltreoceano una posizione interessante in merito si ritrova nel tentativo di delimitare la *provocation excuse* formulata da Nourse: “to merit the reduction of verdict typically associated with manslaughter, the defendant's claim to our compassion must put him in a position of normative equality *vis-a-vis* his victim. A strong measure of that equality can be found by asking whether the emotion reflects a wrong that the law would independently punish. This is not because the law makes his emotion ‘right’, or ‘proportional’, but because the ‘law’ reflects an *ex ante*, disinterested determination of the normative equities implicit in the defendant's claim for compassion⁸⁷. A tale proposta Dressler subito eccepisce che alcuni Stati americani condannano ancora l’adulterio, inoltre, citando Hart, dicendo che quel che distingue il giudizio penale da quello civile è la sua forte compenetrazione con la condanna morale da parte della comunità⁸⁸. A parere di

⁸⁶ J. DRESSLER, *Why keep the provocation defense?: Some reflections on a difficult subject*, in *Minnesota Law Review*, 2002, 3, 973.

⁸⁷ V. NOURSE, *Passion's progress: modern law reform and the provocation defense*, in *Yale law journal*, 1997, 2, 1396.

⁸⁸ J. DRESSLER, *Why keep the provocation defense* cit, 982.

chi scrive proprio quest'ultima obiezione, invece di indebolire, rafforza la tesi dell'autrice: è comune patrimonio quella che dai filosofi viene indicata con il nome di fallacia naturalistica, nel caso di specie non si ritiene che da un'osservazione empirica (la sanzionabilità penale del tradimento all'interno del rapporto coniugale secondo alcuni ordinamenti) possa derivare una valutazione prescrittiva o la confutazione di una tesi contraria; ci si dovrebbe, invero, chiedere come mai in un contesto culturalmente omogeneo e inserito al medesimo livello spazio temporale in alcuni ordinamenti sia ancora prevista tale sanzione. Non sarà forse un retaggio del passato che quei Legislatori non hanno ancora cancellato per inerzia?

La situazione negli USA nei casi di femminicidio per moventi asseritamente passionali è peggiorata negli Stati che hanno adottato il Model Penal Code⁸⁹, il quale prevede un'ipotesi assolutamente ampia di provocazione, riconducibile ad un estremo turbamento o da un disturbo mentale.

Sotto un profilo sistematico qual che è avvenuto è un riavvicinamento alle figure dell'*insanity* e della *diminished capacity*. Ciò è stato accolto negativamente da parte della dottrina la quale ha sottolineato la differenza tra l'assenza di capacità cognitive o volitive che caratterizza la prima e la figura di cui stiamo trattando.

In realtà siamo convinti che sia necessario partire dalla valutazione fatta all'esterno del diritto e della giurisprudenza di sentimenti quali il senso del possesso che conducono a sostenere l'attenuante della provocazione in ipotesi di adulterio o di tradimento in genere.

Come giustamente fa notare l'ultimo autore citato non si può infatti dire che nei casi di cui ci stiamo occupando manchi l'intento di uccidere: l'agente ritiene che l'unico modo per opporsi all'affronto subito sia l'eliminazione fisica del rivale o della fonte di tale sconvolgimento emotivo. Ma è ragionevole tutto ciò?

Posta la totale mancanza di fondamento oggettivo della circostanza (nessun essere umano può mai essere considerato di proprietà altrui) e la normalità del sentimento di gelosia e di dolore causato dalla scoperta che una persona con cui si riteneva di avere un rapporto esclusivo abbia tradito la nostra fiducia, con tutte le ricadute immaginabili in

⁸⁹ Section 210.3(1)(b) Manslaughter any intentional killing: committed under the influence of extreme mental or emotional disturbance for which there is reasonable explanation or excuse. The reasonableness of such explanation or excuse shall be determined from the viewpoint of a person in the actor's situation under the circumstances as he believes them to be.

termini di autostima, deve l'ordinamento penale *incoraggiare* la condotta assassina attraverso un trattamento sanzionatorio bonario? O risulta maggiormente aderente alla realtà ed al rispetto che si deve nei confronti di qualsiasi vita umana dichiarare espressamente che la morte non può mai essere considerata un tonico per l'orgoglio ferito e che pertanto chi è stato protagonista di una tale perdita di controllo deve riconoscere tale aggressività e curarla?

Detto altrimenti, la formulazione presente nel Model Penal Code va in senso totalmente contrario a quanto vorremmo sostenere se si parte dal presupposto che la reazione gravemente lesiva (non necessariamente omicidiaria) *debba* essere scusata (anche parzialmente), ma è totalmente accoglibile laddove la si legga nell'insieme del testo, ovvero nella reazione che è ormai diffusa nella società davanti a tali scoperte.

È stato affermato che questo parziale riconoscimento non proviene dall'ordinamento perché incoraggi o approvi una sì irragionevole condotta ma a causa dell'irragionevolezza del moto di passione in cui il *killer* agisce e che dev'essere imprevedibile, fuori dal suo controllo e causa almeno parziale dell'impedimento affinché tale soggetto possa prendere un decisione maggiormente consapevole⁹⁰ *i.e.* che l'irragionevolezza derivante dall'*heat of passion* che il soggetto esperisce in risposta alla provocazione è equivalente ad una diminuita razionalità, il che, combinato con il principio di proporzionalità fa ritenere sussistente una minore *mens rea* ed una corrispondente colpevolezza. L'estrema reattività emozionale dev'essere veramente tale cioè deve impedire un ragionamento razionale ed un conseguente comportamento altrettanto logico e lo deve essere necessariamente a tal punto da uccidere illegittimamente un altro essere umano⁹¹.

Lo stesso autore dopo un'ampia digressione sulle ultime indagini statunitensi in tema di aggressività, prosegue formulando un'esplicita richiesta per un modello che prenda in considerazione e accardi tale circostanza solamente laddove la disfunzione cognitiva,

⁹⁰ In originale *mindful*.

⁹¹ R.G. FONTAINE, *The wrongfulness of wrongly interpreting wrongfulness: provocation, interpretational bias, and heat of passion homicide*, in *New criminal law review*, 2009, 2, 75-76; in originale: "the emotion that the killer experiences while committing the homicide has to be substantial enough that it prevents rational thought and reasoned behavior. In other words, the actor's rationality is diminished as a direct result of his emotional dysfunction. The emotion is necessarily dysfunctional because it so significantly impairs the actor's rationality that he becomes able to wrongfully kill, and indeed wrongfully kills, another human being".

emozionale o il disturbo mentale comunque inteso possano essere scientificamente corroborate, anche nel dibattito attraverso le testimonianze di soggetti che abbiano una conoscenza diretta dell'imputato, nonché attraverso opportune perizie⁹². Riteniamo assolutamente condivisibile tale posizione che però, tornando al nostro ordinamento, ci porta ad escludere l'applicabilità della circostanza di cui all'art. 62, n. 2 c.p., a ritenere preferibile la trattazione del problema in una prospettiva di imputabilità (soprattutto dopo le aperture della Cassazione a sezioni unite in tema di disturbi della personalità⁹³) o, *de jure condendo*, propendere per una nuova formulazione sugli stati emotivi o passionali.

A chiosa, prima di passare all'analisi di altri cultural *orientated crimes*, una piccola polemica che proviene proprio dalla letteratura femminista: perché il *reasonable standard* è costruito sui precedenti commessi da uomini e mai sul comportamento medio tenuto dal gentil sesso in situazioni analoghe? È evidente che chi utilizza la *ratio* della scusa in realtà lo fa partendo da un'atavica giustificazione in chiave di possesso.

Accogliamo pertanto con favore pronunce come quella della Cassazione penale, n. 37352 secondo cui: "l'omicidio commesso dal marito per salvaguardare l'onore asseritamente offeso da una pretesa relazione sentimentale della moglie e dettato da un malinteso senso dell'orgoglio maschile è l'espressione di uno stato passionale sfavorevolmente valutato dalla comune coscienza etica, in quanto manifestazione di un sentimento riprovevole ed esasperato di superiorità maschile. Manifestamente infondata è anche la censura concernente l'omesso riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 2. Ai fini della configurabilità dell'attenuante della provocazione occorrono: a) lo stato d'ira, costituito da una situazione psicologica caratterizzata da un impulso incontenibile, che determina la perdita dei poteri di autocontrollo, generando un forte turbamento connotato da impulsi aggressivi; b) il fatto ingiusto altrui, costituito non solo da un comportamento antiggiuridico in senso stretto, ma anche dall'inosservanza di norme sociali o di costume regolanti la ordinaria, civile convivenza; c) un rapporto di causalità psicologica tra l'offesa e la reazione, indipendentemente dalla proporzionalità tra esse (Sez. 5[^], 13 febbraio 2004, n. 12558, rv. 228020). Dal complesso motivazionale della sentenza impugnata emerge che i giudici di merito, con ragionamento giuridicamente corretto, han-

⁹² *Ivi*, 87.

⁹³ Sentenza 25 gennaio 2005, n. 9163.

no ritenuto ostativi al riconoscimento della predetta attenuante l'assenza del fatto ingiusto della Farad, vittima di sospetti, pregiudizi e maldicenze, la mancanza di qualsiasi rapporto di adeguatezza tra il presunto fatto ingiusto e la ferocia della reazione del marito. La obiettiva sproporzione è tale da escludere in concreto la sussistenza del nesso causale tra asserito fatto ingiusto e reazione, sicché il primo ha costituito per l'imputato un pretesto per sfogare la propria gelosia e la propria volontà ritorsiva conseguente ad un malinteso senso dell'onore⁹⁴.

3.7. *Female genital cutting*⁹⁵

3.7.1. Introduzione storico-antropologica

Con tale locuzione s'intende indicare in senso lato un insieme di pratiche rituali consistenti nella modificazione più o meno estesa degli organi sessuali esterni della donna a

⁹⁴ Cass. pen., sez. I, 26 settembre 2007, n. 37352, in Dejure.

⁹⁵ Anche qui una precisazione è d'obbligo. Posto che come è stato fatto notare "le parole che si usano sono importanti, e non sono innocenti", così G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Quaderni costituzionali* 2007, 3, settembre 2007, 567, si ritiene che la locuzione scelta dal legislatore italiano sulla falsariga di quella impiegata dall'OMS sia volutamente cruenta e pertanto incorpori una connotazione ideologica di sfavore da cui dovrebbe tenersi il più lontano possibile chi sta cercando di investigare -in prima battuta necessariamente in senso avalutativo- una problematica così delicata, in questi termini anche A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2001, 78. Laddove possibile si impiegherà quindi l'espressione inglese utilizzata nel titolo: pur tecnicamente non comprensiva delle forme più leggere (puntura, foratura del clitoride) o delle altre condotte tipizzate dal legislatore italiano di cui al co. 2 dell'art. 583bis c.p. riteniamo il verbo *to cut* quanto di più oggettivo ad acritico esistente; in alternativa si opterà per il lemma modificazioni, soprattutto quando si tratterà di operazioni non altamente lesive per la salute, o si cercherà di usare i termini tecnici di clitoridectomia, escissione ed infibulazione, essendo nel panorama europeo sconosciute altre forme rientranti del punto 4 della classificazione OMS. Non si ritiene proficuo usare l'acronimo FC (female circumcision), se non nella parte critica del discorso in relazione alla circoncisione maschile. A differenza dell'insigne costituzionalista citata in apertura non si ritiene che debba essere sposata la scelta di un termine così pregnante per *ab initio* "sottolinearne la gravità sia dal punto di vista della violazione dell'integrità psico-fisica delle donne sia dal punto di vista simbolico, [...] affermarne senza esitazioni la assoluta inaccettabilità", G. BRUNELLI, *Prevenzione* cit, 567-568, essendo troppi i criteri valutativi e le conseguenze da prendere in esame. Spiace dire che a volte la sete sistematica del giurista, il desiderio di ricondurre tutto ad un *genus* comprensivo deve rimanere un obiettivo cui tendere per una disamina minuziosa dell'esistente, ma non può violentare la realtà per fini dogmatici. Non si può sottacere comunque che anche la strada da noi scelta sia stata criticata: secondo CIMINELLI "si attua così la riduzione di certe complesse realtà da fatti umani a meri fatti biologici, secondo quel medesimo meccanismo di (progressivo restringimento del mondo, [di] distorsione metonimica da mondo a corpo, da corpo a organo", M. L. CIMINELLI, *Le "ragioni culturali" delle mutilazioni genitali femminili: note critiche sulla definizione di Mgf dell'Oms/Who*, in *La Ricerca Folklorica*, 2002, (Oct.),43, cui comunque si rinvia per l'encomiabile approfondimento sulla nascita della scelta della locuzione. Tuttavia il diritto penale deve pronunciarsi, quantomeno in prima battuta, sulla sola lesione di un bene giuridico afferrabile e la lesione ad un organo ci sembra essere un buon punto di partenza in tal senso, riservandoci più avanti delle considerazioni critiche su cui l'antropologia medica può portare un notevole contributo in tema di salute e sessualità. Per una posizione chiaramente speculare alla nostra vedasi C. COLOMBO, *L'articolo 583 bis c.p. un illecito compiuto in nome della religione?*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza* 2009, 2, 60 ss.

scopo non terapeutico; secondo la classificazione fornita dall'Organizzazione mondiale della sanità si possono distinguere quattro principali tipi di modificazioni:

1. escissione del prepuzio con o senza escissione di parte o di tutto il clitoride;
2. escissione del prepuzio e del clitoride assieme all'escissione parziale o totale delle piccole labbra;
3. escissione di parte o di tutti i genitali esterni e sutura/ restringimento dell'apertura vaginale (infibulazione);
4. puntura, foratura, incisione, allungamento del clitoride e/o delle labbra, cauterizzazione tramite ustione del clitoride e dei tessuti adiacenti, raschiamento dell'orifizio vaginale o incisione della vagina, introduzione di sostanze corrosive in quest'ultima al fine di causarne il sanguinamento o di erbe con l'intento di provocarne il restringimento o la chiusura ed ogni altra procedura che rientri nella suddetta definizione di MGF.

Secondo una recente ed innovativa prospettiva sarebbe possibile scomporre l'elenco di cui sopra in sette diverse procedure:

1. incisione del clitoride;
2. separazione del cappuccio clitorideo senza amputazione di tessuto;
3. rimozione del cappuccio clitorideo;
4. mutilazione delle *labia minora*;
5. mutilazione delle *labia majora*;
6. rimozione di parte o tutto il clitoride;
7. sutura dell'apertura vaginale⁹⁶

Da un punto di vista tradizionale si possono ritrovare altre definizioni: con il termine *sunna* vengono indicate nel mondo arabo varie modalità di intervento che ricadono nel primo e secondo gruppo della classificazione precedente, *khafd* individua un'asportazione di clitoride, piccole e grandi labbra senza sutura, mentre la locuzione circoncisione faraonica o sudanese viene utilizzata come sinonimo di infibulazione. Recentemente tale pratica viene talvolta effettuata mantenendo la parte posteriore delle

⁹⁶ R. DARBY, J. S. SVOBODA, *A rose by any other name? Rethinking the similarities and differences between male and female genital cutting*, in *Medical anthropology quarterly*, 2007, 3, 308.

grandi labbra⁹⁷.

Secondo la maggioranza delle fonti scritte a noi pervenute⁹⁸, la pratica della circoncisione (corrispondente alla modificazione di I tipo nella definizione fornita dall'O.M.S.) era già presente in Egitto durante il II sec. a.C.⁹⁹, mentre l'infibulazione maschile si sarebbe attuata nell'antica Roma intorno al I sec d.C.¹⁰⁰ e quella femminile, praticata sulle schiave e legata agli aspetti patrimoniali del corpo, al III sec. d.C.¹⁰¹; a partire dal VI sec d.C. emergono in merito all'escissione delle documentazioni anche in territorio greco-bizantino e nei testi letterari arabo-persiani di epoca preislamica e, in seguito alle imprese marittime dell'epoca rinascimentale, si affacciano le descrizioni relative all'Africa, all'Asia ed all'America. Durante il periodo medievale l'escissione viene indicata come un'operazione volta alla riduzione dell'ipertrofia clitorido-labiale¹⁰², malformazione ritenuta particolarmente diffusa in Etiopia. Le prime prese di posizione contrarie a tali pratiche ebbero luogo proprio in quello stato durante il XV sec. ad opera dell'imperatore Zar'a Yakob, il quale le definì come "maomettane e pagane" adottate dai cristiani del Tigrè nella dimenticanza che Dio ha creato l'uomo e la donna a sua immagine e somiglianza; tutte le persone che si fossero sottoposte ad infibulazione sarebbero state passibili di scomunica e, in caso di morte derivatane, il *partner* della donna poteva essere perseguito per omicidio.

Un secolo più tardi, sotto l'impero di Claudio, un conflitto si accese tra la chiesa monofisita locale ed i gesuiti portoghesi i quali avevano condannato la circoncisione come pratica pernicioso in quanto d'origine giudaica.

L'escissione, tuttavia, è anche legata ad un'immagine mostruosa della sessualità femminile, a questo filone si possono ricollegare gli scontri dei missionari cattolici con i copti

⁹⁷ L. FAVALI, *Le Mutilazioni del Corpo: tra relativismo e universalismo. Oltre i diritti fondamentali?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2002, 1, 96-97.

⁹⁸ G. DEL MISSIER, *Le mutilazioni genitali femminili*, in *Medicina e morale*, 2000, 6, 1098-1100.

⁹⁹ Nel XV papiro greco del *British Museum* si cita esplicitamente una giovane che rientrerebbe nell'età prevista per tale usanza.

¹⁰⁰ Celso ed Oribase documentano dettagliatamente l'applicazione di una fibula di metallo sugli organi genitali maschili finalizzata a tutelare la salute dei giovani, evitare gravidanze indesiderate, preservare la forza nei gladiatori e le qualità vocali nei cantanti.

¹⁰¹ C. PASQUINELLI C. (a cura di) *Antropologia delle mutilazioni genitali femminili. Una ricerca in Italia*, 2000, Roma, 3.

¹⁰² M. ERLICH, *Notion de mutilation et criminalisation de l'excision en France*, in *Droit et cultures*, 1990, 20, 155.

convertiti che si rifiutavano di abbandonare il rito e di sposarsi con giovani non mutilate: in questo caso una commissione medica inviata dalla Santa Sede decretò la liceità delle pratiche basandosi su un'asserita ipertrofia propria delle donne autoctone.

Nonostante la copiosità delle fonti in merito, non è ancora noto dove le mutilazioni genitali siano effettivamente nate; su quest'aspetto si sono affermate due teorie ovvero l'origine indipendente e l'origine comune. La prima sostiene, fondando il ragionamento sulla diffusione quasi generale della pratica, che non è possibile procedere all'identificazione di una sola eventuale culla, mentre per i sostenitori della seconda tale luogo potrebbe essere alternativamente il Corno d'Africa, l'Egitto o la penisola arabica. Secondo autorevole dottrina è plausibile, osservando come l'Africa nord-orientale rappresenti lo zoccolo duro di tali pratiche, che proprio qui esse abbiano avuto origine per poi diffondersi in oriente attraverso le vie marittime che li collegavano.

Non bisogna però ritenere che le modificazioni dei genitali femminili siano prerogativa di realtà lontane dal continente europeo, al contrario, a partire dalla fine del XVIII anche qui si assiste, nell'ambito di una medicalizzazione dell'attività sessuale volta alla "cura" della masturbazione compulsiva, della ninfomania, dell'omosessualità e di svariate psicopatologie, al ricorso ad ablazioni chirurgiche, cauterizzazioni, applicazione di soluzioni caustiche sugli organi sessuali esterni ed infibulazioni.

Applicata per la prima volta nel 1822 da Grappe per il trattamento della "follia masturbatoria", la clitoridectomia fu eretta quarant'anni più tardi da Baker-Brown, ginecologo britannico passato ai posteri come "campione dell'escissione terapeutica" a panacea¹⁰³; nella stessa epoca l'americano Battey propose l'ovariectomia come trattamento per la risoluzione di diverse patologie di origine nervosa¹⁰⁴. Queste pratiche avranno il massimo sviluppo nell'Inghilterra vittoriana per poi scemare gradatamente a partire da autorevoli prese di posizione in senso contrario di alcuni operatori sanitari, pur resistendo negli Stati Uniti fino al non molto lontano 1959.

Attualmente si stima che nel mondo dai 132 ai 147 milioni di donne siano mutilate e che ogni anno oltre 2 milioni di bambine siano esposte al rischio di subire tale pratica; i

¹⁰³ Tuttavia, quando pubblicò i risultati delle sue ricerche nelle maggiori riviste mediche, Baker Brown fu violentemente contestato dai suoi colleghi e nel 1867 fu cacciato dall'*Obstetrical Society* di Londra. B. ELCHALAL, B. BEN AMI, A. BRZEZINSKI, *Female circumcision: the peril remains*, in *BJU international*, 1999, 1, 103-108.

¹⁰⁴ *Ivi*, 156.

dati numerici risultano, tuttavia, molto frammentari e non completamente attendibili in quanto molti dei luoghi dove tali riti vengono praticati non hanno fornito statistiche affidabili sull'argomento. Inoltre la ripartizione territoriale tra le diverse forme e la percentuale dei soggetti colpiti rispetto all'intera popolazione femminile, nonché l'età in cui l'operazione avviene può differire enormemente in ragione all'appartenenza clanica o tribale.

Volendo, tuttavia, tentare di fornire un'approssimativa "mappa", si può dire che il continente più colpito sia quello africano, in cui circa 28 stati situati nella zona subsahariana tra il tropico del cancro e l'equatore, dal litorale atlantico del Senegal alla Somalia e dalla Valle del Nilo fino alla regione dei grandi laghi, conoscono la presenza di tali pratiche. In Asia sud-occidentale le mutilazioni genitali sono diffuse tra le donne di etnia curda dell'Iraq settentrionale e in Arabia sud-orientale, nonché in Israele da una minoranza ebrea di origine somala (Falascià), nel resto del continente asiatico si sono segnalati casi in India, Indonesia, Malaysia e Pakistan.

In America le MGF sono diffuse tra alcune tribù dell'Amazzonia e del Messico, mentre in Australia era diffusa, sempre tra gli aborigeni dei territori centrali e del Queensland, la *araltakama* pratica consistente nella dilatazione della vagina attraverso l'utilizzo di uno strumento tagliente con "conseguente deflorazione e strappo della commisura vulvare posteriore"¹⁰⁵ effettuata la prima notte di nozze da un operatore tradizionale il quale, al termine della stessa, intratteneva un rapporto sessuale con la donna prima di "donarla" al legittimo compagno.

Nel continente europeo e nell'America settentrionale le pratiche mutilatorie hanno visto il loro ingresso principalmente in seguito alle ondate migratorie di soggetti provenienti dai luoghi precedentemente elencati, in cui le stesse assumono una forte valenza culturale. Anche in questo caso le stime sono molto imprecise, si ritiene, comunque, che nel 1992 in Francia il numero delle donne circonciuse ammontasse a 20.000 e a 7.000 quelle a rischio¹⁰⁶; la stessa cifra, secondo il servizio statistico di Wiesbaden, si riscontrava in Germania nel 1999¹⁰⁷, mentre nel 1997 il numero delle immigrate provenienti da Paesi a

¹⁰⁵ G. DEL MISSIER, *Le mutilazioni* cit., 1107.

¹⁰⁶ *Ivi.* 1108.

¹⁰⁷ P. HERZBERGER-FOFANA, *Excision et émigration: la situation en Allemagne*, in *Présence africaine*, 1999, 160, 110.

tradizione mutilatoria si aggirava attorno alle 38.600 unità¹⁰⁸. Quest'ultima cifra veniva quantificata, sempre relativamente al 1997, in Olanda in 21.508 unità, nel Regno Unito in 148.291, in Svezia in 14.557. In Italia le donne mutilate sarebbero circa 28.500, mentre 50.000 circa rappresenterebbero la popolazione a rischio escissorio¹⁰⁹.

3.7.1.2. I significati delle modificazioni genitali

La diffusione di tali pratiche impone, in particolar modo se si vuole tentare di prospettare una soluzione almeno parzialmente soddisfacente del loro trattamento nei Paesi tradizionalmente estranei alle stesse, di analizzare il profondo significato attribuito loro nel contesto in cui sono usualmente effettuate. Analizzeremo le principali motivazioni adottate, soffermandoci in particolar modo su quelle che, secondo una visione antropologica, appaiono le più convincenti.

Possono costituire in prima battuta un rito di passaggio dall'infanzia alla pubertà e di differenziazione; ci troviamo all'interno di *“quelle pratiche cerimoniali che guidano, controllano e regolano i mutamenti di status, di ruolo o di età delle persone e, così facendo, scandiscono le varie fasi del ciclo di vita trasformandole in un percorso ordinato e dotato di senso che ne soddisfa i bisogni di identità e di riconoscimento”*¹¹⁰.

Attraverso la mutilazione sessuale si passa dall'età dell'infanzia all'età adulta, ma non solo: cosa molto più importante si diventa donna, la connotazione biologica è infatti ritenuta insufficiente per la costruzione dell'identità di genere, attraverso il rito, al contrario, si indica alla persona *“ciò che è e dev'essere”*¹¹¹. È interessante sottolineare che non s'interviene solamente sulla morfologia dei genitali, eliminando quello che viene ritenuto maschile (il clitoride è spesso assimilato ad un piccolo pene), bensì sull'intero aspetto fisico della donna e quindi sulla sua espressività, sulle sue movenze, le posture ed il portamento. Alcuni movimenti (la corsa, il giocare a pallone) risultano di fatto inconciliabili con l'operazione avvenuta e quindi bambine e bambini iniziano a seguire un cammino diverso all'interno della stessa comunità, arrivando ad una sorta di naturalizzazione del-

¹⁰⁸ A. RAHMAN, N. TOUBIA, *Female genital mutilation. a guide of laws and policies worldwide*, 2000, New York, 159.

¹⁰⁹ G. DEL MISSIER, *Le mutilazioni genitali cit.*, 1108-09.

¹¹⁰ C. PASQUINELLI C. (a cura di) *Antropologia cit.*, 4.

¹¹¹ *Ibidem*, in questo senso si veda anche I. GILLETTE-FRENOY, *L'excision et sa présence en France*, in *L'ethnographie*, 1992, 112, 29.

le procedure attraverso cui la cultura costruisce le appartenenze di genere.

Sempre sulla linea della differenziazione di genere si è poi argomentato che l'infibulazione potesse costituire un mezzo per favorire la divisione dei compiti nelle società seminomadiche. Secondo la c.d. ipotesi etologica difatti la mutilazione di III tipo risponderebbe alla necessità di affievolire gli odori sessuali femminili che causerebbero nel bestiame di cui sono responsabili (ovini e caprini) e che sono essenziali alla sopravvivenza del gruppo, episodi di aggressività, nonché l'aumento delle probabilità di essere facilmente localizzati ed attaccati dalle fiere¹¹². Tale chiave di lettura è stata tuttavia contestata giacché l'infibulazione eliminerebbe gli odori collegati al mestruo, ma non quelli legati alle gravidanze ad allattamento, inoltre le dimensioni molto ridotte dell'orifizio vaginale (della larghezza di un chicco di grano) prolungano la durata del ciclo stesso aumentando al contrario il pericolo di aggressione¹¹³. A nostro avviso, però, per quanto "fantasiosa" possa sembrare, in tale spiegazione si ritrova comunque l'elemento della rigida differenziazione dei ruoli che abbiamo analizzato precedentemente e quindi potrebbe essere un'altra modalità attraverso cui è avvenuta la naturalizzazione delle diversità di genere.

Altro elemento molto importante da rammentare è che assai frequentemente nelle società in cui si praticano le modificazioni risultava e risulta diffuso il c.d. *bridewealth*. Tali pratiche assurgono a componente fondamentale del matrimonio in Africa; quest'ultimo è un istituto a cui, a differenza di quanto avviene nella contemporanea società occidentale, non ricorrono i due nubendi in piena libertà, ma è un'unione combinata da due famiglie, all'interno delle quali il potere di decidere le condizioni della stessa appartiene ad un gruppo di maschi coresidenti che rappresentano tre generazioni genealogiche (gli uomini anziani, gli adulti normali, gli adulti giovani). A fronte della perdita della donna, o meglio della sua purezza, della fertilità e dei diritti sulla sua capacità lavorativa e sulla prole, alla famiglia della sposa viene versato un compenso economico¹¹⁴ che, a sua volta, costituirà il fondo cassa per poter permettere ai suoi fratelli di contrarre matrimonio pagando alle future mogli tale *bridewealth*.

¹¹² G. DEL MISSIER, *Le mutilazioni cit.*, 1114.

¹¹³ C. PASQUINELLI (a cura di) *Antropologia cit.*, 25.

¹¹⁴ S. A. JAMES, *Reconciling international human rights and cultural relativism: the case of female circumcision*, in *Bioethics*, 1994, 1, 8.

Per comprendere appieno quanto importante sia nella società di cui ci stiamo occupando il vincolo matrimoniale e quanto questo sia strettamente legato alle mutilazioni genitali possiamo portare degli esempi dal Sudan. In questo Stato, infatti, presso i Berti le nozze tra soggetti non circoncisi sono invalide poiché ritualmente vietate¹¹⁵ e le giovani non possono essere deinfibulate finché il giovane non abbia versato alla famiglia della sposa tale quantitativo di beni¹¹⁶.

A questo punto è chiaro come le mutilazioni genitali costituiscano una salvaguardia per la castità della donna, requisito indispensabile affinché si possa coniugare e quindi, nei limiti della società tradizionale, per la sua stessa sopravvivenza, nonché la garanzia affinché una risorsa fondamentale per il clan familiare non vada perduta.

Giunti a questo della disamina antropologica possiamo sfatare il mito dell'adempimento di un obbligo religioso nei paesi a tradizione islamica.

Benché il Corano non parli della circoncisione femminile né vi accenni indirettamente, la seconda fonte della *shari'a*, ovvero la *sunna*, contiene degli espliciti riferimenti a tale pratica. In un *hadith*¹¹⁷ particolarmente famoso Maometto, rivolgendosi ad una operatrice tradizionale, l'avrebbe invitata a tagliare leggermente senza esagerare, mentre, in un altro, avrebbe indicato la circoncisione maschile come azione conforme all'esempio del Profeta (*sunnah*) e quella femminile come meramente nobile o, ma non obbligatoria (*makrumah*), come risultato si sarebbe ottenuto un abbellimento del volto ed una reazione di estasi nel marito¹¹⁸. L'islam sunnita¹¹⁹ ha fornito diverse risposte a questa controversa tematica: secondo le scuole Hanafita e Malikita entrambe le mutilazioni sarebbero meritorie, ma non vincolanti, per l'Hanbalita, la circoncisione costituirebbe indispensabile segno distintivo solamente dell'uomo musulmano, mentre per la Shafiita en-

¹¹⁵ H. LADISLAV, *Religion and custom in a muslim society: the Berty of Sudan*, Cambridge, 1991, 167, citato in L. FAVALI, *Le mutilazioni del corpo: tra relativismo e universalismo. Oltre i diritti fondamentali?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2002, 1, 106.

¹¹⁶ C. G. WIDSTRAND, *Female Infibulation*, 104 citato in *ibidem*.

¹¹⁷ Aneddoto su quanto Maometto ha detto o fatto durante la sua vita, che completa i dettami del Libro Sacro.

¹¹⁸ D. ATIGHETCHI, *La legge islamica ed il corpo delle donne*, in *il Mulino*, 1996, 5, 1000; G. CASSANO, F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali, circoncisioni e ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e giustizia*, 2003, 9, 91; G. DEL MISSIER, *Le mutilazioni cit.*, 1111.

¹¹⁹ Con questa locuzione, si indicano generalmente i seguaci delle quattro scuole giuridiche islamiche che nacquero dal IX sec. in poi come portavoce della *sunna* sul Profeta e della comunità musulmana e che rappresentano l'85% circa dei fedeli musulmani.

trambi i tipi sarebbero vincolanti¹²⁰. La tradizione sciita¹²¹ si baserebbe invece su una pronuncia dell'Imam¹²² Al-Sadiq secondo cui la circoncisione femminile è *makrumah*¹²³. Le prime due interpretazioni si riferirebbero comunque alla versione meno devastante di mutilazione, tuttavia queste diverse posizioni all'interno delle quattro correnti giuridiche canoniche, accompagnate all'imprecisione sulla profondità della lesione permessa, hanno fatto sì che pratiche animiste ben più violente continuassero ad essere perpetrate e ad essere inserite nell'immaginario popolare come compimento di un dogma.

Emergono altre argomentazioni religiose utilizzate per contrastare le mutilazioni genitali femminili: in alcuni versi del Corano vi sarebbe un'esplicita condanna nei confronti di ogni alterazione della creazione, in particolare la *Sura al-Nisa'* (v.119) ne considera ogni arbitraria modificazione come opera diabolica, gli *hadith* citati non sono autentici, la pratica deriva dalla consuetudine locale pre-islamica e secondo uno degli *Ulama*¹²⁴ di Al-Azhar (la più rinomata Università nell'Islam) un comportamento è obbligatorio solo se prescritto da un verso del Corano, da un racconto convalidato o dal consenso della comunità (*ijma*) che è la quarta fonte della *shari'a*, tuttavia poiché non vi è dimostrazione alcuna di quest'ultimo, la circoncisione femminile non è obbligatoria per le mu-

¹²⁰ Tuttavia, non si può dire che queste posizioni siano rigidamente fissate, esistendo delle contrapposizioni all'interno delle stesse scuole. Per un approfondimento si veda SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Muslims' genitalia in the hands of the clergy. Religious arguments about male and female circumcision*, testo reperito il 28/05/2004 in <http://www.Ipj.org/nonviolence/Sami/articles/eng-articles/genitalia.htm>.

¹²¹ Contrapposta alla sunnita, nacque dopo la morte di Maometto a causa del dibattito che si era acceso in ordine al suo avvicendamento nella guida della comunità; mentre i sunniti riconoscevano la legittimazione dei "quattro califfi ben guidati", divenuti capi della comunità islamica per acclamazione, gli sciiti ritenevano che solo il quarto di loro (Ali), cugino e genero del Profeta fosse il legittimo successore.

¹²² Capo degli sciiti designato da Dio, discendente da Ali. La dottrina dell'imamato, che presuppone una catena di dodici *imam*, è di fondamentale importanza per lo sciismo duodecimano, diffuso in Iraq meridionale, Iran, e nel subcontinente indiano con minoranze consistenti in Afghanistan, Libano, Asia centrale, Turchia e negli stati arabi del golfo. L'imamato è trasmesso agli uomini che discendono in linea diretta dalla famiglia del Profeta e sono ritenuti senza peccato ed infallibili; il dodicesimo *imam* non è morto, ma continua a vivere nascosto ed un giorno comparirà come Messia per far trionfare la giustizia; nel frattempo egli è rappresentato dai giuristi e quindi ogni fedele deve fare riferimento alla dottrina di un studioso vivente dato che solo questa categoria è in grado di comprendere la *shari'a*.

¹²³ SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Male and Female Circumcision among Jews, Christians and Muslims. The Child's Right Of Self-Determination as to Sexual Integrity*, testo reperito il 28/05/2004 in <http://www.Ipj.org/nonviolence/Sami/articles/eng-articles/circfribourg.htm>, p.11; SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Muslims' genitalia in the Hands of the clergy. Religious arguments about male and female circumcision*, testo reperito il 28/05/2004 in <http://www.Ipj.org/nonviolence/Sami/articles/eng-articles/genitalia.htm>, p.9.

¹²⁴ Giusperito.

sulmane¹²⁵.

Secondo altre posizioni, in assenza di solide basi nel testo sacro e nella *sunna* è l'opinione dei medici che deve dettare legge.

Infine la dottoressa Nawal Al-Saadawi scrisse: “*if religion comes from God, how can it order man to cut off an organ created by Him as long as the organ is not deceased or deformed? God does not create the organs of the body haphazardly without plan. It is not possible that he should have created the clitoris in a woman's body only in order that it be cut off at an early stage in life.*”¹²⁶.

Tuttavia anche se l'escissione non è direttamente prescritta dalla religione, l'Islam è fortemente ancorato a valori quali la castità e la purezza delle future spose, si arriva così ad una sorta di giustificazione a posteriori, in nome della religione, di una pratica avente ben altre finalità¹²⁷.

A chiosa non possiamo esimerci dall'accennare a ragioni di ordine igienico (in numerosi dialetti arabi il termine che indica la circoncisione maschile e quella femminile è *tahūr* la cui radice rimanda al significato di purezza, inoltre la donna non circoncesa viene anche chiamata *nigsa*, cioè sporca¹²⁸, infatti il sangue mestruale in molte società tradizionali viene visto come un tabù¹²⁹), estetico (la donna con il clitoride è mascolina¹³⁰ o comunque la morfologia naturale dei genitali femminili è poco gradevole da vedere¹³¹) e psicologico, servirebbero in altri termini a garantire una maggiore pulizia e ridurre l'istinto femminile in modo tale da evitare il compimento di atti proibiti, tale riduzione faciliterebbe inoltre il matrimonio poligamico in quanto, se escissa, la donna risulterebbe meno esigente¹³², nonché, grazie al restringimento vaginale, favorirebbe l'aumento

¹²⁵ D. ATIGHETCHI, *La legge islamica cit.*, 1003.

¹²⁶ SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Male and Female Circumcision among Jews, Christians and Muslims. The Child's Right Of Self-Determination as to Sexual Integrity*, testo reperito il 28/05/2004 in <http://www.Ipj.org/nonviolence/Sami/articles/eng-articles/circfribourg.htm>, p 13.

¹²⁷ I. GILLETTE-FRENOY, *L'excision et sa présence cit.*, 35-36.

¹²⁸ G. CASSANO, F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali, circoncisioni cit.*, 91; L. FAVALI, *Le mutilazioni cit.*, 103.

¹²⁹ *Ivi*, 104.

¹³⁰ A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, 2001, Roma-Bari, 84, S. A. JAMES, *Reconciling cit.*, 8.

¹³¹ L. FAVALI, *Le mutilazioni cit.*, 103.

¹³² G. DEL MISSIER, *Le mutilazioni cit.*, 1110.

del piacere dell'uomo¹³³. Come si può notare, la sessualità femminile non costituisce un bene in sé, ma risulta socialmente costruita in funzione del ruolo che la donna deve occupare nel gruppo: moglie e madre, infatti altre fonti fanno esplicito riferimento all'aumento della fertilità¹³⁴ ed alla pericolosità del clitoride per il bambino durante il parto o per l'uomo in quanto contenente delle secrezioni letali¹³⁵. Una spiegazione ancora più fantasiosa è quella dell'asserita presenza del diavolo all'interno del clitoride e del prepuzio maschile¹³⁶.

È tuttavia necessario sottolineare che molte delle spiegazioni suddette sono state contestate in seno alla stessa letteratura antropologica: non sarebbe difatti condivisibile una *vulgata* che si basa sulla perdita di senso originario per mantenere, soprattutto nei Paesi di immigrazione, la pratica come abitudine o come strumento di controllo sulla donna; innanzitutto è stata smentita "l'illusione ottica di una autenticità originaria, tanto essenzialistica quanto storicamente implausibile"¹³⁷. Secondariamente vi è un dubbio sulla stessa originalità della spiegazione antropologica sotto il profilo soggettivo: il fatto che il singolo sposi acriticamente il costume del proprio gruppo di appartenenza potrebbe non coincidere con la realtà, ma con la chiave di lettura conformista ed abitudinaria di un osservatore esterno; inoltre nella letteratura occidentale si tende spesso a sovrapporre quelli che sono veri e propri riti di iniziazione all'impressione di marchi sessuali che, nel caso delle donne, può avvenire anche in via progressiva, come nel caso dei Mauri della Mauritania dove all'escissione precoce si aggiunge il *bluh* o, *gavage* consistente in un regime alimentare - da porsi in essere dalla caduta dei denti da latte per tre o quattro anni consecutivi, che di norma coincide con il tempo delle nozze, cui arrivano impuberi, durante il periodo di lattazione dei cammelli- al fine di sopprimere il piacere sessuale¹³⁸. Ma è la spiegazione fondata sulla indifferenziazione originaria a trovare il dissidio maggiore. Secondo Ciminelli infatti questo "luogo comune supinamente ripetuto" a partire

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Presso alcune culture le donne sono considerate naturalmente sterili e solamente attraverso le mutilazioni genitali possono ottenere la fertilità, in questo senso si veda L. FAVALI L., *Le mutilazioni* cit.105, S. A JAMES, *Reconciling* cit.,8.

¹³⁵ G. DEL MISSIER, *Le mutilazioni* cit., 1110,

¹³⁶ L. FAVALI, *Le mutilazioni* cit., 105.

¹³⁷ M. L. CIMINELLI, *Le "ragioni culturali"* cit., 45.

¹³⁸ *Ivi*, 46.

dall'opera di Erlich è nato dal fraintendimento del mito *dogon*, mito che era riservato ai soli uomini, trovandosi invece anche qui una spiegazione delle operazioni in termini di prestazioni economiche che il fidanzato deve alla famiglia della sposa, di prevenzione dell'infedeltà, di percezione di sporcizia e di bruttezza dell'organo *nature*. Proprio a quest'ultimo è legato, almeno nella società sudanese il significato di "un atto simbolico che pone in risalto, in una società certamente maschilista, l'indispensabilità delle donne in quanto madri di uomini, evidenziando la loro fertilità mediante la complementare svalutazione della loro sessualità: nell'insistere sulla necessità dell'infibulazione per le loro figlie, le donne sudanesi affermano la loro indispensabilità sociale"¹³⁹.

3.7.2. Gli effetti sulla salute¹⁴⁰

Le conseguenze mediche differiscono notevolmente in relazione innanzitutto alla tipologia della mutilazione e, in secondo luogo, alle condizioni ambientali in cui la stessa viene eseguita, si possono, inoltre, suddividere gli effetti immediati da quelli a medio e lungo termine.

Fanno parte dei primi dolori molto forti, causati dal fatto che la zona colpita è ricca di terminazioni nervose e che di norma non vengono impiegati anestetici, il sanguinamento susseguente alla lesione delle branche labiali delle arterie pudende o dell'arteria clitoridea dorsale con un pericolo di morte per emorragia dovuta al flusso massivo e all'alta pressione sanguigna; shock neurogenetico, forme gravissime d'infezione (tetano, cancrena, setticemia) collegate all'utilizzo di strumenti non sterili, alle condizioni non igieniche, al contatto dell'area genitale con feci ed urina; la non rimarginazione della ferita trasformatasi in ulcera cronica, nonché, nel caso di riti di gruppo, trasmissione di patologie quali Hiv e Hvb. Si possono verificare anche fratture del femore, della clavicola, dell'omero o lo spostamento della giuntura del fianco nel caso di una forte pressione sulla donna, che si può verificare nel caso in cui venga trattenuta da più persone.

Nel lungo periodo si possono verificare difficoltà e dolore nella minzione, infezioni ricorrenti del tratto urinario ascendente con compromissione della vescica e dei reni, formazione di cisti e cheloidi, tumori, dismenorrea, calcoli, compromissione delle ovaie ed

¹³⁹ BODDY 1989, 55, citato in M. L. CIMINELLI, *Le "ragioni culturali"* cit., 47.

¹⁴⁰ E. DORKENOO, *Combating female genital mutilation: an agenda for the next decade*, in *World health statistics quarterly*, 1996, 49, 143.

infertilità. Nel caso dell'infibulazione inoltre si può creare una "falsa vagina", delle fistole tra la vescica e la vagina o il retto e la vagina, ristagno del sangue mestruale.

Infine notevoli complicazioni emergono durante la gravidanza.: lacerazioni dovute a sclerosi cicatriziale di tessuti normalmente elastici, prolasso uterino, nonché prolungamento del travaglio con conseguente aumento di sofferenze fetali, patologie neonatali, morbilità e mortalità perinatale.

Last but non least in relazione all'importante ruolo che svolge l'aspetto legato alla sessualità nel benessere psicofisico di una persona, si possono verificare rapporti dolorosi o comunque non piacevoli dovuti alla rimozione degli organi deputati alla sensibilità erogena¹⁴¹.

Anche questi dati sembrano però essere stati recentemente messi in discussione da una stimata antropologa medica di Harvard la quale, attraverso lo spoglio della letteratura scientifica medica disponibile (435 articoli) ha evidenziato come da un lato la maggior parte degli ultimi contributi che riferivano di effetti devastanti riconducibili al FGC non fornissero alcuna prova al riguardo; parallelamente i pochi che contenevano dati empirici erano metodologicamente deboli e presentavano problemi relativi al controllo della qualità¹⁴². Non vogliamo soffermarci troppo sul tale critica: indubbiamente sembra che si sia assistito ad un appiattimento di tutte le pratiche sul "taxon prototipico (dell'infibulazione) assumendo anche le pesanti connotazioni negative che a questo sono attribuite nella nostra cultura"¹⁴³ e che attraverso una medicalizzazione molte delle conseguenze prospettate potrebbero essere contenute, ma trattasi sempre dell'ablazione su organi sani, in assenza di ragioni mediche, eccezion fatta per un disagio psicologico della donna e tanto basta, almeno in prima battuta per considerarle delle lesioni.

3.8. La normativa africana

Attualmente una specifica incriminazione per le diverse ipotesi di *female genital cutting* è prevista in Togo¹⁴⁴ (dove si prevede la reclusione per l'autore e tutti i compartecipi da

¹⁴¹ *Ivi*, 1104-1105; A. RAHMAN, N. TOUBIA, *Female genital mutilation* cit.8-9.

¹⁴² C. OBERMEYER, *Female genital surgeries: the known, the unknown and the unknowable*, in *Medical anthropology quarterly, new series*, 1999, 1, 79-106, citato anche da G. SATTA, *Il corpo delle altre*, in S. RODOTÀ, F. RIMOLI (a cura di) *Bioetica e laicità. Nuove dimensioni della persona*, Roma, 2009, 126.

¹⁴³ G. SATTA, *ivi*, 119.

¹⁴⁴ Togo. Loi No. 98-016 du 17 Novembre 1998 portant interdiction des mutilations génitales féminines au Togo. (Journal Officiel de la République Togolais, Vol. 43, No.30, Special Number, 21 November 1998,

2 a 5 anni e/o l'ammenda da 100,000 a 1,000,000 di franchi raddoppiati in caso di recidiva); Tanzania¹⁴⁵, Senegal¹⁴⁶, Ghana¹⁴⁷, Burkina Faso¹⁴⁸, Djibouti¹⁴⁹, Benin¹⁵⁰, Eri-

p.2 Section1. Dispositions générales. Article 1. Toutes les formes de mutilations génitales féminines (M.G.F.) pratiquées par toute personne, quelle que soit sa qualité, sont interdites au Togo. Article 2. Aux termes de la présente loi, les mutilations génitales féminines s'entendent de toute ablation partielle ou totale des organes génitaux externes des fillettes, des jeunes filles ou des femmes et/ou toutes autres opérations concernant ces organes. Sont exclues de cette catégorie, les opérations chirurgicales des organes génitaux, effectuées sur prescription médicale. Section 2. Sanctions. Article 3. Quiconque par des méthodes traditionnelles ou modernes aura pratiqué ou favorisé les mutilations génitales féminines ou y aura participé, se rend coupable de violences volontaires sur la personne de l'excisée. Article 4. Toute personne qui se sera rendue coupable de violence volontaires au sens de l'article 3 sera punie de deux mois à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 100,000 à 1,000,000 de Francs ou de l'une de ces deux peines. La peine sera portée au double en cas de récidive. Article 5. Si les mutilations ont entraîné la mort de la victime, les coupables seront punis de 5 à 10 ans de réclusion. Article 6. Sera punis d'un mois à un an d'emprisonnement ou d'une amende de 20,000 à 500,000 Francs celui qui, ayant connaissance d'une excision déjà prévue, tentée ou pratiquée, alors qu'on pouvait penser que les coupables ou l'un d'eux pratiqueraient de nouvelles mutilations génitales féminines qu'une dénonciation pourrait prévenir, n'aura pas aussitôt averti les autorités publiques. Sont exemptés des dispositions ci-dessus, les parents ou alliés jusqu'au 4e degré inclusivement des auteurs ou complices des agissements incriminés. Section 3. Dispositions finales. Article 7. Les responsables des structures sanitaires tant publiques que privées sont tenus de faire assurer aux victimes de mutilations génitales féminines accueillies dans leur centres ou établissements les soins les plus appropriés. Les autorités publiques compétentes sont informées sans délai afin de leur permettre de suivre l'évolution de l'état de la victime et de diligenter les poursuites prévues par les présentes dispositions. Article 8. La présente loi sera exécutée comme loi de l'État, <http://www.stopfgmc.org/client/sheet.aspx?root=141&sheet=1452&lang=en-US>, visitato il 06/11/2009.

¹⁴⁵ Sexual Offences Special Provisions Act, 1998 il quale ha introdotto nel codice penale l'articolo 169A che così recita: "Cruelty to children (1) Any person who, having the custody, charge or care of any person under eighteen years of age, ill treats, neglects or abandons that person or causes female genital mutilation or procures that person to be assaulted, ill-treated, neglected or abandoned in a manner likely to cause him suffering or injury to health, including injury to, or loss of, sight or hearing, or limb or organ of the body or any mental derangement, commits the offence of cruelty to children. (2) Any person who commits the offence of cruelty to children is liable on conviction to imprisonment for a term of not less than five years and not exceeding fifteen years or to a fine not exceeding three hundred thousand shillings or to both the fine and imprisonment, and shall be ordered to pay compensation of an amount determined by the court to the person in respect of whom the offence was committed for the injuries caused to that person", <http://www.stopfgmc.org/client/sheet.aspx?root=141&sheet=1450&lang=en-US>

¹⁴⁶ Law No. 06-99 of January 16, 1999, la quale inserisce l'art. 299 bis nel codice penale che punisce "Whosoever violates or attempts to violate the integrity of the genital organs of a female person by total or partial ablation of one or several of the organ's parts, by infibulation, by desensitization or by any other means will be punished with imprisonment of six months to five years." "The maximum penalty will be imposed when these sexual mutilations are performed or abetted by a member of the medical or paramedical corps ... When they result in death, the penalty shall be hard labor for life ... Any person who, through gifts, promises, influences, threats, intimidation, abuse of authority or of power, provokes these sexual mutilations or gives instructions for their commission shall be punished with the same penalties", <http://www.stopfgmc.org/client/sheet.aspx?root=141&sheet=1447&lang=en-US>

¹⁴⁷ La legge n. 484 del 4 agosto 1994 introduce nel codice penale la sezione 69A (female circumcision), (1) Whoever excises, infibulates or otherwise mutilates the whole or any part of the labia minora, labia majora and the clitoris of another person commits an offence and shall be guilty of a second degree felony and liable on conviction to imprisonment of not less than three years. (2) For the purposes of this section 'excise' means to remove the prepuce, the clitoris and all or part of the labia minora; 'infibulate' includes excision and the additional removal of the labia majora, Botti, 76

trea¹⁵¹ ed Egitto¹⁵².

¹⁴⁸ 132 Legge no 043/96/ADP du 13 nov.1996 *Journal Official du Burkina Faso* Article 380 Est puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 150.000 à 900.000 Francs CFA ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque porte ou tente de porter atteinte à l'intégrité de l'organe génital de la femme par ablation totale, par excision, par infibulation, par insensibilisation ou par tout autre moyen. Si la mort en est résultée, la peine est un emprisonnement de cinq à dix ans. Article 381 Les peines sont portées aux maximum si le coupable est du corps médical ou paramédical. La juridiction saisie peut en outre prononcer contre lui l'interdiction d'exercer sa profession pour une durée qui ne peut excéder cinq ans. Article 382 Est puni d'une amende de 50.000 à 100.000 Francs CFA, toute personne qui, ayant connaissance des faits prévus à l'article 380, n'en avertit pas les autorités compétentes. Burkina Faso. 13 novembre 1996. « *Loi no 043/96/ADP du 13 novembre 1996 portant Code pénal* ». *Journal officiel du Burkina Faso*, Vol. 29. No 1, citato in F. BOTTI, 74, cui si rinvia per una critica sulla legislazione degli Srati africani.

¹⁴⁹ Penal Code, 1995. Article 333. Les violences ayant entraîné une mutilation génital sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 1,000,000 F d'amende, <http://www.stopfgmc.org/client/sheet.aspx?root=141&sheet=1434&lang=en-US> visitato il 06/11/2009

¹⁵⁰ LOI: N 2003-03 Portant répression des la pratique des mutilations génitales féminines en République du Bénin. Article 2 Toutes les formes de mutilations génitales féminines pratiquées par toute personne, qu'elle que soit sa qualité, sont interdites. Article 3 : Aux termes de la présente loi, les mutilations génitales féminines s'entendent de toute ablation partielle ou totale des organes génitaux externes des personnes de sexe féminin et/ou toutes autres opérations concernant ces organes. Sont exclues de cette catégorie, les opérations chirurgicales des organes génitaux effectuées sur prescription médicale. Article 4: Quiconque aura pratiqué sur une personne de sexe féminin une mutilation génitale sous quelque forme que ce soit, sera puni d'une peine d'emprisonnement de six (06) mois à trois (03) ans et d'une amende de cent mille (100.000) à deux millions (2.000.000) de francs. Article 5: Lorsque la mutilation génitale est pratiquée sur une mineure de moins de 18 ans, le coupable sera puni d'une peine d'emprisonnement de trois (03) à cinq (05) ans et d'une amende allant jusqu'à trois millions (3.000.000) de francs. Article 6: En cas de décès de la victime, le coupable sera puni des peines de travaux forcés de cinq (05) à vingt (20) ans et d'une amende allant de trois millions (3.000.000) à six millions (6.000.000) de francs. Article 7: Quiconque aura aidé, assisté, sollicité l'exciseur ou l'exciseuse, lui aura fourni des moyens ou donné des instructions, sera traité comme complice et condamné aux peines encourues par l'auteur principal. Article 8: En cas de récidive, le maximum de la peine sera appliqué sans bénéfice de sursis. Article 9 : Toute personne qui, informée 1 de la préparation d'une mutilation génitale féminine, n'aurait pas agi pour empêcher sa commission sera poursuivie pour non assistance à personne en danger et punie des peines prévues au code pénal. Toute personne qui a connaissance d'une mutilation génitale féminine est tenue d'en informer immédiatement le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire le plus proche aux fins de droit. La non dénonciation est punie d'une amende de cinquante mille (50.000) à cent mille (100.000) francs, in <http://www.stopfgmc.org/upload/docs/en/37.pdf>

¹⁵¹ Proclamation 158/2007. A Proclamation to Abolish Female Circumcision penalty of 2 to 3 years in prison and a fine of 5 to 10 thousand Nafka for those found guilty of performing FGM/C. If it causes death, the penalty is increased to 5 to 10 years in prison. Those requesting the practice to be performed (parents, family members, etc.) are also punishable with a fine and imprisonment from 6 months to 1 year.

¹⁵² Legge n. 126 of 2008 emendando la Law on Children (No. 12 of 1996) ha aggiunto due articoli al codice penale egiziano: art 242 bis, recita che “without prejudice to the Penal Code, article 61, or any heavier penalty provided for by another law, anyone inflicting the injuries covered under articles 241 and 242 of the Penal Code in the course of performing female circumcision shall be punished by a term of imprisonment of between three months and two years or a fine of between 1,000 and 5,000 pounds”, <http://webapps01.un.org/vawdatabase/searchDetail.action?measureId=25149&baseHREF=country&baseHREFId=465>, visitato il 06/11/2009.

3.9. La normativa italiana

Dal 2006 il codice penale sostanziale alla “tradizionale” fattispecie di lesioni personali segue il reato di *Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili* il quale punisce con la pena della reclusione da quattro a dodici anni chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili intendendosi con essa la clitoridectomia, l’escissione e l’infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo. Lesioni, diverse da quelle tipizzate *supra*, ai medesimi organi da cui discenda una malattia nel corpo o nella mente e poste in essere con il fine di menomare le funzioni sessuali della vittima prevedono la pena della reclusione da tre a sette anni.

Al terzo comma viene prevista un’attenuante speciale (fino a 2/3) per lesione di lieve entità; al quarto comma un’aggravante laddove le pratiche di cui al primo e al secondo comma siano commesse a danno di un minore ovvero se il fatto è commesso per fini di lucro¹⁵³.

È indubbio che l’introduzione di una fattispecie autonoma abbia avuto in prima battuta una valenza simbolica: “Nell’introdurre una fattispecie ad *hoc*, oltretutto contenuta in un impianto normativo più vasto, sembra si sia inteso sottrarre un fenomeno nuovo (ma astrattamente pur sempre realizzato mediante lesioni) – un fenomeno socialmente ‘altro’ ed inconsueto – alla possibilità di essere metabolizzato dall’interpretazione e dalla prassi applicativa sviluppatasi in relazione all’art. 583 c.p., specie in riferimento al consenso dell’avente diritto. Non è quindi difficile, ragionando questa volta in termini più genera-

¹⁵³ Per il commento alla legge si rinvia in dottrina a F. BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili L. 09-01-2006, n. 7*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 6, 678 ss.; F. BASILE, *Sub art. 583bis* in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, 3876-3889; G. CASSANO, F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili* in *Fam. dir.*, 2007, 2, 179 – 200; C. CIOTOLA, *La legge sul divieto di pratiche di mutilazione genitale femminile*, in A. FUCCILLO (a cura di) *Multireligiosità e reazione giuridica*, Torino, 2008, 333-351; C. COLOMBO, *L’articolo 583 bis cit.*, 60 ss; G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*. Milano, 2008, 179 – 202; A. GENTILOMO, A. PIGA, A. KUSTERMAN, *Mutilazioni genitali femminili: la risposta giudiziaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1, 13-33; L. MIAZZI, A. VANZAN, *Modificazioni genitali: tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, 1, 13 – 34; V. MAGNINI, *La disciplina penale delle mutilazioni genitali femminili. Le nuove fattispecie di cui agli artt. 583-bis e 583-ter c.p.*, in *St. iur.*, 2006, 10, 1081 – 1089. C. PIEMONTESE *Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto della pratiche di mutilazione genitale femminile (Commento all’art. 6 della l. 9 gennaio 2006 n. 7)* in *Leg. pen.*, 2006, 2, 293 – 306; G. SALCUNI, *Art. 583 bis. Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili. – Art. 583 ter. Pena accessoria*, in A. MANNA (a cura di), *Delitti contro la persona*, vol. I e II, Torino, 2007, 124-127.

li, ravvisare un intento, un disposto, per così dire ideologico, ossia la volontà di introdurre una norma in un certo senso prevalentemente ‘simbolica’ o ‘manifesto’ avente funzione dichiarativa e di autoaffermazione contro culturale di quei valori appartenenti al Paese che la esprime”¹⁵⁴.

Tale definizione può risultare ampiamente suffragata dalla disamina dei lavori parlamentari che hanno preceduto la novella.

È stato, giustamente, criticato il mancato ricorso “strumenti formalizzati di raccolta di informazioni utili a progettare un intervento legislativo coerente ed efficace”¹⁵⁵, nella forma dell’indagine conoscitiva, omissione che ha ostacolato l’esigenza di “formalizzare’ il momento partecipativo al processo di produzione di un atto normativo di carattere (anche) repressivo rivolto a comunità etniche di minoranza: ciò che si sarebbe potuto ottenere attraverso l’audizione personale dei rappresentanti di tali comunità, oltre che di associazioni di donne impegnate nella lotta alle mutilazioni genitali e di esperti in materia. Degli atti delle indagini conoscitive è assicurata la pubblicità mediante resoconti stenografici, soddisfacendosi così l’esigenza di conoscibilità e controllabilità del processo politico-normativo. Niente di tutto questo, in vista dell’approvazione della legge sulle mutilazioni sessuali, ma soltanto audizioni informali, di cui non resta traccia nei resoconti parlamentari: non sappiamo chi sia stato audito, con quali criteri siano stati scelti o esclusi i soggetti da interpellare, che cosa essi abbiano affermato nel corso delle audizioni. Si tratta senz’altro, sotto il profilo della collaborazione tra Parlamento e interlocutori presenti nel corpo sociale, di un’occasione sprecata”¹⁵⁶.

Altro indice di simbolismo viene derivato dall’anticipazione al contenuto saliente (incriminazione) di articoli dedicati all’esposizione delle finalità della legge e di norme educative e preventive così vaghe ed indeterminate¹⁵⁷ e con una copertura finanziaria talmente irrisoria¹⁵⁸ aggiungiamo noi da risultare marcatamente evidente l’intento *ca-*

¹⁵⁴ M. BARDI. *L’art. 583 c.p. e l’individuazione delle difese culturali*, in http://www.psicologiagiuridica.com/pub/docs/2009/numero%20X%20rivista/tesi_bardi.pdf, visitato il 06/11/2009.

¹⁵⁵ G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto* cit., 576.

¹⁵⁶ *Ivi*, 578.

¹⁵⁷ *Ivi*, 579.

¹⁵⁸ Parla di “meritoria attività [...] idonea , con un po’ di buona volontà, a stampare qualche migliaio di volantini”, G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili*, cit., 192.

mouflant perseguito dal legislatore.

In limine l'ultimo indizio: Disegno di Legge 414-B prevedeva, nel testo riunito approvato dalla Commissione Giustizia, la presenza all'art. 5 di una disposizione che concedeva lo *status* di rifugiate alle donne che intendevano sottrarre se stesse o le figlie minori al rischio di mutilazioni genitali in quanto il paese di origine o provenienza consentisse tali pratiche. La Camera si era divisa su due schieramenti contrapposti: chi sosteneva l'approvazione da parte dell'Assemblea della norma argomentava *in primis* la coerenza con l'impianto generale, posto che se si consideravano le mutilazioni genitali come pratiche barbare su cui il civilizzato occidente doveva intervenire al più presto con una pena elevata, non si poteva al contempo negare alle donne ed alle bambine la possibilità di sfuggire alla stessa. Gli oppositori ragionavano secondo due diverse linee, la prima riguardava l'inopportunità di trattare una questione complessa come la concessione dello *status* di rifugiata in un modo così superficiale dato che è in discussione un disegno di legge che si occupa esclusivamente di tale tema, asserendo, conseguentemente, di spostare il dibattito in quella sede, la seconda presentava delle motivazioni di merito, concernenti la mancata copertura finanziaria e la critica nell'approvare una norma che avrebbe comportato l'automatica accoglienza di tutte le donne potenzialmente esposte al rischio di mutilazioni genitali, derivante dallo spettro della strumentalizzazione di tale opportunità, dati anche i benefici di cui gode un rifugiato rispetto ad un qualsiasi altro immigrato.

La discussione avvenuta alla Camera era incentrata, in realtà, sull'introduzione di una norma che poteva derogare alla procedura ordinaria, concedendo automaticamente lo *status* di rifugiato, posto che, in quanto aderente alla Convenzione di Ginevra in nostro paese ha l'obbligo di seguire le linee guida dettate dall'Alto Commissariato per i rifugiati delle Nazioni Unite, che dal 1994 riconosce espressamente le FGM come persecuzioni¹⁵⁹. La dottrina italiana ha evidenziato altre mancanze di questa legge, come delle strade, che spaziano dall'applicazione dell'art. 19 del Testo unico sull'immigrazione agli artt. 330, 342*bis*, 342*ter* c.c., che possono essere battute per l'effettiva tutela delle

¹⁵⁹ United Nations High Commissioner for Refugees, *Memorandum: Female Genital Mutilation* (Geneva: UNHCR Division of International Protection, SUS/HCR/011 Washington [UNHCR], 10 May 1994), para. 7, citato in ALERT SERIES WOMEN FEMALE GENITAL MUTILATION [AL/NGA/94.001], consultato il 5/11/2004 all'indirizzo [uscis.gov/graphics/services/asylum/ric/documentation/alnga94-001\(fgm\).pdf](http://uscis.gov/graphics/services/asylum/ric/documentation/alnga94-001(fgm).pdf)

donne o delle minori che rischino di essere forzatamente sottoposte a tale operazione¹⁶⁰, ma deve essere detto esplicitamente che questo avviene nonostante il silenzio volutamente mantenuto dalla stessa legge¹⁶¹ e non invece grazie alla medesima, come sembrerebbe suggerire Colombo¹⁶².

Passiamo ora all'analisi normativa.

Nel primo comma rientra “ogni fatto di alterazione mutilatoria degli organi genitali femminili esterni”¹⁶³: essendo agevole descrivere in cosa consistono clitoridectomia, escissione ed infibulazione è altrettanto facile trovare l'effetto comune di tale condotte onde ricostruire induttivamente un *genus* cui far rientrare “qualsiasi altra pratica che cagiona effetti dello stesso tipo” e scongiurare tale “rischio di analogia anticipata”¹⁶⁴. La tutela accordata a questi soli organi sarebbe argomentabile secondo un autore alla luce di una triplice prospettiva: 1. analizzando i lavori preparatori emerge una letteratura scientifica che contempla esclusivamente queste forme di FGC e ciò sarebbe corroborato dalla formulazione delle figure di reato presenti negli altri paesi europei; 2. ricollegando la nascita alla funzione di controllo della sessualità femminile si evidenzia che gli organi interni sono esclusivamente deputati alla procreazione; in caso contrario vi sarebbe una totale sovrapposizione con la fattispecie precedente ed in particolare con l'ipotesi aggravata di cui all'art. 583, co. 2, n. 3 della perdita della capacità di procreare o una surrettizia introduzione della criminalizzazione della sterilizzazione volontaria¹⁶⁵. Non vi è stata omogeneità nella reazione alla novella: alcuni autori hanno evidenziato la superfluità della stessa, essendo le situazioni sanzionate facilmente inquadrabili

¹⁶⁰ Per un'approfondita disamina si rinvia a G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto* cit., 576.

¹⁶¹ Si condivide appieno il pensiero di G. BRUNELLI *Prevenzione e divieto* cit., 582, che parla di “disinteresse della maggioranza per le soluzioni concrete ed efficaci”.

¹⁶² C. COLOMBO, *L'articolo 583bis c.p.*, cit., 63.

¹⁶³ Così G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili* cit. 187; si esprimono in termini di “locuzione evidentemente infelice, dal momento che le MGF interessano unicamente l'area vulvare (ciò a dire i genitali esterni) senza coinvolgere direttamente le strutture più profonde” A. GENTILOMO, A. PIGA, A. KUSTERMAN, *Mutilazioni genitali femminili: la risposta giudiziaria*, in *Riv. it. di med. legale*, 2008, 1, 22.

¹⁶⁴ *Ibidem*; contra G. CASSANO, F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, cit. 192. Secondo E. TURILLAZZI E M. NERI, *Luci ed ombre nella legge in tema di mutilazioni genitali femminili: una visione di insieme medico-legale*, in *Riv. it. medicina legale*, 2006, 2, 287 “la clitoridectomia, la infibulazione e la escissione non rappresentano, infatti, esse stesse l'evento dannoso concretizzato in capo alla donna, ma le modalità di una condotta produttiva di un evento finale e, cioè, della mutilazione dei genitali femminili”.

¹⁶⁵ F. BASILE, *Sub art. 583bis c.p.* cit., 3881-3882.

nell'ambito del delitto di lesioni personali "senza necessità di acrobazie interpretative",¹⁶⁶ l'irragionevolezza della parificazione sanzionatoria tra menomazioni di fatto assolutamente diverse¹⁶⁷, l'immotivata limitazione alle sole lesioni femminili¹⁶⁸.

Trattasi di reato comune posto in essere in assenza di esigenze terapeutiche, elemento negativo del fatto tipico da valutare, secondo l'intenzione del legislatore, secondo il sapere acquisito e diffuso dalla scienza medica italiana¹⁶⁹; condividiamo il pensiero di chi sostiene trattarsi di previsione inutile, essendo la condotta posta in essere dal medico finalizzata ad esempio alla rimozione di cellule tumorali un fatto radicalmente atipico¹⁷⁰, ma non completamente, essendo invece indice di quell'ideologia radicale che ha ispirato la legge. Parallelamente un medico che opererà per facilitare il parto di una donna infibulata non commetterà reato, ma la successiva reinfibulazione verrà punita secondo alcuni ai sensi del primo comma: pur essendo di fatto già avvenuto l'intervento demolitorio sugli organi genitali esterni per parte della dottrina è innegabile che questa nuova condotta ponga "le condizioni per il perpetuarsi delle condizioni pregiudicate, conseguenti alla primigenia mutilazione", risolvendosi pertanto negli effetti dello stesso tipo della clausola generale¹⁷¹. Più correttamente si pronuncia Basile che la riconduce all'ambito di applicazione dell'ipotesi più lieve di cui al co. 2, difatti essa "consiste nel praticare una nuova sutura dei lobi della vulva di donna dapprima infibulata e poi deinfibulata".

¹⁶⁶ A. GENTILOMO, A. PIGA, A. KUSTERMANN, *Mutilazioni genitali femminili* cit., 23; in senso conforme G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili*, cit., 184.

¹⁶⁷ *Ibidem*: "È ben evidente pertanto la volontà di colpire il fatto in sé, prescindendo da qualunque valutazione sull'entità dell'aggressione al bene protetto, che si deve intendere l'integrità degli organi sessuali femminili".

¹⁶⁸ C. CIOTOLA, *La legge sul divieto* cit., 341, ma sul tema della circoncisione vedasi *infra* § 3.5.1.

¹⁶⁹ F. BASILE, *Sub art. 583bis* cit., 3883.

¹⁷⁰ G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili* cit., 187; di parere esattamente opposto G. SALCUNI, *Art. 583 bis* cit., 125 il quale si esprime nei seguenti termini: "a nostro giudizio, il richiamo alle esigenze terapeutiche non deve necessariamente essere inquadrato dal punto di vista dell'elemento soggettivo, altrimenti il legislatore avrebbe potuto utilizzare l'espressione finalità terapeutiche, bensì sotto il profilo dell'antigiuridicità. Interventi invasivi, demolitivi rientranti nella tipicità della norma sono ritenuti leciti se compiuti in presenza di una causa di giustificazione legata all'esercizio dell'attività medica. Sotto questo profilo verrebbe recuperata anche l'operatività del consenso dell'avente diritto, qualora non si superi il limite dell'art. 5 c.c."

¹⁷¹ G. AMATO, *L'introduzione in Italia di un apposito reato è un'innovazione opportuna ma perfettibile*, in *Guida dir.*, 2006, 5, 24; adesivamente G. CASSANO, F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, cit., 193. Analoga posizione sembra essere suffragata, sotto un profilo medico, ma non motivata da A. GENTILOMO, *Mutilazioni genitali femminili. La riposta giudiziaria e le questioni connesse*, in http://www.statoeche.it/images/stories/papers/200705/gentiluomo_mutilazioni.pdf, 10-11, visitato il 06/11/2009, ma sul punto si tornerà *infra* per la valutazione del consenso.

fibulata. La reinfibulazione, poiché non produce alcuna mutilazione (intervenedo su un corpo già mutilato), non è riconducibile nella previsione del delitto di mutilazione di cui al primo comma; integra, invece, il fatto tipico del delitto di lesione di cui al secondo comma, giacché essa, rispetto alla fase anteriore della deinfibulazione (in cui la donna ha i genitali esterni mutilati, ma il canale vaginale non suturato), produce una riduzione apprezzabile di funzionalità degli organi genitali a causa della nuova restrizione del canale vaginale, con conseguente difficoltà, tra l'altro, all'amplesso sessuale, alla minzione, al flusso del sangue mestruale”¹⁷².

Il bene tutelato viene individuato nella sola integrità fisica degli organi genitali esterni di donne e minori; critica sul punto è Ciotola laddove evidenzia che vi sia stata una “scarsa attenzione alla psiche della donna e alle sue scelte in ordine alla costruzione della propria identità personale. Il riferimento legislativo alla salute¹⁷³ avrebbe richiesto, invece di considerare che essa, se non ristretta in una visione meramente meccanicistica, risente, in modo talora determinante delle variabili sociali e culturali, sicché anche le aspettative relative alla qualità della vita del soggetto possono mutare a seconda del contesto di osservazione. Il benessere psico-fisico inevitabilmente è influenzato dalla concezione della vita propria di specifici contesti, culturali religiosi o ambientali e può assumere contenuti diversi¹⁷⁴.

Altre pratiche trovano disciplina nel secondo comma: esse consistono in lesioni diverse da cui deriva una malattia nel corpo o nella mente, poste in essere con il dolo specifico di menomare le funzioni sessuali della vittima.

Secondo una prima lettura rientrerebbero nel novero tutte le condotte di cui al punto 4 della classificazione OMS, ma valendo la suddetta esclusivamente quale ausilio interpretativo, essendo ormai la fattispecie presente nel codice senza riferimento alcuno a tale elencazione, bisogna soffermarsi sul concetto di lesione e malattia, proprio degli artt.

¹⁷² F. BASILE, *La nuova incriminazione*, 688.

¹⁷³ L. 9 gennaio 2006, n. 7, “Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile” Art. 1. (*Finalità*) 1. In attuazione degli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione e di quanto sancito dalla Dichiarazione e dal Programma di azione adottati a Pechino il 15 settembre 1995 nella quarta Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulle donne, la presente legge detta le misure necessarie per prevenire, contrastare e reprimere le pratiche di mutilazione genitale femminile quali violazioni dei diritti fondamentali all'integrità della persona e alla salute delle donne e delle bambine.

¹⁷⁴ C. CIOTOLA, *La legge sul divieto*, cit., 348-349.

582 e 583 c.p.¹⁷⁵.

Ritenendosi condivisibile la posizione di chi vede nella lesione un'inutile superfetazione, perché non rappresenta un autonomo elemento strutturale tra la condotta e l'evento malattia¹⁷⁶ si indica con quest'ultima una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione, a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte¹⁷⁷. Come ben evidenziato "l'esistenza di una modificazione anatomica obbiettivamente dimostrabile, non rappresenta mai un presupposto né necessario né sufficiente per la insorgenza di una situazione di 'malattia' clinicamente e penalmente significativa: nel senso che, se essa non ricorre, può egualmente insorgere una sindrome morbosa configurante 'malattia' (si menzionano a proposito, nella medicina legale, le cd. sindromi nevrotiche o funzionali), e viceversa, ove esista, se non produce alcun turbamento sul piano della normale funzionalità dell'organismo, rimane di per sé inidonea a descrivere l'elemento della 'malattia', presente, quale evento naturalistico, all'interno della fattispecie di reato di lesione personale."¹⁷⁸

Alla luce di tali considerazioni non tutte le condotte elencate dall'OMS potranno già a

¹⁷⁵ F. BASILE, *Sub 583bis c.p.*, cit., 3883.

¹⁷⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, 54.

¹⁷⁷ Vedasi da ultima Cass. pen., 19 marzo 2008 n. 17505, in *Foro it.* 2008, 6, 305 la quale si attesta sull'orientamento di Cassazione penale 28 ottobre 2004, n. 3448, P., in *Cass. pen.* 2006, 2, 480 (s.m.) con nota di G. Iadecola, *Sul concetto di malattia all'interno delle fattispecie dei delitti contro l'incolumità individuale*; Cass. pen. 15 ottobre 1998, n. 714, R., in *Cass. pen.* 2000, 384 (s.m.), Cass. pen., 14 novembre 1996, n. 10643, F., in *Cass. pen.* 1998, 481 (s.m.). Secondo gli Ermellini: "E' dunque condivisibile l'orientamento ricordato purché si precisi che alterazione funzionale è anche quella derivante da un processo patologico che incida in modo significativo sulla salute e sulla integrità fisica della persona o che comunque produca sia pur modeste alterazione di funzioni sensoriali o protettive (è questo il caso esaminato da Cass., sez. 5, 17 novembre 2005 n. 45345, Vecchio, n.m., riguardante un tatuaggio permanente eseguito su una minore senza il consenso dei genitori). E ciò indipendentemente dall'esistenza di un'alterazione di natura anatomica che, di per se stessa, non vale a far ritenere esistente la malattia e non è neppure necessaria ben potendosi avere malattie non ricollegate ad una lesione anatomica (tipico esempio è quello delle malattie di natura psichica)" ed ancora "Diverso problema è quello dei postumi che, di per sé, non costituiscono malattia ma sono, nella normalità dei casi, conseguenza della malattia che va dunque autonomamente accertata e che da in numerosi casi luogo ad aggravanti del delitto di lesione personale (per es. l'indebolimento permanente di un senso o di un organo: art. 583 c.p., comma 1, n. 2). Problema al quale è sufficiente accennare, non riguardando il caso in esame, e che si pone in particolare per le cicatrici che non costituiscano sfregio permanente del viso per le quali occorrerà accertare se il processo patologico cui sono conseguite sia qualificabile come malattia, fermo restando che la cicatrice di per sé non lo è"

¹⁷⁸ G. IADECOLA, *Sul concetto di malattia* cit., 486; per una difficoltà di traduzione dal linguaggio medico a quello giuridico si rinvia a A. CARNEVALE, A. COLAGRECO, *Non solo una questione semantica*, in *Riv. it. medicina legale* 2000, 1, 95 ss..

livello del fatto tipico quindi rientrare nell'ipotesi di cui al secondo comma.

Soffermiamoci sull'ipotesi più conosciuta e che ha enormemente contribuito all'emanazione delle norme in commento ovvero l'ipotesi di *sunna lievissima*¹⁷⁹.

Trattasi di una proposta fatta dal dott. Omar Abdulcadir, ginecologo di origine somala che da anni lavora presso il Centro di Riferimento Regionale per la Prevenzione e Cura delle Complicanze delle Mutilazioni dei Genitali Femminili (MGF) di Firenze con le donne mutilate per permettere loro di partorire senza rischi. Avendo notato come, nonostante un'attenta opera di sensibilizzazione capillare, persistesse ancora uno "zoccolo duro" di famiglie convinte della necessità delle mutilazioni, disposte a tutto pur di portar avanti le loro convinzioni, propose un rito alternativo consistente una puntura rituale, praticata sul prepuzio clitorideo in anestesia locale, per salvare le bimbe di questa famiglia dalle forme più cruente di mutilazione¹⁸⁰.

Tranne poche ed isolate voci favorevoli alla pratica secondo un'ottica di riduzione del danno¹⁸¹, si è assistito ad una levata di scudi riassumibile nei seguenti termini: si è scelta una tra le diverse ragioni soggiacenti il fenomeno del FGC (il controllo della sessualità da parte dell'uomo) e quindi si è detto che lo Stato liberale non potesse supportare sotto il profilo simbolico tale subordinazione femminile, abbandonando a se stesse le

¹⁷⁹ L. CATANIA, O. ABDULCADIR, *Proposta di un rito alternativo all'infibulazione sui minori. Il punto di vista medico e deontologico*, in P. FUNGHI, F. GIUNTA (a cura di) *Medicina, bioetica e diritto. I problemi e la loro dimensione normativa*, 119-120.

¹⁸⁰ Tale proposta non è stata la prima in occidente: prima di essa in Olanda un ministro della cultura e del welfare aveva agito in tal senso come negli Stati Uniti era stato nel 1996 un ospedale a considerare per i membri della comunità somala desiderosi di abbandonare l'infibulazione la possibilità di una puntura del clitoride (c.d. *Seattle compromise*). In entrambi i casi il piano fu bloccato da un'intensa lobby di attivisti contrari e dalla contraria opinione pubblica, SHELL-DUNCAN B., *The medicalization of female "circumcision": harm reduction or promotion of a dangerous practice?*, in *Social science & medicine*, 2001, 7, 1019. Inoltre PAQUINELLI fa notare che tale misura alternativa è diffusa da anni nel Somaliland, *Ascoltate quel medico*, in <http://www.juragentium.unifi.it/it/forum/mg/sunna/pasquine.htm>, 06/11/2009.

¹⁸¹ F. MANTOVANI, *Parere della commissione regionale di bioetica espresso nella seduta del 9 marzo 2004 relativamente a: "Prevenzione delle Mutilazioni Genitali Femminili (MGF): liceità etica, deontologica e giuridica della partecipazione dei medici alla pratica di un rito alternativo"*, consultato il 12/11/2004 all'indirizzo <http://www.cesda.net/downloads/normative/CRB-3-04.pdf>; L. SCAFFARDI, *Conflitti culturali e bioetica: il caso delle mutilazioni genitali femminili in alcuni orientamenti giurisprudenziali*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*. - Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004, Torino, 2005, 539-540; secondo F. BELVISI essa "rispetta la cultura, pur criticandola, e fornisce dall'interno una sua modificazione. Inoltre, riconosce la dignità della scelta compiuta dalle donne legate ad una tradizione, che per quanto crudele e dolorosa, ha fornito di senso e di motivo di orgoglio la loro vita", *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in *Ragion pratica* 2004 2-3, 520.

donne che nelle comunità minoritarie lottavano contro tali pratiche¹⁸². Secondo Galeotti si tratterebbe quindi di un danno doppiamente simbolico: ad un primo livello ai sensi di una delle giustificazioni della operazione ad uno più alto del permettere la stessa¹⁸³

Riassumendo: il rito alternativo¹⁸⁴ non provocherebbe alcun danno fisico (addirittura in termini minori della circoncisione su cui vedasi *infra*), ma dev'essere ugualmente vietata e perseguita con una pena che va dai 3 ai 7 anni e calcolando le circostanze si supporrebbe arrivare ad un anno di reclusione¹⁸⁵, in via teorica sospendibile condizionalmente, ma sulla cui applicazione in concreto ci permettiamo di rimanere dubbiosi. Resta comunque da evidenziare che in assenza della fattispecie speciale tale fatto ricadrebbe nell'alveo dell'art. 581 c.p., punito a *querela* della persona offesa con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino ad euro 309¹⁸⁶.

Prima di argomentare la palese irragionevolezza del legislatore, coglibile quantomeno sotto due diversi profili, si vuole evidenziare un altro notevole punto di frizione che, ironia della sorte, permetterebbe alla norma stessa di auto bloccarsi: l'elemento soggettivo del reato.

Trattasi di dolo specifico¹⁸⁷, *i.e.* il voler menomare le funzioni sessuali della vittima; ora, dalla disamina della regioni sottostanti le varie forme di *female genital cutting* si è evidenziato che quella del controllo dell'esercizio di un'attività sessuale fuori dal matrimonio è solo una di esse e che, comunque, sarebbe in via teorica maggiormente riconducibile alle ipotesi di cui al primo comma ed in particolare, ancora una volta, alla forma più invasiva, l'infibulazione. Le motivazioni che invece conducono il genitore a rivolgersi ad un'operatrice tradizionale per far praticare l'intervento è l'inserimento nel-

¹⁸² A. GENTILOMO, A. PIGA, A. KUSTERMAN, *Mutilazioni genitali femminili*, cit. 26.

¹⁸³ A. E. GALEOTTI, *Relativism, universalism and applied ethics: the case of female circumcision*, in *Constellations*, 2007, 1, 95.

¹⁸⁴ Riteniamo che l'espressione giornalistica infibulazione soft oltre che scorretta (trattasi palesemente di ossimoro, essendo l'infibulazione la forma di mutilazione più cruenta), sia assolutamente mistificatoria.

¹⁸⁵ Partendo dal minimo si andrebbe a sottrarre 2/3 per il fatto di lieve entità, cui si aggiungerebbe 1/3 per l'aver commesso il fatto a danno di minore cui si andrebbe ragionevolmente a bilanciare quasi sempre l'attenuante per l'incensuratezza.

¹⁸⁶ V. MAGNINI, *Proposta di un rito alternativo all'infibulazione sui minori. Il punto di vista giuridico*, in P. FUNGHI, F. GIUNTA (a cura di) *Medicina, bioetica e diritto. I problemi e la loro dimensione normativa*, 129.

¹⁸⁷ Unanimamente G. AMATO, *L'introduzione in Italia*, 25; F. BASILE, *Sub art. 583 bis*, cit., 3885; G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili* cit., 188; G. SALCUNI, *Art. 583 bis*, cit., 126.

la comunità di appartenenza, motivazione che è idonea ad escludere l'elemento soggettivo facendo ricadere la condotta nell'ambito di applicazione della norma generale sulle lesioni personali, eventualmente aggravate¹⁸⁸.

Analizzando i lavori parlamentari si potrebbe pensare che lo stesso legislatore abbia perseguito una posizione forte di facciata nei confronti dell'opinione pubblica - letteralmente scioccata dal fatto che nella civile Italia si ponesse in essere "una tradizione insensata e disumana"- per poi smentirsi nella quotidianità della aule giudiziarie, secondo la logica ormai inarginabile di un diritto penale simbolico, ma c'è chi in questa lettura vede un'attribuzione al medesimo "di una sia pur perversa razionalità che i fatti ci impediscono di riconoscerli"¹⁸⁹.

Nell'ipotesi di cui al primo comma invece il dolo sarebbe generico, ma assolutamente non *in re ipsa*¹⁹⁰.

Due critiche possono essere condotte a tal formulazione normativa a partire dal bene giuridico tutelato, che sembra variare a seconda che la condotta avvenga a danno di minorenni o maggiorenni e all'interno della cerchia costituita dai soli minori, di bambine o bambini. Preferiamo partire da quest'ultima data l'afferrabilità del bene giuridico violato, vale a dire l'integrità fisica, per fare ciò tuttavia dobbiamo aprire una necessaria e, ci si augura, completa parentesi su un'altra pratica indigena che ogni giorno compromette l'integrità fisica dei minori nel perseguimento di fedeltà religiose o motivazioni culturali: la circoncisione.

3.9.1. Le mutilazioni genitali maschili

Si premette che nell'analisi di tale complessa problematica si ritiene proficuo usare la locuzione di "mutilazioni genitali maschili", o la più neutrale, vista sotto la lente della risposta ad un supposto imperialismo culturale occidentale, "modificazioni dei genitali maschili", espressioni sicuramente più corrette rispetto al termine circoncisione. Trattasi *in primis* di onestà intellettuale: se con il termine mutilazioni genitali femminili l'OMS ha indicato "*all procedures that involve partial or total removal of the female external genitalia and/or injury to the female genital organs for cultural or any other non-*

¹⁸⁸ Così F. BASILE, *ivi*, 3886; G. FORNASARI, *ivi*, 188.

¹⁸⁹ G. FORNASARI, *ivi*, 192.

¹⁹⁰ Segue questa chiave di lettura G. AMATO, *L'introduzione in Italia*, cit., 23.

therapeutic reasons" (Who/Oms 1995), non si vede perché si deve usare l'emotivamente meno forte equivalente di "tagliare intorno" (dal latino "*circum*" – intorno- e "*caedere*" –tagliare-), trattandosi comunque di un'escissione (parziale o totale del prepuzio).

Come ben evidenziato da Ciminelli in realtà la formula Traditional Practices Affecting the Health viene dunque a significare Non-Western Practices Affecting the Health, da cui l'escissione maschile è esclusa appunto perché tipicamente occidentale¹⁹¹. Forse parte di chi legge sorriderà o proverà disgusto in questa equiparazione, ma trattasi semplicemente di svelare un meccanismo finora grandemente sottaciuto a causa della forte influenza della tradizione ebraico cristiana nella società occidentale, cercando di accogliere lo spunto critico di chi ha evidenziato come sia giunto il momento di “cominciare a riflettere su un programma penalistico ed extrapenalistico di tutela dalla religione: tutela vuoi dell'individuo un programma di cui sarebbe bene cominciare a discutere senza animosità anticlericali degne di miglior causa, ma anche con la determinazione di chi sa come probabilmente sia necessario infrangere qualche tabù”¹⁹².

Una seconda premessa: tale intervento chirurgico tocca e toccherà sempre più la realtà sociale e giuridica del nostro paese; al 1 gennaio 2008 i cittadini di sesso maschile provenienti dall'Africa settentrionale residenti in Italia si attestavano sulle 344.823 unità, di cui 216.517 provenienti dal Marocco, 60.789 dalla Tunisia e 49.080 dall'Egitto, 50.503 dal Senegal, 17.461 dalla Nigeria e 21.635 dal Ghana¹⁹³, tutti paesi in cui la stessa coinvolge l'80% della popolazione.

La circoncisione è diffusa pressoché universalmente in Asia centrale, medio oriente Bangladesh, Indonesia e Pakistan¹⁹⁴; la popolazione bangladesca residente in Italia al 1

¹⁹¹ M. L. CIMINELLI, *Le "ragioni culturali" delle mutilazioni genitali femminili: note critiche sulla definizione di Mgf dell'Oms/Who*, in *La Ricerca Folklorica*, 2002, 46, 43.

¹⁹² A. VALLINI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare*, in G. DE FRANCESCO-C. PIEMONTESE-E. VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà, Ginnasio dei penalisti*, 3, Pisa, 2005, 303.

¹⁹³ ISTAT, *La popolazione straniera residente in Italia al 1° gennaio 2008*, p. 5 in <http://www.ismu.org/orim/default.php?url=http%3A//www.ismu.org/index.php%3Fpage%3D204> (09/02/2009)

¹⁹⁴ TH HULL, M. BUDIHARSANA, *Male circumcision and penis enhancement in Southeast Asia: matters of pain and pleasure*, in *Reprod Health Matters* 2001, 9, 60-67; P.K. DRAIN, D.T. HALPERIN, J.P. HUGHES, J.D. KLAUSNER, R.C. BAILEY, *Male circumcision, religion, and infectious diseases: an ecologic analysis of 118 developing countries*, in *BMC Infect Dis.*, 2006; 6, 172. citati in WHO, *Dossier d'information*

gennaio 2008 si attestava sulle 37359 unità, mentre quella pakistana in 34528. È da calcolare altresì la popolazione americana in 7950 unità. Forse ci si sorprenderà nell'apprendere tale ultima cifra, ma bisogna evidenziare che tale pratica rituale non è assolutamente sconosciuta negli U.S.A.: la circoncisione eseguita per ragioni di profilassi¹⁹⁵, raccomandata nell'Inghilterra vittoriana come rimedio alla masturbazione, ebbe una larga diffusione durante la seconda guerra mondiale tra i soldati americani impegnati sul fronte del Pacifico a causa delle difficoltà igieniche ivi presenti. Successivamente si continuò a praticare negli Stati Uniti in virtù di motivi quali la prevenzione del cancro, di infezioni urinarie e addirittura dell'AIDS, su cui ci soffermeremo nel prosieguo, per poi trovare un'ampia accettazione sociale, financo "estetica".

I bambini nati nel nostro paese da genitori stranieri, sono stati 64.049 nel 2007 (+10,9% rispetto all'anno precedente), dato che corrisponde al 11,4% del totale dei nati in Italia; purtroppo non è possibile reperire una suddivisione per sesso.

Si rende a questo punto necessario aprire una breve parentesi storica.

Questa operazione vanta un tradizione millenaria: la prima testimonianza si ritrova nel cosiddetto Papiro di Ebers, reperito a Luxor nel 1862 dall'archeologo tedesco Georg Moritz Ebers (1837-1898), in cui erano indicate dettagliatamente le modalità con cui effettuare l'intervento e per fronteggiare le conseguenze indesiderate¹⁹⁶; La circoncisione era nota anche ai Caldei sulle montagne dell'Armenia, presso il popolo ebraico, come testimonianza del patto che legava Dio ad Abramo, nelle popolazioni arabe, nella Roma antica.

Per quanto attiene agli ebrei due sono le motivazioni ricorrenti.

La prima si fonda sul dettato di Genesi 17: 9-14, "Dio disse ad Abraamo: 'Quanto a te, tu osserverai il mio patto: tu e la tua progenie dopo di te, di generazione in generazione. Questo è il mio patto che voi osserverete, patto fra me e voi e la tua progenie dopo di te: ogni maschio fra voi sia circonciso. E sarete circoncisi; e questo sarà un segno del patto fra me e voi. All'età d'otto giorni, ogni maschio sarà circonciso fra voi, di generazione

sur la circoncision et la prévention du VIH pièce n° 2, in http://www.who.int/hiv/pub/malecircumcision/infopack_fr_2.pdf (09 febbraio 2008).

¹⁹⁵ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Problemi Bioetici In Una Società Multi-etnica La Circoncisione: Profili Bioetici*, <http://progetti.webscuola.tin.it/multilab/udin02/lbe/CIRCONCISIONE.pdf>, 22 (06/11/2009).

¹⁹⁶ G. EBERS, L. STERN, *Papyrus Ebers: Das hermetische Buch ueber die Arzneimittel der alten Aegypter*. vol. 2. Leipzig, 1875

in generazione: tanto quello nato in casa, quanto quello comprato con danaro da qualsivoglia straniero e che non sia della tua progenie. Quello nato in casa tua e quello comprato con danaro dovrà esser circonciso; e il mio patto nella vostra carne sarà un patto perpetuo. E il maschio incirconciso, che non sarà stato circonciso nella sua carne, sarà reciso di fra il suo popolo: egli avrà violato il mio patto”. Dottrina ha argomentato tuttavia anche in raffronto alla circoncisione praticata da seguaci di movimenti riformisti e liberali, atei o comunque non ebrei, che ciò che giustifica in realtà tale pratica sia il senso di appartenenza¹⁹⁷, maggiormente legato alla questione identitaria, tant’è che alcune famiglie ebraiche hanno iniziato a rifiutare l’operazione senza però essere escluse dalla cerchia di amici e parenti.

È da evidenziare una seconda giustificazione secondo la quale il prepuzio costituisca un imperfezione da rimuovere al fine di rivelare la forma ideale del corpo; Mosè Maimonide¹⁹⁸, ha argomentato l’illogicità di tale argomento che sfocerebbe nella messa in dubbio dell’infallibilità divina. La circoncisione avrebbe così un significato spirituale al pari del cristianesimo. Ugualmente avviene per l’Islam.

Alcuni autori classici trovano una giustificazione nel verso 2:124 del Corano dove si riporta il momento in cui Dio mise alla prova Abramo con i suoi comandamenti, secondo un’interpretazione il termine comando o parola (*kalimat*) si riferirebbe alla circoncisione di Abramo, e poiché per i musulmani quest’ultimo, fintanto che non si pone in aperto contrasto con le regole coraniche, costituisce un modello, il rito sarebbe obbligatorio anche per loro¹⁹⁹. Altri autori riconducono l’operazione agli *hadith* di Maometto come *sunnah*, operazione meritevole, ma non obbligatoria, in quanto non si riscontra alcuna versione univoca sulla modalità con cui lo stesso Maometto sarebbe stato circonciso (alcune fonti parlano di un angelo, altre di un nonno, altre di una condizione presente sin dalla nascita). Tuttavia, come il Corano non menziona mai esplicitamente la circoncisione, in relazione agli *hadith* la dottrina non è univoca: ed alcuni autori contestano

¹⁹⁷ J. GOODMAN, *Jewish circumcision: an alternative perspective*, in *BJU Int.*, 1999, 83 Suppl. 1, 22-27.

¹⁹⁸ (Cordoba, 1138 – Il Cairo, 13 dicembre 1204), è stato un filosofo, rabbino e medico spagnolo, autore della *Mishneh Torah* (Ripetizione della Torah, 1168/1180), opera monumentale in cui offre un’esposizione completa, chiara e concisa della “legge orale” rabbinica (Talmud), in modo da rendere superfluo ogni altro testo al di fuori della “legge scritta”.

¹⁹⁹ SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Male and Female Circumcision among Jews, Christians and Muslims. The Child's Right Of Self-Determination as to Sexual Integrity*, in <http://www.Ipj.org/nonviolence/Sami/articles/eng-articles/circfribourg.htm>, 10 (06/11/2009).

l'autenticità degli stessi. In particolare in relazione alla circoncisione non bisogna dimenticare due fattori: il primo che con il termine *sunnah* s'intende anche una consuetudine esistente ai tempi del Profeta e non solo la seconda fonte del diritto. In questo senso al tempo di Maometto gli ebrei erano considerati l'*élite* della società araba e potrebbero, come hanno fatto successivamente quelli che si sono convertiti al cristianesimo, aver tentato d'introdurre il rito nella nuova comunità. Inoltre un'altra fonte cui i musulmani si riferiscono per trovare appiglio alla circoncisione è il vangelo di Barnaba, l'unico accettato perché contenente il riconoscimento della profezia di Maometto. In questo testo un cane sarebbe migliore di un uomo non circonciso ed il rito risalirebbe allo stesso Adamo, tuttavia il traduttore della versione araba nel 1908 sostenne che fosse praticamente impossibile la pronuncia di parole così dure da parte di un cristiano. Sottolineando come i musulmani in Andalusia imposero la circoncisione ai cristiani dedusse che il vangelo fosse stato scritto da un ebreo spagnolo, divenuto cristiano e successivamente musulmano²⁰⁰.

Come già detto, in tempi moderni si è diffusa nell'Inghilterra vittoriana quale pratica contrastante la masturbazione e negli Stati Uniti, particolarmente in seguito al periodo coloniale, quale pratica profilattica; tuttavia parte della dottrina ha efficacemente sottolineato come il più grande sostenitore della circoncisione profilattica fosse in realtà un medico di religione ebraica²⁰¹.

Torniamo ai giorni nostri: il 18 settembre 2008 è stato siglato tra il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali e la Federazione Italiana Medici Pediatri (Fimp) un protocollo d'intesa che impegna “i professionisti e in particolare i Pediatri di Famiglia: 1. ad informarsi sull'orientamento religioso della famiglia del neonato, o del bambino, e sulla possibile intenzione di voler accedere alla pratica della circoncisione; 2. informare la famiglia sulle implicazioni e le possibili complicanze medico chirurgiche che la circoncisione comporta e sconsigliare in maniera preventiva il ricorso a pratiche al di fuori dall'ambiente sanitario; 3. in caso di espressione di netta volontà da parte dei genitori di procedere all'effettuazione dell'intervento, indirizzare la famiglia verso il centro

²⁰⁰ SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *op. cit supra* e dello stesso Autore *Muslims' genitalia in the Hands of the clergy. Religious arguments about male and female circumcision*, testo reperito il 28/05/2004 in <http://www.Ipj.org/nonviolence/Sami/articles/eng-articles/genitalia.htm>

²⁰¹ M. L. CIMINELLI, *Le ragioni culturali*, cit., 41.

di riferimento utilizzando tutti i mezzi possibili per favorire l'accessibilità alle strutture sanitarie”.

Il Governo quindi, del tutto in linea con la recente criminalizzazione delle sole modificazioni dei genitali femminili, ha aderito ad un vetusto parere del Comitato nazionale di Bioetica secondo cui tale intervento, se ospedalizzato, non risulta lesivo della salute del minore.

Trattasi di valutazione in linea con quella fornita dall'OMS secondo cui la pratica circoncisoria avrebbe degli effetti benefici sulla salute dei minori, tra gli altri una diminuzione delle infezioni alle vie urinarie, una riduzione del rischio di *balanite* e di *posthite*, di fimosi²⁰² o di parafimosi, del cancro al colon, al pene, di contrarre la sifilide²⁰³ e persino l'HIV²⁰⁴²⁰⁵. Trattasi di conclusioni controverse e -per quanto attiene alla preven-

²⁰² Dr. Douglas Gairdner managed to prove in a scientific article that what one called phimosis is in the great majority of cases a natural and not at all pathological phenomenon, *The fate of the foreskin. A study of circumcision*, in *British medical journal*, 1949, 2, 1433-1437; per una posizione contraria anche F. M. HODGES, J. S. SVOBODA R. S. VAN HOWE, *Prophylactic interventions on children: balancing human rights with public health*, in *Journal of medical ethics* (u.k.), 2002, 1, 10-16.

²⁰³ Per una tesi contraria Dr. Van Howe il quale, dopo aver esaminato tutta la documentazione medica prodotta tra il 1855 ed il 1997, è arrivato alla seguente conclusione: “until recently, no studies have examined the impact of circumcision on overall STD incidence. The data indicate that a circumcised man may be at higher risk for an STD. This is consistent with the trends seen in the USA. As routine neonatal circumcision has been implemented, the rate of STD's has increased rather than fallen. Among first-world nations, the USA has one of the highest rates of STDs, HIV infection and male circumcision”, citato in SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Male cit.*

²⁰⁴ H.A. WEISS, S.L. THOMAS, S.K. MUNABI, R.J. HAYES *Male circumcision and risk of syphilis, chancroid, and genital herpes: a systematic review and meta-analysis*, in *Sex Transm Infect* 2006, 82, 101-109; D. SINGH-GREWAL, J. MACDESSI CRAIG J, *Circumcision for the prevention of urinary tract infection in boys: a systematic review of randomised trials and observational studies*, in *Arch Dis Child* 2005, 90, 853-8; S. MOSES, R.C. BAILEY, A.R. RONALD *Male circumcision: assessment of health benefits and risks*, in *Sex Transm Infect* 1998;74:368-73; T.E. WISWELL, W.E. HACHEY, *Urinary tract infections and the uncircumcised state*, in *Clin Pediatr* 1993, 32, 130-34; S.S. AGARWAL, A. SEHGAL, S. SARDANA ET AL. *Role of male behaviour in cervical carcinogenesis among women with one lifetime sexual partner*, in *Cancer* 1993, 72, 166-169; AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS *Report of the task force on circumcision*, in *Pediatrics* 1989, 84, 388-91; O.G. DODGE, J.N., KAVITI, *Male circumcision among the peoples of East Africa and the incidence of genital cancer*, in *East Afr Med J*, 1965, 42, 98-105; J.M. NASIO, N.J. NAGELKERKE, A. MWATHA, ET AL., *Genital ulcer disease among STD clinic attenders in Nairobi: association with HIV-1 and circumcision status*, in *Int J STD AIDS*, 1996, 7, 410-14; L.S. COOK, L.A. KOUTSKY, K.K. HOLMES, *Circumcision and sexually transmitted diseases*, in *Am J Public Health* 1994; 84:197-201; B. AUVERT, D. TALJAARD, E. LAGARDE ET AL. *Randomized, controlled intervention trial of male circumcision for reduction of HIV infection risk: the ANRS 1265 Trial*, in *PLoS Med* 2005;2(11):e298; C. BAILEY, S. MOSES, C.B. PARKER ET AL. *Male circumcision for HIV prevention in young men in Kisumu, Kenya: a randomized controlled trial*, in *Lancet* 2007, 369, 643-56; H. GRAY G. KIGOZI, D. SERWADDA ET AL. *Male circumcision for HIV prevention in young men in Rakai, Uganda: a randomized trial*, in *Lancet* 2007, 369, 657-66, citati in *Dossier d'information sur la circoncision et la prevention du VIH. Pièce n° 3 Bienfaits et risques pour la santé*, http://www.who.int/hiv/pub/malecircumcision/infopack_fr_3.pdf (19 gennaio 2009); J. BYAKIKA-

zione dell'HIV- che debbono essere guardate con sospetto posto che un redattore del *New England Journal of Medicine*, *JAMA*, *Archives of Disease in Childhood* e di *Pediatrics* ha affermato sotto giuramento di non aver mai accettato alcuno studio che avesse cercato di dimostrare l'inefficacia della circoncisione quale mezzo preventivo²⁰⁶.

Bisogna altresì evidenziare che da tempo gli studi pediatrici hanno dimostrato una sensibilità maggiore dei neonati agli stimoli dolorosi²⁰⁷, e che le dolorose esperienze neonatali presentano delle conseguenze a lungo termine anche se non sempre fissate nella coscienza²⁰⁸.

L'*Association de pédiatrie canadienne*, l'*Australian college of Paediatrics* prima e il *Royal Australasian college of physicians paediatrics & child health division* poi²⁰⁹ e l'*American cancer society*²¹⁰, hanno da tempo evidenziato la mancanza di beneficiabilità dell'intervento, a tacere del resto basti evidenziarsi che da un punto di vista strettamente

TUSIIME, *Circumcision and HIV Infection: Assessment of Causality*, in *AIDS and Behavior*, 2008, 6, 835 ss.;

²⁰⁵ Recentemente vedasi tre nuovi studi che hanno confutato le conclusioni fornite dall'OMS: "the effect of circumcision remained unchanged when adjusted for condom use, marital status, age and educational level for men circumcised before the age of 12 (OR 0.9, CI 0.5 - 1.7, $p=0.7$) and for men circumcised after the age of 12 (OR 0.8, CI 0.6 - 1.1, $p=0.2$), compared with uncircumcised men", così C.CONNOLLY, L.C. SIMBAYI, R. SHANMUGAM, A. NQEKETO, *Male circumcision and its relationship to HIV infection in South Africa: Results of a national survey in 2002*, in *SAMJ*, 2008, 10, 793, ma vedasi anche VAN HOWE, *Does Circumcision Influence Sexually Transmitted Diseases? A Literature Review*, in *Brit. J. Urology*, 1999, 83, 52-59.

²⁰⁶ Schoen E. Dep. Schwan v. Ball Memorial Hospital 2007; 25 June, 101: 11-102:3, citato in D. SIDLER, J. SMITH, H. RODE, *Neonatal circumcision does not reduce HIV/AIDS infection rates*, in *SAMJ*, 2008, 10, 763, i quali ipotizzano anche un effetto negativo del *peer review process* delle pubblicazioni scientifiche.

²⁰⁷ P.S. Williamson, M.L. Williamson, *Physiologic stress reduction by a local anesthetic during newborn circumcision*, in *Pediatrics* 1983 71, 36-40, citato in COMITE D'ETUDE DU FŒTUS ET DU NOUVEAU-NE, SOCIETE CANADIENNE DE PEDIATRIE (SCP) COMITE D'ETUDE DU FŒTUS ET DU NOUVEAU-NE, SOCIETE CANADIENNE DE PEDIATRIE (SCP), *La circoncision néonatale revisitée*, in <http://www.cps.ca/francais/enonces/fn/fn96-01.htm#Références> (20 gennaio 2009).

²⁰⁸ K.J.S. ANAND, *Pain, plasticity, and premature birth: a prescription for permanent suffering?*, in *Nature Med* 2000; 6, 971-3; A. TADDIO, M. GOLDBACH, M. IPP, B. STEVENS, G. KOREN, *Effect of neonatal circumcision on pain responses during vaccination in boys*, in *Lancet* 1995, 345, 291-2; A. TADDIO, J. KATZ, A.L. ILERSICH, G. KOREN, *Effect of neonatal circumcision on pain response during subsequent routine vaccination*, in *Lancet* 1997, 349, 599-603, citati in PAEDIATRICS & CHILD HEALTH DIVISION THE ROYAL AUSTRALASIAN COLLEGE OF PHYSICIANS, *Policy Statement On Circumcision* <http://www.racp.edu.au/index.cfm?objectid=A4254F55-2A57-5487-DFE129631BCB4C59>.

²⁰⁹ PAEDIATRICS & CHILD HEALTH DIVISION THE ROYAL AUSTRALASIAN COLLEGE OF PHYSICIANS, *Policy Statement*, cit., 1.

²¹⁰ Vedasi AMERICAN CANCER SOCIETY, *Dispelling miscommunications: statement on penile cancer*. *ACS News Today*, Atlanta, (1998), consultabile al sito http://www.cirp.org/library/statements/letters/1996-02_ACS/commentary.html (06/11/2009) e ID, *What is penile cancer?*, in http://www.cancer.org/docroot/CRI/content/CRI_2_4_1X_What_is_penile_cancer_35.asp (06/11/2009).

medico la parte amputabile contiene più di un metro di vene, arterie e capillari, 78 metri di nervi e più di 20.000 terminazioni nervose. Essa distrugge le ghiandole lubrificanti, causando nel rapporto sessuale frizioni ed irritazioni per i due *partners*²¹¹.

Non si può quindi che concordare con chi ha sostenuto “en fait, la circoncision n'a que deux avantages médicaux certains: elle réduit le poids de l'enfant et alourdit la poche du médecin²¹²”.

Sgomberato quindi il campo dalla pretesa beneficalità dell'operazione, possiamo dedicarci alla compatibilità con il concetto di salute fornito dalla WHO, al rango nella gerarchia delle fonti dei pareri dei Comitati di bioetica, al bilanciamento alla luce del principio di ragionevolezza tra il diritto alla libertà religiosa dei genitori ed alla salute del minore tutto ciò in vista della comparazione con la disciplina in tema di *female genital cutting sub specie* delle forme minori.

Il comitato nazionale di Bioetica opera nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei ministri, esso ha il compito di “orientare gli strumenti legislativi ed amministrativi volti a definire i criteri da utilizzare nella pratica medica e biologica per tutelare i diritti umani ed evitare gli abusi [...], di garantire una corretta informazione dell'opinione pubblica sugli aspetti problematici e sulle implicazioni dei trattamenti terapeutici, delle tecniche diagnostiche e dei progressi delle scienze biomediche”.

Sofferamoci un momento: trattasi di organo meramente consultivo, le cui direttive e considerazioni, seppur sicuramente autorevoli, non trovano alcuno spazio nel sistema delle fonti nazionali e sovranazionali, ma ipotizziamo *per absurdum* che tali indicazioni ricoprissero quantomeno il ruolo di fonte regolamentare al pari dei regolamenti del Presidente del Consiglio, organo presso cui il suddetto Comitato svolge il proprio compito. È indubbio che essi siano fonti secondarie e come tali non possano derogare né alla Costituzione (come d'altra parte avviene per le fonti primarie) né tanto meno alle leggi ordinarie o regolare materie coperte da riserva di legge assoluta o relativa.

La circoncisione va a toccare beni di rilevanza costituzionale, siano essi la salute e

²¹¹ SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Male and Female Circumcision among Jews, Christians and Muslims. The Child's Right Of Self-Determination as to Sexual Integrity*, testo reperito il 09/02/2009 in <http://www.Ipj.org/nonviolence/Sami/articles/eng-articles/circfribourg.htm>.p. 15.

²¹² SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Intégrité physique entre universalité et particularisme religieux: cas de la circoncision masculine et féminine*, in <http://www.sami-aldeeb.com/files/fetch.php?id=64> (14/02/2009), 4.

l'autodeterminazione dei minori, come il diritto alla libertà religiosa dei genitori.

Iniziamo quindi a vagliare criticamente le affermazioni del CNB, peraltro espresse il lontano 25 settembre 1998.

Partiamo dalla circoncisione “profilattica”, vale a dire della prevenzione di una malattia o dell’impedimento dello sviluppo di una malattia già sofferta.

Dopo un parziale *excursus* della documentazione scientifica fino ad allora pubblicata, conclude il Comitato: “da queste sommarie indicazioni si evince che il dibattito sulla utilità profilattica della circoncisione maschile è tutt'ora aperto. Non esistendo indicazioni cogenti che ne sconsiglino comunque la pratica, si deve concludere che si può ritenere non ingiustificata dal punto di vista medico tale forma di circoncisione - peraltro poco diffusa nella comune prassi italiana -, purché naturalmente posta in essere nel rispetto dei criteri della buona pratica medica e avvalorata nel caso concreto da uno specifico giudizio di carattere scientifico”.

Trattasi di conclusione criticabile solamente in parte: l’apertura al caso concreto ed al rispetto dei criteri della buona pratica medica fanno indurre chi scrive a ritenere che, proprio perché priva di una valida ed incontestabile evidenza scientifica, la circoncisione profilattica sia stata alla fine ricondotta a quella terapeutica, di cui non è lecito dubitare.

Ma proseguiamo: al 3.2 si analizza la circoncisione rituale. Il Comitato dapprima ammette la potenziale dannosità e le necessaria realizzazione da parte di un medico “attesa ad es. l'esistenza di coagulopatie anche di natura genetica o altre affezioni, come ad es. da virus HIV) potenzialmente foriere di conseguenze negative per la salute del soggetto successivamente all'atto”²¹³, per poi concludere nella sufficienza di “appositi e riconosciuti ministri che, **indipendentemente da una loro professionalità specifica in campo sanitario, possiedano adeguata competenza**”²¹⁴. Ora i recenti casi di cronaca internazionali hanno dimostrato che non si possa assolutamente demandare tale delicato compito ai ministri religiosi, seppur avvezzi a tali pratiche.

Un solo scioccante esempio servirà a comprendere quali rischi i minori possano correre. A New York nell’ottobre 2004 un minore è morto per le complicazioni di un *herpes* tra-

²¹³ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La circoncisione: profili bioetici*, <http://www.governo.it/bioetica/testi/250998.html> (14/02/2009).

²¹⁴ *Ibidem*.

smessogli dal Rabbino Yitzhok Fischer in seguito all'aver praticato la *metziza* orale²¹⁵. In seguito all'evento e ad uno studio apparso sulla rivista "Pediatrics"²¹⁶ in cui si evidenziava che l'infezione era stata trasmessa direttamente dal contatto orale o dalla saliva e che tutti i *mohalim* che avevano acconsentito di sottoporsi al test erano risultati positivi a tale virus, i Rabbini di New York ed il Commissario alla salute hanno siglato nel 2006 le Guidelines for Metziza B'pehMore. Questo richiede ai *mohels* di lavarsi le mani con sapone antimicrobico o con un lavaggio asettico a base di alcol per almeno sei minuti. Il rabbino deve inoltre applicare un fazzoletto sterilizzato con alcol sulla bocca e sciacquarsi con collutorio contenente il 25% di alcol per non meno di 30 secondi, tutto ciò dovrà essere fatto non prima di 5 minuti avanti la circoncisione. Dopo aver effettuato l'operazione si dovrà altresì spalmare una pomata antibiotica e ricoprire con una garza sterile.

La morte di Callis Osaghae, un bimbo di appena due mesi il 18 Agosto 2003 a Waterford, Ireland, (circonciso da Osagie Ighinedion) ha fatto sì che il Minister for Health and Children chiedesse a Denis Gill (professore di Pediatria presso il Royal College of Surgeons) di costituire un comitato con lo scopo di studiare il fenomeno. Tale opera sfociò nel Cultural male circumcision. Report of committee 2004/2005²¹⁷.

Innanzitutto si legge "The majority of circumcisions are performed with the infant fully anaesthetised in an operating theatre staffed by doctors, competent in the performance of this operation and by anaesthetists trained in anaesthesia of children". Che ai minori provenienti da regioni – *in primis* l'Africa occidentale- in cui si riscontra una netta prevalenza di *sickle cell anaemia* (l'anemia drepanocitica, anemia falciforme) dovrà essere effettuato uno specifico esame del sangue, che i genitori dovranno ricevere

²¹⁵ La procedura si ritrova descritta nel Talmud babilonese (Sabbath 133b), si stabilisce che per la salute del neonato, al fine di evitare un rischio, la cui natura non risulta tuttavia specificata, il rabbino deve praticare tale *metzitzah*; tuttavia in seguito alle importanti scoperte di Ignaz Philipp Semmelweis nel XIX secolo e di una documentata trasmissione della tubercolosi dopo la circoncisione su cui si veda J.Katz, *Controversy over the Mezizah, the unrestricted execution of the rite of circumcision, in: Law in Human Hands—Case Studies in Halakhic Flexibility*, Jerusalem, Israel: Magnes Press, Hebrew University; 1998, 357–402, la maggior parte dei rabbini, in assenza di un dogma talmudico espresso in senso contrario si adeguò a quanto stabilito dal rabbino Moses Schreiber (Pressburg, 1762–1839), ovvero l'aspirazione del sangue eseguita con strumenti sterilizzati.

²¹⁶ B. GESUNDHEIT; G. GRISARU-SOEN; D. GREENBERG; O. LEVTZION-KORACH; D. MALKIN; M. PETRIC; G. KOREN; M. D. TENDLER; B. BEN-ZEEV; A. VARDI; R. DAGAN. D. ENGELHARD, *Neonatal Genital Herpes Simplex Virus Type 1 Infection After Jewish Ritual Circumcision: Modern Medicine and Religious Tradition*, in *Pediatrics* 2004, 2, 259 ss.

²¹⁷ <http://www.dohc.ie/publications/pdf/circumcision.pdf?direct=1> (21 gennaio 2009).

l'informazione medica più completa in una lingua a loro totalmente comprensibile anche attraverso l'ausilio di interpreti.

Sulla circoncisione giudaica il Comitato si esprime in termini cauti: dal momento che nessun episodio di cronaca si è concluso con la morte del minore o con l'aver contratto gravi malattie e premesso che tutti i rabbini ricevono una preparazione specifica dall'*Initiation Society* inglese, non ravvisa al momento ragioni per impedire la continuazione di tale pratica, ma raccomanda il monitoraggio continuo della situazione.

Alcuni autori sostengono l'irragionevolezza della disparità di trattamento rispetto alla forma più lieve di MGF: "it is strange that doctors in Western countries will not permit female circumcision, which involves removal of some or all of the erogenous tissue from the vulva for reasons other than major pathology such as malignancy, but will permit, and in some cases encourage, the removal of the male prepuce, which is identical to the female prepuce in its embryological development, cell structure, and nerve and blood supply"²¹⁸.

Sotto il profilo legislativo l'unica Nazione, aderente alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, la quale al punto stabilisce che "Gli Stati contraenti adottano ogni misura efficace atta ad abolire le pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute dei minori", è stata la Svezia nel 2001 con la *Lag om omskärrelse av pojkar*. L'operazione viene per la prima volta manifestamente e correttamente considerata un intervento chirurgico per il quale si prevede l'obbligo del ricorso all'anestesia per via endovenosa fatta esclusivamente da un medico o da un'infermiera iscritta all'ordine e dell'accertamento della volontà del fanciullo, in funzione della sua maturità. Nel caso di minore è altresì previsto l'obbligo dell'esplicito assenso di entrambi i genitori²¹⁹. Anche i ministri di religioni in cui la circoncisione è espressamente richiesta possono operare in forza di un particolare permesso rilasciato dal National Board of Health and Welfare, ma devono essere

²¹⁸ E. WALLERSTEIN *Circumcision: an American Health Fallacy*. New York. Springer Publishing Company, 1980; J. P. WARREN J. BIGELOW, *The case against circumcision*, in *British Journal of Sexual Medicine*, 1994, Pages 6-8; 27; Y. HOFVANDER, *Violations against Children in a National and International Perspective*, in *J Med Sci* 111 (1): 27-34, 2006, il quale si domanda come mai il Governo svedese non abbia preso posizione contro l'UN Committee Violations against Children.

²¹⁹ Si ricorda la condanna inflitta ad un padre in istanza di divorzio, dichiarato colpevole ai sensi dell'art. per aver fatto circoncidere il figlio senza il consenso della madre.

accompagnati da un medico o da un anestesista²²⁰. D'altronde la necessità della presenza di un medico e di un luogo consono è stata anche recentemente dimostrata da uno studio condotto confrontando gli esiti di 407 operazioni condotte da operatori tradizionali in ambiente non asettico con 782 analoghi interventi posti in essere da personale sanitario tra il 1999 ed il 2002²²¹; i ricercatori hanno scoperto un tasso di complicazione del 85.01% nel primo gruppo e del solo 2.56% nel secondo.

Riteniamo pertanto priva di qualsiasi pregio la critica di quella dottrina storica che partendo dall'incontrovertibile premessa secondo cui "la preoccupazione centrale è infatti che i membri delle minoranze siano tutelati, alla stregua degli svedesi «normali», contro interventi che attentano alla loro integrità fisica"²²², sul presupposto che nessuna autorità parziale (famiglia o comunità religiosa) possa arrivare a far prevalere le proprie considerazioni su quelle dello Stato nelle materie che coinvolgono l'autonomia individuale ed il contenuto di salute e benessere, arriva addirittura a tacciare di contraddittorietà la legge, basandosi, tuttavia, su un'argomentazione meramente statistica. E nel dipanare un'argomentazione che distorce il principio di uguaglianza tra tutti i minori in un esempio di "appropriazione dell'autorità morale della Convenzione", per arrivare addirittura a riscontrare una forma di imperialismo culturale svedese, facendo larvatamente intuire una critica che in altri scritti è invece stata appalesata, vale a dire un tentativo di assimilazione di stampo neonazista²²³.

È da ribadire che la gestione scandinava della vicenda s'inserisce perfettamente nel quadro delle scriminanti procedurali e più precisamente in quella *species* di "costellazioni di casi, meno numerose, ma espressioni tipiche di una società pluralista, che emergono a livello di *cause di giustificazione*, e riguardano *condotte ad alto rischio etico*

²²⁰ United States Department of State, 2008 Report on International Religious Freedom - Sweden, 19 September 2008. Online. UNHCR Refworld, visto su <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48d5cbe77a.html> [accessed 25 January 2009]

²²¹ M.K. ATIKELER, I. GEC, IT, V. YU" ZGEC, O. YALC, *Complications of circumcision performed within and outside the hospital*, in *International Urology and Nephrology* 2005, 37, 97 ss..

²²² P. COLLA, *Svedesi o ebrei? Conformità religiosa e cittadinanza nella querelle sulla circoncisione rituale*, in *Contemporanea*, 2003, 4, 743.

²²³ Accusa mossa dopo l'approvazione della legge da un portavoce del World Jewish Congress secondo cui "This is the first legal restriction placed on a Jewish rite in Europe since the Nazi era. This new legislation is totally unacceptable to the Swedish Jewish community" http://www.canadiancrc.com/articles/Jews_Protest_Swedish_Circumcision_Restriction_07JUN01.htm 23 gennaio 2009

di illiceità o contrassegnate da conflitti di doveri. Queste ipotesi [...] concernono o condotte sempre lesive di un qualche 'bene', oppure condotte altamente 'pericolose' per le potenzialità culturali o politiche, tecniche o economiche, di deviazioni e sfruttamenti antiumanitari, oppure ancora segnate da antinomie fra doveri che l'ordinamento contemporaneamente impone (per es. salvare la vita e rispettare il diritto di rifiutare le terapie) e quindi di problematica valutazione etico-sociale²²⁴.

La pena per chi esegue delle circoncisioni in contrasto con la disciplina sopra delineata viene punito con la pena della multa o della reclusione nel massimo di 6 mesi. Per quanto attiene alle pena pecuniaria si ricorda che la Svezia è stato uno dei primi paesi ad introdurre il sistema dei tassi giornalieri. Il capitolo 25, sezione 2 stabilisce che il tasso giornaliero è ricompreso tra un numero minimo di 30 ed un massimo di 150; ciascun day fine è ricompreso in una somma tra 30 e 1000 corone svedesi²²⁵ in riferimento alle entrate, alla salute, alle obbligazioni nei confronti degli aventi diritto e tutte le circostanze economiche dell'accusato: se sussistono particolari motivazioni l'ammontare del *day fine* può essere regolato conseguentemente. Il minimo della pena è di 450 corone svedesi²²⁶ (Law 1991:240) e di 14 giorni (capitolo 26, sezione 1 C.p. svedese).

Si può notare che la circoncisione è stata quindi intesa come una forma di lesione personale minore in relazione alla sezione 5 del capitolo 3, seconda parte del codice penale il quale punisce le lesioni personali dolose di minore entità con la medesima sanzione.

Ma possiamo ad analizzare altre fonti: l'art. 9 della Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione²²⁷ sancisce che venga punita ogni mutilazione del corpo, non dovuta a esigenze mediche, da chiunque provocata. Considerato come essa esprima "lo stadio di

²²⁴ M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.* 2007, 3, 902.

²²⁵ Pari rispettivamente ad euro 2.80 e 93.41

²²⁶ Circa 42 euro.

²²⁷ Emanata con Decreto Ministero dell'Interno 23 Aprile 2007 ed avente la funzione di linea guida delle decisioni del Ministero dell'Interno con gli immigrati nella prospettiva dell'integrazione e della coesione sociale, secondo una sorta di interpretazione autentica ci si riferirebbe *in primis* al fenomeno delle modificazioni genitali femminili, tuttavia è "formulato in termini generali non potendo escludersi l'insorgenza di qualche altra consuetudine mutilativa, diversamente motivata", C. CARDIA, *Commento alla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione.* 8 in http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0839_2007_07_10_Breve_commento_alla_Carta_dei_valori_def.pdf (27 gennaio 2009); sull'argomento si veda anche N. COLAIANNI, *Una 'carta' post costituzionale? (A proposito di una recente iniziativa in tema di 'integrazione' dei migranti)*, in *Questione Giustizia*, 2007, 3, 637-645.

progresso giuridico e sociale cui è pervenuta la società italiana ed europea, e da cui non è dato recedere neppure in nome del diritto all'identità culturale"²²⁸, ed ancora come "l'Occidente esclude insomma una potestà genitoriale o parentale intesa come dominio o signoria assoluta sui figli, ponendo in posizione di preminenza l'interesse superiore del fanciullo ad una crescita e ad uno sviluppo fisico, psichico, culturale e religioso del tutto libero"²²⁹.

Si aderisce alla tesi di Lo Giacco la quale, citando altra dottrina ed alcune pronunce giurisprudenziali sostiene che tra il diritto alla salute del minore ed il diritto alla libertà religiosa del genitore debba sempre prevalere il primo. Tuttavia non ci convince appieno l'*iter* argomentativo da cui è stata desunta²³⁰.

L'autrice fa infatti riferimento alle sentenze della Court of Appeal, Civil Division britannica, 25 novembre 1999²³¹ e della Corte di Appello di Parigi del 29 settembre 2000²³², con cui rispettivamente si era respinta la richiesta del padre musulmano, separato dalla moglie cristiana, in costanza del rifiuto della stessa di far circoncidere il figlio e pronunciata la condanna al pagamento dei danni un genitore che, senza il consenso della madre affidataria, durante un soggiorno del figlio presso di lui gli aveva fatto praticare, per motivi religiosi, la mutilazione genitale.

La *ratio* viene dedotta dal prevalente interesse del minore, ma a chi scrive sorge il dubbio che in realtà si sia in entrambi i casi proceduto ad una preferenza per la religione cristiana, in costanza di disaccordo tra i genitori. L'esito è condivisibile, posto che la religione cristiana cattolica non prevede alcun tipo di trattamento sul fisico del minore, ma rimane il dubbio se ad esempio lo scontro fosse stato tra un genitore ebreo che richiedeva la circoncisione all'ottavo giorno ed uno cristiano che la rifiutasse. La Corte francese non parla mai infatti di interesse del minore, ma motiva in questi termini: "M. Pierre X

²²⁸ R. BENIGNI, *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi*, in http://www.statoechiense.it/images/stories/2008.11/benigni_identit.pdf, p. 17 (14/02/2009).

²²⁹ R. BENIGNI, *Identità culturale. cit.*, p. 20.

²³⁰ M. L. LO GIACCO, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in http://www.statoechiense.it/images/stories/papers/200702/logiacco_minori.pdf, 15 (14/02/2009).

²³¹ Court of Appeal, Civil Division Dame Elizabeth Butler-Sloss P, Schliemann And Thorpe, Lj - 24, 25 November 1999, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2001, 870-871 e in <http://www.olir.it/documenti/index.php?documento=1779>

²³² *Ivi*, 910-911.

a profité de l'exercice de son droit d'hébergement pour prendre la grave decision de faire proceder, à des fins rituelles, à l'operation rappelée sur l'enfant du couple, sans avoir recueilli l'assentiment de la mère et alors que cet acte chirurgical ne s'imposait pas d'après les certificats medicaux verses au dossier"; parimenti; la corte britannica collega l'interesse del minore non alla tutela *tout court* della propria integrità fisica, ma al *milieu* di crescita religiosa, contrapponendo il *religious upbringing* alla fede dei genitori.

A fronte di tutte le suddette argomentazioni, prima ancora di passare all'analisi della giurisprudenza, sembra a chi scrive totalmente lesivo del principio di uguaglianza permettere il tipo 1 di escissione maschile secondo la scala riformulata da Darby e Svoboda²³³ e perseguire penalmente le condotte di sunna lievissima²³⁴.

3.9.1.2. Il versante giurisprudenziale

Ad oggi l'unica sentenza che apertamente qualifica la mutilazione genitale maschile come lesione personale grave è la pronuncia di Tribunale Penale Milano, sez. IV, 25 novembre 1999 n. 2545/98²³⁵. Il giudicante trovandosi a valutare la condotta di un cittadino marocchino che aveva sottratto i figli minori per sottoporre ad infibulazione la figlia ed a circoncisione il maschio è stato condannato a pena di 2 anni (sospesa condi-

²³³ "Excision of the portion of the foreskin extending beyond the glans. This corresponds to the original Judaic operation of bris (before the institution of periah—tearing the foreskin from the glans—in the Hellenic period; Glick 2005:31, 43–45); most of the foreskin and all of the frenulum left; a fair degree of sliding functionality retained", R. DARBY, S. SVOBODA, *A rose* cit., 308

²³⁴ A. BERNARDI, Il "fattore culturale" nella legislazione e nella giurisprudenza penale, in A. BERNARDI *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, 2010, 82; lamenta tale contraddittorietà anche P. CONSORTI il quale, dopo aver criticato la superficialità del legislatore del 2006, ha precisato che "a scanso di equivoci, è opportuno chiarire che non voglio affermare che tutte le pratiche che si presentano come espressione di identità culturale debbano essere, solo per questo, consentite. Tanto meno sostenere la legittimità di mutilazioni violente praticate su bambine o su donne. Vorrei più modestamente segnalare che sarebbe stato opportuno maturare un atteggiamento interculturale, attraverso il quale innanzitutto capire bene i termini della questione, e poi mettere in relazione valori e pratiche elaborati nell'ambito di tradizioni culturali diverse. Nessuno di questi è *a priori* migliore dell'altro, così come nessuno si sottrae *per definizione* alla possibilità della critica e del cambiamento", *Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti condominiali nella società multiculturale*, in http://www.statoechiese.it/images/stories/2009.10/consorti_razzismi_bis.pdf, 23 (29/11/2009). Secondo G. CASSANO, F. PATRUNO *Mutilazioni genitali femminili*, cit., 194 "ben si comprende, allora, che una discriminazione delle pratiche circoncisorie, basata sul sesso (l'una maschile e l'altra femminile) o, peggio, sulla fede di appartenenza (l'una ebraica, tollerata ed ammessa, e l'altra islamica, vietata), appare poco giustificabile, in special modo in un ordinamento come il nostro, ispirato al principio di uguaglianza e non discriminazione(art. 3 Cost.). Ad ogni modo, *de iure condito*, non resta che prendere atto della persistenza di una tal situazione", *de iure condito* a nostro avviso è necessario sottolineare l'illegittimità costituzionale della legge con toni decisi.

²³⁵ In *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, 2, 148 ss.

zionalmente) ai sensi degli artt. 582 e 583 c.p., per l'indebolimento permanente dell'apparato genitale dei due ragazzi.

Si dissente pienamente dalla ricostruzione del caso fornita da Chizzoniti il quale parte dall'impiego del rito deflattivo di cui all'art. 444 c.p.p. il quale "ha probabilmente favorito una mancata distinzione delle fattispecie, la cui frettolosa sovrapposizione non può che suscitare dubbi. Certo è che così operando il Tribunale di Milano ha aperto una breccia nella consolidata tendenza a favorire la liceità di questo atto rituale operato su soggetti di sesso maschile, evidente indizio, ancora una volta, del condizionamento che il generale atteggiamento nei confronti della religione islamica riesce a sviluppare anche nei confronti dell'operato della giurisprudenza, pur in assenza di significative variazioni legislative²³⁶. Pur condividendo il dubbio che si sia scelta la via incriminatoria per la fede musulmana dell'imputato e non per una disamina sull'atto, si crede tuttavia che tale precedente potrebbe sì aver aperto una breccia, ma in un'ottica favorevole della tutela del minore.

Un'osservazione che forse sembrerà ovvia, ma nell'ovvietà a volte si trascurano grandi verità: la norma Oms parla di pratiche tradizionali che coinvolgono la salute di *women and children*, ora secondo le più elementari conoscenze della lingua inglese con *child* s'indica un essere umano che non è ancora diventato adulto e con *girl* una bambina quindi già a livello terminologico si potrebbe iniziare a sanzionare la circoncisione, ma laddove questa via non potesse essere battuta ricordiamo che la Convenzione sui diritti del fanciullo, all'art. 24 recita che "gli Stati membri debbono provvedere con ogni misura appropriata all'abolizione di pratiche tradizionali che pregiudicano la salute dei bambini".

Secondariamente si rifiuta la qualifica di fatto atipico della circoncisione a partire dalla nozione di malattia penalmente rilevante, ravvisata recentemente anche in una lesione sia pure superficiale del tessuto cutaneo e quindi nella patologica alterazione dell'organismo (Cass., sez. II, 12-03-2008, RV 240012)²³⁷.

Ma veniamo ad esempi più recenti: con sentenza 9 novembre 2007, n. 2046 il Tribunale

²³⁶ A. CHIZZONITI, *Multiculturalismo, libertà religiosa e norme penali*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE E. VENAFAO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà, Ginnasio dei penalisti*, 3., Pisa, 2005, 51.

²³⁷ In questo senso anche D. TRENTACAPILLI, *Libertà di religione e limiti della punibilità*, in G. DE FRANCESCO C. PIEMONTESE E. VENAFAO, *Religione e religioni* cit., 197.

di Padova ha assolto per l'illecito di lesione personale grave un'operatrice tradizionale nigeriana che aveva proceduto ad una mutilazione genitale su un minore di pochi mesi, che lo aveva posto in serio pericolo di vita da cui era uscito solamente grazie all'immediato intervento trasfusionale, senza nemmeno attendere "le prove di compatibilità crociata sulla sacca". Nonostante questo il tribunale recepisce acriticamente le valutazioni del CNB sopra esposte e disattende qualsiasi considerazione su quanto previsto dal Codice di deontologia medica che vieta tutte le forme di menomazione o mutilazione realizzate per motivazioni diverse da quelle diagnostiche o terapeutiche.

Non solo si evince che la circoncisione non aveva matrice religiosa posto che la madre del bambino era una cristiana cattolica praticante, traducendo in realtà il timore che Chizzoniti aveva ben evidenziato.

Anche i primi commentatori di tale decisione si sono adagiati sulla comoda via della totale adesione al parere della CNB: Miazzi fa rientrare la potestà decisionale del genitore di far subire al figlio un'operazione che comporta il rischio di un'emorragia mortale nell'alveo dell'art. 30 Cost. e si preoccupa prevalentemente del fatto che lo stesso articolo andrà a coprire nel futuro la possibilità da parte di genitori di richiedere l'esecuzione di piercing e tatuaggi²³⁸ "rispetto ai quali il minore rimarrebbe indifeso"²³⁹. A questo punto sarebbe da rivedere tutta la giurisprudenza su piercing e tatuaggi che pacificamente non sono ricompresi nell'alveo delle condotte tipiche di lesioni personali²⁴⁰. Più corretta è l'osservazione di Plantamura il quale evidenzia come la scelta del giudice sia stata in realtà funzionale ad evitare di doversi confrontare con il combinato disposto degli artt. 51 c.p. (esercizio di un diritto) e 19 Cost. (libertà di religione), liquidando

²³⁸ Sul presupposto che la cute svolga comunque una funzione protettiva dell'organismo "non varrebbe nemmeno il consenso dell'esercente la potestà. Trattandosi di intervento sul corpo del minore non necessario a proteggerne la vita e la salute come avviene, invece, nel caso di trattamento medico-chirurgico ma anzi potenzialmente lesivo della stessa, l'esercente la potestà non potrebbe, infatti, validamente sostituire la propria volontà a quella del minore. Ciò con possibili conseguenze risarcitorie e penali non solo a carico del piercer o tatuatore, ma anche dell'esercente la potestà che abbia richiesto l'intervento", M. PICCINI, *Le attività di piercing e tatuaggio tra libertà di autodeterminazione e limiti alla disponibilità del proprio corpo*, in *Rivista Italiana Di Medicina Legale*, 2005 fasc. 3, p. 513

²³⁹ L. MIAZZI, *La crescente multiculturalità impone una riflessione sulla liceità della pratica (nota A Trib. Padova, 9 novembre 2007, n. 2046)*, in *Famiglia e minori*, 2008, n. 4., p. 85. Si precisa che l'Autore fa dei riferimenti anche all'irragionevole diversità di trattamento giuridico con le modificazioni dei genitali femminili ed alla possibilità di profilare una lesione all'integrità fisica, ma non ci sembra prenda una posizione netta in proposito, concludendo per la necessità di una riflessione più approfondita "senza auspicare la criminalizzazione della circoncisione maschile".

²⁴⁰ Cassazione penale sez. V 14 dicembre 2005 n. 45345, in *Disciplina commercio* 2006, 2, 353 un'alterazione delle funzioni sensoriali e protettive della cute.

l'intera faccenda come vertente su una tradizione, un rito, una consuetudine²⁴¹. L'autore ritiene che la lesione possa essere scriminata da tali diritti, ma non che la tradizione sia sufficiente a giustificare la condotta; ora, tentando di fornire alcune esemplificazioni potremmo dire che egli escluderebbe la liceità della circoncisione praticata da musulmani o cittadini di origine pakistana sulla base dell'art. 19 Cost. Chi scrive ritiene si tratti di assunto non condivisibile: per prima cosa fonte della religione islamica sono anche gli *hadith* del Profeta e non si potrebbe in virtù di un'interpretazione eurocentrica del concetto di religione limitare l'esercizio del diritto alla libertà religiosa ai soli "popoli del libro", nella seconda ipotesi. Soccorrerebbe allora l'applicazione dell'art. 30, ovvero l'educazione secondo la propria tradizione, ma tale diritto dev'essere bilanciato con beni di rango equivalente ed è a questo punto che ci troviamo di fronte al rischio ben evidenziato da Chizzoniti. Inoltre ci sia concesso di dissentire da chi rinviene i soli limiti della libertà religiosa nel buon costume, essendo cospicua la letteratura attestante i limiti esterni alla libertà religiosa.

Concludendo: la formulazione dell'art. 583 *bis* c.p. viola l'art. 3 della Carta Fondamentale.

Passiamo al secondo profilo.

3.9.2. Le condotte di lesioni su donne maggiorenni

Nel caso di donne maggiorenni, provenienti da culture che praticano tali riti si pone un problema di contrasto con la disciplina emergente dalla sola norma incriminatrice e la scriminante del consenso dell'avente diritto.

Posto che la presenza di esigenze terapeutiche debba essere intesa nei soli limiti di patologie fisiche interessanti gli organi suddetti, rimovibili esclusivamente mediante interventi ablativi, rendendo invece, come già detto, il ricorrere di tale ipotesi il fatto radicalmente atipico, sorge il dubbio che mediante questa tipizzazione in realtà il bene che si sia voluto tutelare sia un particolare modo (occidentale) di vivere la sessualità.

Questo perché accomuna le tre modalità di condotte tipizzate la rimozione del clitoride, organo che, secondo gli studi di sessuologia, risulta deputato all'appagamento femminile. Questa liberazione coatta dei costumi emergerebbe dalla stessa lettura dei lavori pre-

²⁴¹ V. PLANTAMURA, *Brevi note in tema di circoncisione maschile rituale, esercizio abusivo della professione e lesioni, nota a Trib. Padova, 9 novembre 2007, n. 2046*, in *Giur. merito* 2008, 10, 2590.

paratori.

Quid juris nei casi di *intimate surgery*, assolutamente in voga oltreoceano, ma che sembra trovare una sostanziale diffusione anche in Italia, ed in particolare per la labioplastica? Ricordiamo la parole del Ministero per le Pari Opportunità rispetto alla motivazione puramente estetica addotta nei casi di *female genital cutting*: “l’idea di una vulva piatta (da bambola) è un concetto tradizionale, ma che poi non ritrova nessun riscontro nella realtà”²⁴². Difficile da credersi.

Posto che le norme non si scrivono per appesantire le pagine dei codici e per fornire materiale di lavoro alla dottrina, ma per trovare concreta applicazione, che dovrà fare un chirurgo estetico che si trovi davanti alla richiesta di una ventenne somala, la quale richieda una labioplastica?

E davanti alla medesima richiesta formulata da una ventenne italiana?

O si ritiene che per effetti dello stesso tipo s’intenda qualsiasi modificazione permanente dell’estetica dell’apparato genitale femminile ed allora tutte le cliniche di chirurgia plastica che forniscono tale servizio debbono essere chiamate a rispondere del reato in esame, oppure si aderisce alla chiave di lettura alternativa per cui essendo salvo un determinato organo il medico potrà operare anche la donna somala. Ma come spiegare a quest’ultima che invece magari richiede la sola clitoridectomia che la salvaguardia dell’integrità dell’organo che concorre a garantire, secondo la letteratura medica occidentale, una certa sensazione di benessere psicofisico sia così importante da superare la sua stessa autonomia decisionale, e dignità, nel perseguimento di quella che lei considera tale? Detto altrimenti: come giustificare se non nei termini di un *hard paternalism*, intrinsecamente razzista, tale formulazione normativa e le posizioni di chi nega l’applicazione dell’art. 50 c.p. ad una donna per il solo fatto di provenire da comunità in cui tali operazioni sono conosciute da millenni?

L’autonomia è quindi solo dell’individuo occidentale?²⁴³

Sono illuminanti sul punto le considerazioni di Grande: “Why, among all these various ex post explanations given for F.C., do we, Westerners, in order to describe, explain and

²⁴² MINISTERO PER LE PARI OPPORTUNITÀ, *Le mutilazioni genitali femminili, una tradizione insensata e disumana*, 5.

²⁴³ Per una aspra critica della libertà di scelta dei soli occidentali, argomentata a partire dalla mastoplastica additive si veda invece E. GRANDE, *Hegemonic human rights and african resistance: female circumcision in a broader comparative perspective*, in *Global jurist frontiers*, 2004, 2, article 3, 15-16.

attack it, pick just the last one? It obviously seems to us a more plausible explanation compared to the others; it also matches with the reason that made us clitoridectomize our women until as late as the first half of last century, when erotomania was supposedly cured by it. Yet, we never seriously addressed the following questions: isn't this nothing but a mere narrative, an ex post explanation, no more and no less realistic than all the others? Does clitoris removal really impair a woman's sexual fulfillment? Does it really reduce her sexual desire? Clinical studies on women's enjoyment of sex suggest that: WE DON'T KNOW. To be sure, the importance of the clitoris in experiencing sexual pleasure has been conclusively demonstrated. What we don't know, however, is to what extent the clitoris is necessary to sexual fulfillment and to what extent compensatory processes, of physiological and psychological origin, take place when the clitoris is removed. What we do know is that human sexuality is very complex, that anatomically there are many erotically sensitive parts in the woman's body, and that anatomy is only but one part of the human sexuality, because psychological and sociological aspects also play a very important role. While the correlation between female circumcision and *lack* of sexual satisfaction has been seriously put under attack by numerous studies proving that circumcised women do experience orgasms, some of them – working on circumcised woman- show that brain phenomena appear to be more important in producing or preventing orgasm, than such mechanical questions as exactly what anatomical structures are stimulated or how they are stimulated. Other studies reach the conclusion that while the clitoris tends to be reported as the most erotically sensitive organ in uncircumcised females, other sensitive parts of the body, such as the labia minora, the breasts, and the lips, are found to take over this erotic function in clitoridectomized females. It seems therefore far from established that clitoris removal necessarily reduces a woman's desire for sex or entails a sexual fulfillment limitation, since sexual satisfaction seems always to be the result of physiological, psychological and sociological determinants. Experiencing the feeling of being socially integrated, of being beautiful according to the standards of the living community, or of having met the femininity requirements of your own society seems very important, often even more important, for sexual fulfillment than having the anatomical structure intact²⁴⁴.

²⁴⁴ E. GRANDE, *Hegemonic human rights and african resistance: female circumcision in a broader comparative perspective*, in *Global jurist frontiers*, 2004, 2, article 3, 12-13; per una posizione marcatamente

Ed ancora “si pensi alla chirurgia estetica, che consente di modificare, tagliare, asportare, parti del corpo, senza per questo essere considerata una pratica inaccettabile, quantomeno sotto un profilo giuridico. [...] Pratiche chirurgiche che intervengono, mutilandoli, sugli organi genitali femminili per rispondere così alla sempre più crescente richiesta di perfezione delle ricche società occidentali, non sembrano essere così distanti dalle pratiche tribali legate alle Mgf, acronimo che in questo caso potrebbe ben identificarsi con “modificazioni” genitali femminili. Sulla base di questa nuova tendenza ci si domanda se si può considerare una ragione estetica, motivo sufficiente per integrare l’esimente delle esigenze terapeutiche richieste dalla L. 7/2006. La mutilazione genitale femminile più ‘lieve’, come già detto, è la c.d. sunna, che consiste nell’asportazione del clitoride e pertanto non è sicuramente eguagliabile ad un rimodellamento del clitoride fatto da un chirurgo estetico. Certo però è che, se il ‘rimodellamento’ consiste nel ridimensionamento, la parte eccedente viene mutilata. L’organo manterrà comunque la sua funzionalità, quindi non si configurerà un contrasto con l’art. 5 c.c., ma il problema etico sorge comunque. Fino a che punto si potrà tagliare se non si vuole incorrere in un reato [...]? Se una donna volesse ‘simbolicamente’ effettuare una sunna parziale fino a che punto sarebbe penalmente perseguibile e fino a che punto il confine dell’esigenza terapeutica non verrebbe travalicato, dato che, a paragone, non vi è differenza con l’intervento estetico?”²⁴⁵

Riteniamo che proprio il silenzio della norma²⁴⁶ ci porti invece a sostenere la piena efficacia scriminante del consenso informato e liberamente prestato, quantomeno nelle ipotesi “minori” di cui ci stiamo occupando, non essendo opponibile, logicamente e costituzionalmente, un preclusione all’autenticità del medesimo, laddove proveniente da una donna inserita in una comunità non autoctona. Come giustamente osservato “per l’interprete conta in primo luogo il dato normativo nella sua oggettività, e questo permette di affermare senza molti dubbi che il consenso dell’avente diritto [...] ha lo stesso

provocatoria, ma illuminante vedasi Y. TAMIR, *Hands Off Clitoridectomy. What our revulsion reveals about ourselves*, in *Boston review*, <http://www.bostonreview.net/BR21.3/Tamir.html>

²⁴⁵ F. BOTTI, *L’escissione femminile tra cultura ed etica in Africa*, tesi di dottorato in Bioetica, http://amsdottorato.cib.unibo.it/49/1/Tesi_Dottorato_Botti.pdf, 125-126, ed ampia bibliografia citata. La dimostrazione del fatto che la labioplastica è soprattutto negli USA operazione chirurgica tutt’altro che rara è dimostrato dalla comparsa del tema anche nella letteratura scientifica, vedasi ad esempio Y. ALENCAR FELICIO, *Labial surgery*, in *Aesthetic Surgery Journal*, 2007, 3, 322-329.

²⁴⁶ A differenza di altre formulazioni presenti nel panorama europeo.

spazio di efficacia scriminante che viene ammesso in relazione al delitto di lesioni, con esclusione quindi dei soli casi in cui si reputi che si abbia la conseguenza di una diminuzione permanente dell'integrità fisica"²⁴⁷.

Prima della formulazione della novella un'autrice aveva appoggiato, per la sola *sunna* lievissima, anche la piena applicazione del consenso della minore in età pre-adolescenziale, argomentato sulla scorta del principio relativistico dell'età variabile; essendo il rito alternativo privo di ripercussioni a livello fisico e psichico se "espresso in un contesto di serenità e dialogo, sia con i familiari che con l'operatore sanitario che esegue l'intervento"²⁴⁸ la causa di giustificazione sarebbe pienamente valida. Un dubbio tuttavia permane perché Magnini, sulla scorta dell'art. 5 c.c. escludeva l'applicabilità del consenso in presenza di una contrarietà alla legge, ma trattasi di opinione non condivisibile. Innanzitutto la legge deve essere necessariamente diversa da quella incriminatrice²⁴⁹, secondo poi -anticipando considerazioni su cui ci soffermeremo più ampiamente nel corso del IV capitolo- risulta sufficiente dire per il momento che una norma avente forza di legge ordinaria (la disposizione civilistica) non può assurgere a ruolo di principio generale, in contrasto con le disposizioni costituzionali (in questo caso la piena autonomia decisionale nel caso di maggiorenne, l'autonomia valutata secondo l'età del soggetto in rapporto al tipo ed entità dell'atto dispositivo) soprattutto laddove si consideri che tale norma è nata per limitare gli atti di disposizione finalizzati o motivati esclusivamente da interessi di tipo patrimoniale²⁵⁰.

Prima di passare al prossimo *cultural orientated* crime vorremmo evidenziare altre due mancanze nella formulazione delle fattispecie sui *female genital cutting* in tema di tentativo e di procedibilità all'estero.

3.9.3. Il tentativo di mutilazioni genitali e di lesioni genitali

Laddove non si accolga la tesi in merito di dolo specifico sopra delineata, ci si chiede

²⁴⁷ G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili*, cit. 196; conf. F. BASILE, *La nuova incriminazione*, cit., 688.

²⁴⁸ V. MAGNINI, *Il punto di vista giuridico*, cit., 130.

²⁴⁹ F. BASILE, *La nuova incriminazione*, cit., 689; *contra*, AMATO, *Introduzione*, cit., 29

²⁵⁰ M.C. D'ARRIGO, *Autonomia privata ed integrità fisica*, Milano, 1999, 11; esplica in modo ficcante il concetto S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 226 "paradossalmente dunque si ammette che l'art. 5 abbia una diretta rilevanza in materia penale e, come viene da più parti segnalato, in dispregio ai principi di gerarchia delle fonti, si attribuisce ai divieti in esso contenuti valenza quasi costituzionale".

come debba essere disciplinata l'ipotesi in cui un soggetto ponga in essere degli atti idonei ed in equivocamente orientati a commettere una clitoridectomia, un'escissione o un'infibulazione, l'evento non si realizzi, ma si verificano delle lesioni perseguibili ai sensi del secondo comma dell'art. 583bis c.p.. Secondo Amato sarebbe sempre applicabile il capoverso dell'articolo in esame, lasciandosi l'operatività del combinato disposto degli artt. 56 c.p. e 583bis, co. 1 c.p. esclusivamente laddove non si sia verificata alcuna malattia. Lo stesso autore ammette che "la soluzione lascia un po' perplessi ove si consideri che il tentativo di mutilazione che non abbia provocato lesioni finisce con l'essere astrattamente punito (nel massimo: anni otto) con pene più elevate della condotta che tali lesioni abbia in concreto provocato"²⁵¹.

Trattasi di problemi che il legislatore disaccorto lascia nelle mani dei giuristi; essendo incontestabile la qualificazione di titoli autonomi di reato si ritiene che il diverso carico sanzionatorio sia stato calibrato (in modo comunque del tutto contestabile, non essendo paragonabili gli effetti sulla salute di clitoridectomia ed infibulazione) sul danno, paragonabile alle lesioni gravissime nel primo caso ed alle gravi nelle ipotesi di cui al secondo comma.

Ma posto che il dolo del tentativo è identico al dolo del reato consumato non si ritiene che si possa passare con sì tanta disinvoltura da una fattispecie all'altra: nel caso di lesioni prodottesi in seguito ad un intervento mutilatorio non portato a termine, sarà proprio l'indagine sull'elemento soggettivo a fare la differenza, tramite perizie di esperti (volte ad esempio a far luce su quale sia la pratica diffusa nella regione di provenienza degli imputati) o delle intercettazioni. Si affiancherà poi un'indagine dettagliata sul requisito dell'univocità, elemento su cui la pubblica accusa dovrà riflettere prima di formulare il capo d'imputazione, essendo tuttavia incontestabile che le norme permettono di arginare tale sgrammaticatura normativa (attraverso la riduzione di 2/3 consentita dall'art. 56, si arriverebbe alla comminazione di una pena di 4 anni di reclusione per il tentativo di mutilazione). Detto altrimenti: di fronte ad una mamma fermata prima di intervenire in qualsiasi modo su una minore o si desumerà una chiara intenzione di intervento secondo una ben specifica condotta, o tra i "ferri del mestiere" verranno ritrovati degli strumenti inequivocabilmente diretti ad una determinata operazione (erbe, a-

²⁵¹ G. AMATO, *L'introduzione in Italia*, cit., 25.

cida, etc. etc.) oppure non verrà integrato uno dei requisiti del delitto tentato, con conseguente proscioglimento ai sensi dell'art. 530 co.2 c.p.p. e buona pace, ci si permette di aggiungere, di chi, accecato da una prospettiva odiosamente razzista ed assimilazionista, ha scritto una norma superflua ed inutile.

3.9.4. La perseguibilità all'estero

Sancisce il quarto comma dell'art. 583 bis c.p. che le disposizioni del medesimo articolo si applichino su richiesta del Ministro della Giustizia, quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da cittadino straniero residente²⁵² in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di cittadino straniero residente in Italia.

Trattasi anche in questo caso di infelici formulazioni redazionali: “infatti, non si comprende se la condizione di procedibilità sia richiesta: 1) *tout court* per il ‘caso’ in cui il fatto sia stato commesso all'estero (così rendendo necessaria la richiesta ministeriale in tutte le ipotesi suddette); 2) soltanto per il ‘caso’ per ultimo menzionato, *stricto sensu* inteso, cioè quello del fatto commesso in danno di straniero residente in Italia; 3) ovvero ancora soltanto per il ‘caso’ per ultimo menzionato, questa volta *lato sensu* inteso, cioè quello del fatto commesso in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia (‘caso’, questo, che dal testo della norma viene contrapposto, in virtù dell'uso della virgola e della disgiuntiva ‘ovvero’, all'altro ‘caso’, quello del fatto commesso da cittadino italiano o da straniero residente in Italia)”²⁵³. Concordando con chi opta per la terza soluzione, in virtù di una duplice argomentazione basata sia sul confronto con la risoluzione 2001/2035 del Parlamento europeo²⁵⁴ sia con l'art. 604 c.p. che usa la diversa locuzione “in quest'ultima ipotesi” per indicare le ipotesi di cui al punto 2²⁵⁵, si ritiene criticabile la scelta d'inserire tale condizione di procedibilità, data la funzione essenzialmente politica e non giurisdizionale del Ministro; in una legge in cui si ha di mira l'abolizione di una tradizione definita da chi l'ha formulata come “barbara” in vista della salvaguardia della salute dei minori meglio sarebbe stato mantenere la procedibilità

²⁵² Intendendosi per residenza una situazione caratterizzata dalla fissazione delle sede in Italia accompagnata dalla volontà di attribuire alla stessa carattere di stabilità, pur in assenza di iscrizione nel registro anagrafico comunale, così F. BASILE, *La nuova incriminazione*, cit., 690.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ Su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:077E:0126:0133:IT:PDF>.

²⁵⁵ F. BASILE, *La nuova incriminazione*, cit., 690.

d'ufficio, anche in vista dell'obbligatoria archiviazione *ex art* 411 del codice di rito derivante dalla mancata integrazione della condizione di procedibilità. Inoltre altre difficoltà concrete sono riconducibili al suddetto modo di intendere la dimora ed alla mancanza dell'attualità delle residenze in Italia comportante notevoli difficoltà sia per l'individuazione che per il perseguimento del colpevole²⁵⁶.

3.9.5. Art. 585 c.p.

Con l'art. 3 della L. 15 luglio 2009, n. 94 è stata modificata anche la norma codicistica che disciplinava le aggravanti previste per le lesioni personali dolose e l'omicidio preterintenzionale, includendovi sia il reato di mutilazione degli organi genitali femminili che le modificazioni con esito non mutilatorio.

La pena sarà quindi aumentata da un terzo alla metà, laddove concorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dall'articolo 576, e sarà parimenti aumentata fino a un terzo, laddove concorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dall'articolo 577, ovvero se il fatto è commesso con armi o con sostanze corrosive, ovvero da persona travisata o da più persone riunite.

Nel primo novero a parere di chi scrive si verificherà sempre l'applicazione del co. 1, n. 2 posto che nel caso di *female genital cutting* la premeditazione da parte dei genitori è quasi ontologicamente presente.

Per quanto attiene l'aggravante comune anche in quanto caso i reati previsti dall'art. 583*bis* c.p. che abbiamo visto già caratterizzati da cornici edittali molto rigorose, verranno automaticamente aggravati di 1/3 posto che l'aver agito contro il discendente, per quanto riguarda i genitori, ci sarà sempre così come la suddetta premeditazione.

La dottrina ha già evidenziato come l'aver contemplato nell'art. 585 anche le condotte di modificazioni dei genitali femminili comporterà il fenomeno del concorso apparente di circostanze, che verrà risolto ai sensi dell'art. 15 c.p. Chi scrive ritiene che il caso del genitore convivente che contatti un'operatrice tradizionale e faccia sottoporre ad intervento la figlia dovrà essere ricondotto all'art. 577: il fatto è commesso dall'ascendente e contemporaneamente (quando) si ravvisa la premeditazione. Ci si augura che la giuri-

²⁵⁶ F. BASILE, *La nuova incriminazione*, cit., 691.; G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili*, cit., 191; conf. G. AMATO, il quale tuttavia ritiene che la richiesta dell'autorità politica si riferisca al solo caso in cui si tratti di fatto commesso in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia, *Un'aggravante la minore età della vittima*, in *Guida dir.*, 2006, 5, 27-28; adesivamente in tal senso G. CASSANO, F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, cit., 194.

sprudenza non individui nell'adesione alla tradizione anche il motivo futile, contemplato peraltro sia nell'art. 577 che nell'art. 576 c.p.; laddove ciò dovesse accadere comunque l'aumento fino ad un terzo ex art. 61, n. 1 dovrebbe operare sulla pena risultante dall'aumento ex art. 576. E così, almeno in via teorica una mutilazione, qualsiasi mutilazione dalla clitoridectomia all'infibulazione, verrebbe così determinata: pena base da 4 a 12 anni di reclusione, aumentata di un terzo in quanto commessa a danno di minore, aumentata da un terzo alla metà ex art. 576 c.p., cui aggiungere l'aumento fino ad un altro terzo per l'aggravante comune, con il rischio di arrivare ad una comminatoria di otto anni di reclusione, se si dovesse partire dal minimo edittale e di 24 anni se si partisse dal massimo, rimanendo comunque all'interno dei limiti posti dall'art. 68 c.p. il quale prevede che se concorrono più circostanze aggravanti la pena da applicare per effetto degli aumenti non può superare il triplo del massimo stabilito dalla legge per il reato.

Ora rammentiamo che la pena base per chi partecipa ad associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico è la reclusione da 5 a dieci anni, per l'induzione o il favoreggiamento della prostituzione minorile è la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 15.493 a euro 154.937; la stessa pena è prevista per la violenza sessuale a danno di minore, la pena base di venticinque anni è prevista per il sequestro a scopo di estorsione.

Ora si potrebbe ben obiettare che i paragoni debbano essere portati avanti calcolando l'incidenza delle circostanze anche su queste fattispecie incriminatrici, ma il nostro discorso vuole in realtà confutare, o quantomeno mettere in dubbio, la validità di certi assunti della dottrina del seguente tenore "la scelta di estendere le circostanze aggravanti previste dall'art. 585 [...] appare razionale, trattandosi di ipotesi speciali di lesioni personali (lesioni, in questo caso, all'integrità fisica e psico-sessuale della donna) caratterizzate, già in astratto, da un trattamento sanzionatorio analogo a quello delle lesioni personali comuni. L'attuale modifica legislativa consente, pertanto, un adeguamento sistematico dell'art. 583*bis* c.p. alle altre norme del codice penale che tutelano beni giuridici affini e di pari rango, colmando, in un certo senso la 'lacuna', verificatasi a seguito della recente introduzione della norma in tema di mutilazione e lesione degli organi genitali femminili. D'altra parte, in assenza di un'espressa previsione legislativa le circostanze aggravanti in parola non potevano trovare applicazione nei confronti di tali reati,

ostandovi il principio di riserva di legge in materia penale²⁵⁷.

È vero che le ipotesi più gravi di *female genital cutting* sarebbero riconducibili alle lesioni gravissime e che pertanto il carico sanzionatorio sarebbe stato particolarmente elevato, ma si dimentica che nel 583bis è prevista un'aggravante fissa di 1/3 per la commissione del reato su minori (vale a dire, se vogliamo ricondurre la norma alla *ratio* per cui è stata introdotta, sempre) e soprattutto che le ipotesi più lievi, come la sunna lievissima, sarebbero rientrati a pieno titolo nell'alveo delle percosse.

In questo caso il trattamento sanzionatorio non sarebbe per nulla analogo rispetto alle lesioni comuni.

Ed in seconda battuta che si presentasse una lacuna da riempire non ci convince proprio: se si fosse reputato necessario ulteriormente appesantire il carico sanzionatorio dell'art. 583bis c.p. ben si prestava a tale scopo l'aggravante comune prevista dall'art. 61 n. 11 c.p.

3.10. Maltrattamenti in famiglia

3.10.1. Ambito di applicazione: concorso con l'art. 571 c.p.

Nell'ordinamento penalistico italiano il delitto in esame è collocato all'art. 572 del codice sostanziale il quale così recita: “Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a venti anni”.

La fattispecie sull'abuso dei mezzi di correzione invece prevede la pena della reclusione fino a sei mesi per la condotta di chi abusi di questi ultimi o degli strumenti di disciplina in danno di una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, ovvero per l'esercizio di una professione o di un'arte; se dal fatto deriva una lesione personale, si applicano le pene stabilite negli

²⁵⁷ S. TURCHETTI, *Omicidio preterintenzionale, lesioni personali dolose e mutilazioni genitali femminili: aggravanti ex art. 585 c.p.*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e sicurezza pubblica. Le riforme del 2009*, Milanofiori, Assago, 2009, 104.

articoli 582 e 583, ridotte a un terzo e la reclusione da tre a otto anni se si realizza l'evento morte.

Posta la clausola di specialità espressa si deve, pertanto analizzare dapprima la seconda delle due figure di reato.

Con riguardo ai minori, il termine “correzione” va assunto come sinonimo di educazione, con riferimento ai connotati intrinsecamente conformativi di ogni processo educativo (ferma restando, in ogni caso, la tutela della dignità della persona, anche minore, da parte degli adulti)²⁵⁸.

Essa, punendo l'abuso, si fonda sulla legittimità dell'impiego dello *ius corrigendi* da parte del soggetto attivo, che, trattandosi di un reato proprio, coinciderà con i genitori nei confronti dei figli e degli insegnanti nei confronti degli alunni, legittimando anche l'impiego di una modesta forza nei confronti dei medesimi²⁵⁹.

Controversa è la qualificazione del bene giuridico e la conseguente correttezza della collocazione topografica: chi è favorevole lo ravvisa nel mantenimento dell'equilibrio della convivenza familiare che sarebbe turbato dall'eccesso nell'impiego dei mezzi di correzione²⁶⁰, altri nell'integrità fisica, nell'incolumità e nella libertà personale del soggetto, che l'art. 571 c.p., a differenza di altre norme, tutela in relazione a coloro nei confronti dei quali possono esercitarsi mezzi di correzione o disciplina.

Il diritto educativo si scompone a sua volta in due elementi: l'impiego del mezzo e l'*animus corrigendi*. Si ritiene condivisibile la tesi di chi ritaglia l'ambito di applicazione del reato nell'ipotesi di impiego di mezzi originalmente disciplinari, non potendo mai l'elemento soggettivo, inteso quale finalità educativa perseguita dall'agente, rendere legittimo uno strumento oggettivamente abnorme²⁶¹. L'ipotesi maggiormente controversa

²⁵⁸ Così Cass. pen. 9 gennaio 2004, n. 4934 in Dejure.

²⁵⁹ M. MAZZA, *Maltrattamenti ed abuso dei mezzi di correzione*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XIX, 3.

²⁶⁰ C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, 39-42, citato in M. C. PARMIGGIANI, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in A. CADOPPI (a cura di) *I reati contro la famiglia*, Torino, 2006, 313.

²⁶¹ Primo esponente di tale corrente di pensiero fu in dottrina F. ANTOLISEI, *Osservazioni in tema di jus corrigendi*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 389; M. MAZZA, voce *Maltrattamenti ed abuso dei mezzi di correzione*, in *Enc. giur.*, XIX., Roma, 1990, 3; M. MENEGHELLO, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli* in S. RIONDATO, (a cura di), *Diritto penale della “famiglia”*, Milano, 2002, 508. Nella giurisprudenza più recente Cass. pen. 7 novembre 2007 n. 45283, in Dejure secondo cui gli elementi differenziali tra le due norme sono incentrati “nell'uso distorto o fuorviato di mezzi di correzione o disciplina ricorrente nel reato di cui all'art. 571 c.p., cioè nel ricorso a mezzi e metodi non consentiti (per ciò ‘abusi-

riguarda la riconducibilità nell'alveo di legittimità di condotte ricollegantesi alla nozione di percosse.

Efficacemente si esprime, in tal senso, Cavallo: “attualmente si ritiene ammessa nei mezzi di correzione solo una *vis modicissima*, perciò, mentre non possono ritenersi preclusi quegli atti di minima violenza fisica o morale, che risultano necessari per rafforzare la proibizione, non arbitraria né ingiusta, di comportamenti oggettivamente pericolosi o dannosi rispecchianti la inconsapevolezza o la sottovalutazione del pericolo, la disobbedienza gratuita, oppositiva e insolente, integra la fattispecie dell'art. 571 c.p., non tramodando in quello più grave dell'art. 572 c.p., l'uso in funzione educativa del mezzo astrattamente lecito, sia esso di natura fisica, psicologica o morale, che sconfinava nell'abuso, sia in ragione dell'arbitrarietà o intempestività della sua applicazione, sia in ragione dell'eccesso nella misura, senza tuttavia attingere a forme di violenza”²⁶².

Non si nasconde la vaghezza della locuzione usata, che intesa in senso positivo può, tuttavia, permettere alla norma la possibilità di adeguarsi al mutamento sociale; sono infatti ancora attualissime le considerazioni di Larizza: “nel descrivere la fattispecie il legislatore si è, difatti, servito di termini che non possono non risentire, negli esiti applicativi, dell'evoluzione della coscienza sociale. L'utilizzazione di queste o similari espressioni permette alla norma, difatti, di adeguarsi, senza che ci sia bisogno di mutarla, ai cambiamenti intervenuti, oltreché a livello legislativo, nel costume sociale. Il legislatore, difatti, non può rincorrere ogni tipo di mutamento o evoluzione; di qui l'opportunità, nel momento in cui si appresta a varare una codificazione, di inserire in quelle norme che

vi”), attraverso cui l'agente mira a modificare (*ius corrigendi*) comportamenti dei figli che giudica scorretti o devianti, rispetto ad un contegno privo di ogni finalità educativa che impone al figlio (o membro della famiglia) prevaricazioni, sofferenze e vessazioni fini a se stesse, avulse da ogni pur legittimo esercizio del potere di indirizzo e guida tipicamente proprio di un genitore. La riserva contenuta nell'art. 572 c.p., in rapporto alla residualità della fattispecie ivi contemplata rispetto a quella del precedente art. 571 c.p., implica la sussistenza del più grave reato di maltrattamenti ogni qual volta i mezzi in senso lato educativi o correttivi (il cui “uso” lecito è presupposto dall'art. 571 c.p., che appunto ne sanziona un uso anomalo, cioè un “abuso”) siano integrati da mezzi che debbono di per sé considerarsi non consentiti, vale a dire dotati di immanente anti-giuridicità [...] il nesso tra il mezzo e il fine deve essere valutato sul piano oggettivo con riferimento al contesto culturale e al complesso normativo fornito dall'ordinamento giuridico e non già dall'intenzione dell'agente.”; Cass. pen. 7 febbraio 2005, n. 16491, in *D&G - Dir. e giust.* 2005, 20, 74 con nota di G. DOSI, *Infanzia negata, serve più prevenzione. C'è solo un mezzo: il curatore speciale*, *ivi*, 60 ss. Trattasi di orientamento univoco dal primo precedente costituito da Cass. pen. 16 maggio 1996, n. 4904, in con nota di S. LARIZZA, *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione*, in *Cass. pen.*, 1997, 1, 33.

²⁶² A. CAVALLO, *Sulla distinzione tra abuso di mezzi di correzione e maltrattamenti in famiglia*, in *Cass. pen.*, 2005, 11, 3342.

reputa più esposte ai mutamenti e condizionamenti della realtà sociale espressioni elastiche, che hanno la funzione di rendere compatibile la norma con la mutata realtà. Ne consegue che l'espressione 'mezzi di correzione' va interpretata in maniera dinamica, facendo riferimento all'evoluzione del costume sociale e del tipo e della qualità dei rapporti che si sono verificati in ambito familiare, nonché dei contributi che lo stesso legislatore ha dato all'evoluzione di questi rapporti. L'interpretazione di questa norma non può allora arroccarsi su posizioni vecchie di quasi settantanni che avevano, allora, il pregio di essere fedele traduzione della realtà sociale. È lo stesso legislatore che con l'inserimento di questa locuzione ha forgiato una norma per così dire aperta all'evoluzione del costume sociale; se non avesse voluto questo adattamento alla mutante realtà avrebbe formulato la norma in maniera diversa, specificando, ad esempio, la tipologia dei mezzi correttivi²⁶³.

Condivisibilmente anche la giurisprudenza si è attestata sulla posizione per cui il minore è soggetto di diritto e non oggetto, una persona in formazione che va guidata e nei confronti della quale in via del tutto eccezionale può essere impiegata una *vis modicissima*, ciò deriva dalle moderne acquisizioni pedagogiche secondo cui quest'ultima frustrerebbe anziché realizzare l'intento formativo. Tuttavia secondo chi scrive non sarebbe nemmeno accoglibile la tesi secondo cui "la violenza deprime e fa nascere in chi la subisce sentimenti sempre negativi (astio, rancore ecc.) distanti da una situazione di rispettosa e 'cosciente' ubbidienza"²⁶⁴: aldilà dell'annosa questione della mancanza di indirizzo univoco e costante della scienza medica e condividendo l'osservazione per cui in prima battuta il minore si senta quantomeno indispettito nel vedersi impedita la realizzazione di certi desideri, si ritiene che, se preceduta da plurimi tentativi volti a far nascere quella cosciente ubbidienza e quindi basati sul dialogo o altri mezzi consoni, una lieve ed episodica percossa non possa fare nascere duraturi sentimenti negativi.

La condotta è sanzionata se dal fatto deriva il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente; quest'ultima è intesa in un'accezione molto ampia arrivando a comprendere ogni conseguenza rilevante sulla salute psichica del soggetto passivo, dallo stato d'ansia al-

²⁶³ S. LARIZZA, *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione* (nota a Cass., sez. VI, 18 marzo 1996, Cambria), in *Cass. pen.*, 1997, 1, 36-37.

²⁶⁴ C. COLESANTI, L. LUNARDI, *Il maltrattamento del minore, aspetti medico-legali, giuridici e sociali*, Milano, 1995, 198, citato in M. C. PARMIGGIANI, *Abuso*, cit., 342.

l'insonnia, dalla depressione ai disturbi del carattere e del comportamento²⁶⁵.

Tracciata quest'ormai indiscutibile esegesi dell'art. 571 c.p., passiamo ai maltrattamenti. Trattasi di reato proprio ed abituale: in ordine a quest'ultima caratteristica si ritiene illuminante la definizione fornita da Grandi coincidente con una "ripetizione sistematica delle azioni di maltrattamento in *determinate circostanze*: ripetizione che comporta l'unificazione delle azioni stesse sul versante della capacità offensiva del bene tutelato dalla norma [...] qualora una data condotta offensiva sia posta in essere in modo non frequente, né continuativo, ma pur sempre ogniqualvolta si ripresentino, anche a differenza di tempo le stesse condizioni di fatto, il requisito dell'abitualità dei maltrattamenti potrà ritenersi soddisfatto, sempreché tale ripetizione sistematica integri un'aggressione alla personalità del soggetto passivo" questo perché "potrebbe ben darsi che le punizioni brutali scattino in concreto assai di rado; ma ciò non toglie che il ricorso indelebile dei 'lividi' passati, unitamente al timore delle possibili future vessazioni, determini nei soggetti passivi uno stato psicologico di avvilitamento, prostrazione, mortificazione"²⁶⁶.

L'elemento soggettivo è il dolo; dottrina maggioritaria propende per il dolo generico consistente nella coscienza e volontà di sottoporre il soggetto passivo ad una serie di sofferenze psichiche e fisiche in modo continuo ed abituale, con la conseguenza di lederne complessivamente la personalità; tuttavia è da escludere che si possa trattare di dolo unitario: "i maltrattamenti [...] appaiono [...] come una serie progressiva che trova origine nei primi, e forse neppure avvertiti, stadi di degenerazione del rapporto e che prende successivamente sempre maggiore consistenza e consapevolezza. È difficile insomma pensare ad un soggetto che ad un certo punto formuli il programma di sottoporre ad una serie di maltrattamenti prolungata nel tempo una persona e dia, quindi esecuzione al suo proposito. Mentre è più aderente alla realtà pensare a fatti inizialmente episodici ed occasionali, anche se collegati ad un decadimento del rapporto, che vanno poi ripetendosi con sempre più continue cadenze"²⁶⁷. In ultima analisi al dolo del singolo

²⁶⁵ Cass. pen., 7 febbraio 2005, n. 16491, C. e altro, in *Cass. pen.* 2006, 6, 2172.

²⁶⁶ C. GRANDI, *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale (nota a Corte d'Appello Bologna, 6 ottobre 2006, n. 2433 e Cass. pen., sez. V, 2 agosto 2007, n. 31510)*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 504.

²⁶⁷ F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, in *Enc. Dir.* XXV, Milano, 1975, 253; adesivamente L. MONTICELLI, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in A. CADOPPI, (a cura di), *I reati contro la famiglia*, Torino, 2006, 403; G. D. PISAPIA, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 525.

atto lesivo si aggiungerà la consapevolezza che il medesimo si somma ai precedenti e che persistendo nella condotta illecita si causeranno umiliazioni e sofferenze alla vittima, anche accettando che l'evento si realizzi (con piena configurabilità del dolo eventuale).

Detto altrimenti il dolo consiste nella rappresentazione ed intenzione, di volta in volta, di persistere nell'abuso dello stato di soggezione della vittima²⁶⁸, il quale non deve essere totale, in quanto la norma, nel reprimere l'abituale attentato alla dignità e al decorso della persona, tutela la *normale* tollerabilità della convivenza²⁶⁹.

Alla luce di questo breve inquadramento possiamo passare quindi ad analizzare la giurisprudenza che si è occupata negli ultimi anni di condotte culturalmente orientate o motivate riconducibili a queste due fattispecie, distinguendo tra tipologie (necessariamente) violente e non (necessariamente) violente. Tra queste ultime fenomeno di estrema visibilità è coinciso con l'accattonaggio.

3.10.2. Maltrattamenti non necessariamente violenti -impiego di minori nell'accattonaggio

3.10.2.1. L'evoluzione giurisprudenziale

Nel corso del tempo l'impiego di minori nell'accattonaggio nella giurisprudenza penale italiana è stato oggetto di un trattamento sanzionatorio via via maggiormente gravoso in ragione del passaggio dalla contravvenzione di cui all'art. 671 c.p., alla fattispecie di maltrattamenti in famiglia e, per un breve periodo della riduzione in schiavitù²⁷⁰ e della nuova riduzione in servitù.

I confini tra le tre figure sono labili anche se la giurisprudenza più recente sembra essere stata in grado di tracciare una netta distinzione: contravvenzione nel caso di un isolato

²⁶⁸ Riprendendo la posizione di F. MANTOVANI, *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Studi in onore di Antolisei*, Milano, 1965, 260, così M. MENEGHELLO, *Maltrattamenti* cit., 531; in tal senso anche C. GRANDI, *Una dubbia decisione*, 506. In giurisprudenza vedasi da ultime Cassazione penale 19 giugno 2009 n. 35924; sull'inaccettabilità del dolo specifico Cass. pen., 11 giugno 2009, n. 32843 "è però sufficiente in punto di diritto rammentare che il delitto di maltrattamenti è sorretto da dolo generico, desumibile, come avvenuto nella specie dai comportamenti e dalla sequenza pressoché ininterrotta degli stessi; in punto di fatto l'accertamento delle su richiamate condotte violente ed abituali è incensurabile in questa sede e non è certo disarticolato dalla prospettazione del fine educativo che avrebbe animato il G., che al più costituisce un motivo interno alla sua condotta" in Dejure.

²⁶⁹ Cass. pen., 17 aprile 1996, n.4015.

²⁷⁰ Prima della riformulazione della figura di reato avvenuto nel 2003.

episodio di mendicizia, applicazione dell'art. 572 c.p., indipendentemente dal fatto che il minore abbia avvertito un senso di sofferenza, laddove la condotta sia continuativa e dell'art. 600 c.p. nell'ipotesi in cui il minore si trovi in un ininterrotto stato di soggezione, che si traduca in un'integrale negazione della sua libertà e dignità umana²⁷¹.

Prima di passare all'esame di quest'ultima pronuncia si ritiene necessario soffermarsi sui precedenti in tema di accattonaggio e riduzione in schiavitù – servitù.

Nel caso Djordjevic gli imputati, residenti in due campi nomadi, costringevano i minori a chiedere l'elemosina per l'intera giornata, accompagnandoli al mattino presso alcuni semafori urbani situati nei comuni limitrofi a quello di residenza ed andandoli a recuperare alla sera, presso altri impianti semaforici lontani dai primi, con una breve interruzione nella pausa pranzo in cui le vittime venivano riportate al campo. Se queste raccoglievano poco denaro o mostravano segni di stanchezza e disagio venivano brutalmente picchiate, come era stato riscontrato dalle numerose ecchimosi presenti sui loro corpi. Approfittandosi della situazione di necessità intesa quale "situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale del soggetto passivo, adatta a condizionarne la volontà personale [...] coincide(n)te) con quella 'posizione di vulnerabilità' indicata nella decisione quadro della UE 2002/629/GAI del 19.7.2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, alla quale la l. 11 agosto 2003, n. 228 ha voluto dare attuazione", gli esercenti la potestà genitoriale avevano usato i minori come dei mezzi di arricchimento ledendo la loro libertà personale. Il giudice peraltro si mostra attento ai motivi culturali, sottolineati dalla difesa in vista dell'applicazione dell'art. 51 c.p. Pur rigettando il ricorso in tal senso, poiché lapalissianamente non può essere riconducibile ai poteri dei genitori esercitabili allo scopo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni della stessa, il suo asservimento, gli preme precisare che "nel caso di specie, non si tratta di criminalizzare per se stesso il *mangel* usualmente praticato dagli zingari, e in particolare dai "rom", ma di sussumerlo sotto la previsione dell'art. 600 c.p. quando esso, attraverso l'impiego continuativo dei bambini, debordi in un assoggettamento pieno e totale della vita dei minori che mortifica e degra-

²⁷¹ Cass. pen. 28 novembre 2008, n.44561 V., in *Dir. imm. citt.*, 2009, 1, 239 ss. con nota di A. SIMONI, *La qualificazione giuridica della mendicizia dei minori rom tra diritto e politica*; in *Famiglia e diritto*, 2009, 3, 235 ss. con nota di P. PITTARO, *Impiego di Minore nell'accattonaggio part-time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?*; in *Questione Giustizia* 2009, 2, 207 ss., con nota di L. MIAZZI, *Mendicare con il proprio figlio non significa renderlo schiavo*.

da la loro fragile personalità”²⁷².

Passando invece ai maltrattamenti, particolarmente significativa è la vicenda di Yassine El Quadouk, un ragazzino di origine marocchina affidato dai genitori allo zio per ragioni educative. Una volta giunto in Italia anziché essere iscritto a scuola viene costretto a vendere oggetti di poco valore ed a mendicare per poi poter dare il *conquibus* allo zio, immigrato regolarmente soggiornante e con un lavoro, a titolo di rimborso della somma che costui aveva anticipato per farlo venire in Italia e di contributo per il posto letto e per il pasto serale. Bel Baida Bouabid era stato condannato dal Tribunale di Torino in esito a giudizio abbreviato, con sentenza confermata dalla corte d’appello della medesima città, alla pena – condizionalmente sospesa – di cinque mesi e dieci giorni di reclusione per il reato di cui all’articolo 572 del codice penale, ma aveva proposto ricorso in Cassazione per, tra gli altri motivi, l’assenza di una programmazione dello sfruttamento e per la ricorrenza dei motivi di particolare valore morale e sociale argomentata sulla base “dei notevoli sacrifici da lui affrontati per conciliare i gravosi impegni lavorativi (pesanti turni di lavoro, quale dipendente Fiat) con la vigilanza sul minore affidato alle sue cure”.

In ordine al primo punto la Corte disattende le doglianze dell’imputato sottolineando come lo stesso “si rese certamente conto dello stato di grave sofferenza inflitto al nipote, non fosse altro perché, disinteressandosi completamente delle sorti del medesimo, se non per incamerare i magri guadagni del commercio ambulante e dell’accattonaggio praticati, era ben consapevole del degradato e mortificante regime di vita di Yassine; l’imputato aveva, invece, il dovere di non consentire che ciò si verificasse”, con ciò ribadendo la perfetta realizzabilità del reato anche mediante omissione²⁷³. In seconda battuta si esclude applicabilità di un’attenuante “afferzata sostanzialmente, sia pure in maniera criptica, sulla base di opzioni sub culturali relative a ordinamenti diversi dal nostro. Tale riferimento a principi di una cultura arretrata e poco sensibile alla valorizzazione e alla salvaguardia dell’infanzia deve cedere il passo, nell’ambito della giurisdi-

²⁷² Cass. pen., 26 ottobre 2006, n. 32337, in Cass. pen., 2007, 1244, con nota di F. CARCANO, *L’acattonaggio dei minori tra delitto e contravvenzione*, *ivi*, 4596.

²⁷³ Cass. pen. 18 marzo 1996 C., cit. ; Cass. pen., 17 ottobre 1994, n. 3965 in Cass. pen., 1996, 511, con nota di R. BLAIOTTA, *Maltrattamenti nelle istituzioni assistenziali e dovere costituzionale di solidarietà*, *ivi*, 514; Cass. pen., 30 maggio 1990, n. 394 in Cass. pen., 1992, 1505; in dottrina M. MAZZA, voce *Maltrattamenti*, cit., 6; L. MONTICELLI, *Maltrattamenti*, cit., 398-400; G. D. PISAPIA, voce *Maltrattamenti*, cit., 524.

zione italiana, ai principi base del nostro ordinamento e, in particolare, ai principi della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 Cost., i quali trovano specifica considerazione in tema di rapporti etico-sociali nell'art. 29 Cost. ('La Repubblica riconosce i diritti della famiglia ...') e art. 31 Cost. (La Repubblica ... protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù ...)'".

Gli Ermellini poi scartano l'applicabilità nel caso concreto della contravvenzione prevista dall'art. 671 c.p. (l'accattonaggio praticato dal piccolo Yassine è l'espressione di una più complessa condizione di vita riservata al medesimo e caratterizzata da mancanza di affettività familiare, da sofferenze fisiche e psicologiche, da mortificazioni di ogni genere), pur prospettando, in linea teorica un possibile concorso tra le due norme argomentato alla luce del diverso bene giuridico tutelato, posto che la contravvenzione salvaguarda l'ordine pubblico e la pubblica tranquillità.

A due anni di distanza l'orientamento è completamente mutato: nella sentenza 44516/2008, viene ricostruito un percorso evolutivo volto ad una progressiva e ferrea tutela dei soggetti deboli, che va dall'art. 671 c.p. all'art. 600 c.p.. Esso si fonda essenzialmente su una ricostruzione storica sottolineando come nell'ultima delle figure di reato la finalità principale del Legislatore fosse porre un freno al traffico di esseri umani provenienti dai Paesi più poveri e di conseguenza tale *ratio* porterebbe a sanzionare tale condotta ai sensi della norma suddetta ove si fosse in presenza di soggetti che impieghino continuativamente minori e fanciulli nell'accattonaggio "trattandoli sostanzialmente come una *res* dalla quale si debba trarre il massimo vantaggio economico", siano essi terzi, non legati da rapporti di parentela o affinità o siano gli stessi genitori.

Laddove invece si sia in presenza di una sorta di "contemperamento" delle esigenze del minore, come nel caso trattato dai giudici in cui imputata era una donna rom che portava con sé i figli durante la raccolta dell'elemosina durante le ore mattutine, in condizioni comunque disagiati per i piccoli (vestiti con abiti leggeri anche in pieno inverno, costretti a stare in piedi per delle ore in ambiente insalubre) senza che venisse dimostrato un asservimento continuo, si realizzerà la fattispecie di maltrattamenti²⁷⁴. Se invece si tratterà di un episodio isolato si sarebbe dovuto redigere il capo d'imputazione ai sensi dell'art. 671 c.p. (ora 600 *octies* c.p.).

²⁷⁴ Sull'impossibilità che si assista ad un concorso tra le due fattispecie vedasi Cass. pen., 12 dicembre 2006, L.N. in CED, RV 235816 (m), per esteso in Dejure.

Aldilà delle reazioni strumentali poste in essere, come d'abitudine da politica e mass media²⁷⁵ si è persuasi della bontà di quest'ultima posizione giurisprudenziale, quantomeno per la pacatezza con cui ha cercato di affrontare, secondo un approccio non integralista, uno dei problemi posti dalla convivenza multiculturale.

Trattasi di un punto di partenza e non di arrivo posto che, come è stato fatto giustamente notare da Miazzi, la sentenza non affronta un nodo cruciale ovvero la punibilità di comportamenti posti in essere in quanto dettati dalla povertà e non con l'intento di infliggere sofferenza²⁷⁶; tale critica merita di essere sviluppata.

Si ribadisce comunque come siano da rigettare con forza quelle interpretazioni restrittive della fattispecie penale "a carattere macroscopicamente indulgenziale indotte [...] da una ipervalutazione *in bonam partem* del fattore culturale"²⁷⁷ che richiedevano per la punibilità dei genitori che avevano impiegato i minori nell'attività di accattonaggio una percezione da parte di questi ultimi del trattamento di sfavore loro riservato.

A parere di chi scrive ciò condurrebbe ad una arbitraria sovrapposizione dei due piani, motivati proprio dal desiderio del giudice di mostrarsi particolarmente "aperto" nei confronti di determinate consuetudini che costituiscono reato in Italia.

E forse proprio l'emersione di un nuovo orizzonte culturale potrebbe fornire una lettura evolutiva delle norme: il lemma maltrattare risulta assolutamente vago, ma non è detto

²⁷⁵ <http://www.repubblica.it/2008/10/sezioni/cronaca/cassazione-1/mendicanti-part-time/mendicanti-part-time.html>; http://www.corriere.it/cronache/08_novembre_29/medicante_schiavo_95e45616-bdea-11dd-99ec-00144f02aabc.shtml. come ha affermato a nostro avviso correttamente V. SANTORO "la sentenza in commento ha suscitato reazioni contrastanti e non sempre supportate da una adeguata conoscenza del fatto storico. Si è dato per certo che il processo di merito avesse accertato che una madre si era trasformata in uno spietato aguzzino e che maltrattasse sistematicamente i propri figli; e che la vicenda del processo (una madre che chiede l'elemosina assieme al figlio di quattro anni e con in braccio l'altro figlio neonato) riflettesse e confermasse i nostri peggiori incubi su ciò che sta dietro la diffusa pratica dell'accattonaggio con coinvolgimento di bambini. In tutto ciò ha svolto un ruolo significativo la peculiarità dell'intero procedimento penale, in cui si sono registrati fasi ed esiti che hanno spaziato lungo tutto l'arco delle possibili e pertinenti risposte sanzionatorie", *Abitualità degli atti lesivi e dolo generico rappresentano il discrimine tra le fattispecie*, in *Guida dir.*, 2009, 8, 72?.; di diverso avviso A. CISTERNA secondo cui "tale stato continuativo di soggezione, proprio nel caso di destinazione del minore- cosa all'accattonaggio, non è incompatibile con quelli che la sentenza in commento prefigura come comportamenti di cura da parte della madre nei confronti del bambino. Attenzioni o premure di sorta non possono incidere in alcun modo sulla consumazione del delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, pena la precostituzione di circostanze a scarico consistenti in atteggiamenti puramente esteriori e formali che potrebbero occultare la sostanza, tragica dell'assoggettamento", *Pronuncia che tiene conto della cultura rom*, in *Guida agli Enti Locali*, 2009, 6, 74.

²⁷⁶ L. MIAZZI, *Mendicare con il proprio figlio*, cit., 207.

²⁷⁷ A. BERNARDI, "Fattore culturale" e personalizzazione dell'illecito penale, in L. RISICATO (a cura di) *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali. Atti del Convegno (Università di Messina, 13-14 giugno 2008)*, in corso di pubblicazione, 24-25 dattiloscritto.

che la chiave di lettura storicamente impostasi in base alla quale la condotta cagioni sofferenze sia quella corretta. Maggiormente valorizzante del bene giuridico tutelato potrebbe essere un'interpretazione alternativa in base alla quale la condotta oggettivamente sarebbe idonea a ledere la dignità ed il decoro della persona anche se tale profondo disagio non fosse *ancora* emerso. Detto altrimenti, e lasciando per il momento da parte considerazioni di *extrema ratio* che dovrebbero guidare il Legislatore *de jure condendo*, è indubbio che bambini privati della possibilità di trovarsi in un luogo caldo ed asciutto, di vestirsi adeguatamente secondo la temperatura esterna, di giocare, di respirare dell'aria non inquinata da gas di scarico subiscano delle privazioni che oggettivamente nuoceranno al pieno sviluppo della loro personalità, anche se mentre si trovano tra le braccia della madre per delle ore ancora non se ne rendono conto. Inoltre a chi scrive pare stupefacente che per la consumazione dell'illecito si richieda la percezione attuale da parte del minore. Certo la violenza fisica è nella maggior parte delle ipotesi immediatamente riconoscibile, ma è stato dimostrato che la violenza psicologica non provoca minori danni e talvolta è molto più insidiosa.

L'unico soggetto a cui è richiesta la coscienza e volontà di porre in essere degli atteggiamenti contrari ai doveri scaturenti ex art. 147 c.c., siano essi attivi o omissivi, è chi è titolare di quella posizione di supremazia in un rapporto che nasce squilibrato, il quale, alla luce di una gestione del medesimo contro le più elementari norme di amore e buon-senso che debbono sorreggere una famiglia, pone in essere delle condotte di per sé non anti-giuridiche, ma che lo divengono laddove collegate dall'abitudine delle stesse o di per sé già perseguibili penalmente ma più gravi proprio per l'impossibilità o la maggiore difficoltà a sottrarsi del soggetto passivo.

Sarà allora sotto quel profilo che più correttamente, a nostro sommo avviso, il giudice di merito dovrà valutare tutti i profili "culturali" e specialmente la valenza "positiva" del *mangel* nella minoranza rom.

La nostra posizione sembra trovare conforto nel commento di Bouchard sulla sentenza Husejinovich²⁷⁸ secondo la quale essenziale nel delitto di maltrattamenti è il recepimento, in chi lo subisce, di un attacco al patrimonio morale, culturale del soggetto passivo: "è il sentirsi ingiustamente oggetto di vessazioni fisiche e morali tali da determinare in

²⁷⁸ Cass. pen., 7 ottobre 1992, H., in *Giur. it.*, 1993, II, 582 ss. e in *Riv. pen.*, 1993, 925.

lui uno stato di sofferenza conseguente appunto ad umiliazioni, patimenti, afflizioni e disprezzo...". Così è parsa adeguatamente motivata la decisione della corte d'appello che aveva escluso una situazione di maltrattamento in danno di minori i quali, ancorché sistematicamente impiegati nell'accattonaggio, erano stati fotografati in atteggiamenti tali da lasciar pensare che da quell'attività traessero "*motivi, se non di allegria, di distensione*".

Secondo l'Autore "i passaggi della sentenza appena citata *sconcertano* perché adombrano la possibilità di fondare, in una società multietnica, una giustizia a trattamenti differenziati a seconda delle origini e delle provenienze geografico-culturali degli amministrati. Anziché riconoscere la pari dignità degli essere umani favorisce una discriminazione tra cittadini italiani e stranieri senza neppure tentare – come fa invece il giudice di Torino²⁷⁹ - di evocare il principio del rispetto della diversità etnico-culturale degli utenti"²⁸⁰.

Più corretta infatti è l'interpretazione secondo cui l'asserita mancanza di prove di uno stato di umiliazione di patimenti rappresenti piuttosto l'ennesimo riscontro alle devastanti conseguenze sullo sviluppo stesso di un'armonica personalità della vittima, per effetto del protrato "disinteresse" (interessato?) da parte dei genitori alla salvaguardia dell'integrità della persona umana"²⁸¹ ed invero, come efficacemente sottolineato in una sentenza del Tribunale di Torino, l'inquadramento del bene giuridico tutelato dalla norma quale dignità del soggetto debole nel rapporto familiare o quasi familiare "impone di non confondere gli interessi offesi dal reato (dignità personale ed armonioso sviluppo della stessa) con le reazioni soggettive della vittima, la quale, proprio nei casi di maggiore gravità della condotta delittuosa ed a causa della stessa, può avere raggiunto un degrado di personalità tale da non consentirle neppure di avvertire il disvalore della condizione in cui si trova e la gravità delle prospettive future che da tale condizione discendono come conseguenza inevitabile"²⁸².

²⁷⁹ In *Cass. pen.*, 1992, 1647 ss.

²⁸⁰ M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multietnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in «dimensione domestica»*, in *Dir., imm. citt.*, 2000, 1, 27; sembrerebbe invece sposare la tesi sopra enunciata M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Torino, 2002, 62 ss. e 66 e ss.

²⁸¹ Cass. penale, sez. VI, 26 giugno 2002, n. 920, in *Minorigiustizia*, 2002, 1, 281.

²⁸² Tribunale Torino, 21 ottobre 2002, in R. L., in *Questione giustizia*, 2003, 3, 669, con nota di F. MAZZA GALANTI, *I bambini degli zingari e il reato di maltrattamenti in famiglia*, ivi, 651 ss., nella quale tuttavia si è giudicato su dei furti commessi da minori.

Il giudicante, tuttavia, non risulta insensibile al versante culturale, ma lo risolve sulla base di un consenso da ricercare sui valori contenuti nella Carta Fondamentale; se da un lato non si può obiettare al pensiero per cui il furto contrasti “con i criteri naturali ancora prima che giuridici, di pacifica convivenza tra gli esseri umani”²⁸³, come la lunga permanenza nel territorio nazionale possa essere assunta ad indice di colpevolezza quantomeno sotto la conoscibilità concreta del precetto giuridico violato, come gli immigrati non possano pretendere di vedere riconosciute *in toto* le pratiche relative alla loro cultura si deve sottolineare che la Costituzione non debba essere assunta acriticamente come tavola di valori universali, essendo nata in un determinato contesto socio culturale. Più correttamente si ritiene che anche in questo caso debba essere perseguita la strada dell’uguaglianza sostanziale: “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità” e la prima formazione sociale che un essere umano incontra è, generalmente, la famiglia. Bisognerà quindi evitare commistioni di piani tra tutela dei diritti dei soggetti deboli, che si realizza prima ancora che sul piano penale, con misure educative ed integrative sanzione di una condotta criminale nel rispetto della colpevolezza del singolo agente.

Si rammentano le disposizioni introdotte dalla Carta dei valori: “art. 11. I bambini e i ragazzi hanno il diritto e il dovere di frequentare la scuola dell’obbligo, per inserirsi a parità di diritti nella società e divenirne soggetti attivi. E’ dovere di ogni genitore, italiano o straniero, sostenere i figli negli studi, in primo luogo iscrivendoli alla scuola dell’obbligo, che inizia con la scuola primaria fino ai 16 anni. Ora è palese che se un bambino di 6 anni abbia il diritto ad essere educato *a fortiori* la frequentazione di un ambiente adeguato vale per un soggetto ancora più piccolo (dove si chiudono le virgolette?).

A chiosa si vuole porre l’attenzione su un altro fenomeno che ha recentemente interessato dei minori bengalesi: la vendita di fiori in orari serali presso dei ristoranti.

Gli unici due precedenti noti²⁸⁴ hanno portato ad un’assoluzione degli imputati dalla

²⁸³ Tribunale Torino, 21 ottobre 2002, in R. L., in *Questione giustizia*, 2003, 3, 670.

²⁸⁴ Tribunale Palermo, 8 maggio, 2007, Tribunale Palermo 7 novembre 2007, in *Dir. imm. citt.*, 2008, 1, 112, con nota di F. VANORIO, *Bambini che vendono fiori: povertà, maltrattamenti o schiavitù?*, *ivi*, 113-117.

contestata fattispecie di maltrattamenti, non essendo stata riscontrata quell'abitudine caratteristica il reato (il minore era stato avvistato in un unico caso, mentre i successivi otto controlli da parte della polizia non avevano riscontrato nulla di irregolare), nonché la costante frequenza, corredata da ottimo rendimento, attestata dalla maestra, del minore alle attività scolastiche e parascolastiche.

3.10.2.2 ... e normativa

Resta da vedere l'applicazione giurisprudenziale che verrà data al nuovo art. 600-*octies*²⁸⁵, c.p.: l'impiego di minori nell'accattonaggio viene trasformato da contravvenzione a delitto e diventa punibile la condotta di chi si avvalga per mendicare di una persona minore di anni 14 o non imputabile anche se il minore o il soggetto non imputabile non sia sottoposto alla propria custodia, autorità o vigilanza. Se la "ricollocazione" della fattispecie e la ridefinizione della sua cornice sanzionatoria possono essere accolte con favore in quanto limiteranno quelle distorsioni concettuali cui era arrivata la suddetta giurisprudenza²⁸⁶ non si può non condividere il pensiero di chi ritiene "verosimile che il fenomeno precipuamente avuto di mira dal legislatore sia proprio l'elemosinare attraverso l'impiego di minori posto in essere da soggetti - anche cittadini italiani - di etnia rom, in adesione alla tradizione del *mangel*"²⁸⁷, arrivando alla seconda introduzione in Italia di un *delitto* culturalmente orientato²⁸⁸.

Nel caso poi in cui il fatto sia commesso dal genitore, l'art. 602 *bis* c.p. prevede che la pena accessoria della sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale sia sostituita con la sanzione della decadenza; la dottrina ha criticato il carattere automatico²⁸⁹ in

²⁸⁵ Introdotto con L. 15-7-2009 n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica) e che così recita: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque si avvale per mendicare di una persona minore degli anni quattordici o, comunque, non imputabile, ovvero permette che tale persona, ove sottoposta alla sua autorità o affidata alla sua custodia o vigilanza, mendichi, o che altri se ne avvalga per mendicare, è punito con la reclusione fino a tre anni".

²⁸⁶ M. E. SCALIA, *Sicurezza pubblica. Le modifiche in materia di tutela dei minori* in *Dir. pen. proc.*, 2009, 10, 1209

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ "La condanna per i reati di cui agli articoli 583-bis, 600, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies comporta, qualora i fatti previsti dai citati articoli siano commessi dal genitore o dal tutore, rispettivamente: 1) la decadenza dall'esercizio della potestà del genitore; 2) l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente all'amministrazione di sostegno, alla tutela e alla cura".

quanto preclude al giudice di valutare il concreto interesse del minore²⁹⁰. È stato evidenziato come “le modifiche legislative proposte, unite alle dichiarazioni del Governo sulla necessità di togliere i figli a chi li sfrutta tramite l’accattonaggio, appaiono volte ad appagare una volontà di punizione esemplare per le etnie maggiormente coinvolte nel fenomeno, senza alcuna attenzione ai reali diritti e bisogni dei bambini (e dei loro genitori), in palese violazione di tutti i diritti personali sanciti a livello costituzionale. Bambini che potranno trovarsi privati ingiustamente della loro famiglia anche a fronte di situazioni dove l’auspicata prevenzione richiesta a livello internazionale, gli aiuti materiali ed il sostegno alla capacità genitoriale potrebbero scongiurare tale eventualità a volte devastante. La soluzione più tutelante per adulti e bambini appare, oltre alla realizzazione delle misure contenute nelle raccomandazioni internazionali in tema di prevenzione, aiuto e sostegno, la comunicazione dell’apertura del procedimento penale ex artt. 600, 601, 602 c.p. con trasmissione degli atti all’Autorità Minorile competente, la Procura presso il Tribunale per i Minorenni che, in base a dati di fatto concreti, potrà decidere se promuovere l’apertura di un procedimento ex artt. 330 e ss. o di adottabilità. Con le garanzie che i procedimenti prevedono per l’esercizio del diritto alla difesa di tutti i soggetti coinvolti. Sarà così possibile tenere distinte l’attività di accertamento del reato e punizione del colpevole da quella di tutela dei diritti dei bambini. Lasciando spazio all’eventualità, ove ne esistano i presupposti, di reintegrare gli adulti nelle loro funzioni genitoriali e dare ai bambini una possibilità di vita adeguata all’interno della loro famiglia, della loro cultura e delle tradizioni dell’etnia di appartenenza.”²⁹¹ Si condivide, pertanto, appieno il pensiero dell’autrice quando afferma come “a fronte di una realtà così complessa la misura della decadenza, oltre che potenzialmente dannosa, appare del tutto inutile e demagogica. Peraltro nell’onda della legislazione emergenziale si è utilizzato il concetto di decadenza della potestà mistificandone il reale significato”²⁹², distorcendolo nella cessazione di ogni rapporto tra genitori e figli che si verifica invece esclusivamente con l’apertura di un procedimento di adottabilità che si chiuda con l’adozione dei bambini.

²⁹⁰ A. DELLA BELLA, *L'ultimo atto del “pacchetto sicurezza”: le novità in materia penale*, in *Il corriere del merito*, 2009, 7, 712.

²⁹¹ L. DE RUI, *Accattonaggio: le nuove norme sulla decadenza della potestà. La violazione dei diritti dei bambini*, in *Maltrattamento e abuso all’infanzia*, 2008, 3, 117-118.

²⁹² *Ivi*, 116.

La linea di estremo rigore sarà ancora più evidente dove si rammenti che la novella del 2009 ha aggiunto un terzo comma all'art. 62*bis* stabilendo come “in ogni caso, l'assenza di precedenti condanne per altri reati a carico del condannato non può essere, per ciò solo, posta a fondamento della concessione delle circostanze di cui al primo comma”. Su tale inciso si è peraltro già pronunciata la giurisprudenza sancendo che si tratti di modifiche sfavorevoli al reo, dovendosi di conseguenza applicare solamente per i fatti commessi a partire dall'entrata in vigore della legge²⁹³.

Resta a chiusura di questa parte comunque da evidenziare che la lotta all'accattonaggio si è fatta via via sempre più accesa: all'art. 2 lett. e del D.M. 5 agosto 2008, di interpretazione autentica della L. 24 luglio 2008, n. 125 di conversione del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica», si stabilisce che il Sindaco possa intervenire a tutela dell'incolumità pubblica e sicurezza urbana, intese rispettivamente come *l'integrità fisica della popolazione...*, e *“un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale...”* i comportamenti che, come la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto, possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l'accesso ad essi.

Come ha fatto notare Ruga Riva, prima dell'emanazione del D.L. poi convertito, in commento ad antesignane ordinanze anti lavavetri “i cittadini chiedono sicurezza contro tipologie di persone altre, percepite come, letteralmente, mal-viventi [...] Lo scopo è togliere dalla vista l'altro; non importa se con ordinanze di natura amministrativa o con provvedimenti che legittimino interventi penali. [...] Contro l'illegalità diffusa, agli oc-

²⁹³ Cass. pen. 10 marzo 2009, n. 10646 “prima del recente intervento del legislatore, non esistevano limiti nell'individuazione degli elementi valutabili e idonei alla configurazione di “altre circostanze diverse” da quelle comuni, tali da influire favorevolmente sulla concreta determinazione della pena, al fine di mitigare la rigidità dell'originario sistema sanzionatorio. Spettava al giudice di cogliere e motivare - nella concretezza di ciascuna vicenda sottoposta al suo esame - gli elementi o anche l'elemento che rendevano opportuna l'attenzione della pena. La previsione normativa non impediva al giudice, in relazione ad una determinata e concreta situazione e con adeguata motivazione, di ritenere l'incensuratezza penale elemento meritevole del riconoscimento di attenuanti generiche”; conf. Cass. pen., 19 maggio 2009, n. 23014 in Dejure; per un'opinione della dottrina sui profili di diritto intertemporale si rinvia a M. SCOLETTA *Nuovo delitto di impiego di minori nell'accattonaggio*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e sicurezza pubblica. Le riforme del 2009*, Milanofiori, Assago, 2009, 131ss.

chi dei Sindaci, il diritto penale e il diritto amministrativo appaiono fungibili, come dimostrano le ordinanze fiorentine, e come dimostra la questione delle occupazioni arbitrarie di suolo pubblico, dapprima prevista come reato nell'originaria bozza del c.d. pacchetto-sicurezza, e quindi contrastata con lo strumento amministrativo dell'ordinanza e della confisca. D'altro lato si assiste ad una compenetrazione delle due potestà (penale ed amministrativa), per il tramite di figure di reato (art. 650 c.p., art. 633 c.p.) le quali richiamano provvedimenti amministrativi o clausole di illiceità ("arbitrariamente") a loro volta "riempibili" per mezzo di provvedimenti sindacali. Ciò che conta è lo scopo, non i mezzi. Lo scopo è la assicurazione dei cittadini, la tutela della sicurezza urbana [...] La ragione, anche in politica criminale, è bene prevalga sui sentimenti di fastidio e sulle paure, almeno fin tanto che si attribuisca al diritto penale lo scopo di prevenire e reprimere offese a beni giuridici, quand'anche in via anticipata, e non quello di placare timori in larga parte infondati, o comunque fronteggiabili con strumenti meno invasivi.

Deve esserci davvero qualcosa di ancestrale nella fiducia dei politici e dei cittadini nelle virtù taumaturgiche della pena²⁹⁴.

Certo è che se le ordinanze dei Sindaci debbono limitarsi ad individuare delle zone ben precise e delimitate, pena l'illegittimità delle stesse²⁹⁵, e solitamente quelle più centrali in cui chi chiede l'elemosina si colloca al fine di poter ottenere un maggior guadagno, suscitando al contempo il fastidio del cittadino perbene, le prime vittime saranno i minori. Data la scarsità delle risorse pubbliche di cui possono disporre le forze di polizia sarà, infatti, altamente improbabile monitorare quanto avverrà fuori dai centri abitati e situazioni lesive a danno di soggetti ancora in formazione potranno essere portate a conoscenza della magistratura solo a seguito di segnalazioni di quei cittadini il cui senso

²⁹⁴ C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 1, 148.

²⁹⁵ "È da precisare che affinché l'ordinanza contingibile ed urgente non diventi un atto generale ed astratto e dunque una vera e propria norma è necessario che le prescrizioni della stessa siano le più precise e puntuali possibili. L'ordinanza dovrebbe perciò vietare: 1) comportamenti e condotte ben determinate su talune porzioni sufficientemente individuate o individuabili del territorio comunale (e non su tutto il territorio); 2) determinare o rendere facilmente determinabile i soggetti destinatari della stessa che si siano già previamente segnalati per la loro pericolosità sociale; 3) non innovare l'ordinamento (ri)penalizzando condotte che l'ordinamento considera lecite. Tra queste ultime Salcuni include espressamente le Ordinanze n. 77 del 28 luglio 2008; n. 80 del 31 luglio 2008 del Sindaco di Verona e l'Ordinanza n. 224 del 28 aprile 2008 del Sindaco di Assisi sull'accattonaggio, G. SALCUNI, *Ondate "securitarie" e "argini" garantistici: il declino della riserva di legge nelle (il)logiche scelte del pacchetto sicurezza*, in *Cass. pen.* 2009, 6, 856.

civico non risulta appagato alla sola vista di una città completamente ripulita da poveri e diversi.

Tra le 788 ordinanze emesse tra l'agosto 2008 ed il luglio 2009 il 7,4% riguarda l'accattonaggio molesto²⁹⁶; le motivazioni fanno riferimento alla necessità di evitare ai cittadini disturbo e molestie, di tutelare il decoro urbano ed il turismo, di salvaguardare la sicurezza dei residenti e degli stessi mendicanti (soprattutto su sede stradale), di evitare il rischio di sfruttamento dei più deboli. In alcuni casi, tra le motivazioni delle ordinanze appare anche la necessità di non creare, tra i cittadini, "il falso convincimento che le strutture pubbliche non si interessino e non intervengano a sostegno degli indigenti". In premessa, inoltre, molte ordinanze motivano la necessità dei divieti alla luce del forte aumento del numero di persone che pratica stabilmente l'accattonaggio, spesso in gruppo e in forma organizzata. In qualche caso si fa diretto riferimento alla forte presenza di questuanti stranieri²⁹⁷.

Abrogata nel 1999, la contravvenzione prevista all'art. 670 c.p. torna sotto mentite spoglie e con meno garanzie.

3.10.3. I maltrattamenti violenti

Un altro settore in cui l'elemento culturale è stato notevolmente sottolineato ha riguardato una fascia di condotte lesive dell'altrui libertà, personale e sessuale, o integrità fisica a motivo di un diverso modo d'intendere i poteri educativi o coniugali spettanti al *capofamiglia* nei confronti degli altri membri del nucleo. Senza giungere all'esito tragico delle ipotesi analizzate nella prima parte di questo capitolo, trattasi comunque di episodi, anche molto frequenti e per questo sanzionati ai sensi dell'art. 572 c.p., in cui determinate condotte di vita "all'occidentale" sono state valutate in contrasto con dettami religiosi o culturali dell'agente riguardanti i più svariati ambiti della vita sociale, dalla parità del rapporto coniugale alla formazione morale della prole.

La prima pronuncia nota ha per protagonista un padre di nazionalità algerina, Moham-

²⁹⁶ CITTALIA, *Oltre le ordinanze. I Sindaci e la sicurezza urbana* - Seconda edizione, ottobre 2009, 19, in <http://www.cittalia.it/images/file/oltre-le-ordinanze09.pdf>

²⁹⁷ *Ivi*, 37.

med Nadji Billami²⁹⁸, accusato di maltrattamenti nei confronti della moglie, ingiurie, minacce, percosse con lesioni, di aver costretto la figlia minorenni, in un'occasione puntandole addirittura un coltello alla gola, a digiunare durante il Ramadan e a non partecipare ad alcuna forma di vita sociale, nonché ad avere degli atteggiamenti oltremodo ossequiosi, al limite del servilismo nei suoi confronti. Tali condotte avevano creato nei due figli dei grossi problemi da un punto di vista psicologico, oltre che dei profondi dissensi con la moglie (o la madre?), cittadina italiana.

La difesa dell'imputato era stata costruita unicamente sulla diversa qualificazione data agli episodi posti in essere, per lui espressione dei poteri dei mezzi di correzione riconosciuta implicitamente dall'ordinamento italiano tramite la sola penalizzazione, all'art.571 c.p. dell'abuso, e, direttamente, dalla Costituzione e dall'art.147 del codice civile, pertanto veniva richiesto il proscioglimento o, in via subordinata, la derubricazione a titolo di abuso dei mezzi di correzione. In altri termini si cercava d'introdurre una *cultural defense* basata sul fatto che il soggetto avesse agito in base a quei principi religiosi da lui condivisi per cui le condotte messe in atto avessero unicamente finalità educative.

Il tribunale, basandosi su due diversi ordini di motivazioni, non aderì a tale tesi; innanzitutto sostenne l'inaccogliabilità della pressione culturale islamica dal momento in cui il soggetto era integrato nella società occidentale, avendo compiuto i suoi studi a Parigi, vivendo da lungo tempo nel nostro Paese ed avendo dimostrato interesse per la religione musulmana solo nell'ultimo periodo. Conseguentemente "il N.B. non poteva non essere in condizione di percepire, comprendere ed esattamente valutare, proprio perché nella sua esperienza di vita e nel suo bagaglio culturale erano entrati e si erano sedimentati anche i valori e le regole della società occidentale da cui egli stesso si era fatto sino ad allora assimilare, che le imposizioni poste in essere, da un certo momento, nei confronti dei familiari, le condotte prevaricatrici, le umiliazioni ... non potevano che avere, così come poi è accaduto, un effetto devastante ..."²⁹⁹. La matrice religiosa viene ulteriormente esclusa in virtù di un dualismo comportamentale da parte dell'imputato:

²⁹⁸ Tribunale di Arezzo 27 novembre 1997 In *Quad. dir. pol. eccl.*, 1999, 3, 848, con nota di G. CIMBALO, *Il fattore religioso come elemento di imputabilità*; F. BASILE *Immigrazione e reati "culturalmente motivati"*. *Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, 165.

²⁹⁹ Tribunale Arezzo, 27 novembre 1997, cit., 848.

all'esterno soggetto aperto, convinto sostenitore di una società multiculturale, individuo ingiurioso e violento nelle mura di casa, "ed è proprio la circostanza che la riaffermazione del proprio potere sui familiari sia passata attraverso la mortificazione, l'ingiuria, l'intimidazione, la minaccia e la violenza, esercitate non in nome della propria cultura religiosa, come rivendicazione, proposta *coram populo*, e soggettivamente ritenuta pienamente lecita, di un proprio diritto ad impostare i rapporti familiari secondo il riferimento ai principi della legge islamica, ma al contrario, siano state esercitate surrettiziamente, là dove nessuno poteva vedere o sentire, imponendo il silenzio, che fa fondatamente ritenere che l'imputato abbia agito sulla scorta di una cosciente e volontaria consapevolezza di recare sofferenza. Dunque risulta concretizzato anche l'elemento psicologico del reato ascritto"³⁰⁰.

Successivamente, per condotte analoghe, un altro soggetto (di dove?), Bajrami³⁰¹, aveva cercato di ottenere l'assoluzione alla luce dell'argomentazione secondo cui i suoi atti sarebbero stati scriminati dal consenso degli aventi diritto, desunto a sua volta dalla mancata denuncia dei medesimi. La corte esclude la valenza di "opzioni sub culturali relative ad ordinamenti diversi da quello italiano. Dette sub-culture, infatti, ove vigenti, si porrebbero in assoluto contrasto con i principi che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, in particolare con la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 Cost., i quali trovano specifica considerazione in materia di diritto di famiglia negli art. 29-31 Cost."

Qualche anno dopo, nei confronti dell'imputato Nasri, nato in Tunisia, il Tribunale di Udine, dovendo decidere su condotte lesive poste in essere nei confronti della moglie, di origine polacca, ed argomentate sulla base di quelli che la Corte considera come "regole di supremazia e di coercizione inaccettabili nel nostro ordinamento, vieppiù se imposte con la violenza fisica e morale; che collidono "irrimediabilmente con i principi dell'ordinamento italiano, improntati alla pari dignità dei coniugi ed all'accordo sulle scelte di conduzione del nucleo familiare"³⁰², rigetta la *cultural defense*. Coeva a tale sentenza è una pronuncia di legittimità³⁰³ che riconduce i principi costituzionali sanciti dagli artt. 2

³⁰⁰ *Ivi* 849.

³⁰¹ Cassazione penale, sez. VI, 20. 10. 1999, n. 3398, Bajrami in *Riv. Pen.* 2000, 238.

³⁰² Tribunale di Udine 21 novembre 2002 Nasri, in *Riv. it. med. leg.* 2003, 704.

³⁰³ Cassazione penale, 8.11.2002, n. 55, K.

e 3 ad uno “sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto, o di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili”.

Più interessante ci sembra l'analisi della vicenda decisa dalla Cassazione in data 2 agosto 2007 su una sentenza della Corte d'Appello di Bologna 6 ottobre 2006. Nel caso in esame F., una giovane giunta a Bologna con la famiglia all'età di dodici anni, viene sottoposta ad un ipercontrollo da parte del padre non le permette uscite se non supervisionate dai familiari, appuntamenti con ragazzi e nemmeno di poter trattenere il salario che guadagnava. In tre occasioni, tutte scatenate dall'aver disobbedito a tale ferreo regolamento era stata picchiata nell'ultima occasione anche con una mazza da baseball. Non volendoci soffermare sulla contestazione dell'art. 605 c.p. in quanto fuori dal novero delle fattispecie in esame, ci preme sottolineare che la Corte d'Appello ha ritenuto di annullare la sentenza di condanna in quanto “la relativa imputazione nel descrivere la condotta di maltrattamenti si riferisce a percosse inferte in modo abituale e reiterato³⁰⁴ [...] vi è la prova di tre soli episodi nell'arco della vita di F., peraltro tutti motivati da comportamenti della figlia ritenuti scorretti e quindi non esprimenti il necessario requisito di volontà di sopraffazione e disprezzo”, giudizio confermato in quanto il ricorso in cassazione aveva a motivo solamente questioni attinenti il sequestro di persona.

Aldilà delle ovvie critiche su tale ricostruzione dell'abitualità, ciò che preme sottolineare è la possibile interpretazione fuorviante cui si presta tale enunciato³⁰⁵; non si ritiene che il dolo dei maltrattamenti richieda una direzione finalistica di sopraffazione e disprezzo o che il *movente* educativo, inteso secondo una prospettiva marcatamente soggettivista, vada a scriminare una condotta oggettivamente illecita. Come abbiamo visto all'inizio bisogna tracciare un distinguo tra abuso di mezzi di correzione leciti in cui è ricompresa solo una *vis modicissima* e maltrattamenti. Non è dato sapere quali fossero state nel dettaglio le modalità di aggressione nelle precedenti occasioni anche se la sentenza d'appello parla di *percosse anche con l'uso di un corpo contundente* e l'arrivo alla mazza da baseball non porta a deporre di sicuro nel senso di un leggero schiaffo sulle mani. La *consecutio* argomentativa secondo noi dev'essere così intesa: mancanza di abitualità da desumersi dai tre soli episodi e³⁰⁶ motivati da comportamenti scorretti e quindi

³⁰⁴ *Sic.*

³⁰⁵ Concordemente a C. GRANDI, *Una dubbia decisione*, cit., 507.

³⁰⁶ Il significato di peraltro è “del resto”.

escludenti il dolo.

La motivazione era già stata formulata sulla mancanza dell'elemento oggettivo e secondo noi si è fatta un po' di confusione, dovendosi seguire o la strada già suggerita della diminuzione della colpevolezza su una percezione soggettiva *dell'animus corrigendi*, o una diminuzione della rimproverabilità seguendo la via della provocazione³⁰⁷, intendendo il fatto ingiusto in senso soggettivo (ipotesi che abbiamo tuttavia già scartato trattando di *honor killings*).

Rimane comunque da ribadire il fatto che davanti a questioni così spinose ogni giudice dovrebbe trovare il tempo necessario per affrontare questi casi con adeguata preparazione che dovrebbe trasparire in un'adeguata motivazione a costo di eccessivi tecnicismi. E non lo si dice sull'onda del clamore che anche questa sentenza ha suscitato nei *mass media*³⁰⁸, ma sulla base della ricostruzione data dalla stessa dottrina.

Secondo Basile infatti “i giudicanti (lo) assolvono in quanto – oltre a mancare la prova dell'abitudine della condotta – ritengono assente il dolo di maltrattamenti, giacché le percosse inferte dal padre alla figlia “furono rivolte a reprimere comportamenti ritenuti scorretti della figlia, e quindi non furono espressione di una volontà di sopraffazione e disprezzo, necessaria, invece, ai fini della sussistenza del dolo di maltrattamenti”³⁰⁹.

Nella sua preziosissima opera sui reati culturalmente orientati tuttavia non critica tale ricostruzione, a differenza di Grandi³¹⁰ che la esclude categoricamente e questo a parere di chi scrive costituisce un atteggiamento pericoloso nei riguardi di un tema decisamente scivoloso (questi ultimi due periodi non sono chiari).

³⁰⁷ Trattasi di opinione non condivisa in dottrina: da un lato si obietta che da un punto di vista psicologico un unico fatto provocatorio della vittima non possa motivare una serie di atti di maltrattamento in considerazione della tendenza che con il passare del tempo l'ira svanisca e vi subentri semmai un desiderio di vendetta; dall'altro, che tra gli atti motivati dalla prima e quelli tipizzati dall'art. 572 c.p. vi debba essere ravvisata un'incompatibilità ontologica, essendo i secondi espressione di una degenerazione dei rapporti di convivenza familiare, che si sostanzia nella coscienza e volontà di costringere la vittima ad un'esistenza singolarmente dolorosa, così L. MONTICELLI, *Maltrattamenti* cit., 407-408.

³⁰⁸ «Islamica prigioniera per il suo bene. La Cassazione assolve i genitori. Il Ministro (...): sono ferita», titolava il Corriere della sera, 3 agosto 2007, p. 23; il relativo articolo riportava ampi stralci del commento allarmato dell'allora Ministro per le pari opportunità, che si interrogava: «La giustizia italiana è forse alleata dell'Islam radicale?». Ancora, «La Cassazione assolve gli islamici che avevano picchiato la figlia. Motivazione: le punizioni erano per il suo bene», La Voce d'Italia on-line, 4 agosto 2007, citati in C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in M. PIFFERI, O. GIOLO, (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, Torino, 2009, 208.

³⁰⁹ F. BASILE, *Immigrazione e reati*, cit., 326.

³¹⁰ C. GRANDI, *Una dubbia decisione*, cit., 507.

Proseguendo in questa carrellata si arriva al *decisum* della Cassazione penale nel caso Abdellilah³¹¹; gli ermellini devono esprimersi su una sentenza di condanna della Corte d'Appello di Torino, la quale aveva confermato la responsabilità dell'imputato per il reato di maltrattamenti in famiglia (oltre a sequestro di persona; violenza sessuale in danno della moglie; violazione degli obblighi di assistenza familiare, sia nei confronti del coniuge che del figlio minore Aiman) e ritenendosi più grave il primo, pronunciato una condanna alla pena di anni 2 mesi 6 e giorni 20 di reclusione. Il ricorrente lamentava una carenza di motivazione in punto di elemento soggettivo dei reati contestati ed in particolare “che il giudice della condanna, in punto di rapporti e relazioni socio-affettive tra coniugi e di rapporti economici genitori/figli, abbia applicato schemi valutativi tipici della cultura occidentale, senza rispetto delle esigenze di integrazione razziale e senza pesare, nella condotta del reo, cittadino marocchino, la diversità culturale e religiosa che ha improntato ed informato, finalisticamente, le azioni da lui compiute e ritenute illecite: maltrattamenti, sequestro di persona, violenza sessuale, violazione degli obblighi di assistenza familiare. In altre parole, secondo l'argomentare del ricorrente, tale vizio ‘culturale’ ha finito con invalidare la decisione dei giudici di merito i quali hanno concluso l'azione penale³¹² sulla scorta di valutazioni assiologiche, che hanno avuto come esclusivo fondamento sostanziale un pregiudizio etnocentrico, privo di motivazione in punto di soggettività dei delitti ritenuti”. La pronuncia è particolarmente significativa perché trattasi del primo precedente in cui la Corte di legittimità prende apertamente posizione sul fenomeno del reato culturalmente orientato; in una lunga digressione che si sofferma anche su due dei possibili modelli da noi delineati all'inizio del lavoro (assimilazionista ed interculturale) essa sancisce come questi ultimi “nel nostro sistema penale, in tanto possono attuarsi se e nella misura in cui non contrastino con i principi cardine del nostro ordinamento, anche di rango costituzionale, in tema di famiglia, rapporti interpersonali di coppia ivi compresa l'interazione sessuale che nel nostro sistema è stata rigidamente ed innovativamente regolata dalla legge n. 66 del 1996”. Dichiarando integrazione-inclusionista la previsione della configurabilità della circostanza aggravante (stabilita dall'art. 3, comma primo, del D.L. 26 aprile 1993 n. 122, conv. con modif. in legge 25 giugno 1993 n. 205) della finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razzia-

³¹¹ Cass. pen. 26 novembre 2008, n. 46300, A.

³¹² Termini usati nella sentenza.

le o religioso, e assimilazionista la norma sulla repressione penale dell'infibulazione³¹³, stabilita dall'art.583 bis c.p nonché la norma sulla bigamia, essa prosegue dicendo che compito del giudice risulta essere “di rendere imparziale giustizia con le norme positive vigenti, ‘caso per caso’, ‘situazione per situazione”, assicurando al contempo ed in questo preciso ordine: 1. la tutela delle vittime; 2. le garanzie degli accusati; 3. la personalizzazione della condanna.

Il fondamento culturale di un rapporto di supremazia del marito nei confronti della moglie non viene tuttavia posto come universale e naturale, ma si dice, innovativamente che i diritti fondamentali previsti dalla Carta Costituzionale “costituiscono infatti uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come "antistorici" a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero”. A parere di chi scrive sottolineando l'astoricità di determinate consuetudini si intende mandare un messaggio secondo cui la società italiana ha raggiunto, anche con fatica, un punto di “progresso” che in tema di uguaglianza tra i consociati non è disposta a mettere in discussione. Le doglianze non possono tuttavia essere completamente disattese: pur non valendo a ritenere insussistente il dolo di maltrattamenti derivante dalla mancata conoscenza della legge penale o da una *volitional defense* intesa quale conoscenza attuale, ma soccombente rispetto ad una condotta ritenuta innocua, oppure socialmente utile e non riprovevole si dice che quest'ultimo profilo debba esclusivamente “apprezzarsi nel quadro multiforme delle variabili apprestate dall'art. 133 cod. pen. in punto di personalizzazione e adeguatezza della pena, confermando, pertanto la pena comminata.

In una pronuncia di poco successiva (El Mesquine)³¹⁴ gli Ermellini, benché si fosse de-

³¹³ Originale nella sentenza a dimostrare che tra gli stessi giudici la percezione sia stata quella di criminalizzare la sola forma maggiormente lesiva di *female genital cutting*.

³¹⁴ Cass pen. 28 gennaio 2009 n.22700 El Mesquine In *Iustitia*, 2009, 3, ? consultabile anche on line all'indirizzo

http://www.giuffre.it/servlet/page?_pageid=134&_dad=portal30&_schema=PORTAL30&XSQLFile=AGE_XSQL%5Criv_ol_testo.xsql&XPcod_rivista=537&XPanno=2009&XPfasc=3&XPid_testo=8647 con nota di G. BARBUTO, *Diritto penale e multiculturalismo*, ivi 303-307. Sull'influenza della regolamentazione civilistica del matrimonio secondo altri ordinamenti vedasi Cass. pen. 17 settembre 2007, n. 34.909 in tema di violenza sessuale ai danni del coniuge “le norme penali obbligano tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salvo le eccezioni - che nella specie non ricorrono - stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale. E, nel nostro ordinamento, da tempo la giurisprudenza è ormai pacifica nell'affermare che commette il delitto di violenza sessuale il coniuge che costringa

dotto che i coniugi fossero portatori di cultura, religione e valori differenti da quelli italiani, tali da influire sotto il profilo sia della gravità del reato che dell'entità della pena comminata escludono una graduabilità della colpevolezza; fondando la propria motivazione sul principio di territorialità (la nota *when in Rome doctrine*): “al riguardo dev'essere riaffermato il principio, sancito nell'art. 3 c.p., dell'obbligatorietà della legge penale, per cui tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato sono tenuti ad osservarla. La rilevanza della disciplina e le ragioni di carattere generale su cui si fonda escludono che possa esservi apportata qualsiasi deroga non espressamente prevista dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale e implicano che le tradizioni etico-sociali di coloro che sono presenti nel territorio dello Stato, di natura essenzialmente consuetudinaria benché nel complesso di indiscusso valore culturale, possano essere praticate solo fuori dall'ambito di operatività della norma penale. Il principio assume particolare valore morale e sociale allorché - come nella specie - la tutela penale riguardi materie di rilevanza costituzionale, come la famiglia, che la legge fondamentale dello Stato riconosce quale società naturale, ordinata sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.), uguaglianza che costituisce pertanto un valore garantito, in quanto inserito in un ordinamento incentrato sulla dignità della persona umana e sul rispetto e la garanzia dei diritti insopprimibili a lei spettanti” (se ci sono le virgolette è necessaria la citazione in nota). Il principio di territorialità viene considerato di particolare valore morale e sociale **allorché - come nella specie - la tutela penale riguardi materie di rilevanza costituzionale, come la famiglia, che la legge fondamentale dello Stato riconosce quale società naturale, ordinata sull'uguaglianza morale e**

con violenza o minaccia l'altro coniuge, ancorché non separato, a compiere o subire atti sessuali (sez. III, 16 febbraio 1976, n. 12855, Macario, CED 134887; sez. III, 13 luglio 1982, n. 10488, Drudi, CED 155990), in quanto l'opposta tesi non considera il rispetto dovuto alla persona quale soggetto autonomo e alla sua libera determinazione e che il rapporto di coniugio non degrada la persona di un coniuge ad oggetto di possesso dell'altro coniuge, sicché, qualora esso si riduca a violenza ai fini del “possesso del corpo”, costituisce un fatto gravemente anti-giuridico, che non può non trovare la sua sanzione nelle norme poste a tutela della libertà sessuale (sez. III, 16 novembre 1988, n. 11243, Camerini, CED 179754) [...] **del resto la Corte d'Appello ha adeguatamente tenuto conto delle particolarità della fattispecie (fatti commessi nell'abito di un rapporto di coniugio appena iniziato, comune cultura d'origine nel cui ambito la violenza sessuale tra coniugi non è configurabile come illecito) nel valutare la gravità complessiva del fatto e nel ritenere ravvisabile, proprio in considerazione di tali particolarità, una ipotesi di minore gravità ai sensi dell'art. 609 c.p., comma 3**”, per il commento si rinvia a A. GENTILE, *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente approccio della Cassazione ai c.d. “reati culturali”* (nota a Cass. pen., 26 giugno 2007, n. 34909) in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1, 421-439.

giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.), uguaglianza che costituisce pertanto un valore garantito, in quanto inserito in un ordinamento incentrato sulla dignità della persona umana e sul rispetto e la garanzia dei diritti insopprimibili a lei spettanti.

Nonostante molteplici riletture della sentenza in esame la sensazione che si ha è di una grande confusione: espressamente nei motivi si nominano le circostanze attenuanti generiche e l'esclusione dell'applicabilità delle medesime si fonda su una norma volta a regolare l'applicazione della legge penale in Italia, tra le righe si legge che la valenza culturale di una condotta varrebbe a scriminare o ad attenuare il reato solo laddove espressamente prevista, posizione encomiabile se non fosse che nel corso degli anni l'art. 62bis è diventato il ricettacolo delle più fantasiose motivazioni.

Un aiuto non deriva nemmeno dalla sentenza d'Appello che testualmente recita: "il riferimento alla diversa cultura e religione dei protagonisti non necessita, all'evidenza, di alcun commento; quanto al conseguente trattamento sanzionatorio non risultano agli atti, né sono stati seriamente prospettati, elementi positivamente valutabili ai fini della concessione delle attenuanti generiche, cui del resto ostano i plurimi trascorsi giudiziari da cui l'imputato è gravato"³¹⁵. La sensazione che l'art. 62bis c.p. per gli stranieri valga ai soli fini della verifica dell'incensuratezza non ci abbandona.

La condanna effettivamente comminata è stata ad un anno di reclusione, il minimo editale e ciò potrebbe in un primo momento essere da un lato guardato con favore, ma trattasi di una surrettizia via per affrontare i problemi della multiculturalità: se si sono accertati i fatti di quotidiane percosse a danno della moglie, insulti e minacce anche di morte, se si è anche verificata una ferita da arma da taglio nell'arco temporale continuo di dieci mesi, non si può dire che per tali condotte il bisogno di pena si fermi a tale comminatoria. La dignità ed il decoro della persona proveniente da luoghi in cui è ancora diffusa un'arretrata mentalità patriarcale valgono molto di più, ma non ci si può nascondere dietro il principio di territorialità o fare, si perdoni l'espressione volutamente forte, il gioco delle tre carte con le circostanze codificate.

Per quanto riguarda il raffronto tra le pronunce di legittimità duole dirlo, ma si crede che la differenza sia stata fatta dalla preparazione del giudice relatore nel primo caso - il dott. Lanza - che da anni si occupa dei difficili meccanismi di regolazione penale della

³¹⁵ Corte d'Appello di Milano, 23 maggio 2005 E. M.M., inedita.

società multiculturale³¹⁶ e dall'altro da un sicuramente capacissimo magistrato, dott. Mannino, che non ci risulta tuttavia avere specifiche competenze in merito. Anche se riferite ad altra sentenza³¹⁷ ci sembrano assolutamente condivisibili le critiche prospettate da Grandi laddove lo stesso rifiuta tali posizioni rigidamente oggettivistiche: “ancora una volta si confonde il piano oggettivo con quello soggettivo: apprezzare gli effetti della suggestione culturale sulla psiche dell'agente non significa certo plaudire a consuetudini in palese conflitto con i principi sanciti nella Costituzione. Qualora tale suggestione sia provata, la sua espunzione dall'amplissimo novero degli elementi utili al fine di valutare la sussistenza ed anche il “peso specifico” delle attenuanti c.d. generiche, come è accaduto nel caso di specie, sembra contrastare apertamente con l'autorevole orientamento dottrinale sull'art. 62*bis* c.p., avvalorato da copiosa giurisprudenza, secondo cui «nessun dato può dirsi “pre-giudizialmente” escluso in via astratta da un significato di attenuazione del disvalore dell'illecito che le particolarità del concreto episodio possono fargli assumere”³¹⁸. Ed ancora: “nondimeno [...] va ribadito in generale come l'esclusione aprioristica di tale condizionamento dallo spettro dell'art. 62*bis* sia frutto di una scelta interpretativa marcatamente oggettivista e insensibile al dato culturale, per di più contrastante con la *ratio* e con l'interpretazione tralatizia della norma”³¹⁹.

3.11. Conclusioni

La carrellata giurisprudenziale oggetto di questo capitolo ci ha fatto vedere come *de jure condito* i reati culturali siano già entrati a pieno titolo nel nostro ordinamento penale, sia a livello di costruzione di fattispecie *ad personas*, sia grazie all'opera di difensori e magistrati, nel tentativo di applicare istituti autoctoni (in prima battuta le cause di giustificazione, le circostanze ed i criteri di commisurazione ex art. 133, ma anche per sostenere una particolare configurazione dell'elemento soggettivo); a questo punto dobbiamo addentrarci nell'analisi di tali istituti per vedere quanto e come siano compatibili con le

³¹⁶ B. PASTORE, L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008.

³¹⁷ Cass., 1 agosto 2008, n. 32346, Mohammad e a.

³¹⁸ C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in M. PIFFERI, O. GIOLO, (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, Torino, 2009, 201.

³¹⁹ *Ibidem*.

nuove esigenze di un diritto penale post moderno e, in caso di risposta negativa, abbozzare un embrione di *pars costruens*.

CAPITOLO QUARTO

LA COLLOCAZIONE DEI *CULTURAL CRIMES* NELLA PARTE GENERALE DEL DIRITTO PENALE

4.1. La centralità della colpevolezza

Come abbiamo visto dalla carrellata dei casi esaminati l'elemento principale su cui verte la parte dei motivi a discolta adottati da *cultural agents* coincide con l'assenza dell'elemento soggettivo, argomentata da un lato sulla mancata conoscenza del precetto penale, dall'altro dalla preminenza di valori diversi rispetto a quelli tutelati dall'ordinamento giuridico. Altro filone fondamentale ricollegato a quest'ultima osservazione attiene alla possibilità che una di tali ragioni possa essere ricondotta ad un diritto costituzionalmente garantito e che quindi la condotta possa venire scriminata. Adottando una prospettiva lontana da quella tradizionale fondata sulla teoria del reato si vuole partire, per il ruolo fondante che assume nel diritto penale, proprio dalla colpevolezza come principio e categoria dogmatica. Siamo perfettamente consci che la gerarchizzazione tra fatto tipico, antigiuridico, colpevole e punibile risponda a delle istanze logiche, di razionalizzazione dell'intero sistema, e financo ad una funzione garantista collegata alla scelta per un diritto penale del fatto e non dell'autore¹, ma, una volta data per opinione comune tra i giuristi e così ben fondata da non poter essere messa in discussione, dovendo focalizzare la nostra attenzione su una determinata tipologia di condotte costituenti reato, preferiamo soffermarci su quello che la *law in action* ha dimostrato essere il maggior punto di frizione, che si concentra in particolar modo in tale istituto, legato a filo doppio con le funzioni della pena.

In questa sede sarà sufficiente dire che a parte qualche rarissimo caso di dolo specifico, i fondamenti culturali che spingono all'azione tipica, nei confronti di reati non bagatella-

¹ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale. I*, Torino, 2004, 395.

ri, che ledono dei beni giuridici fondamentali di soggetti diversi dall'agente (*honor killings*, FGC/MGC, maltrattamenti violenti ed accattonaggio sistematico), non possono trovare alcuna considerazione positiva in istituti che nascono con una connotazione marcatamente oggettiva e tendenzialmente universale, quali le cause di giustificazione, le quali tipizzano una scelta di valore fatta a monte dal legislatore tra beni confliggenti, i quali spesso sono rappresentati da diritti fondamentali che, se ritenuti appunto limite invalicabile ai fini dell'esclusione del fatto tipico ed antiggiuridico, non possono ricevere lo stesso trattamento in sede di colpevolezza pena la strumentalizzazione del reo.

Facendo propria la quasi indiscussa tesi per cui quest'ultima esprime una valutazione in chiave personalistica, ritagliata sulla figura di colui che ha concretamente agito, spostando fatalmente l'attenzione dal fatto all'autore ed in particolare all'individuale meritevolezza di pena², è chiaro che nelle pagine seguenti si cercherà di trattare la colpevolezza giuridica, prescindendo completamente da quella morale, anche se nell'ambito dei reati culturalmente orientati la tentazione in senso contrario è spesso molto forte, in particolar modo nella percezione dell'uomo di strada.

Ma, anche a prescindere dalla commistione innegabile nella prassi tra diritto e morale, la concezione normativa della colpevolezza, per quanto preferibile a quella psicologica in quanto graduabile, si fonda su un presupposto che nei delitti culturali deve essere messo in discussione: la capacità dell'agente concreto di autodeterminarsi (il profilo legato all'istituto dell'imputabilità) e soprattutto di farsi motivare dalle norme giuridiche.

Ciò si innesta su quella che acuta ed antesignana dottrina ha individuato come una vera e propria tendenza del diritto penale contemporaneo, vale a dire una sempre più marcata soggettivizzazione³: “è noto che gli illeciti di matrice culturale sono tali in quanto reallizzati in un contesto nel quale le responsabilità individuali si inscrivono (e per ciò stesso si stemperano) in una sorta di responsabilità collettiva del gruppo culturale cui

² S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 575. Per FIORE “il ricorso alla categoria della colpevolezza contrassegna il passaggio dal piano dei giudizi di valore che concernono il fatto a quello delle valutazioni che si riferiscono all'autore (di un fatto tipico ed antiggiuridico), per definire la rilevanza del suo atteggiamento interiore, in rapporto alle pretese dell'ordinamento. Il giudizio di colpevolezza ha sempre come termine di riferimento le scelte di azione di un determinato autore, perché la sua specificità consiste appunto nella vocazione individualizzante in cui questa dimensione dell'illecito penale si configura”, *Diritto penale. Parte generale, I*, Torino, 2004, 394.

³ A. BERNARDI, Il “fattore culturale” nella legislazione e nella giurisprudenza penale, in A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Torino, 2010, 53 ss.

l'autore appartiene"⁴.

Sotto questo profilo un altro studioso ha però evidenziato come pur essendo opinioni "in linea di massima, *condivisibili*. Occorre, tuttavia, guardarsi dal rischio di una sorta di iper-valutazione del condizionamento culturale sulla colpevolezza individuale del soggetto agente, dal rischio, cioè, di accettare un'idea di 'determinismo culturale' che finisca per far disconoscere la libera autodeterminazione del singolo agente, ogni qual volta questi appartenga ad un gruppo culturale di minoranza"⁵. A tal fine dobbiamo valutare più attentamente l'esistenza di tale capacità ed il suo forte collegamento con il rimprovero penale.

4.2. Un breve cenno ai due presupposti della colpevolezza: la libertà di agire diversamente ed il rimprovero

In ordine al primo è stato efficacemente sottolineato che né la libertà di agire, né il determinismo siano mai stati dimostrati e che la prima costituisce un mero presupposto, un assioma senza il quale l'intero ordinamento giuridico non avrebbe senso, valido fino a che, attraverso gli strumenti previsti dal medesimo ordinamento, non si addivenga a sancire una reale incapacità del singolo⁶.

Una precisazione va effettuata sin d'ora: rifiutiamo categoricamente la spiegazione basata sulla libertà delle scelte quotidiane avanzata da Dreher⁷ in quanto, come è già stato esplicitato dalla dottrina italiana, confonde libertà di azione e libertà del volere, la prima attinente alla realizzazione di quanto voluto, la seconda alla costruzione del voluto⁸, rispettivamente verificabile e non.

Pertanto l'analisi che dovrà essere condotta sotto il profilo penalistico, lasciando ai filosofi del diritto il compito di decidere se esista una libertà del volere o meno, si fonderà esclusivamente sull'atto di decisione costituente l'azione o l'omissione, venendo a convergere con la normalità del procedimento motivazionale. Il diritto dovrà allora focaliz-

⁴ A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nella legislazione* cit., 86

⁵ F. BASILE, *Immigrazione e reati "culturalmente motivati". Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, 293.

⁶ Tra i molti E. R. ZAFFARONI, *ivi*, 347.

⁷ E. DREHER, *Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten*, München, 1987, 380, citato in R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 68.

⁸ R. BARTOLI, *Colpevolezza*: cit., 68.

zarsi non su tutti i fattori che incidono su di esso, ma sulle “strutture costanti e portanti” del medesimo, coincidenti con l’imputabilità, la conoscenza del precetto e le scusanti. In sintesi riteniamo di aderire a quella dottrina che ravvisa il contenuto della colpevolezza ne “l’insieme di tutte quelle condizioni attinenti il procedimento motivazionale, empiricamente accertabili, in presenza delle quali (l’imputabilità o la *scientia legis*) o in assenza delle quali (scusanti) l’ordinamento ipotizza che il soggetto avrebbe potuto volere (liberamente) in modo conforme alla norma. Con la conseguenza che la colpevolezza è un dato empirico-normativo, in quanto empiricamente accertabili sono proprio tali condizioni, mentre viene attribuita in modo normativo la possibilità, derivata dalla presenza di singole condizioni, di una volontà conforme alla norma”⁹.

Si tratterebbe comunque di una libertà “circoscritta e condizionata da un complesso di fattori, endogeni ed esogeni, in grado di incidere sul processo motivazionale che fa da supporto alla decisione di agire (o di non agire) in un certo modo”¹⁰. Ed il metro su cui valutarla, eccezion fatta per il profilo dell’imputabilità, sarà necessariamente quello dell’uomo provvisto di una capacità media di autodeterminazione, in mancanza del quale si rischierebbe di compromettere l’effettività del diritto penale stesso¹¹.

Il contenuto del rimprovero viene così a coincidere con il non essersi lasciato motivare dalla norma penale pur avendo la possibilità di farlo e sotto questo profilo, per il collegamento irrinunciabile che vi è tra la concezione personalistica della colpevolezza ed il principio enunciato dall’art. 27 della Costituzione, non possono mai essere dimenticati due profili fondamentali: la necessità che, pur avendo come parametro un *reasonable man*, il giudizio poi si calibri sull’agente concreto e soprattutto che il legislatore sia accorto nello strutturare lo stesso precetto penale nel rispetto di quelli che sono veramente i valori fondamentali della civile convivenza, ponendo particolare attenzione alle condizioni storiche, politiche e sociali in cui si trova ad operare, questo perché, tenendo bene a mente la considerazione di Zaffaroni, “il rimprovero perde [...] di legittimità etica quando lo si formula solo nei confronti di pochi, selezionati tra i più vulnerabili”¹².

⁹ R. BARTOLI, *Colpevolezza cit.*, 75-76.

¹⁰ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale cit.*, 583.

¹¹ *Ivi*, 584-585; R. BARTOLI, *Colpevolezza cit.*, 27.

¹² E. R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità cit.*, 346.

4.3. *Il principio di colpevolezza*

Partiremo dall'analisi della categoria quale principio "che fissa i requisiti minimi di una imputazione 'giusta' sulla base di parametri di valutazione metapositivi: parametri, cioè, a loro volta desumibili da un insieme di principî etico-politici, ovvero da un sistema costituzionale gerarchicamente sovraordinato alla legge ordinaria"¹³.

A partire dal 1988 con le famose sentenze n. 364 e 1085 il principio di colpevolezza, inteso quale responsabilità per fatto proprio almeno colpevole, è stato ricondotto agli art. 27, commi 1 e 3 della *Grundgesetz*, ricollegata a sua volta all'irrinunciabile "esigenza di garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producono conseguenze penalmente vietate (...). Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio garantistico di legalità, vigente in uno Stato di diritto"¹⁴.

La Corte con un completo *revirement* inizia quindi a richiedere che l'illecito commesso sia realmente opera¹⁵ dell'agente, vale a dire sia frutto della libertà di autodeterminarsi sia in ordine all'attivazione della catena causale che alle conseguenze che ne potrebbero derivare oltre che in relazione a tutti gli elementi significativi del fatto tipico¹⁶.

La colpevolezza viene intesa così come limite al potere di punire a sua volta giustificato da un rifiuto delle teorie assolutiste della pena - in particolare di quella incentrata sulla mera finalità retributiva- ed una contemporanea valorizzazione di quelle preventive, con il limite del divieto di strumentalizzazione della persona.

Come correttamente sottolineato da Giunta "il fondamento della colpevolezza è strettamente collegato alle funzioni della pena, al punto da potersi ritenere che giudizio di colpevolezza e giustificazione della pena costituiscano due aspetti di una tematica sostan-

¹³ Così G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, 5, pt. 1, 1389.

¹⁴ Corte Cost., sentenza, 24-03-1988, n. 364 (*Gazzetta ufficiale*, 1^a serie speciale, 30 marzo 1988, n. 13).

¹⁵ Usano questo termine C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale cit.*, 377.

¹⁶ Definiti come gli "elementi che contribuiscono a contrassegnare il disvalore oggettivo del tipo", dalla successiva sentenza n. 1085 del 1988, in *Foro it.*, 1989, I, 1378, con nota di A. INGROIA, *Ulteriori sviluppi del riconoscimento costituzionale del principio di colpevolezza: parziale incostituzionalità del furto d'uso*, la quale viene considerata da C. FIORE E DA S. FIORE come esempio paradigmatico del recepimento della doppia funzione del dolo e della colpa, *Diritto penale, cit.*, 381.

zialmente unitaria”¹⁷, pertanto passeremo subito ad un breve *excursus* su queste ultime.

4.4. Colpevolezza e funzioni della pena

Come è già stato fatto presente dalla migliore dottrina, il tema dell’illecito culturale tocca in modo sensibile la teoria della pena in quanto, a seconda dei criteri finalistici supportati dal singolo interprete, potranno essere valorizzate pulsioni retribuzioniste, preventive o rieducative. Per quanto attiene alla prima funzione ricordiamo come sia possibile giustificare proprio in tale prospettiva un inasprimento della risposta sanzionatoria fondato sulla gravità oggettiva di molte condotte culturalmente motivate e sulla meramente asserita perseveranza nel male degli agenti. Prima di obiettare a queste considerazioni ricordiamo come la funzione retributiva sia innanzitutto smentita sotto il profilo empirico posto che la maggioranza degli ordinamenti vigenti sposano una prospettiva meramente utilitarista, volta a perseguire l’utilità sociale e non a quanto avvertito come giusto in sé¹⁸. Si ritiene comunque che poche parole debbano essere spese nel tentativo di rivalorizzare tale impostazione essendo inconfutabili le parole di Forti secondo cui “un diritto penale retributivo sembra complessivamente disinteressato alle cause del crimine; con esse alla necessità di rimuovere nella società le condizioni che ne hanno propiziato la perpetrazione e di sanare, nella fase dell’esecuzione penale, i difetti di socializzazione del reo che lo hanno portato alla commissione del reato, la retribuzione si chiude dunque a tutto ciò che è altro rispetto all’inflizione del giusto male all’autore del crimine; ristretta in tale angusta visuale, la pena retributiva si priva programmaticamente di ogni intendimento di porsi come strumento efficace di lotta alla criminalità”¹⁹.

Siamo fermamente convinti che ogni attuale tentativo di ripristinare l’ideologia retributiva fondato sulla considerazione che sia la sola a considerare l’uomo come un fine e mai come un mezzo sia risibile e mistificante: il rispetto per l’essere umano non deriva dal sottoporlo ad una pena quale che sia, ma ad una pena parametrata al disvalore del fatto commesso ed alla sua persona²⁰.

¹⁷ F. GIUNTA, *Principio e dogmatica* cit., 126.

¹⁸ F. GIUNTA, *Principio e dogmatica* cit., 127.

¹⁹ G. FORTI, *L’immane concretezza*, Milano, 2000, 111-112.

²⁰ Inoltre Forti obietta correttamente come “difficilmente conciliabile con la prospettiva hegeliana sia non solo la consapevolezza moderna di un uomo mai completamente libero, ma anche la necessità, per ogni ambito di convivenza civile, di fare leva su strumenti idonei a orientare le condotte grazie alla loro attitudine a insinuarsi nel complesso fascio di motivazioni di cui ogni individuo è costantemente agitato”, G.

Come magistralmente esplicitato da Eusebi la salvaguardia della dignità umana sta anzitutto nel configurare una risposta al reato che si sostanzia in una complessa strategia basata sull'accettabilità morale dei fini perseguiti, dei mezzi impiegati a tale scopo, dei costi umani e dei presupposti della punibilità; la dignità si colloca quindi a monte nella scelta delle azioni di contrasto alla devianza ed a valle laddove nella condanna non si possa mai negare una corresponsabilità della società alla medesima²¹. Per l'Autore sarebbe invece la rieducazione "che rivela – in modo ben più concreto dell'idea di retribuzione- precisi legami con l'esigenza di un rispetto non meramente formale della dignità umana di chi venga punito"²².

La pena non ripristina l'ordine giuridico violato, non cancella il reato e le conseguenze del medesimo, non riafferma la validità del precetto non potendo bilanciare delle entità così diverse come, semplificando, la libertà personale dell'imputato ed il senso di fiducia dei consociati.

Infine, si ribadisce un'obiezione di principio: in uno stato laico e secolarizzato la vera retribuzione è ontologicamente impossibile, non essendo dimostrabile che esista un concetto metafisico ed universalmente valevole di Giustizia²³.

Questa posizione era già stata avanzata da Von Hirsch, il quale aveva tra l'altro evidenziato come non si spieghi in alcun modo perché l'azione nei confronti dell'agente debba per forza essere intesa come una reazione penale fondata sull'attributo del rimprovero²⁴:

FORTI, *L'immane concretezza; metamorfosi del crimine e del controllo penale*, Milano, 2000, 123-124. Vale la pena sottolineare anche come debba essere rifiutata l'idea della retribuzione fondata sull'imperativo categorico: secondo U. Klug "che il significato della pena stia nella retribuzione non viene dimostrato, bensì viene semplicemente affermato. Non viene esposta una conoscenza, bensì è reso noto un credo [...] bisogna ricordare che in questo contesto l'imperativo categorico è una formula vuota, dalla quale non si possono trarre conclusioni fornite di contenuto. Nella breve formula kantiana dell'imperativo categorico: 'agisci secondo una massima che possa valere, allo stesso tempo, come legge universale!' [...] la mancanza di contenuto si può facilmente riconoscere; infatti la domanda circa la natura di questa legge universale rimane senza risposta. [...] da un principio vuoto, dal quale non può dedursi alcunché in termini di contenuto, non può nemmeno desumersi il principio della retribuzione", *Il commiato da Kant e da Hegel* in L. EUSEBI, (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*; Milano, 1989, 7.

²¹ L. EUSEBI, *La pena in crisi*, 75.

²² L. EUSEBI, *La pena in crisi*, 85.

²³ Tra gli ultimi R. BARTOLI, *Colpevolezza* cit., 22.

²⁴ A. VON HIRSCH, *L'esistenza della istituzione della pena: rimprovero e prevenzione come elementi di una giustificazione*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte. Atti del Convegno. Toledo, 13-15 aprile 2000*, Milano, 2004, 122.

non riteniamo proficuo addentrarci ulteriormente nel complesso tema delle misure radicalmente altre rispetto alla sanzione penale (tema affascinante, ma che meriterebbe un'approfondita disamina impossibile da condurre in questa sede), ma semplicemente mettere in luce che la reazione penale di fronte ad un fatto tipico, antigiuridico e colpevole possa anche iniziare ad essere pensata nelle prospettive di una fattiva collaborazione e mediazione tra autore e vittima, guidata da un soggetto terzo. Il *fil rouge* di questa tesi (le tradizioni) può essere anche inteso quale spunto per farci capire che è una certa parte della consuetudine a farci pensare come irrinunciabile la presenza del rimprovero, ma che forse è giunto il tempo, ponendoci in modo aperto verso le modalità di risoluzione dei conflitti altre proprie di popolazioni allogene, di aderire con più convinzione alle altre funzioni della pena, rammentando la componente retributiva esclusivamente in una prospettiva storica e ritornandovi brevemente nei nuovi lavori solo per sottolineare la sua obsolescenza.

Ritornando poi ad argomentazioni di meno ampio respiro, reputiamo gravemente lesivo dei valori costituzionali – e specificamente il principio di uguaglianza inteso in senso sostanziale – la previsione di una pena più dura basata sulla mancata o carente riacculturazione del reo. Sotto il profilo oggettivo sarebbe poi impensabile far coincidere la maggior offensività della condotta con la mera estraneità o, meglio, il sentimento derivante dalla mancata comprensione del movente; come abbiamo potuto notare, tuttavia, uno iato in tal senso si è già registrato con l'introduzione dell'art. 583bis c.p..

Procediamo con la funzione generalpreventiva.

Se intesa quale funzione di coazione morale mediante minaccia trova due fondamentali obiezioni: innanzitutto il fondarsi sul prototipo dell'*homo oeconomicus*, che valuta e soppesa i costi ed i benefici dell'agire criminoso, postulato in parte smentito dalla realtà soprattutto davanti ai cosiddetti crimini passionali o comunque legati ad una delinquenza non lucrativa²⁵, che nel caso dell'illecito culturale copre gran parte delle ipotesi. Particolarmente critico nei confronti di tale assunto è Forti secondo cui certe analisi economiche sono caratterizzate “dall'”imperialistica” pretesa di assurgere a chiave di volta

²⁵ F. MANTOVANI, *La “perenne crisi e la “perenne vitalità” della pena. E la “crisi di solitudine” del diritto penale*, in F. MANTOVANI, *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, 1141; conf. F. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Pol. Dir.*, 2000, 2, 271.

universale della spiegazione dei comportamenti sociali²⁶; tuttavia egli prosegue poi ammettendo che nei confronti dell'agire irrazionale sia in prima battuta il precetto penale a non essere percepito dall'agente, riportando il ragionamento al piano della libertà di agire e di controllare le proprie pulsioni che sta alla base di qualsiasi regola giuridica. Ed allora la prevenzione generale si fonderà non sul risultato del calcolo tra delinquere e non delinquere avente per riferimento i rispettivi vantaggi e svantaggi, bensì sulle *chances* di essere scoperti e, conseguentemente alla necessità di prevedere una pena certa e pronta²⁷.

Manca inoltre la prova che la pena svolga correttamente a questa funzione²⁸, ma nonostante la crisi di verifica empirica, legata a nostro modesto avviso più a problematiche attinenti la realizzabilità concreta del modello (afferenti a loro volta ad un profilo di finanziamenti e fondi) si ritiene che il principio debba essere mantenuto

Un dubbio può semmai vertere su quale sia l'aspetto della norma che svolge questa funzione: se il precetto, la pena comminata o la pena eseguita²⁹.

La prevenzione generale merita di essere considerata più attentamente nella sua versione positiva che, secondo i sostenitori della prospettiva integratrice, è l'unica ad essere in grado di svolgere un'adeguata funzione pacificatrice.

La scelta stessa del termine solleva alcune perplessità: secondo noi la pacificazione, il mantenimento dell'ordine sociale è conseguenza della tutela dei beni giuridici afferenti ai singoli individui (intesi in senso lato e quindi comprensivi dei c.d. beni superindividuali quale ad esempio la salubrità del pianeta che non può non incidere sul bene salute di chi lo abita), è il vedere che chi ha violato un bene viene sottoposto ad un giusto processo che svolge una funzione di assicurazione nei confronti dei consociati, non la comminazione di una qualsivoglia punizione. Neppure ci convince la mitigazione roxiniana nella prospettiva di affiancare alla pena classicamente intesa forme di risarcimen-

²⁶ G. FORTI, *L'immane concretezza* cit., 133.

²⁷ *Ivi*, 134-136.

²⁸ F. GIUNTA, *Principio e dogmatica* cit., 130.

²⁹ Ricordiamo infatti che le moderne teorie sincretistiche vedono nella fase della minaccia la prevenzione generale, in quella dell'applicazione la retribuzione proporzionale e nell'esecuzione la prevenzione speciale, F. MANTOVANI, *La "perenne crisi"*, cit., 1146.

to del danno:³⁰ aldilà di tutte le valutazioni attinenti il *deficit* di uguaglianza di una sanzione patrimoniale rispetto ad una incidente sul bene della libertà che è uguale per tutti, la prospettiva sottostante a questa nuova teorizzazione -vale a dire la rinnovata credibilità della pena che si riverbererebbe sul precetto³¹- richiederebbe un totale mutamento di prospettiva dell'intero ordinamento penale. Sarebbe da accogliere cioè il suggerimento avanzato da Vinciguerra sulla necessità, alla luce di un'istanza umanitaria, di una totale riscrittura delle norme incriminatrici sostituendo “una tecnica risalente all'età ormai lontana in cui la pena detentiva era inderogabile [...] con la prospettazione della specie, della misura e delle alternative di ciascuna pena restrittiva della libertà personale, tenendo anche conto dell'omogeneità fra reati per natura e grado della loro offensività”³². Ma non ci sembra che i tempi siano pronti per la concretizzazione di tale scelta, essendo, come noto, citando la triste ironia di un fine penalista, la redazione di un nuovo codice cosa troppo seria per essere lasciata ai giuristi.

Un altro profilo critico sulla prevenzione generale integratrice riguarda la c.d. “crisi da solitudine” del diritto penale, causata dal venir meno di tutte, o di molte, agenzie di controllo non statuali del crimine (religiose, familiari, scolastiche). Tale tipo di prevenzione nasce secondo noi proprio perché tutti i suddetti controlli informali sono stati esautorati, ma ci sembra che la mera sostituzione rappresenti in realtà unicamente una soluzione di facciata. Comunque, laddove come nel caso dell'ordinamento italiano, non ci si potesse discostare, per espresso dettato costituzionale, alla funzione tendenzialmente rieducativa della pena, le risorse “risparmiate” nel sociale extrapenale dovrebbero essere reinvestite nel carcere, forse in misura maggiore e con una ragionevole diminuzione delle aspettative positive nei risultati.

Ma l'obiezione assolutamente insuperabile rimane che il bisogno di rimozione del turbamento prodotto dal fatto criminoso, altro fondamento della prevenzione generale integratrice, ancorché discutibile sotto un profilo ontologico³³, potrebbe essere usato come

³⁰ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1, 17, citato in L. EUSEBI, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulle funzioni della pena*, Brescia, 1989, 44.

³¹ Nell'interpretazione datane da L. EUSEBI in *La pena in crisi*, cit., 53.

³² S. VINCIGUERRA, *L'identità proteiforme della pena detentiva. Appunti per la comparazione tra ordinamenti penali europei*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. In ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, Milano, 2002, 168.

³³ Risulta tuttora insuperabile l'obiezione di EXNER: “se la pena si giustificasse davvero attraverso il bisogno di retribuzione e soltanto attraverso questo, allora esisterebbe e cadrebbe insieme con questo bisogno.

comodo *escamotage* per innescare o rafforzare delle coperture a meccanismi criminogenetici³⁴.

E se si ritiene che questo ragionamento appartenga al cosmo del *Sollen* e non del *Sein* in virtù della lettura della realtà a noi contemporanea ce ne rammarichiamo perché la verifica concreta è sì elemento importante, ma non può mai arrivare alla legittimazione *a posteriori* dei più biechi istinti (spesso artatamente creati o rafforzati)³⁵. Inoltre, pur ammettendo con estrema difficoltà che la pena abbia un effetto generalpreventivo negativo, non vi sarebbero elementi empirici su cui suffragare la tesi secondo cui un soggetto rimane fedele alla legge per una reale adesione ai valori da essa espressi. La colpevolezza collegata alla funzione integratrice in realtà non viene suffragata nella quotidianità delle discussioni dei cittadini: come efficacemente sostenuto da Von Hirsch “alcune elementari limitazioni del diritto penale, orientate alla colpevolezza, come ad esempio la non punibilità delle persone inferme di mente, appaiono irritare, piuttosto che tranquillizzare, il cittadino medio”³⁶.

Se poi dal piano empirico si passa ancora una volta a quello dei valori non può non essere accolta la posizione critica portata avanti da De Vero, il quale ribadisce la necessità di ripartire dalle scelte costituzionali in materia di sanzione penale ed in particolare la loro attitudine a disegnare “la fondamentale idea-guida di un doveroso percorso di ‘formalizzazione’ del sistema penale all’insegna del principio di (legalità e di) rieducazione

Si dovrebbe quindi coerentemente riconoscere la sua presenza come condizione per la punibilità di ogni gruppo di reati in astratto e di ogni delitto in concreto. Se si traesse questa conseguenza [...] si dovrebbe per esempio riconoscere come un principio del processo penale anche il brocardo *quieta non movere*: perché infatti lo Stato dovrebbe portare alla luce un reato nascosto o dimenticato, per poi di nuovo soddisfare, con un pesante sacrificio di beni e di sangue, il bisogno di pena creato artificialmente in tal modo?”, F. EXNER, *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena* in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, 19.

³⁴ Già queste preoccupazioni erano state espresse da EUSEBI nel 1989, *La pena in crisi*, Brescia, 37-38, ma ci sembra che il trascorrere degli anni le abbia semplicemente confermate (basti pensare alla tematica del diritto penale del nemico e di lotta). Critica la pena neoretributiva anche F. MANTOVANI, *La “perenne crisi”* cit., 1144.

³⁵ Sottolinea il pericolo che si arrivi all’apologia di sistemi illiberali anche F. GIUNTA, *Principio e dogmatica*, cit., 132. Meno critico sembrerebbe lo stesso autore valutando tale funzione in prospettiva dell’introduzione di un ulteriore parametro di giustificazione negativo, ovvero la rinunciabilità alla sanzione laddove la pacificazione possa avvenire mediante la mediazione o in senso lato meccanismi alternativi di ricomposizione del conflitto, evidenziando al contempo però che in mancanza di tali meccanismi ed in mancanza della sanzione penale la società degenererebbe verso orizzonti caratterizzati da una totale assenza di tutela o al ricorso ad una selvaggia violenza privata, così in *Quale giustificazione*, cit., 277-279.

³⁶ A. VON HIRSCH, *L’esistenza* cit., 128-129.

del reo”³⁷. In particolare “occorre preliminarmente mettere a fuoco e quindi collegare il rispettivo profilo costituzionale dell' *illecito criminale* e del suo *autore*. Il primo, alla stregua di una visione laica e secolarizzata risalente all'illuminismo e che a maggior ragione può ritenersi recepita nella costituzione di un moderno stato liberaldemocratico, costituisce il più grave degli illeciti giuridici, tale da compromettere potenzialmente le condizioni essenziali della pacifica convivenza civile. Il secondo non è precisamente ‘un cane verso il quale si brandisce il bastone’: l'autore (potenziale o effettivo) di reati è una *persona*, vale a dire l'essenziale baricentro del progetto costituzionale, sia in termini di *tutela*, sia e soprattutto in termini di *protagonismo* all'interno del complesso sistema di rapporti civili, economici, sociali e politici in esso disegnato, le cui *chances* di effettività sono appunto rimesse alla responsabile partecipazione di tutti i consociati. Se così è, l'autentica e primaria relazione che occorre costruire (da un punto di vista ‘costituzionalmente orientato’) tra il reato ed il suo autore è che il primo costituisca oggetto di un ‘dovere inderogabile’ di *astensione* da parte del secondo, agevolmente riconducibile all'ambito dell'art. 2 Cost. ed in un certo senso sovraordinato ai (o riassuntivo dei) particolari doveri di solidarietà qui richiamati, giusto in vista della postulata proiezione devastante dell'illecito criminale sul progetto di civile convivenza. Dovendo allora l'adempimento di tale ‘dovere inderogabile’ essere rappresentato e comunicato ai consociati con una particolare ‘drammaticità’, ecco spiegarsi il ricorso al meccanismo sanzionatorio di tipo *punitivo*. Tale meccanismo, incentrato sulla previsione del pregiudizio in capo al reo di beni altamente significativi come la libertà personale, ben si presta a promuovere nei destinatari la consapevolezza della gravità degli interessi offesi dall'illecito criminale: se la legge - questo è in sintesi il senso del ‘messaggio’ - arriva al punto di prevedere come sanzione (punitiva) di un illecito il sacrificio di essenziali diritti e beni personali (nella cornice di un ordinamento costituzionale che a tali diritti e beni assicura la massima tutela), allora si tratta davvero di fatti carichi di straordinario disvalore sociale, la commissione o l'astensione dai quali rende il cittadino (o comunque il consociato) in un certo senso ‘arbitro’ delle sorti della convivenza civile”³⁸.

Ma ci dobbiamo chiedere se la possibilità di ottenere un trattamento diverso rispetto a

³⁷ DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 2, 449.

³⁸ *Ivi*, 451.

quello riservato agli “autoctoni culturali” possa rafforzare il disinteresse per la conoscenza del precetto e, conseguentemente, il suo potere deterrente, ipotesi particolarmente allarmante laddove l'ondata migratoria si sostanzia in un movimento non arginabile. Secondo noi un numero significativo di reati culturalmente orientati già rientra in quei fatti di straordinario disvalore sociale citati da De Vero, per cui il riconoscimento della particolarità in sede di colpevolezza nulla toglierebbe al disvalore di azione e di evento contenuta in una fattispecie di reato redatta secondo una prospettiva universalista e sul principio del danno.

Si ritorna quindi a vedere il diritto penale posto alla difesa di beni giuridici, ad un rapporto circolare tra prevenzione generale negativa e rieducazione, respingendo qualsiasi altra interpretazione legata a concetti troppo vaghi ed indeterminati e che possono prestare il fianco a derive securitarie sprezzanti di qualsiasi limite garantista.

Anche il diverso culturale che abbia commesso un fatto tipico, anti-giuridico e colpevole dev'essere rieducato, deve cioè poter riacquisire il mero rispetto della legalità esteriore, spogliata di tutte le connotazioni emendative³⁹ l'unico compatibile con una società plurale caratterizzata da conflitti forse insanabili in tema di valori e credenze ultime. La fondatezza oltre ad argomentarsi sul dettato costituzionale⁴⁰ è idonea ad escludere le critiche che, soprattutto in tema di *cultural crimes*, potrebbero essere molto stringenti, vale

³⁹ F. GIUNTA, *Quale giustificazione*, cit., 277; prima di lui G. Vassalli aveva evidenziato che “per quanto attiene al significato, è da rilevare che nel concetto assunto dalla Costituzione, rieducazione non può essere intesa se non come sinonimo di ‘recupero sociale’, di ‘reinserimento sociale’, di ‘risocializzazione’. Pur tenuto conto di tutto ciò che di ostico queste espressioni comportano, il significato di una norma statale non potrebbe essere diverso. Lo Stato non può prendersi cura della morale dei cittadini se non in forma indiretta – e cioè promuovendo in tutti i modi possibili l'osservanza delle proprie leggi che ovviamente ritiene ispirate a criteri morali- e in senso sociale, e cioè ponendo attenzione alla condotta esterna dei singoli e dei gruppi ai fini di una ordinata convivenza sociale. In questo quadro rieducazione non può significare altro che ‘acquisizione della capacità di vivere nella società nel rispetto della legge penale’. Questo ne è il contenuto minimo d'altra parte l'opera di rieducazione in uno Stato e secondo le leggi di uno Stato va necessariamente considerata anche come un'opera demandata alla società stessa attraverso l'aiuto che questa deve offrire a chi è caduto nel delitto, anche a questi soggetti dovendo estendersi l'impegno di sociale solidarietà fissato nella Costituzione” *Il dibattito sulla rieducazione*, in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, v. 1, t. 1, Milano, 1997, 1703-1704. Si tratta parallelamente della funzione affidata al controllo penale, quale appunto quella di “garantire la tutela delle condizioni minime di un'ordinata convivenza civile” così E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo in Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena: in ricordo di Adolfo Beria di Argentine. Atti del Convegno di studio (Casarano-Gallipoli, 2000)*, Milano, 2002, 32.

⁴⁰ Per G. FIANDACA ad esempio “uno Stato che già in linea di principio rifiuta l'idea di una morale unica e ammette, anzi garantisce la coesistenza di concezioni etiche diverse, è sicuramente anche privo della legittimazione a utilizzare la pena come strumento di emenda morale dei cittadini adulti”, in *Quale modello e quali scopi della pena, oggi?*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/10218.pdf>, 21 (19/12/2009).

a dire quelle avanzate da Ferrajoli in base alle quali la rieducazione si risolverebbe in ultima istanza in una riconversione culturale coatta. A ben vedere l'assumere la legge a guida della condotta come contenuto della rieducazione potrebbe comunque trovare obiezioni se si ipotizzasse come meta realizzabile una società fatta di uomini totalmente liberi e irraggiungibili dal crimine, cosa che è immediatamente percepibile come utopia. Come ben evidenziato da Fiandaca tale obiettivo è il minimo e unico contenuto compatibile nella società data ed una valutazione degli agenti in carne ed ossa verrà fatta esclusivamente nella scelta degli strumenti idonei al perseguimento di tale obiettivo⁴¹.

È bene premettere che “un sistema penale imperniato sull'idea rieducativa non è affatto votato a sanzioni prive di afflittività”⁴², che il riappropriarsi dei valori minimi della civile convivenza, laddove il *deficit* non sia motivato da oggettive difficoltà di inserimento sociale, debba passare per “ragionevoli, moderati, ma irrinunciabili connotati”⁴³ riconducibili ad una restrizione i quali peraltro non sono di esclusiva pertinenza delle pene detentive.

La colpevolezza dell'autore per il fatto commesso nell'ottica rieducativa emerge quale imprescindibile principio garantista a baluardo di pericolose derive in senso specialpreventivo, un principio inserito da un Costituente dotato di encomiabile lungimiranza⁴⁴. Come abbiamo visto, se si prescindesse da qualsivoglia collegamento ad un rimprovero proporzionato al valore del fatto il reo potrebbe essere sottoposto ad inaccettabili trattamenti *sine die*.

Si intende precisare sin da ora che il legame tra colpevolezza e funzione rieducativa non si deve concretizzare solamente nella scelta della pena concreta da infliggere e far eseguire all'agente, ma deve trovare una prima sistemazione nella scelta legislativa delle tipologie sanzionatorie e dei limiti edittali⁴⁵: ciò era stato ribadito dalla Corte Costitu-

⁴¹ G. FIANDACA, *Quale modello*, cit., 22.

⁴² Così E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del Costituente*, in *Rass. penit. e crimin.*, 2005, 2-3, 79.

⁴³ E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato*, cit., 80.

⁴⁴ *Ivi*, 81.

⁴⁵ L. EUSEBI, *La pena in crisi*, 154; conf. G. FIANDACA, *Quale modello*, cit. 27.; assolutamente condivisibili le parole di Vassalli: “la restrizione del principio rieducativo alla fase esecutiva o penitenziaria non ha base nel dettato costituzionale e rischia di violare elementi essenziali del nostro sistema penale, che non sarebbero sufficientemente salvaguardati nell'osservanza di altri precetti costituzionali esistenti nella materia. Con l'art. 27, secondo comma la Costituzione si rivolge sia al legislatore che a tutte le cosiddette ‘agenzie del controllo sociale’ [...] Nel momento legislativo la Costituzione impone di operare scelte che

zionale già nel lontano 1990 con la sentenza 313, la quale ha affermato: “la necessità costituzionale che la pena debba ‘tendere’ a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo ‘tendere’ vuole significare è soltanto la presa d’atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l’adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione: com’è dimostrato dall’istituto che fa corrispondere benefici di decurtazione della pena ogniqualvolta, e nei limiti temporali, in cui quell’adesione concretamente si manifesti (liberazione anticipata). Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto. La Corte ha già avvertito tutto questo quando non ha esitato a valorizzare il principio addirittura sul piano della struttura del fatto di reato (cfr. sentenza n. 364 del 1988). Dev’essere, dunque, esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell’art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell’esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie”⁴⁶.

La necessità rieducativa è stata poi recentemente rafforzata nei confronti degli stessi stranieri con la pronuncia n. 78 del 16 marzo 2007, la quale ha, fondandosi sui parametri dell’art. 3 e 27, co. 3 Cost. ritenuto illegittima l’esclusione ex artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno fosse in ogni caso precluso l’accesso alle misure alternative da essi previste.

Particolarmente significativi sono i punti in cui si evidenzia che sia sempre necessaria

non siano in contrasto con il principio rieducativo, e cioè di pene e di modalità penali che non impediscano a priori l’attuazione del principio stesso. Il dibattito sulla rieducazione, in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, v. 1, t. 1, Milano, 1997, 1708, ed ancora “ne stando al carattere imperativo del dettato costituzionale, l’idea rieducativa può essere relegata al campo esecutivo, come un accessorio di auspicabile ma non necessaria realizzazione. Essa può e deve ispirare la fase stessa dell’applicazione giudiziale della pena, della quale bene è stato detto che deve cessare d’essere una dosimetria per aspirare a divenire una diagnosi. Essa deve ispirare la scelta stessa delle pene da parte del giudice, quando questa è possibile, e deve essere d’impulso al legislatore e all’amministrazione nell’attuazione di nuovi istituti e nel promuovimento di nuove iniziative”. ID., *Funzioni e insufficienze della pena*, *ivi*, 1402-1403.

⁴⁶ Corte Cost., 26 giugno 1990, n. 313 in <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html> (19/12/2009).

una valutazione prognostica sul singolo individuo, sul suo recupero e sul suo reinserimento sociale, nonché sia prestata comunque attenzione anche alla prevenzione del pericolo di reiterazione di reati, pur tuttavia senza mai arrivare ad una prospettiva in cui la finalità repressiva finisca per annullare quella rieducativa.

Pur abbracciando in motivazione quella che in dottrina viene definita come concezione polifunzionale, crediamo che tale ultima pronuncia abbia preso in realtà una grande posizione in favore del principio rieducativo, intervenendo su una delle materie e in un arco temporale in cui è indubbiamente più facile sostenere la prevalenza della funzione generalpreventiva, rispondendo alle preoccupazioni di quella incontestabile dottrina che nella la tradizionale concezione eclettica o sincretistico-additiva vedeva un pericoloso arretramento del principio rieducativo, fatto coincidere con un principio di politica criminale⁴⁷.

Riteniamo che non sia il caso di indugiare sull'enorme approfondimento che è stato fatto sul *Kernstrafrecht* e sulle teorie abolizioniste e non perché non troviamo stimolanti i risultati cui sono pervenuti, ma semplicemente per la loro inapplicabilità nei confronti delle fattispecie prese in esame. Trattasi infatti di ipotesi in cui chi scrive valuta necessaria la presenza, quantomeno a livello di precetto, del diritto penale per il rango costituzionale dei beni in gioco.

Arrivati a questo punto vogliamo invece soffermarci su un modo d'intendere la colpevolezza che ci ha profondamente colpito: una proposta avanzata da Zaffaroni pochi anni fa che ha cercato di coniugare la necessità di mantenerne il fondamento garantistico collegato all'atto con le acquisizioni derivanti dall'osservazione empirica e dalle altre scienze sociali della tendenza degli ultimi tempi a intercettare in un sistema di risorse scarse, le azioni delittuose delle classi subalterne. Nella prospettiva dell'autore non si scade nella semplificazione dell'eguaglianza povero = criminale e nemmeno si ripercorrono i passi della *Mitschuld*, ma si fa, a nostro avviso del tutto condivisibilmente, notare che bisogna tenere conto della situazione concreta di vulnerabilità dell'agente. Con tale locuzione si indica un processo in cui "partendo da un certo stato 'potenziale' di vulnerabilità, occorre che vi sia anche uno 'sforzo' personale del candidato alla criminalizzazione per raggiungere la situazione di vulnerabilità concreta, in cui si materializza la pe-

⁴⁷ G. FIANDACA, *Quale modello* cit., 29.

ricolosità del potere punitivo. La persona deve fare qualcosa per pervenire a quella situazione concreta ed è quello che io chiamo sforzo personale per raggiungere la situazione concreta di vulnerabilità”⁴⁸. Gli sviluppi nell’ambito dei reati culturalmente orientati sono impressionanti: “la maggioranza dei criminalizzati [...] non mette in campo grandi sforzi per raggiungere la situazione concreta di vulnerabilità, poiché parte già da uno stato abbastanza elevato e basta poco perché si concretizzino le condizioni che consentono al potere punitivo di selezionarli. Ed infatti la cosa più semplice per il potere punitivo è selezionare appunto coloro che in qualche modo ostentano caratteri stereotipizzati. È uno sforzo a volte insignificante quello che questa maggioranza di criminalizzati fa perché il potere punitivo possa concretizzare la sua pericolosità nei loro confronti”⁴⁹. Alla luce di ciò la colpevolezza verrà calibrata sullo sforzo di vulnerabilità, sarà un efficace correttivo per graduare verso il basso la risposta sanzionatoria o addirittura a farla venire meno.

Come sottolineato da Bernardi, la strada era già stata battuta dalla dottrina tedesca, ma, se applicata agli illeciti oggetto della nostra analisi, dovrebbe condurre a ritenere ad esempio la clandestinità quale fattore predisponente al crimine e, conseguentemente, punire di meno i casi di FGC e non di più come invece ha fatto il Legislatore italiano⁵⁰. Come vedremo più avanti ciò si riconduce ad un’adesione da parte di quest’ultimo ad una visione spiccatamente integrativa della sanzione, non scevra da profili di simbolismo altrettanto marcato e da una giurisprudenza per larga parte aderente ad una concezione polifunzionale della pena. Ma si è fermamente convinti che non per questo si debba cadere nella fallacia naturalistica e non accogliere la validità del modello proposto dall’insigne giurista argentino.

Prima di passare alla seconda dimensione della colpevolezza ci sia consentito di riportare il pensiero di un autorevolissimo giusperito recentemente scomparso: “nessuna fun-

⁴⁸ E. R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, cit., 351.

⁴⁹ *Ivi*, 351.

⁵⁰ A. BERNARDI, Il “*fattore culturale*” nella legislazione, cit. 93, il quale sottolinea, sulla scorta delle argomentazioni emerse anche nel dibattito americano in merito all’opportunità di introdurre una formal cultural defense come “va però ribadito da un lato che la scelta normativa di premere l’acceleratore sul versante intimidativo della prevenzione generale rischia di rivelarsi controindicato rispetto al versante positivo di quest’ultima, dall’altro lato che una valorizzazione ad oltranza del versante “integrativo” della prevenzione generale finisce col porsi in conflitto col carattere eminentemente personalistico del diritto penale e del suo arsenale sanzionatorio”.

zione della pena potrà mai essere condannata od esaltata di per sé stessa. Tutto dipende dall'osservanza, nella loro previsione, nella loro applicazione e nella loro esecuzione, di fondamentali principi di civiltà [...]»⁵¹ i principi di civiltà propri di un ordinamento non si ricollegano alle idee dei suoi reggitori sulle funzioni della pena o su quelle della misura, ma si verificano nel modo con cui esso regola e pratica l'applicazione e l'esecuzione dell'una e dell'altra»⁵². Rifiutare o sminuire la centralità della rieducazione sulla base delle difficoltà applicative incontrate nel suo cammino, seguendo la logica nordamericana dei *three strikes* sarebbe assolutamente vano: come magistralmente asserito dall'autore appena citato “ciò si potrebbe ripetere anche per altre funzioni meno essenziali, che tuttavia non sempre la pena riesce a realizzare: riaffermazione cioè dell'impero del diritto e prevenzione generale”⁵³.

4.5. La colpevolezza come categoria dogmatica. Un cammino a ritroso dalla colpevolezza alla tipicità

4.5.1. L'imputabilità

Essa com'è noto, aderendo ad una concezione normativa della colpevolezza, ne costituisce il primo presupposto e consiste nella capacità d'intendere e di volere, vale a dire, rispettivamente della capacità di comprensione del soggetto del proprio comportamento collocandolo nella realtà che lo circonda e di controllare i propri impulsi conseguentemente determinandosi in conformità del giudizio che si è così formato. Per essere imputabili entrambi i momenti (intellettivo e volitivo) sono necessari e debbono essere presenti al momento ed in relazione allo specifico fatto commesso.

Non è questa la sede per uno studio approfondito sull'intero istituto, basterà soffermarsi sui profili maggiormente significativi in ambito dell'oggetto d'indagine che si sostanziano nell'analisi del vizio di mente.

La cultura difatti quale “dynamic value system of learned elements, with assumptions, conventions, beliefs and rules permitting members of a group to relate to each other and

⁵¹ G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, v. 1, t. 1, Milano, 1997, 1698,

⁵² G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, *ivi*, 1413.

⁵³ G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze cit.*, 1392-1393.

to the world, to communicate and to develop their creative potential”⁵⁴ o “intersubjective system of symbols which offers the human being an orientation toward the others, the material world, him- or herself and the non-human. This symbolic system has a cognitive as well as an evaluative function. It is handed over from a generation onto a next generation and subject to constant transformation. Even when it never achieves complete harmony, there is a certain logic and structure that binds the system together”⁵⁵ è indubbiamente in grado di incidere ed in modo profondo in entrambe le fasi. Essa riveste un’importanza così profonda che esiste addirittura una branca della psicologia che si occupa di analizzare le modalità attraverso le quali le forze sociali e culturali incidono, formandolo, sul comportamento umano nelle differenze esistenti tra diversi gruppi culturali ed etnici, ponendo attenzione alle relazioni tra le variabili psicologiche e quelle socio-culturali, ecologiche e biologiche, nonché ai cambiamenti che riguardano tali variabili”⁵⁶. È da evidenziarsi comunque che la profonda interazione tra singolo e cultura svolge in modo attivo e biunivoco⁵⁷.

Si ritiene che anche in ambito giuridico debba essere prestata una necessaria valorizzazione allo studio dei memi, ovvero di un genere replicatore appartenente ad una data cultura che può essere trasmesso per via non genetica, preferibilmente attraverso l’imitazione⁵⁸. Secondo il biologo Dawkins, padre di tale teoria, i memi sono “informa-

⁵⁴ CANADIAN COMMISSION FOR UNESCO, *A Working Definition of “Culture”*, in *Cultures*, 1977, n.4, pp.78-83 citato in DUNDEES RENTELN A., *The Cultural Defense*, Oxford University Press, New York, 2004, p.10.

⁵⁵ VAN BROECK J., *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9, 2001, p.8.

⁵⁶ J.W. BERRY, J.H. POORTINGA, M.H. SEGALL, P.R. DASEN, *Cross-Cultural Psychology. Research and Applications*, Cambridge University Press 2^a ed., 2002, 3, citato in L. ANOLLI, *Psicologia della cultura*, Bologna, 2004, 21.

⁵⁷ La cultura non si situerebbe né all’esterno, né all’interno della mente, ma al contempo fuori e dentro di essa. I due versanti rimanderebbero continuamente uno all’altro in modo vincolato giungendo a far coincidere la cultura con una prospettiva sulla realtà in grado di assumere “il controllo sulle concezioni nei riguardi della realtà stessa” L. ANOLLI, *Psicologia* cit., 28. in modo che “l’individuo che si inserisce in un sistema culturale ne viene influenzato a tal punto che, interiorizzandolo, ne fa un elemento costituente e formante della sua mente e della sua persona. Nel contempo, però, il soggetto contribuisce alla creazione stessa della cultura e, tramite il proprio intervento interpretativo, ne provoca la continua modificazione”, M. GROppo, V. ORNAGHI, I. GRAZZANI, L. CARRUBA, *La psicologia culturale di Bruner. Aspetti teorici ed empirici*, Milano, 1999, 10.

⁵⁸ GORDON N. A., *The Implications of Memetics for the Cultural Defense (Legal Strategy Drawn from Culturally Specific Norms for Marriage and Domestic Relations)*, in *Duke Law Journal*, 2001, 6, 1814.

zioni mentalmente codificate e copiate da una generazione all'altra"⁵⁹; unità dell'evoluzione culturale: difatti, affinché la cultura possa evolvere è necessario che si fratturi in unità in grado di riprodursi ovvero di essere immagazzinate e diffuse attraverso la mente umana. Essi evolvono attraverso il processo di selezione naturale esattamente come le piante e gli animali e presenterebbero delle caratteristiche del tutto assimilabili ai geni in quanto soddisfacenti i criteri di varianza, replicazione ed adattamento. Parimenti ai geni sarebbero "egoisti": in quanto meri replicatori di se stessi userebbero gli organismi come veicoli temporanei di riproduzione, questa valutazione troverebbe conferma nel fatto che i memi più diffusi non sono necessariamente i migliori, ma solamente quelli che riescono adattarsi all'ambiente con maggior successo; "in altre parole, la prospettiva del meme non ha niente a che fare con i valori che noi esseri umani consideriamo buoni, giusti e veri. Proprio perché i valori altro non sono che memi in competizione con altri memi, il fatto che essi siano sopravvissuti per secoli o millenni non implica che lo faranno ancora per sempre o che siano migliori o più credibili dei loro antagonisti"⁶⁰.

È necessario sottolineare, tuttavia, che le forme, le istituzioni e gli organismi esistenti contengono significativi elementi di adattamento agli ambienti passati, essi possono incorporare una funzionalità sufficiente a sopravvivere nelle condizioni attuali, ma non per questo ottimale⁶¹. Si è sostenuto che questa sia una visione troppo meccanicistica e biologistica e che i memi, come del resto i geni, sarebbero incapaci di autonomia decisionale e, di conseguenza, non sarebbero né egoisti, né altruisti⁶².

Questa visione renderebbe uno studioso "*soltanto un modo in cui una biblioteca crea un'altra biblioteca*"⁶³, minerebbe cioè la volontà del soggetto, annullandola. Ma in realtà memi e coscienza non sarebbero degli antagonisti, al contrario i primi farebbero parte dell'uomo in tutta la sua interezza, costituendo un *unicum* indivisibile; l'autonomia intesa quale "*capacità di gestirsi senza intervento esterno, in modo auto-organizzato e*

⁵⁹ L. ANOLLI, *Psicologia* cit., 67.

⁶⁰ F. IANNEO, *Meme: genetica e virologia di idee, credenze e mode*, Roma, 1999, 30.

⁶¹ S. DEAKIN, *Evolution for our time: a theory of legal memetics*, in *Current legal problems*, 2002, 35.

⁶² ANOLLI L., *Psicologia* cit., 68.

⁶³ D. C., DENNETT *Coscienza. Che cos'è?*, trad. it Milano, 1993, 228, citato in F. IANNEO, *Meme* cit., 32.

*spontaneo*⁶⁴ non verrebbe in alcun modo minata posto che credenze idee e convinzioni fanno parte dell'interiorità dell'individuo⁶⁵.

A nostro avviso il contenuto maggiormente innovativo di questa teoria concerne la modalità attraverso cui informazioni, anche non volute, entrano a far parte della nostra mente, ovvero il veicolo del *fitness*, il quale varia a seconda della possibilità di sopravvivenza del portatore⁶⁶, dell'apprendibilità individuale del meme e della capacità di diffondersi ed essere trasmesso. Per quanto attiene al secondo criterio, l'apprendibilità sarebbe legata alla semplicità ed esplicità del meme nonché dalla predisposizione genetica e culturale ad apprenderlo, mentre in ordine alla diffusione saranno maggiormente privilegiate idee neutrali o favorevoli ai condizionamenti genetici. Quelle che si pongono in aperto contrasto causando il concetto psicologico di dissonanza cognitiva⁶⁷ vengono ricondotte ad unità attraverso l'utilizzo di altri memi che abbattano lo stress psicologico come ricompensa ed autoconvincimento⁶⁸.

La memetica pur essendo stata appannaggio quasi esclusivo di discipline quali biologia, psicologia, filosofia e sociologia ha interessato negli ultimi tempi anche i giuristi: Deakin l'ha applicata all'ambito legale dimostrando come le forme ed i concetti astratti fungano da miniera d'informazioni sull'adattamento sociale che è trasmesso attraverso la replica delle forme nelle norme sostanziali. Tuttavia il salto tra i cambiamenti nella scala di valori e l'evoluzione concettuale fa sì che quest'ultima sia in ritardo rispetto ai primi. Allo stesso tempo il cambiamento nel settore del diritto prende quasi sempre la forma dell'adattamento ai concetti già esistenti, generando una subottimalità nelle norme formali e sostanziali. Il risultato finale non è prevedibile, ma è chiaro come esso comunque possa essere considerato in un'ottica di adattamento tra le norme e l'ambiente economico e politico circostante, posto che questi tre elementi s'influenzano secondo un andamento ciclico, coevolvendo⁶⁹.

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Ovvero la tendenza all'eliminazione di memi che risultano dannosi per il portatore.

⁶⁷ Quale "lo scioglimento di una situazione scomoda e paradossale, in cui si verifica un contrasto tra un comportamento o emozione nuovi e le convinzioni già collaudate, o tra pensieri che cozzano tra loro e si contraddicono" F. IANNEO, *Meme*, cit., 100.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ S. DEAKIN, *Evolution* cit.,40-41.

Più specificamente Gordon ha stabilito una relazione tra memetica e *cultural defense*, arrivando ad escludere una *pure defense* dal momento in cui è solamente l'esperienza individuale a forgiare la mente dell'agente e non la cultura d'appartenenza in senso lato. Se la legge stessa è un meme, essa può contribuire a cambiare la scala valoriale del singolo; il punto cruciale rimane, tuttavia, quanto forti siano i memi già presenti e quanta possibilità di successo nell'adattamento abbiano i nuovi; ragionando in termini di analisi economica del diritto, i *payoffs* attesi dipendono dai memi di ciascuno e dai valori dei diversi risultati.

La funzione memetica della legge è di deterrenza nei confronti delle condotte egoiste e d'incoraggiamento nei confronti della cooperazione, quindi, se si aderisce pienamente agli sviluppi delle considerazioni sinora elencate, le tradizioni che non sono adeguate al nuovo contesto dovrebbero entrare in disuso con maggior rapidità se ostacolate dal meme della punizione⁷⁰. In altri termini, la punizione inciderebbe sull'adattamento dei memi già presenti i quali, in sua mancanza, potrebbero continuare a persistere in una condizione sub ottimale, ma sufficiente al loro mantenimento.

Che in gran parte le nostre azioni siano pilotate a livello più o meno conscio dall'ambiente in cui viviamo non è sicuramente una scoperta fatta dalla psicologia: già la Scuola Positiva nel 1870 riconosceva i fattori antropologici e sociali nella criminogenesi, l'aspetto interessante della psicologia transculturale è di essere riuscita a determinare quanto peso abbia la valutazione degli altri significativi nei nostri comportamenti a seconda della cultura di provenienza.

Per riagganciarci ad una fattispecie analizzata in precedenza e dare concretezza ulteriore a questa prospettiva possiamo soffermarci brevemente sulla circoncisione.

Molto suggestivamente Young ha asserito che “the memes of Jewish circumcision and routine infant circumcision in the US are like the two members of a double star orbiting each other, influencing each other while keeping their distance. The interaction can be seen in many TV sitcoms where the circumcision being discussed is ostensibly Jewish, but stripped of any religious connotations and many of the other ‘reasons’ are adduced. An unknown number of US Jewish babies are reportedly circumcised in hospital before the eight day, nullifying any covenantal value, but satisfying other memes of the meme-

⁷⁰ N. A. GORDON, *The Implications* cit., 1828.

plex”⁷¹. Elencando una per una le ragioni addotte ed analizzate nel precedente capitolo (tra cui però per la versione “laica” americana compaiono anche “a boy should look like his father”) egli prosegue evidenziando come la circoncisione secolarizzata si sia evoluta passando da un trattamento della masturbazione ad una profilassi per la stessa “malattia” al pari di quanto si crede sia avvenuto per quella giudaica in tempi antichi. Ma quando l’isteria nei confronti di tale pratica venne meno il desiderio delle persone di operare, che è il cuore del meme del MGC, si attaccò e riattaccò ai vari morbi che si ipotizzava dovesse prevenire. La circoncisione abbisogna costantemente di memi, ma a differenza dell’integrità che invece si basa sulla genetica, la lotta per quest’ultima abbisogna di nuovi memi consistenti nel: rispetto dei diritti umani, dell’etica, dell’uguaglianza di genere, dell’autonomia individuale e del principio del danno, essa tuttavia ha il vantaggio di essere molto più semplice in quanto i differenti elementi si rinforzano l’uno con l’altro, facendo ben sperare che l’*intactivism memplex* in un futuro risulti vincente⁷²

Torniamo a questo punto a considerare la questione sotto un profilo squisitamente normativo. Come può essere sviluppato al meglio quest’enorme arricchimento nella lente delle norme riguardanti il vizio di mente?

Ritenendo superata la prospettiva avanzata dalla dottrina classica, riconducibile all’esempio scolastico del buon selvaggio di Antolisei⁷³ e le posizioni ad essa affini fondate in ultima istanza sulla carenza di civilizzazione delle persone provenienti da certe zone del mondo, in quanto prospettiva etnocentrica e razzista, si intende invece valorizzare la posizione di Miazzi per cui in un sistema che non richiede un’abnormità psicologica di natura patologica⁷⁴ le carenze di socializzazione potrebbero ben essere sufficienti, in via teorica ad escludere o a far scemare l’imputabilità⁷⁵.

⁷¹ H. YOUNG, *Circumcision is a memplex*, in G.C. DENNISTON, P. GRASSIVARO GALLO, F.M. HODGES, M.F. MILOS, F. VIVIANI (a cura di), *Bodily Integrity and the Politics of Circumcision. Culture, Controversy, and Change*, New York, 2006, 7.

⁷² *Ivi*, 13-15.

⁷³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Torino, 2003, 623 cui si riferisce anche F. BASILE, *Immigrazione e reati ‘culturalmente motivati’* cit., 295.

⁷⁴ L. MIAZZI, *Immigrazione, regole familiari e criteri di giudizio*, in *Quest. Giust.* 2005, 763, adesivamente a questa prospettiva in prima battuta anche F. BASILE, *ivi*, 298.

⁷⁵ In questa prospettiva anche L. LANZA, *Sistema penale e cultura dell’immigrato: quale ruolo per il giudice*, in B. PASTORE, L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008, 99.

L'argomento che tradizionalmente viene opposto a tale riflessione è una mancanza di rispetto per la dignità dello straniero culturale che delinque. Accoglibile nell'America del nord in realtà deve essere maggiormente approfondita nel sistema penale italiano.

Difatti è un punto di arrivo abbastanza pacifico che le norme che escludono o diminuiscono l'imputabilità tipizzate non siano tassative, ma costituiscano le situazioni più frequenti in cui si escluda la capacità di intendere e volere⁷⁶, pertanto la rapida esclusione di tale opzione interpretativa fornita da Basile sulla scorta di due precedenti italiani non ci sembra sufficiente. Anche Grandi, pur distinguendo tra la norma generale sull'inimputabilità e le ipotesi di vizio di mente sembra in realtà leggere la prima alla luce delle seconde dal momento che sancisce "per escludere l'imputabilità del reo, quest'ultimo dovrebbe comunque essere considerato "incapace di intendere e di volere" in ragione della 'fedeltà' manifestata alla propria cultura, valutazione anche questa assai discutibile"⁷⁷. Ora la discutibilità è senz'altro legata ad una visione già orientata dal vizio di mente, così come allargato dopo la sentenza delle Sezioni Unite perché non si capisce come potrebbe ritenersi offeso un cittadino che agisca secondo i valori interiorizzati e coincidenti con la propria cultura nel sentirsi dire che la sua motivabilità dal precepto penale è esclusa proprio a fronte dell'incapacità di comprendere il significato del medesimo e di agire di conseguenza, indipendentemente da questioni attinenti alla conoscenza o alla conoscibilità.

A noi sembra che le ragioni per escludere *de jure condito* l'applicazione di tale istituto siano in realtà maggiormente ravvisabili in preoccupazioni special e generalpreventive e soprattutto nella valorizzazione della rassicurazione dei consociati propria della funzione integratrice della pena sopra esaminata.

Se infatti il soggetto non dovesse essere ritenuto pericoloso socialmente non sarebbe passibile nemmeno di una misura di sicurezza e nella prospettiva laica dell'uomo comune ciò sarebbe visto come una sostanziale resa a fatti lesivi di beni giuridici da parte dell'ordinamento.

Questa prospettiva risulterebbe, rimanendo nell'ambito delle fattispecie sopra evidenziate, irrealizzabile in concreto, posto che la probabilità di commettere nuovi reati so-

⁷⁶ *Ex multis* S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale* cit., 603.

⁷⁷ C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, 1, 276.

prattutto in tema di condotte culturalmente motivate in assenza di un processo di interiorizzazione dei diversi valori tutelati dalla Costituzione, sarebbe altissima. Ed anche la prospettiva di concessione della libertà vigilata, secondo un modello orientato in chiave rieducativa e risocializzativa, è stata resa utopistica dalla sua prassi applicativa caratterizzata dalla penuria delle risorse investite nel settore delle misure di sicurezza e dalla trascuratezza istituzionale in cui esso versa, anche per la tendenza giurisprudenziale a dettare prescrizioni standardizzate più orientate al controllo che all'inserimento sociale soggetto.

A tacer del fatto che si porrebbero problemi di giustificazione ex art. 3 Cost. sulla base del trattamento dei c.d. delinquenti per convinzione, i quali potrebbero ben argomentare di aderire ad un diverso sistema di valori, come del resto gli appartenenti alle c.d. subculture. Ma a ben vedere non è questo l'ostacolo insormontabile: l'unica argomentazione realmente insuperabile attiene esattamente al profilo dei beni in gioco. Se la società è disposta, almeno in linea teorica⁷⁸, a pensare ad un sistema alternativo di misure per chi subisce una menomazione scientificamente documentabile all'interno della tradizione occidentale, non potrebbe mai essere in grado di fare lo stesso nei confronti di un diverso peso dato ad un determinato valore o comportamento. Un esempio cruento forse può essere d'aiuto a spiegare il nostro commento. Se sulla base di una perizia si applicherà la misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario al *serial killer* antropofago, non accadrà la medesima cosa per un immigrato dalla Tanzania che avrà ucciso e poi attaccato il corpo di un albino sul presupposto dei poteri magici dei suoi organi, se tale soggetto si mostrerà, eccezion fatta per questa credenza, un soggetto ragionevole. E la diversa motivazione secondo noi è da rinvenirsi sul presupposto che in un caso il soggetto presenterà un totale disturbo della personalità, nell'altro avrà manifestato un'adesione a valori inaccettabili per l'ordinamento. Adesione che uno Stato laico e liberale con un ordinamento penale improntato ai principi di *extrema ratio* deve combattere anteponendo considerazioni di ordine special e generalpreventivo.

Ed allora si potrebbe ritenere che le ipotesi di cui agli artt. 88-98, al fine di mantenere

⁷⁸ È sufficiente rammentare come nell'immaginario comune il proscioglimento per infermità mentale sia visto come una comoda scappatoia per sfuggire al carcere.

un'autonomia concettuale dei diversi istituti, siano in realtà cause codificate tassative⁷⁹. Conseguentemente l'unica via per far valere il motivo culturale sotto il profilo dell'imputabilità sarebbe ricondurlo ad un vizio di mente, ma “non sembra davvero si possa considerare di per sé sintomatica di una ‘condizione patologica’ la scelta comportamentale consapevolmente orientata in modo conforme ad una regola di matrice culturale o religiosa e difforme rispetto ad una norma di diritto positivo, con la conseguenza di etichettare come ‘malato di mente’ il soggetto che ponga in essere tale scelta”⁸⁰.

Si ritiene infine che, seppur non insostenibile sotto un profilo teorico, una visione così ampia dall'incapacità di intendere e volere andrebbe in un certo qualmodo a sovrapporsi alle altre componenti del rimprovero di colpevolezza⁸¹: da un lato il ragionamento potrebbe essere rovesciato dicendo che le carenze di socializzazione non consentirebbero di muovere un rimprovero all'agente perché inesigibile da lui il conformarsi alla condot-

⁷⁹ Propende per tale lettura MARINI, voce *Imputabilità*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 263.

⁸⁰ C. GRANDI, *Diritto penale* cit., 275; critico in tal senso è anche G. DE FRANCESCO secondo cui “l'intera questione [...] si pone nell'ottica non già di fenomeni di alterazione o di anomalia nel processo di formazione della volontà) bensì di un confronto tra differenti sistemi di valore, colti entrambi in una dimensione generale, ordinamentale, socialmente ed istituzionalmente espressiva di regole destinate a disciplinare in forma stabile e duratura le condotte dei membri che in esse si riconoscono. A parte ciò (ed anzi, proprio per questa ragione) non può non osservarsi, d'altronde, come l'idea di far leva, per escludere la responsabilità, sul richiamo ad esempio allo ‘stato mentale’ proprio dell'autore del fatto non possa non suonare come una profonda ‘mortificazione’ delle culture espresse da coloro che ne invocano il rispetto; rappresentare in particolare questi ultimi come soggetti ‘insani di mente’ significa degradarne le convinzioni e le credenze al livello di casi psichiatrici meritevoli di interventi volti a fronteggiare gli squilibri e colmare i deficit intellettivi di chi ne è affetto: davvero un pessimo servizio [...] per le aspettative nutrite (e le soluzioni auspiccate) da parte dell'ampia e qualificata schiera di tutti coloro [...] che vanno da tempo promuovendo la necessità di quelle ‘politiche di riconoscimento’ delle diverse culture, volte ad attribuire *uguale dignità* ai soggetti collettivi – ed individuali – che ne sono portatori (corsivo nell'originale), *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in A. BERNARDI (a cura di) *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006, 143; nella dottrina italiana mostra perplessità anche G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, 2009, 184. Sono del resto sempre valide le considerazioni che giungono dalla dottrina americana secondo cui il vizio parziale di mente si sostanzierebbe un'interruzione del raziocinio dell'individuo prima ritenuta esistente e che nella maggior parte delle volte riprende anche nel momento successivo. Diversamente, nel caso della cultural defence questo salto non avviene: l'elemento valoriale è una costante che permea sia la parte logica che quella impulsiva dell'individuo, S. TOMAO, *The cultural defence: traditional or formal?*, in *Georgetown immigration law journal*, 1996, 2, 253-254; D. CHIU, *The cultural defence: beyond exclusion, assimilation, and guilty liberalism*, in *California law review*, 1994, 4, 1106.

⁸¹ Come magistralmente sottolineato da FIANDACA non bisogna mai dimenticare di chiedersi quale sia l'aspetto del fatto criminoso che sfugge alla capacità di controllo dei soggetti incapaci, se la comprensione dell'illiceità del medesimo con la conseguenza di “elevare eccessivamente lo standard delle capacità cognitive valutative implicate dall'imputabilità” o la possibilità meno pretenziosa di comprendere il suo significato, come si rinverrebbe nel Progetto Grosso, e in questo caso intendendo per fatto la sola dimensione naturalistica o anche i profili valutativi in senso socio-culturale, G. FIANDACA, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Legislazione pen.*, 2006, 1, 261.

ta lecita.

Infine ragionando *de iure condito* in tema di semi imputabilità derivante da gravi difetti di socializzazione o di istruzione, sulla falsariga di quanto introdotto dall'art. 103 del Progetto Grosso⁸² non privo di plausibilità è il rilievo di Pulitanò secondo cui non spetta al diritto penale “farsi carico di compiti di supplenza rispetto a carenze di istituzioni terapeutiche, educative e riabilitative”⁸³ e nei casi di *cultural defense* è chiaro come in via principale una reale politica di accoglienza e fattiva interazione nei confronti del diverso, riconducibile alla prospettiva extra penale di per sé sarebbe idonea a far sì che determinate questioni potessero escludersi dall'orizzonte dell'imputabilità e del diritto penale.

4.5.2. La conoscibilità del precetto e l'errore di diritto.

Uno dei casi più frequenti che potrebbero essere risolti da un radicale mutamento nella scelta del modello teorico per cui ha optato il legislatore italiano nel confronto con i problemi della multiculturalità attiene senz'altro al profilo della conoscibilità concreta della norma violata.

Nel ristretto spettro delle fattispecie analizzate precedentemente ciò riguarda essenzialmente i soli maltrattamenti (violenti e non) in quanto da un lato le condotte di accattonaggio risultano in molti Paesi non penalizzate, dall'altro, purtroppo, sussistono dei meccanismi perversi per cui anche a fronte di una criminalizzazione sulla carta, *de facto*, attraverso una preoccupante diffusione della corruzione delle forze di polizia e di una mentalità arcaica dei giudici, sono avvertite come lecite.

Partiamo da un punto importante della notoria sentenza 364/1988 che viene di rado sottolineato: l'ignoranza della legge può essere il risultato della mancata rimozione degli ostacoli di cui all'art. 3 co. 2 Cost., la pubblicazione della legge è difatti condizione essenziale, ma non sufficiente affinché chi si trova nel territorio dello Stato si attivi per un'effettiva conoscenza. Dettati da un'evidente preoccupazione di tenuta dell'ordinamento giuridico si ritiene tuttavia che i problemi derivanti dalla mancanza di un'effettiva conoscenza non possano essere risolti esclusivamente ponendo

⁸² Il quale come noto prevedeva per tali soggetti la sospensione condizionale della pena dietro disponibilità di sottoporsi ad un programma di trattamento in libertà, sull'argomento vedasi

⁸³ D. PULITANÒ, *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, in *Legislazione pen.*, 2006, 1, 257.

un'equazione tra tempo di residenza in Italia e *tempus commissi delicti*⁸⁴ o, peggio ancora, dallo pseudo assolvimento da parte dello Stato di attività informative. Il pensiero corre al primo tipo di reato culturalmente orientato introdotto in Italia: ebbene non ci stancheremo mai di ripetere che “la buona fede contrattuale” da parte dello Stato non può essere provata dalla mera consegna di un opuscolo al momento dell'ingresso nel Paese⁸⁵ o dalla messa in onda nelle tv pubbliche per un mese di uno spot promosso dal Dipartimento per le Pari Opportunità⁸⁶. E nemmeno può richiedersi al cittadino non italiano uno sforzo informativo maggiore di quello che sarebbe richiesto ad un connazionale⁸⁷.

In ordine alla principale obiezione vertente su reati artificiali e naturali con la conseguenza che la mancata conoscenza del precetto varrebbe a scusare solamente i primi, la dottrina ha da tempo evidenziato come si tratti di argomentazione facilmente superabile: “tale assunto, tuttavia, risulta vero solo fintantoché si faccia riferimento ad un soggetto inserito nella cultura dalla quale promanano le norme etico-sociali sottostanti alle norme penali incriminatrici di delitti naturali. Pertanto – se vogliamo fare i conti sul serio con la realtà di una società ‘*multiculturale*’ – dobbiamo, invece, ritenere che l'esclusione a-

⁸⁴ Particolarmente condivisibile è il ragionamento di BARTOLI: “fattori come il paese di provenienza, la conoscenza della lingua italiana, il tempo in cui si è nel nostro paese, la maggiore o minore o addirittura inesistente integrazione sociale che permette di avere contatti con soggetti che non appartengono alla propria comunità, rappresentano tutte condizioni dalle quali si può dedurre il livello culturale e di socializzazione dello straniero e che incidono sulla conoscenza delle regole sociali elementari o morali”

⁸⁵ MINISTERO PER LE PARI OPPORTUNITÀ, *Le mutilazioni genitali femminili, una tradizione insensata e disumana*, critica nei confronti di tale volantino è M. FUSASCHI, la quale sancisce come bollare il *female genital cutting* come “tradizione insensata” sia assolutamente insensato. Esplica l'autrice: “significa negare i significati socio-culturali che sono un presupposto per elaborare strategie di superamento, attribuendo alle culture ‘altre’ un disvalore fondante rispetto alla nostra società, secondo quella visione etnocentrica già tipica del periodo coloniale. Le tradizioni, in quanto esperienze sociali complesse, non sono mai insensate, certo è difficile immaginare di poter solo pensare che si possano superare queste stesse pratiche attraverso materiali ‘pubblici’ e/o ‘pubblicitari’ che fanno leva su un linguaggio semplicistico, offensivo, maternalistico, e scorretto anche da un punto di vista scientifico”, *Verso un multiculturalismo all'italiana. La “legge speciale” e il dibattito sull'infibulazione*, in F. POMPEO (a cura di), *La società di tutti. Multiculturalismo e politiche dell'identità*, Roma, 2007, 111.

⁸⁶ Visionabile al sito <http://www.governo.it/GovernoInforma/Multimedia/dettaglio.asp?d=41933> (19 dicembre 2009).

⁸⁷ Come invece richiesto dal Tribunale di Genova nella sentenza 30 maggio 1989, imp. Khediri, in *Foro It.* 1989, II, 540 e a parer nostro da Cass. 16 aprile 2004 (ud. 9 gennaio 2004), Caku, CED 228465. Secondo Bernardi trattasi di pronuncia ai limiti del paradosso posto che aveva confermato la condanna per evasione di “un cittadino albanese agli arresti domiciliari presso la propria abitazione” che si era allontanato da essa per recarsi ad un'udienza per la quale aveva ricevuto decreto di citazione in giudizio, erroneamente ritenendo che tale citazione avesse valore di autorizzazione ad allontanarsi dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari”, A. BERNARDI, Il “*fattore culturale*” nella legislazione, cit., 113.

prioristica della possibilità di ammettere un'ignoranza inevitabile di una norma incriminatrice di un reato naturale non possa essere condivisa”⁸⁸.

Quanto al criterio della permanenza nel territorio si ritiene poi che debba essere considerato come almeno complementare, se non ancillare al numero e alle modalità di contatti significativi con la società italiana⁸⁹ sul presupposto, fornito dagli studi sociologici, che, dove ci si imbatte solamente nel rifiuto per la propria persona e per quanto rappresenta, l'attaccamento ai valori ed alle pratiche della cultura di provenienza diventerà ancora più forte in quanto costituirà un'ancora di salvezza per la propria costruzione identitaria.

In quanto voce isolata nel coro di posizioni univoche vogliamo riportare le considerazioni di Salcuni⁹⁰ in relazione a chi vive in Italia da un minimo lasso di tempo: “i diritti religiosi e la cultura delle minoranze possono dunque trovare accoglimento e tutela solo laddove trovino riconoscimento anche implicito nella Costituzione e non violino i diritti della persona umana. Stando così le cose, è di tutta evidenza come su coloro che non sono ancora integrati nell'ordinamento gravi, *maggiormente*⁹¹, un obbligo di informarsi su quelli che sono i diritti che l'ordinamento riconosce all'individuo ed alla propria religione e cultura e quelli che sono i doveri, gli obblighi ed i divieti che l'ordinamento gli impone”⁹², arrivando a dedurre dalla realizzazione clandestina del *female genital cutting* la ravvisabilità di un indizio sufficiente per asserire la conoscenza del precetto.

Ora aldilà del fatto che le pratiche possano trovare un'altrettanto, se non più, plausibile argomentazione nell'irregolarità della presenza della stessa famiglia immigrata pertanto restia, soprattutto in seguito al paventato obbligo di denuncia dei medici, a rivolgersi alle strutture pubbliche, a tacer del fatto che spesso la mammana appartiene a delle caste

⁸⁸ G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche* cit., § 4 nota 17; F. BASILE, *Immigrazione e reati “culturalmente motivati”* cit., 305 riprendendo a sua volta le considerazioni di T. PADOVANI, *Diritto penale*, VIII ed., Milano, 2006, 239; e R. BARTOLI, *Colpevolezza* cit., 159 s., A. BERNARDI, *Modelli penali*, cit., 125 C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., 277 s. Riconosce in relazione allo ius corrigendi la possibilità di invocare a propria discolora un errore inevitabile ex art. 51 co. 1 c.p. anche SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, 53.

⁸⁹ Nello stesso senso F. BASILE, *Immigrazione e reati “culturalmente motivati”* cit., 310; L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, 4, 65.

⁹⁰ G. SALCUNI, *Libertà di religione e limiti della punibilità. Dalla “paura del diverso” al dialogo*, in *Indice pen.*, 2006, 2, 635.

⁹¹ Corsivo nostro.

⁹² *Ibidem*.

che nella cultura provenienza sono le sole abilitate ad effettuare certi tipi di interventi in quanto aventi poteri magici, quello che più ci trova in disaccordo è il nesso, logico e esclusivamente per l'Autore, tra il pacifico riconoscimento della libertà religiosa nel solo limite del rispetto di altri diritti fondamentali e l'imposizione di un obbligo di informazione maggiore per chi proviene da culture altre.

Non si sta ancora parlando di cause di giustificazione, in questa sede l'attenzione dev'essere rivolta al solo autore dell'illecito e sarebbe altamente lesivo del principio di uguaglianza in senso sostanziale, in presenza delle situazioni di vita drammatiche in cui generalmente vivono gli immigrati, esigere da loro uno sforzo addirittura superiore a quello richiesto ad un qualsiasi connazionale. Più pacatamente Fornasari ha definito eccessivamente drastico tale ragionamento motivando come "le particolari condizioni di cui si parla nel testo incidono fortemente sulla concreta esigibilità che ciò possa essere fatto immediatamente"⁹³.

Non potendo escludere *a priori*, quindi, delle pronunce assolutorie ai sensi dell'art. 5 c.p. così come interpretato dalla Consulta sin dal 1988 la spinosa questione si trasferirà sul piano processuale, sull'esame del singolo imputato e di tutte quelle circostanze che potranno addivenire ad un concreto ed effettivo rimprovero per non aver adempiuto all'obbligo informativo qualora potesse facilmente agire in tal senso. E in tale analisi, come ha egregiamente sottolineato Basile, non si potrà dimenticare che una grande rilevanza dovrà ricoprire il c.d. 'pluralismo giuridico di tipo soggettivistico', fenomeno per cui il diritto non si esaurisce sulla sola norma di fonte statale, ma vive e convive con fonti consuetudinarie, con i diversi modi di risoluzione dei conflitti, anche a livello clinico e di conseguenza sarà "doveroso riconoscere che l'esistenza, nel paese d'origine dell'immigrato, di una legge penale che incrimina lo stesso fatto considerato reato in Italia, non può essere sempre e inderogabilmente considerata un indice univoco di maggior conoscibilità, da parte dell'immigrato, della norma penale italiana"⁹⁴.

4.5.3. L'errore sul fatto

Ben più frequenti sono le difese argomentate sull'art. 47 co. 3 del c.p.: abbiamo visto precedentemente come in una società pluriculturale sia ormai insensata la suddivisione

⁹³ G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche* cit., 185.

⁹⁴ F. BASILE, *Immigrazione e reati "culturalmente motivati"* cit., 315.

tra delitti naturali ed artificiali; in realtà la dottrina ha da tempo evidenziato che lo stesso progresso tecnologico ha reso ormai tale distinzione anacronistica; si pensi al reato che rappresenta per antonomasia il prototipo di *mala in se* –l’omicidio- ed il fatto che l’evento è rimesso ad un elemento del tutto normativo (la morte cerebrale).

Tuttavia per quanto attiene almeno ai maltrattamenti -violenti e non- è stata questa la via scelta dalla difesa. E ciò perché concetti di ampio respiro rimandano inevitabilmente al significato sociale degli stessi che in un contesto frammentato può risultare assolutamente divergente. Rimanendo quindi sul piano di una *cognitive defense* si può ipotizzare che il genitore non fosse consapevole del fatto che la *vis non modica* impiegata dal genitore a fini educativi costituisse una condotta offensiva per il bene tutelato.

La giurisprudenza nazionale si è sempre dimostrata tuttavia restia ad accettare tale prospettiva, forse anche a causa dell’interpretazione sostanzialmente abrogatrice del comma terzo operata da tempo, arrivando ad escludere l’insussistenza della colpevolezza su argomentazioni essenzialmente vertenti in tema di scriminanti.

In realtà, dovendo in questa sede essere avanzata una considerazione di carattere generale, si ritiene innegabile che i criteri impiegati sopra per la valutazione della scusabilità dell’ignoranza del precetto debbano valere anche in questa sede e debbano esserne tratte delle conseguenze analoghe⁹⁵. Di conseguenza non si potrà fare a meno di accogliere molto criticamente quell’atteggiamento dei giudici che non richiede la precisa allegazione di elementi fattuali idonei ad escludere nel caso concreto l’assenza di motivabilità fondata sulla impossibilità di percepire il disvalore della propria condotta, ma trasferirà, surrettiziamente, il proprio ragionamento sul diverso piano della *volitional defense*, sulla scorta di preoccupazioni di ordine essenzialmente generalpreventivo⁹⁶.

Ciò ci conduce ad analizzare il tema fondamentale di come si atteggiavano le cause di giustificazione nell’ambito di condotte culturalmente caratterizzate.

4.6. Le cause di giustificazione

4.6.1. Esercizio di un diritto

Per quanto attiene gli interventi modificatori sul corpo dei figli minori la norma mag-

⁹⁵ Si aderisce al pensiero di C. GRANDI il quale cita a supporto della propria tesi due sentenze che hanno applicato tale percorso Trib. Torino, 21 ottobre 2002, in *Questione giustizia*, 666 e Trib. Arezzo, 27 novembre 1997, in *Quaderni di politica ecclesiastica*, 1999, 847, nota 54 e 55.

⁹⁶ Ancora una volta ben evidenziato da C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati*, cit., 197-198.

giormente richiamata a conforto da parte della difesa è stato l'art. 51 c.p. *sub specie* del diritto alla libertà religiosa così come previsto dall'art. 19 Cost⁹⁷.

Si ritiene che tale argomentazione possa essere pacatamente respinta esprimendo al contempo un assoluto biasimo per quelle sentenze che si permettono di inserire valutazioni di grave censura non nei confronti dell'autore dell'illecito, ma della tradizione cui fa riferimento⁹⁸.

La Carta Fondamentale comprende un solo limite interno per quanto attiene i riti ed è la contrarietà al buon costume⁹⁹ inteso quale pudore sessuale¹⁰⁰, ma la dottrina è pacifica nel ritenere che sussistano anche dei limiti esterni coincidenti con tutti i beni di pari rango¹⁰¹.

Si rammenta come la libertà religiosa (individuale, associata e organizzata) sia da più di trent'anni ricompresa tra i diritti inviolabili dell'uomo¹⁰².

⁹⁷ A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983; D. PULITANÒ, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. Disc. pen.*, VI, Torino, 1990, 321; P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, Milano 2009.

⁹⁸ Speriamo vivamente di non dover più leggere in una pronuncia di un giudice una frase del seguente tenore: "i principi costituzionali [...] costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto e di fatto nella società civile di consuetudine, prassi, costumi che suonano come 'barbari' a fronte dei risultati ottenuti nel corso dei secoli per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona". Cass. Sez. VI, 20 ottobre 1999, Bajrami, in quanto l'importanza dei valori della Grundgesetz e la valorizzazione del percorso per l'ottenimento della reale uguaglianza tra tutti i consociati possono ben essere valorizzate dal termine, maggiormente rispettoso di anacronistiche. Barbaro attualmente ha perso il significato originale impiegato dagli elleni per indicare lo straniero e comprende invece una coloritura dispregiativa di incivile, inumano, crudele ed efferato.

⁹⁹ Può essere condivisa la definizione data dalla Consulta nella sentenza 27 luglio 1992, n. 368 buon "quale valore riferibile alla collettività in generale, [...] che denota le condizioni essenziali che in relazione ai contenuti morali e alle modalità d'espressione del costume sessuale in un determinato momento storico, siano indispensabili per assicurare una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone. Secondo Cardia il limite dell'ordine pubblico era stato escluso "per impedire che per suo tramite si finisse col vietare, o limitare discrezionalmente, l'attività di alcune confessioni religiose (come era avvenuto nel passato regime) sol perché queste non erano in sintonia con il clima politico del momento, C. CARDIA, voce *Religione (libertà di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, II; Milano, 1998, 932.

¹⁰⁰ E. VITALI in E. VITALI, A.G. CHIZZONITI, *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, Milano, 2007, 47.

¹⁰¹ F. VIGANÒ, *Sub. Art. 51*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, 2a ed., Milano, 2006, 554.

¹⁰² Così Corte Cost. 14 febbraio 1973 n. 143. Tra le varie fonti oltre alla Carta Costituzionale: Articolo 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione 1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. acquisisce lo stesso valore giuridico dei Trattati a partire dalla ratifica del Trattato di Lisbona, avvenuto il 1 dicembre 2009; l'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione tale diritto include

Ma cosa s'intende per religione? Secondo Plantamura "è una speciale forma di manifestazione della tradizione: caratterizzata, in particolare, da tre elementi costitutivi, ovvero la dottrina, il culto (e cioè l'insieme dei riti) e la morale"¹⁰³. Riteniamo di dovere rigettare questa posizione in quanto plasmata dalla logica binaria della confessione cattolica/culti ammessi. Il concetto di fede religiosa di cui all'art. 19 verrà invece a coincidere con una verità rivelata che, mediante il collegamento con un'entità trascendente, dia un senso ultimo all'esistenza dell'uomo. L'ampliamento di tutela derivante dall'accettazione di tale interpretazione a parere di chi scrive non si risolverà in un pericolo per i consociati, posto che, seppur qualificato un dato movimento come religioso, ciò che veramente rileverà sarà il rispetto delle proprie pratiche nei confronti delle disposizioni costituzionali. Detto altrimenti: qualificare un gruppo come religioso non potrà mai costituire un lasciapassare per l'impunità nei confronti di determinate condotte costituenti reato.

Ed allora tutte le forme modificatorie del corpo, se riconducibili a qualsivoglia documentato collegamento, anche mediante testimonianze orali da parte dei membri, con un'entità trascendente che l'abbia richiesto dovranno avere pari considerazione, essendo opinabili, ma soprattutto sostanzialmente inutili, per quanto attiene al diritto penale ed al settore dei *cultural crimes* porre una pregiudiziale così forte tra religione e tradizioni. Potranno comunque aiutare in tal senso la disciplina delle intese¹⁰⁴ ed i criteri indicati dalla dottrina più accorta per analizzare dove ci si trovi in presenza di una confessione

la libertà di cambiare di religione o di credo, e la libertà di manifestare isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti"; l'art. 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici 1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di manifestare, individualmente o in comune con altri, sia in pubblico sia in privato, la propria religione o il proprio credo nel culto e nell'osservanza dei riti, nelle pratiche e nell'insegnamento. 2. Nessuno può essere assoggettato a costrizioni che possano menomare la sua libertà di avere o adottare una religione o un credo di sua scelta. 3. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere sottoposta unicamente alle restrizioni previste dalla legge e che siano necessarie per la tutela della sicurezza pubblica, dell'ordine pubblico e della sanità pubblica, della morale pubblica o degli altrui diritti e libertà fondamentali. 4. Gli stati parti del presente Patto si impegnano a rispettare la libertà dei genitori e, ove del caso, dei tutori legali di curare l'educazione religiosa e morale dei figli in conformità alle proprie convinzioni.

¹⁰³ V. PLANTAMURA, *Brevi note in tema di circoncisione maschile rituale, esercizio abusivo della professione e lesioni*, in *Giur. merito* 2008, 593.

¹⁰⁴ In quanto indice di una sostanziale compatibilità delle stesse rispetto al quadro complessivo dei valori costituzionali, G. D'ANGELO, *Nuovi movimenti religiosi tra (pretesa) uniformità di qualificazione e (reale) diversificazione dei relativi profili disciplinari: la chiesa di Scientology nella più significativa giurisprudenza*, in *Dir. eccl.*, 2003, 710 ss.

religiosa ai sensi dell'art. 8 Cost.¹⁰⁵.

Considerate in prima battuta le forme mutilatorie su minori soggetti alla potestà parentale riconducibili al diritto di professare liberamente la propria religione, ci si deve chiedere chi commetta l'atto di professione di fede e su chi ricada la condotta. Detto altrimenti non si può negare che sussista una differenza fondamentale e non mistificabile tra chi, cosciente e responsabile, ritenga che la Bibbia o il Corano richiedano di sottoporsi a MGC ed i genitori che per adempiere al proprio obbligo religioso vi sottopongano il figlio. Nell'indiscutibile caratterizzazione dello Stato italiano come laico¹⁰⁶, senza qualificazione alcuna -non esistono sane laicità e cattivi laicismi-, il piano del ragionamento nel secondo caso verrà immediatamente ed inderogabilmente spostato sul piano del diverso diritto dovere all'educazione religiosa da parte dei genitori, disciplinato dall'art. 30 Cost.

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

¹⁰⁵ Rimandando o al contenuto dello Statuto oppure al carattere desunto dalla comune considerazione F. BASILE, *I nuovi "delitti contro le confessioni religiose" dopo la legge n. 85 del 2006*, in *Studium iuris*, 2006, 1354, intesa quale “ponderata e razionale valutazione degli elementi di giudizio disponibili”, così F. FINOCCHIARO, *Aspetti pratici della libertà religiosa in uno Stato in crisi*, in *Dir. eccl.* 2001, 3 ss., comprensiva di opinioni di autori e le pronunce giudiziarie provenienti da altri Stati, in particolare in un mondo in cui i confini geografici non sono di alcun limite rispetto alla circolazione delle idee, delle conoscenze ed anche delle medesime problematiche, M. FORMICA, *Scientology e l'accusa di associazione per delinquere: brevi riflessioni sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Ind. Pen.*, 1998, 723.

¹⁰⁶ Come osserva correttamente M. ROMANO “la legittimità della soluzione adottata dallo Stato, dall'angolo visuale della laicità, sta nella sua argomentabilità di ragione, e di razionalità laica. Lo Stato è libero di muoversi nella propria azione in modo indipendente rispetto a questa o quella fede religiosa, non tenendo conto di obblighi, divieti, precetti o facoltà da esse imposti o concessi. Nella sovranità del proprio ordine, esso è libero di legiferare, se occorre, in senso diametralmente opposto alle prescrizioni di questa o quella Chiesa. Detto ancora diversamente: per un ordinamento laico, il punto di vista religioso non deve prevalere nelle leggi dello Stato. O, più esattamente: non deve prevalere per il solo fatto di essere religioso, in quanto proposto o supportato da una o altra religione: l'organizzazione della società civile, pur nel pieno ossequio costituzionalmente dovuto alla libertà delle confessioni religiose e alla libertà religiosa della persona, deve ispirarsi a, deve poggiare su - ed essere sorretta da - ragioni laicamente sostenibili”, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, 497.

proteggere i figli da eventi pregiudizievoli”¹⁰⁷ e soprattutto che “fondamento dell'istituto della potestà dei genitori: il supremo ed esclusivo interesse del minore; un bene che deve reputarsi costituzionalmente garantito, sebbene indirettamente, dall'art. 30, 1° comma Cost.”¹⁰⁸. ed allora ci si dovrà chiedere come debba essere preservato il bene della libertà religiosa di cui titolare è indiscutibilmente il minore.

Ci sia consentita una voluta provocazione: come per il diritto civile i genitori hanno l'obbligo, per compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione sul patrimonio del figlio, di richiedere l'autorizzazione al giudice tutelare, una parallela salvaguardia dovrebbe essere garantita per tutte quelle azioni incidenti su beni di non minore importanza quali la libertà di scelta religiosa, laddove questa vada direttamente ad incidere sulla salute (comprensiva della più ristretta integrità fisica).

Conseguentemente ai sensi dell'art. 51 c.p. il genitore osservante non potrà mai invocare a propria giustificazione la libertà di professare il proprio credo, tuttavia il terreno delle scriminanti non potrà essere abbandonato così velocemente dovendo considerare in questa sede la possibilità di un errore sull'esistenza delle medesime. Il genitore, da una non approfondita lettura e conoscenza dell'ordinamento potrà verosimilmente ritenere, infatti, che tra i suoi diritti di educazione sia ricompreso anche quello di compiere determinate condotte *oggettivamente* dannose.

Per quanto riguarda gli ebrei l'art. 2 L. 8 marzo 1989, n.101 (Norme per la regolazione dei rapporti tra lo stato e l'unione delle comunità ebraiche italiane) sancisce che “in conformità ai principi della costituzione, è riconosciuto il diritto di professare e praticare liberamente la religione ebraica in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto e i riti”. Nessuna norma speciale, a differenza di quanto previsto per la macellazione rituale ed il riposo del sabato, disciplinate ai successivi artt. 4 e 6, è prevista per la circoncisione, che quindi dovrà essere valutata in conformità ai principi della Costituzione. Inoltre la Carta dei Valori, della

¹⁰⁷ M. T. DENARO, *Diritti dei minori e libertà religiosa*, in *Dir. Eccl.* 2000, 2, = nota 14, la quale riporta un significativo elenco giurisprudenziale tra cui spicca il caso Oneda (Corte d'Assise di Cagliari 10 marzo 1982, in *Foro it.*, 1983, II, 27 ss. con nota di G. FIANDACA, *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*; Corte d'Assise d'Appello di Cagliari 13 dicembre 1982, in *Giur. it.*, 1983, II, 364 ss., con nota di G. FURGIUELE, *Diritto del minore al trattamento medicosanitario, libertà religiosa dei genitori, intervento e tutela statale*; Corte di Cassazione 13 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, II, 361 ss., con nota di P. FLORIS, *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore*; Corte d'Assise d'Appello di Roma 13 giugno 1986, in *Foro it.*, 1986, II, 606 ss.).

¹⁰⁸ *Ibidem*.

Cittadinanza e dell'Integrazione, redatta per tutti gli stranieri, stabilisce all'art. 9. che “cittadini e immigrati hanno diritto ad essere curati nelle strutture pubbliche. I trattamenti sanitari sono effettuati nel rispetto della volontà della persona, della sua dignità, e tenendo conto della sensibilità di ciascuno. È punita ogni mutilazione del corpo, non dovuta a esigenze mediche, da chiunque provocata”¹⁰⁹.

Sullo stesso piano debbono essere valutati i comportamenti asseritamente educativi, ma che incidono sull'integrità fisica, sulla libertà morale o sessuale del nucleo familiare: nessuna norma costituzionale, recepita attraverso l'art. 51 c.p. fondato sul principio di non contraddizione dell'ordinamento, permette che il diritto alla libertà religiosa o il diritto dovere di educazione vada a ledere tali beni giuridici¹¹⁰.

Vogliamo comunque specificare che non si aderisce all'esclusione *tout court* dell'operatività delle cause di giustificazione, ma che tale ragionamento è stato portato avanti esclusivamente per quanto attiene condotte lesive di beni altrui di particolare valore. Un ordinamento giuridico che adotti un modello interculturale ben potrà prevedere ipotesi in cui il diritto alla libertà religiosa sia prevalente rispetto ad altri interessi tutelati dall'ordinamento. Ci si riferisce in prima battuta alla questione dei simboli religiosi, in particolare all'uso del *kirpan* o del turbante per i *Sikh*¹¹¹, ma anche alla questione delle

¹⁰⁹http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/notizie/immigrazione/2007_04_23_app_Carta_dei_Valori.html (19/12/2009).

¹¹⁰ A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 cit.*, 88.

¹¹¹ Come recentemente riconosciuto dal Tribunale di Cremona, con sentenza 13 gennaio 2009, con nota di G. L. GATTA, in *Corriere del Merito*, 2009, 4, 399 s. Il caso di specie riguardava una imputazione ai sensi dell'art. 4, secondo comma, della L. 18 aprile 1975, n. 110 per un soggetto di religione *sikh*, colto in un centro commerciale con il pugnale al collo. Il giudice inserisce nella parte motiva una, a nostro avviso, molto utile similitudine “d'altronde, se deve pacificamente ritenersi insussistente il reato qualora il porto, fuori della propria abitazione, di un ‘coltellone’ da cucina sia motivato dalla plausibile esigenza di tagliare il pane per una famiglia che intenda recarsi ad un ‘pic-nic’, non si vede francamente per quale ragione non dovrebbe del pari considerarsi non integrata la fattispecie penale nell'ipotesi in cui il porto riguardi un *kirpan* (cioè un coltellino avente una lama notoriamente più corta di quella del ‘coltellone’ da cucina), laddove peraltro in quest'ultimo esempio il giustificato motivo (quello religioso) risieda addirittura nell'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito e sottenda una mera finalità di esibizione ornamentale (diversamente dal ‘coltellone’ da cucina, che verrà impugnato, sia pur per tagliare il pane)”. Certo, in prima battuta forse tale digressione bucolica in una sentenza che verte sulla libertà religiosa forse sorprenderà, ma dall'uso discutibile fatto delle pronunce dei Tribunali nella società odierna un così breve riferimento potrebbe mandare ai consociati di maggioranza una diversa chiave di lettura per valutare il fenomeno migratorio e tutte le questioni ad esso collegate. Sul coltello rituale si ricorda anche la pronuncia del Tribunale di Vicenza, decreto di archiviazione del 28 gennaio 2009 basato sull'assenza del filo di lama che impedirebbe di qualificare il *kirpan* come strumento atto ad offendere, su cui si condividono le critiche del giurista milanese sopra citato in quanto non si escluderebbe l'impiego come arma da punta, in *Corr. Merito* 2009, 5, 536 s. Per una posizione che riconosce una limitata operatività delle scriminanti in dottrina C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*,

droghe rituali¹¹².

Prima di analizzare la portata dell'art. 59 c.p. dobbiamo ora soffermarci su un'altra scriminante spesso invocata da chi si vuole avvalere di una *cultural defense*: il consenso dell'avente diritto.

4.6.2. Il consenso dell'avente diritto

Il leading case in questo è senz'altro il caso Bajrami¹¹³, in cui la difesa aveva sostenuto che “sia l'imputato che le persone offese (tutti cittadini albanesi) **hanno un concetto della convivenza familiare e delle potestà spettanti al capo-famiglia diverso da quello corrente in Italia**, tanto da poter configurare una sorta di consenso dell'avente diritto rilevante ex art. 50 c.p.” e respinta motivando sulla preminenza degli artt. 3 e 6 c.p.. Tale argomentazione non convince: posto che si verteva in tema di maltrattamenti

in *Ind. pen.*, 273; interessante è anche la posizione presa dalla Corte di New York nel 1987 (*People v. Singh*, Criminal Court of the City of New York, Queens County, 13 maggio 1987) di chiudere l'oggetto rituale all'interno di una custodia di plastica o di plexiglas. Il caso è riportato da F. BASILE, *Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*, in http://www.statoechiase.it/images/stories/2009.7/basile_culturadefense2.pdf, cui si rinvia per la bibliografia statunitense. Per una diversa soluzione di contemperamento delle diverse esigenze vedasi altresì *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* in <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/2006/2006csc6/2006csc6.html> la quale ha stabilito il compromesso del contenimento del coltello all'interno di una custodia in legno cucita negli indumenti, con divieto assoluto di estrarlo e con possibilità per il personale scolastico di verificare il rispetto di tali condizioni pena la perdita del diritto in questione. La Corte ha infatti sancito che il divieto assoluto si sarebbe posto in frizione con il criterio della proporzionalità o della minima limitazione di un diritto garantito e di conseguenza con l'art.1 della Carta canadese. La proibizione totale di portare il *kirpan* a scuola, e solamente a scuola, avrebbe sminuito il valore di questo simbolo religioso e inviato il messaggio che talune pratiche religiose non meritano la stessa protezione di altre, nella dottrina italiana vedasi per un commento F. ASTENGO, *La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello dei sikh*, in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/coltello_sikh/index.html; G. PASSANITI, *La corte suprema canadese ed i simboli religiosi: una scelta multiculturalale*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2006, 2, 737, 741.

¹¹² Per la cui analisi si rinvia a L. RISICATO, *La detenzione «rituale» di sostanze stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità (osservazioni a Cass. pen., Sez. VI, 10 luglio 2008, n. 28720)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2008, 3, 1039-1050, che ravvisa nella pronuncia in questione “la mancata prova della sussistenza del dolo del fatto tipico, desumibile da una serie di *indizi* concreti tra cui spicca in modo dirimente la confessione religiosa professata dall'imputato”. Di avviso opposto A. BETTINI, “formalmente, la sentenza della Corte contiene pertanto un invito ai giudici di merito affinché valutino nella sua concretezza la fattispecie loro sottoposta nel momento in cui sono chiamati ad accertare il carattere “personale” della quantità di droga posseduta. Ma, nella sostanza, ci pare che la sentenza abbia introdotto una nuova scriminante per i reati in materia di sostanze stupefacenti in ragione della religione praticata. E' solo la motivazione religiosa, infatti, che permette ai rastafariani di detenere una quantità di sostanza stupefacente superiore a quella tabellare. È la religione che giustifica un atto che, altrimenti compiuto, costituirebbe una violazione di legge penalmente sanzionata”, *Brevi riflessioni sulla recente giurisprudenza “apicale” in ambito ecclesiastico*, in http://www.statoechiase.it/images/stories/2009.10/bettetini_breviriflessioni.pdf

¹¹³ CED 215158, in *Riv. Pen.* 2000, 238.

in famiglia il cui bene giuridico è tratteggiato come indisponibile dal singolo componente, si sarebbe soffermarsi sui requisiti di validità del consenso stesso. Tralasciando volutamente di attardarci in questa sede sulla ricostruzione storica del tentativo di ricostruzione del concetto di disponibilità del bene¹¹⁴ si concorda con l'autrice citata laddove invita a “svincolarsi da approcci legati a prospettive di natura civilistica, dalle quali lo studio delle problematiche coinvolgenti il consenso è stato da sempre condizionato, valorizzando profili di autonomia, inevitabilmente connessi alle specifiche esigenze dell'imputazione penale”¹¹⁵, concludendo come il criterio ultimo su cui indagare sarà lo scopo per il quale il consenso è stato prestato.

Nei casi di violenza familiare ciò coinciderebbe con un determinato modo d'intendere il rapporto coniugale e le modalità educative della prole, assolutamente lontano dalle scelte ordinarie fondate sull'effettiva parità dei sessi e sulla tutela della dignità della persona a qualunque stadio della propria vita. Si arriverebbe quindi a dover bilanciare il consenso, e la sottostante libertà di autodeterminazione del singolo, con il principio di uguaglianza ed il dovere da parte dello Stato di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e la uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana. È indubbio, infatti che un'educazione basata sulla violenza e sul sopruso non possa definirsi tale, ma esclusivamente prevaricazione e non possa trovare accoglimento in una società che vuole essere laica e scevra di qualsivoglia riconoscimento di disparità (negative) di genere¹¹⁶. Conseguentemente non si ricadrà nell'alveo di quello scopo socialmente apprezzabile, idoneo a fondare la validità della causa di giustificazione.

Chi scrive tuttavia ritiene che, senza dover inoltrarsi nel ginepraio del concetto di dignità¹¹⁷, un altro requisito del consenso debba essere valutato: la sua genuinità. Difatti esso per eliminare l'antigiuridicità deve essere scevro da dolo, violenza o errore. Che dire a questo punto dello stato di violenza psicologica in cui gli anelli più deboli di certi nuclei

¹¹⁴ Per il quale si rimanda alla recente monografia di S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 223 ss. e ampia bibliografia ivi citata.

¹¹⁵ *Ivi*, 223, riprendendo a sua volta un pensiero di F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995, 50 ss.

¹¹⁶ Come recentemente ribadito dalla Cassazione con sentenza 17 settembre 2007 n. 34909 il rapporto di coniugio non degrada la persona di un coniuge ad oggetto di possesso dell'altro coniuge.

¹¹⁷ Cui necessariamente si ricade qualora si richiamino concetti collegati all'apprezzabilità sociale dell'interesse.

familiari sono continuamente sottoposti? Quasi certamente essa andrà ad escludere la libertà di autodeterminazione che secondo la dottrina che si ritiene più corretta fonda l'esimente di cui si discute¹¹⁸.

Di conseguenza si dovrà valutare di volta in volta la presenza di tale requisito tramite testimonianze dei soggetti coinvolti ed eventuali perizie volte ad indagare se e quanto fosse compromessa la libertà del volere del titolare del diritto, sempre che, ovviamente, la violenza sia un elemento costitutivo dell'illecito, vertendosi in quel caso in ambito di dolo ed eventuale errore ex art. 47, co. 3 c.p.

Alla luce di quest'impostazione teorica riteniamo quindi del tutto insoddisfacente la presa di posizione giurisprudenziale italiana.

Ma se la causa di giustificazione non può operare oggettivamente deve essere valutata nella prospettiva dell'erroneità della sua sussistenza da parte dell'agente.

Com'è noto l'art. 59 co. 4 c.p. stabilisce l'equivalenza ai soli fini dell'esclusione della punibilità, ma con diversi effetti riconducibili alla distinzione tra scriminanti e scusanti, fra reale e putativo (non proprio: altrimenti si escluderebbe sempre l'antigiuridicità) e perciò la valutazione a favore dell'autore di situazioni che il soggetto si sia rappresentato per errore, salvo residuare una responsabilità colposa¹¹⁹ laddove sussista un'espressa fattispecie e l'errore sia dovuto a colpa.

Non si ritiene che nello ristretto settore oggetto della nostra analisi sia fondamentale interrogarsi sulla qualifica dell'errore nei casi da noi esaminati, verta cioè sul fatto, il solo disciplinato dalla norma in questione¹²⁰, o sul diritto.

L'errore ad esempio sui poteri educativi spettanti al capofamiglia e derivanti dalla diversa disciplina in tema di potestà presente in altri Stati potrà ricadere nel novero della scriminante putativa dell'esercizio del diritto ritenendo che esso verta sui limiti delle facoltà discendenti dalla norma scriminante, riconducendosi, quindi, alla disciplina dell'art. 5 c.p. È da evidenziarsi che in dottrina sussiste una discrasia nel delimitare l'operatività dell'art. 59, co. 4 c.p.: Romano rileva una corrispondenza simmetrica con l'art. 47 comma 1 che conduce ad escludere l'applicazione della stessa laddove si tratti

¹¹⁸ Per tutti M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, Milano, 2004, 529.

¹¹⁹ Si ritiene condivisibile la posizione di Romano il quale vede un delitto strutturalmente colposo non essendo possibile che il dolo "rinasca" soltanto perché l'errore sia inescusabile, M. ROMANO, *Commentario*, cit., 657.

¹²⁰ *Ivi*, 654.

di errore di diritto¹²¹ mentre Fornasari asserisce l'autonomia concettuale delle due disposizioni, sottolineando come l'ultimo comma dell'art. 59 operi su una situazione sostanzialmente differente¹²². L'Autore, aderendo alla *Doppelstellung*, palesa come l'errore sulle cause di giustificazione lasci completamente inalterato il dolo della fattispecie, ma non lo renda suscettibile di rimprovero, vertendosi in tema di scusanti, definite "scoperta scientifica relativamente recente, massime in Italia, dove la sensibilità verso i profili personalistici non è storicamente molto radicata"¹²³.

Tuttavia quello che conta ai fini della nostra analisi è indagare i connotati di plausibilità e ragionevolezza dell'errore. Se difatti anche l'errore di diritto su una giustificante sarà scusabile laddove inevitabile e se l'errore di fatto comporterà la non punibilità per dolo, ma la sopravvivenza di una responsabilità colposa laddove l'agente abbia posto in essere una condotta negligenza, allora quello che dovrà valutare il giudice sarà la concreta incidenza delle circostanze di fatto che abbiano fatta ritenere ragionevolmente sussistente la persuasione di comportarsi secondo diritto.

Se noi infatti valutiamo gli elementi normativi alla luce della celebre definizione di Engisch¹²⁴ come elementi che non possono essere pensati se non sotto la logica presupposizione di una norma e consideriamo la conoscenza della normativa matrimoniale straniera quale elemento integrativo sia dell'art. 50 che dell'art. 51, non si vede come la soluzione del caso concreto non dovrà ancora una volta essere rimessa a quei criteri delineati a proposito del dolo. C'è infatti un doppio passaggio che non può essere omesso e che differenzia la situazione di chi non permette alla moglie di uscire di casa a capo scoperto, ritenendo che il capofamiglia possa decidere sulla libertà di movimento del coniuge e quella del marito geloso ferito nell'onore che sottoponga la moglie infedele a sistematiche vessazioni e la privi per lunghi periodi della stessa libertà, reputando di averne il diritto, ma anche laddove lo si ritenesse un errore sul precetto la particolare socializzazione del primo agente potrebbe scusare tale condotta.

¹²¹ M. ROMANO, *Commentario*, cit., 654.

¹²² G. FORNASARI, voce *Colpevolezza*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 974.

¹²³ *Ivi*, 973.

¹²⁴ Sul significato di concetto normativo si rinvia a D. PULITANÒ, voce *Ignoranza della legge (Diritto penale)*, in *Enciclopedia Del Diritto*, vol. XX, Milano, 1970, nonché a L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.

La tematica della scriminante putativa è stata indagata nella nostra giurisprudenza per reati molto lontani da quelli di cui ci stiamo occupando (tradizionalmente diffamazione a mezzo stampa, lesioni o omicidi in legittima difesa, lesioni o omicidi nell'attività medica), la quale tuttavia ha introdotto una propria interpretazione sulla necessità di richiedere connotati di plausibilità e ragionevolezza dell'errore particolarmente stringenti. A tal proposito tuttavia De Vero ha evidenziato come tale presa di posizione possa "essere letta come indicazione di criteri di corretto accertamento processuale dell'effettività dell'errore [...] la 'ragionevole persuasione' fondata sul contesto obiettivo non va(da) dunque intesa come qualificazione normativa del momento genetico dell'erronea rappresentazione insorta nell'agente, ma va(da) piuttosto riferita ai processi di valutazione e d'accertamento da parte del giudice: solo in presenza dei corrispondenti presupposti [...] può dirsi correttamente conseguita la prova della 'realtà psichica' dell'errore e ci si può cautelare dal rischio di consentire l'ingresso nella dinamica processuale a discolpe del tutto pretestuose da parte dell'imputato"¹²⁵.

Giunti a questo punto, prima di passare all'analisi delle circostanze e della colpevolezza commisurativa dobbiamo soffermarci ancora un momento sulla categoria delle scusanti.

4.7. Le scusanti

Tradizionalmente vengono ricondotte all'interno del nostro ordinamento, quelle circostanze che afferiscono al piano della colpevolezza normativa "presupponendo un fatto tipico, antigiuridico, colposo o doloso, a cui non viene applicata la pena, in quanto la situazione in cui si è trovato l'autore abbia determinato un'alterazione motivazionale, tale da rendere inesigibile dal soggetto un comportamento conforme alla norma giuridica"¹²⁶. Senza ripercorrere il lungo ed interessante percorso svolto dall'Autrice testé citata, si ritiene proficuo riportare in questa sede le conclusioni derivanti dall'ampia analisi, ovvero il fondamento di queste circostanze, intese in senso atecnico, sul processo motivazionale del reo e dell'impossibilità di agire diversamente, valutata non sul piano metafisico, ma sulla capacità di lasciar condurre le proprie azioni dal precetto.

Il rimprovero sarebbe quindi legato alla capacità di autodeterminarsi del soggetto valu-

¹²⁵ G. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 3, 791.

¹²⁶ E. VENAFRO, *Scusanti*, Torino, 2002, 1

tata non alla luce di un parametro oggettivistico del *reasonable man* in quanto, laddove si aderisse ad una connotazione utilitaristica della sanzione, o sincretica in cui prevalgano comunque esigenze di risocializzazione, i parametri oggettivi impiegati potrebbero essere piegati anche *contra reum*, tradendo in ultima istanza il punto di partenza personalista¹²⁷. La studiosa nega che sia necessario costruire un'autonomia categoria della responsabilità essendo sufficiente individuare i criteri su cui commisurare le conoscenze e le capacità dell'agente concreto¹²⁸, introducendo nel dibattito un'interessante prospettiva secondo cui il fulcro non consiste tanto nel chiedersi se il soggetto potesse o meno agire diversamente, il che sempre conduce alla nota denuncia dell'estrema vaghezza dell'inesigibilità¹²⁹ e della sua incapacità a fondare la creazione di nuove scusanti, ma ancora una volta un contrasto riprovevole tra tale *iter* motivazionale e le esigenze dell'ordinamento¹³⁰.

Paradigmatica risulterebbe la disciplina dell'errore sul precetto: oggetto di indagine è il motivo che ha impedito la conoscenza del divieto con la conseguenza di rimproverare il soggetto, laddove la causa scatenante non fosse ricompresa in questo catalogo. Per quanto attiene l'Italia, tuttavia riteniamo doverosa una precisazione: le ragioni non sono indicate dal legislatore, il quale si è mantenuto comunque inerte dopo l'importantissima pronuncia della Consulta, lasciando che fosse la giurisprudenza a concretizzare di volta in volta le indicazioni di massima fornite dalla Suprema Corte e contenute negli esempi di criteri oggettivi, soggettivi e misti. Diversamente per le altre ipotesi citate (lo stato di necessità scusante e l'art. 51 ultimo comma c.p.).

Aldilà di quest'appunto riteniamo che il ragionamento sia assolutamente convincente e possa essere applicato anche alle situazioni oggetto del nostro lavoro: avendo anche noi posto in luce come nelle ipotesi di *cultural defense* si arrivi comunque in ultima istanza ad un bilanciamento tra beni di rango costituzionale (con valutazione oggettiva sul piano delle scriminati e soggettiva per quanto attiene alle scusanti), ancora una volta do-

¹²⁷ *Ivi*, 132.

¹²⁸ Citando tra i vari autori anche M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 584.

¹²⁹ Per tutti si rimanda a G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

¹³⁰ “Attraverso la categoria delle scusanti [...] l'ordinamento seleziona le ipotesi in cui per ragioni particolari, viene a mancare un contrasto tra il soggetto ed i valori espressi dal sistema normativo, idoneo a consentire la formulazione di un giudizio ulteriormente 'individualizzante' in ordine al rimprovero penale”, E. VENAFARO, *Scusanti*, cit., 165.

vrà essere valorizzato l'abbandono del parametro dell'uomo medio, pena il tradimento della centralità della colpevolezza.

Individuata quindi la centralità dell'istituto delle cause di esclusione della colpevolezza nelle caratteristiche e nella direzione del processo deliberativo *de iure condito* vediamo che in tema di delitti culturalmente orientati si assiste ad una totale supplenza della magistratura. Nell'unica occasione, vale a dire in tema di *female genital cutting*, avuta dal legislatore per confrontarsi su tale fenomeno egli ha rinunciato del tutto alla valorizzazione ed al rispetto del dettato costituzionale per appiattirsi su una –comoda- logica di stampo retribuzionista.

Non facile invero sarebbe stato tipizzare il conflitto di interessi sussistente ed il processo motivazionale che induca il genitore a sottoporre a tale pratica tradizionale la figlia.

De Francesco ha colto la difficoltà di adattare la tesi roxiniana e a quanto ci sembra anche di Venafro, al terreno dei *cultural crimes* in senso stretto: la finalità di “non dispiacere al proprio Dio” nella contemporanea presenza della lesione di un interesse ritenuto dall'ordinamento prevalente, altrimenti verseremmo in ipotesi di scriminanti, potrà essere ritenuto un valore giuridicamente apprezzabile capace di “far pendere la bilancia a favore del riconoscimento di una situazione di conflitto suscettibile di porsi in linea con una valutazione in termini di inesigibilità del comportamento conforme al precetto?”¹³¹.

Lo studioso esclude categoricamente tale possibilità in quanto da un lato la personale intenzione che ha guidato la condotta non può essere scorporata dal valore attribuito dall'ordinamento all'atto lesivo, dall'altro passando dal piano della *cognitive* a quello della *volitive defense*. Concordiamo in parte sul primo punto: ma ci chiediamo ancora una volta se la non accettazione della logica seguita dall'agente, che fonda quindi il rimprovero e non permette di scusare il comportamento sia guidato dal principio di colpevolezza o piuttosto da esigenze preventive. L'agente reputa di agire per il meglio, in virtù delle conoscenze derivanti dal proprio vissuto, ma non è la concezione di *best choice* largamente diffusa nella società di accoglienza. Cosa ci spinge allora ad evitare la possibilità di riconoscere tale posizione, vertendo, si badi bene, in tema di *cognitive defense*? Semplicemente ritenere che il bene sacrificato debba essere prevalente e che nessuna motivazione a base della sua lesione sia accoglibile. ma questo ci riconduce ad

¹³¹ G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006, 148.

una logica giustificativa, oppure andare a fondo e dire che l'unica ragione accettata dal legislatore per la valenza scusante nei conflitti di coscienza sia la valorizzazione dell'autodeterminazione, il che non accadrebbe nelle gran parte delle fattispecie esaminate, essendo al contrario presenti comunque delle logiche prevaricatrici o in casi in cui il titolare del bene giuridico non si sia o non abbia potuto optare per una scelta consapevole. Ed allora la categoria in cui le problematiche derivanti dalla multiculturalità possono trovare il miglior accomodamento in sede penale risulta essere la punibilità.

4.8. La punibilità

Si ritiene comunemente che le circostanze che escludono la punibilità accedano ad un reato già perfetto, ma siano riconducibili essenzialmente ad esigenze di politica criminale tali per cui ad un fatto già meritevole di pena non ne sia anche bisognoso¹³². Essa deve essere valutata in funzione delle finalità proprie della pena, sotto il profilo della praticabilità e opportunità concreta dell'incriminazione: “se la pena ha uno scopo diverso dalla sola riaffermazione dei valori violati e dalla compensazione delle colpe, deve poter essere disapplicata tutte le volte in cui appaia inutile rispetto alle finalità dell'intervento. Il diritto penale viene concepito non più solo come limite alla libertà, ma come strumento di libertà, strumento non di compressione ma di protezione dei diritti umani considerati beni fine [...] Il significato della punibilità [...] va individuato nella previsione di istituti che consentano la trasformazione, la riduzione o l'eliminazione della risposta punitiva, conducendo anche ad un'ulteriore selezione di fatti ed autori in un contesto di degradazione giudiziale della risposta sanzionatoria. Sicché potrebbe condividersi l'osservazione che ‘la non punibilità esprime l'idea che rieduca di più la pena che non si applica’”¹³³.

Ci si potrebbe chiedere se tutte le ipotesi di *cultural crimes* debbano ricadere sotto l'egida dell'esclusione della punibilità. Evidentemente no: come già accennato all'inizio del lavoro si ritiene che davanti a lesioni particolarmente gravi la finalità rieducativa debba essere realizzata in carcere e questo perché richieste di afflittività a livello di prevenzione (anche generale) non possono essere qualificate come emotive, ma trovano

¹³² F. PATERNITI, *Contributo allo studio della punibilità*, Torino, 2009, 144, coincidente per l'autore con una finalità di prevenzione

¹³³ *Ivi*, 180 citando M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 262 ss.

una base razionale. Anche nelle visioni sincretiste comunque una delle funzioni della pena non può non prevalere e si ritiene che in questi casi le esigenze generalpreventive negative debbano avere lo stesso peso di quella risocializzante. Questo perché è in parte vero che la minaccia di una reazione istituzionale che non sia astrattamente degradante dai consociati non viene nemmeno avvertita come sanzione¹³⁴ e l'ingiustizia di condotte aventi quale esito ad esempio la soppressione di un'altra vita umana condurrebbe a ritenere inaccettabili misure di acquisizione dei valori fondanti del vivere civile che non passassero, almeno per una fase, per un percorso ritenuto sufficientemente afflittivo.

Diversamente si ritiene per ipotesi di minore gravità: tra i casi esaminati siamo fermamente convinti che i genitori che compiano o facciano compiere sul minore qualsiasi forma di lesione agli organi genitali o di scarificazione rituale compiano, nei casi di volontive *defense*, un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, ma che la particolarità del movente renda assolutamente necessaria ed inderogabile forme di rinuncia alla pena affiancate da strumenti realmente specialpreventivi. Lo stesso laddove si verta in ipotesi di accattonaggio non sistematico o di forme non particolarmente gravi di maltrattamenti.

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

A tal proposito inizieremo ancora con una scelta insolita: l'art. 62*bis* c.p.

4.9. Circostanze attenuanti ed aggravanti

Vogliamo in questa sede focalizzare la nostra attenzione su due circostanze su cui non ci siamo ancora soffermati nel corso del lavoro vale a dire quelle contenute negli artt. 62*bis* c.p. e 61 n.1. c.p., rinviando a quanto detto invece in precedenza, onde evitare pesanti ripetizioni in tema di provocazione e motivi abietti o futili.

4.9.1. Le attenuanti generiche.

L'art. 62*bis* reintrodotta dal ddl n. 288 del 1944¹³⁵ secondo parte della dottrina può es-

¹³⁴ F. PATERNITI, *Contributo*, cit., 212.

¹³⁵ Sulle ragioni della reintroduzione si veda l'ampia disamina di A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 663 ss.

sere considerato come una quasi scriminante¹³⁶.

In realtà, anche mantenendo la sua connotazione come circostanza in cui il motivo della diminuzione è da ricercarsi nella situazione concreta *sub iudice* ci sembra che esse svolgano un ruolo comunque significativo.

Nonostante sia largamente prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza la tesi che vede le attenuanti generiche come momento sostanzialmente indulgenziale, finalizzato alla diminuzione della sanzione nel caso in cui questa risulti eccessiva¹³⁷, è stato da tempo sottolineato come questa non sia l'opzione più corretta per esaminare l'istituto in esame. Se così fosse, infatti, il giudice potrebbe applicare arbitrariamente la norma al caso concreto, secondo una prospettiva "intuitiva" del fatto di reato e di adeguatezza della sanzione, trovando appoggio nel dettato codicistico che parla di potere e non di dovere¹³⁸. Ma in questo modo si perderebbe di vista l'autonomia concettuale della categoria riducendo l'attenuante *de qua* in un mero doppione dell'art. 133 del codice sostanziale.

Al contrario esse debbono essere considerate come una valvola di sfogo del sistema, volta a rendere possibile l'applicazione nel caso concreto di valori che non potevano essere tipizzati una volta per tutte da parte del legislatore in una circostanza codificata per quanto di ampio respiro, irrealizzabilità determinata dall' "impossibilità di prevedere in anticipo i valori che possono rivelarsi con il loro significato positivo soltanto in una concreta situazione"¹³⁹. Parafrasando un insigne Autore, le attenuanti generiche svolgono un'insostituibile funzione di adeguamento della pena al fatto concreto, superando il rigoroso principio legalistico vigente, necessario sotto la prospettiva garantista, ma talvolta estremamente rigido davanti al caso specifico¹⁴⁰, tuttavia ciò non conduce ad un'automatica diminuzione della sanzione, piuttosto ad una sua personalizzazione intesa quale elemento che si adatta "alla persona dell'autore del reato per come questi ha agito

¹³⁶ G. MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 187 e sembrerebbe anche F. BASILE, *Immigrazione e reati "culturalmente motivati"*, cit., 289-290.

¹³⁷ A. LONGO, *Le circostanze attenuanti generiche: concessione o riconoscimento?*, in *Ind. pen.*, 2003, 3, 1245.

¹³⁸ *Ivi.*, 1246.

¹³⁹ M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, Jovene, 1959, p. 121 citato in A. LONGO, *Le circostanze*, cit., 1248.

¹⁴⁰ F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, 1979, CEDAM, Padova, p. 361, citato in C. ZAZA, *Le circostanze del reato. I. Elementi generali e circostanze comuni*, Padova, 2002, 51.

nella vicenda specifica. Adeguamento della pena al fatto, dunque, ma adeguamento attraverso il fatto anche alla persona del soggetto agente¹⁴¹, secondo una prospettiva di legalità che nel caso concreto può essere corretta per venire incontro ad esigenze di giustizia sostanziale. Parte della dottrina ha tentato di fornire una prima elencazione di tali ipotesi¹⁴², ma è stato sottolineato anche come queste ultime costituiscano dei parametri comunque legati al comune sentire e, di conseguenza, assolutamente mutevoli se non destinati ad una prematura obsolescenza¹⁴³.

In questo senso il giudice non sarebbe arbitro della situazione, ma si ritroverebbe piuttosto legato da quella “discrezionalità vincolata” di cui tanto spesso si è discusso in un altro settore della teoria del reato. È stato sottolineato da autorevole dottrina come ricondurre tale figura alla categoria più ampia dell’istituto delle attenuanti comporta dei notevoli vantaggi tra cui la possibilità di effettuare un giudizio di bilanciamento *ex art.69 c.p.* oppure di tenerne conto ai fini della prescrizione del reato¹⁴⁴. Questa ricostruzione porta a considerare allora come il giudice debba tener conto dell’elemento che non poteva essere tipizzato, dovendo non concedere, bensì riconoscere tale attenuante ed in quest’ottica essa recupera la funzione di indicare allo stesso organo giudicante la sanzione adeguata in virtù della gravità del fatto e delle caratteristiche dell’autore¹⁴⁵. A nostro avviso questa ricostruzione dell’istituto, pur avendo l’indubbio vantaggio di togliere di scena la sfumatura pietistica che ha lungo dominato incontrastata, deve però essere condotta molto attentamente onde evitare una predominanza del fatto sull’autore. Infatti il diritto positivo, per l’ideologia sottostante al codice Rocco, su cui non ci dilungheremo, ha dato molto più spazio agli elementi obiettivi di fattispecie, rispetto a quelli soggettivi, collegando nella maggior parte dei casi anche questi ultimi, se ritenuti degni di merito, ad una ricostruzione oggettiva¹⁴⁶. Parte della dottrina ha già sottolineato come

¹⁴¹ *Ivi*, 54.

¹⁴² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 1981, 5^aed. Torino, 308, citato in C. ZAZA, *Le circostanze cit.*, 56.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ F. CORDERO, *Circostanze generiche e termine di prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, II, 827 citato in A. LONGO, *Le circostanze cit.*, 1250.

¹⁴⁵ *Ivi*, 1251.

¹⁴⁶ Si pensi al dibattito sullo stato di necessità e alla difficoltà nel sostenere una sua valenza anche scusante nell’attuale formulazione normativa.

l'art. 62bis non possa costituire un corollario dell'art.133¹⁴⁷, ma non si è spinta più in là dell'affermare come le attenuanti generiche possano essere applicate anche in fatti obiettivamente gravi commessi da pregiudicati; noi ci sentiamo, forse perché guidati dalle condotte molto particolari oggetto della nostra analisi, a compiere un passo ulteriore e dire che tale attenuante ricoprirebbe una funzione maggiormente soggettiva. Inoltre il codice sancisce l'indipendenza di tale figura con le attenuanti comuni elencate all'art. 62 c.p., senza parlare né di fatto né di autore. Consci della critica che operazioni così vaste di "ortopedia interpretativa" non sono mai da prendere alla leggera, essendo preferibile un intervento espresso del Legislatore, ci sentiamo, allo stesso tempo, di affermare come il fatto sia già adeguatamente considerato nel codice sia sotto il profilo della colpevolezza che dell'antigiuridicità. In altri termini, dare rilevanza preponderante, non esclusiva, a fattori di segno positivo inerenti all'autore, sarebbe un'interpretazione che potrebbe portare ad un corretto bilanciamento dei due elementi oggettivo e soggettivo dell'illecito e, di conseguenza, più rispettosa del dettato costituzionale che pone in primo piano la funzione rieducativa della pena. Questo permetterebbe di rispondere anche a quelle posizioni dottrinali che richiedono la riferibilità delle ragioni che hanno indotto il giudice al riconoscimento della circostanza di valutazioni sociali condivise: la corretta interpretazione del principio rieducativo e la valorizzazione degli strumenti atti a realizzarlo non potrebbe mai, quantomeno nella comunità scientifica, essere considerata una ragione minoritaria¹⁴⁸. Come efficacemente evidenziato "l'esclusione aprioristica di tale condizionamento (culturale) dallo spettro dell'art. 62bis sia frutto di una scelta interpretativa marcatamente oggettivista e insensibile al dato culturale, per di più contrastante con la *ratio* e con l'interpretazione tralatizia della norma"¹⁴⁹.

Applicando quanto sin qui detto alle mutilazioni genitali femminili, possiamo asserire come l'art. 62bis sia attualmente l'unico canale attraverso il quale nel nostro ordinamento la grossa pressione derivata all'autore dall'*humus culturale* di provenienza, possa trovare ingresso in una connotazione positiva. Abbiamo visto, difatti, come tale fattore non possa venire riconosciuto all'interno dell'elemento soggettivo del reato, nell'antigiuridicità e neanche all'attenuante codificata dei motivi di particolare valore

¹⁴⁷ *Ivi*, 1252 e bibliografia citata.

¹⁴⁸ Di questo avviso sembra essere anche A. BERNARDI, Il "*fattore culturale*" nella legislazione, cit., 131.

¹⁴⁹ C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana*, cit., tra nota 64 e 65.

morale o sociale, ma che nell'ottica della pena esso debba essere adeguatamente preso in considerazione. Riprendiamo il dettato del codice: "Il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'art. 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena...". Nel caso delle mutilazioni genitali femminili, per le motivazioni che abbiamo ampiamente analizzato nel terzo capitolo, suffragate dall'incidenza dell'elemento culturale nella *mens rea* dal punto di vista di cogenza simile ad uno stato di necessità, il giudice dovrebbe valutare tale ultimo elemento come idoneo a giustificare una diminuzione di pena. Nei reati culturalmente orientati, il disvalore del fatto non può essere valutato a prescindere dall'ottica dell'autore. È, a nostro avviso, in questa sede, allora, che la distinzione prospettata da Giudicelli Delage tra *nuire pour nuire* e *coupure qui sauve* può trovare adeguato riconoscimento: non nell'inserire, attraverso un'interpretazione *contra legem*, nel primo comma dell'art. 583**bis** c.p. un dolo specifico quando si tratta di un reato a dolo generico, non considerare il motivo che conduce al *female genital cutting*, ovvero una discriminazione di genere, di particolare valore morale o sociale, ma capire la *contrainte* morale di quegli individui, costrizione assolutamente non comune alla maggioranza degli individui da configurare una causa di giustificazione, ma forza che li obbliga a sottrarsi ad un ordine normativo basato su valori a loro estranei, in virtù del raggiungimento del bene superiore ovvero il rispetto da parte dei pari significativi nei confronti della loro prole.

Il riconoscimento di tale segmento della catena motivazionale, potrà in sede di 62 bis "svolgere una funzione di garanzia nei confronti del singolo individuo, soprattutto nella misure in cui la presenza (e pertanto la necessaria verifica) di quel dato psicologico effettivo rappresenti un argine contro eccessi normativizzanti"¹⁵⁰ tale quella che può apparire nella condotta sinora analizzata l'applicazione della norma senza la considerazione dei motivi ad essa soggiacenti.

Concludiamo questa analisi con delle brevi considerazioni attinenti alle operatrici tradizionali. L'applicabilità di tale attenuante nei loro confronti è particolarmente problematica e questo perché, a differenza dei genitori che sono realmente motivati dal bene del minore, per loro le mutilazioni coincidono con una fonte, tra l'altro non indifferente, di

¹⁵⁰ P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 92.

denaro; tuttavia non possiamo escludere *a priori* che il dato culturale incida anche su di loro, seppur con una diversa intensità. Le “mammane” sono il veicolo dell’introduzione del minore nella rete sociale poiché l’operazione ha un qualcosa di magico e sacrale e non può essere effettuata da chi non detiene tali poteri. Si può prudentemente affermare che la loro posizione diverge in merito alla conoscibilità del divieto, in quanto è lecito supporre che siano ben conscie di come tali condotte vengono giudicate nel paese di accoglienza. Tuttavia mentre per il genitore una condanna lieve accompagnata se non addirittura sostituita da un’azione rieducativa, anche in virtù delle conseguenze del processo che analizzeremo più avanti, può risultare preferibile, non siamo sicuri di poter affermare lo stesso per le operatrici: l’esperienza empirica ha dimostrato in Francia come nonostante i processi pendenti esse abbiano continuato imperterrite ad operare. Se, in virtù del principio di uguaglianza, si dovesse applicare l’attenuante *de qua* anche nei loro confronti dovrebbero essere previste misure rieducative molto più incisive, data la coloritura professionale che abbiamo già sottolineato; in altri termini, se si vuole mettere davvero un freno alle mutilazioni, si dovrebbe procedere ad un nuovo inserimento professionale delle operatrici. In caso contrario, secondo chi scrive, una condanna lieve porterebbe prima di tutto alla frustrazione di istanze specialpreventive trovando una più debole giustificazione dal punto di vista della costrizione morale e quindi da un elemento appartenente alla colpevolezza come rimprovero da noi ricondotto all’art.62bis.

4.9.1.1. Un breve accenno alla giurisprudenza ed alla novella del Decreto Sicurezza.

Le attenuanti di cui si discute sono state riconosciute nel caso El Nahmr¹⁵¹, sulla base della sola incensuratezza, e nella sentenza di Cassazione Mohammad¹⁵² in cui nel bilanciamento ex art. 69 c.p. sono state ritenute equivalenti alle aggravanti; disconosciute invece nei casi, Rhiyat¹⁵³, Lhasni¹⁵⁴, Fahmi¹⁵⁵.

¹⁵¹ Tribunale Penale Milano, sez. IV, 25 novembre 1999 n. 2545, in *Dir. imm. citt.*, 2000, 2, 148 ss.

¹⁵² Cass. pen. 1 agosto 2008, n. 32346, inedita.

¹⁵³ Trib. Genova, 23 ottobre 2003 in *Diritto e giustizia*, 11, 2004, 91.

¹⁵⁴ Trib. Padova, 9 giugno 2005, n. 446 e Corte di Assise di Appello di Venezia, 9 gennaio 2006, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, n. 4, 2006, p. 199 ss., con nota di L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d’onore e motivo futile*, *ivi*, p. 63 ss. in *Diritto immigrazione cittadinanza*, n. 4, 2006, p. 199 ss., con nota di L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d’onore e motivo futile*, *ivi*, p. 63 ss. e analizzate nel cap. 3, §5.1

¹⁵⁵ Cass. pen. 26 novembre 2008, n. 46300.

Più complessa è la valutazione nel caso El Meskine: la Corte d'Appello di Milano rigettando il ricorso esplica “non risultano agli atti, né sono stati seriamente prospettati, elementi positivamente valutabili ai fini della concessione delle attenuanti generiche, cui del resto ostano i plurimi trascorsi giudiziari da cui l'imputato è gravato”¹⁵⁶: ora - condividendo il pensiero del giudicante laddove richiede che la motivazione culturale non venga semplicemente addotta, ma documentata- ci si chiede se anche in presenza di un tale impegno da parte del difensore la richiesta sarebbe comunque stata respinta in virtù dei precedenti. Se così fosse non riteniamo comunque accoglibile tale posizione visto che l'ordinamento ha ben altri strumenti, la recidiva, per valutare la ricaduta nel crimine.

Dobbiamo evidenziare che nella logica della lotta al nemico (“clandestino”) anche tale istituto è stato recentemente modificato¹⁵⁷, introducendo un terzo comma che recita: “in ogni caso, l'assenza di precedenti condanne per altri reati a carico del condannato non può essere, per ciò solo, posta a fondamento della concessione delle circostanze di cui al primo comma”.

Non volendo disconoscere una sorta di lassismo giurisprudenziale che corroborava la nota tesi degli avvocati difensori per cui “le generiche non si negano a nessuno” nell'economia del nostro lavoro e dell'analisi dei prossimi casi che verranno a conoscenza delle Corti si può dire che ora i giudici saranno probabilmente costretti a porsi criticamente sul tema del movente culturale.

Tuttavia si teme che da tale restrizione della discrezionalità derivi un'accentuazione dell'afflittività basata da un lato sulle già note argomentazioni in tema di supremazia di altri valori che nulla, si ribadisce, c'entrano con valutazioni attinenti la colpevolezza, ma che avranno grande rilevanza nella facilità almeno teorica con cui sarà possibile chiudere la questione non essendo inverosimile che almeno qualche giudice intenda la locuzione ‘per ciò solo’ richiesta dalla norma proprio alla luce di tale argomentazioni.

La dottrina ha già ben messo in evidenza come l'introduzione di tale norma confligga con l'art. 27, co. 3 Cost., conduca allo snaturamento dell'istituto stesso e sia espressione

¹⁵⁶ Corte d'Appello di Milano 23 maggio 2005, n. 64.

¹⁵⁷ Dalla L. 24 luglio 2008, n. 125, di conversione del D.L. 23 maggio 2008, n. 92. Si evidenzia anche in questo caso la sciattezza del legislatore che parla di condannato in una sede in cui si può essere solo imputati.

di “un sistema penale forte con i deboli e debole con i forti”, il quale a sua volta conduce ad interrogarsi sulla reale vigenza del principio di uguaglianza in materia giudiziaria¹⁵⁸. Inoltre è stato bene evidenziato come “il comune equivoco che le caratterizza (le riforme a partire dalla ex Cirielli n.d.a.) risiede invece nella malcelata convinzione che la pena per risultare effettiva ed efficace debba essere necessariamente lunga”¹⁵⁹.

Per il limitato oggetto della nostra indagine tale novella, accompagnata dal già citato atteggiamento giurisprudenziale non può costituire di certo un indizio di ottimismo sul recepimento di un’attitudine pluralista da parte del legislatore.

Speriamo quindi che la giurisprudenza, anche di prima e seconda istanza, applichi la massima sancita da Cassazione sez. II, 2 dicembre 2008: “in tema di circostanze attenuanti generiche, che consentono un adeguamento della sanzione alle peculiari e non codificabili connotazioni tanto del fatto quanto del soggetto, la meritevolezza di detto adeguamento non può mai essere data per scontata o per presunta, avendo il giudice l’obbligo, ove ritenga di escluderla, di giustificarne sotto ogni possibile profilo l’insussistenza e, quando ne affermi l’esistenza, di dare apposita motivazione per fare emergere gli elementi atti a giustificare la mitigazione del trattamento sanzionatorio”¹⁶⁰.

4.9.2. L’ attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale

In relazione a tale circostanza è da rilevare subito come si scontrano due radicalmente opposti modi di intendere la *ratio* soggiacente: da un lato essa vuole dare accoglimento alle concezioni etico sociali dominanti¹⁶¹ dall’altro invece è stato recentemente proposto in dottrina di applicarla laddove “si tratti ad un tempo di non rinunciare ad elevare il rimprovero giuridico-penale, e di personalizzare però il limite della reazione punitiva statutale, tenendo conto di un ‘conflitto di doveri’ in capo a colui che non possa dirsi pienamente inserito nel nostro contesto socio culturale (e analogamente è a dirsi nei casi

¹⁵⁸ A. MANNA, *La riforma delle attenuanti generiche*, in S. LORUSSO (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, 268-269.

¹⁵⁹ R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Niente sconti automatici all’incensurato*, in *Guida dir.*, 2008, 32, 99.

¹⁶⁰ Ced Cass., rv. 242709 (m)

¹⁶¹ Secondo MANTOVANI “è di particolare valore morale il motivo che nella normalità dei casi determina azioni moralmente nobili e che la coscienza etica umana, o del popolo in un dato momento storico, approva” F. MANTOVANI, *Diritto penale- Parte generale*, III ed., Padova, 1992, p. 411, citato in P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 234., mentre per M. ROMANO è tale “il motivo ispirato a ragioni corrispondenti ad un’etica che dell’uomo sottolinei i valori più elevati”, *Commentario sistematico al codice penale*, I, art. 1-84, II ed., 2004, 671.

in cui il soggetto abbia agito nella consapevolezza della doverosità della condotta in base alle prescrizioni religiose, morali, sociali proprie della comunità di appartenenza e nell'ignoranza -pur colpevole- del contrasto tra quelle e la normativa penale)¹⁶². Ci sentiamo di condividere parzialmente la critica di quella parte della dottrina che si oppone all'identificazione di tale attenuante la prima interpretazione citata¹⁶³: oltre ad essere scorretto da un punto di vista metodologico, a nostro avviso in una società pervasa da un crescendo di fondamentalismi di vario genere questo potrebbe costituire una grossa miopia anche dal punto di vista politico. È stato dimostrato, infatti, come il rinnegare da parte della cultura ospitante elementi provenienti dall'esterno che per chi li porta sono valori fondamentali comporti una chiusura ed un aumento dell'attaccamento a tradizioni anche "sbagliate" pur di mantenere una propria identità e sfuggire al "contagio" di modi di vivere avvertiti come non idonei. Non ci sentiamo d'altro canto neanche di aderire totalmente a tale impostazione, in quanto si vuole ricondurre alla circostanza *de qua* "valori" che non solo non trovano riscontro nella nostra carta Costituzionale, ma contro i quali si è per lungo tempo lottato, quali ad esempio la violenza di genere. Sofferma-moci per un momento sulla confrontabilità del valore; secondo Zaza "il valore è di particolare rilievo [...] quando lo stesso abbia dimensione morale o sociale che lo renda confrontabile con l'offesa arrecata dal reato, e, quindi, con l'oggetto giuridico dello stesso. Laddove si intende come confrontabile un valore che, a fronte dell'interesse offeso dal reato, mantenga una sua dignità e non si presenti come palesemente soccom-

¹⁶² P. VENEZIANI, *Motivi cit.*, 240.

¹⁶³ "A parte che sarebbe non poco arduo lo stesso calcolo di ciò che è dominante, e di ciò che non lo è, procedere a colpi di maggioranza in questa materia è probabilmente scorretto anche dal punto di vista metodologico, se è vero che nella nostra cultura un cardine fondamentale, oggi condiviso sia nella prospettiva religiosa che in quella laica, e dunque largamente condiviso, è rappresentato dal principio di tolleranza, al quale risulta informata la stessa Costituzione [...] Ebbene un'interpretazione dell'art.62, n.1, c.p. che accordasse rilevanza attenuante solo a quelle motivazioni che sono di particolare valore morale o sociale secondo la nostra cultura, o secondo un nostro modello ideologico ritenuto prevalente, sarebbe per ciò stesso un'interpretazione intollerante, e dunque in contrasto con lo stesso dettato costituzionale [...] soppesando i motivi sempre e soltanto in base a parametri dominanti [...] si verrebbe a determinare un trattamento peggiore nei confronti di chi, per proprie condizioni di razza, di religione, sociali ecc. non rientri nel modello prevalente, violando non solo l'art.3 primo comma, Cost., ma anche il principio della responsabilità penale, che pone al centro dell'attenzione il singolo individuo destinato a subire la pena. Ciò, si badi, senza che la tolleranza in sede di valutazione dei moventi [...] possa essere confusa con la tolleranza del fatto che rimane per definizione un fatto non tollerato, al punto di essere sanzionato penalmente" P. VENEZIANI, *Motivi cit.*, 241.

bente”¹⁶⁴. Tale prospettiva è stata valorizzata anche da Basile il quale si è così espresso: “se si concedesse l’attenuante dell’aver agito ‘per motivi di particolare valore morale o sociale’ a tali autori, si rischierebbe, infatti, di attribuire la ‘patente’ di moralmente e socialmente apprezzabile anche a fatti di grave ed oggettiva incompatibilità con valori fondamentali, tutelati nella nostra Costituzione. Sarebbe, ad esempio, oltremodo ‘imbarazzante’ affermare che il padre che ha ucciso la propria figlia per punirla di una relazione adulterina, abbia agito per motivi ‘di particolare valore morale o sociale’, quantunque effettivamente tali possano essere stati i motivi ad agire agli occhi di quel padre sciagurato¹⁶⁵ e agli occhi di altri appartenenti al suo gruppo etno-culturale”¹⁶⁶. Come ben evidenziato anche tale opzione interpretativa è esposta a critiche: si tratterebbe di oggettivare una circostanza soggettiva¹⁶⁷; a nostro avviso per uscire dall’*impasse* si potrebbe verificare se la motivazione possa o meno essere considerata egoistica. Sappiamo infatti che la presenza di tale finalità fa sempre venir meno la configurabilità dell’attenuante in questione¹⁶⁸ ed in molte ipotesi di *cultural crimes* questo senz’altro avviene (il nostro pensiero va in primis all’ipotesi citata da Basile *c’est à dire* gli *honour killings*), diversamente si dovrebbe ritenere per i casi di modificazioni genitali poiché in tal caso l’agente opera non perché sadicamente soddisfatto all’idea di arrecare dolore ai propri figli, ma per garantire loro una migliore prospettiva di vita futura e di integrazione. Ovviamente tale valutazione non si potrebbe appiattare su quanto avvertito dal singolo agente, ma dovrebbe calibrarsi ancora una volta sul gruppo di appartenenza in modo tale da porre in luce anche la provenienza esterna di una norma comunque con-

¹⁶⁴ C. ZAZA, *Le circostanze del reato. Volume primo. Elementi generali e circostanze comuni*, Padova, 2002, 289-290; in questa prospettiva si metterebbe in luce anche un altro principio costituzionale (la tolleranza, individuato da S. Moccia dal combinato disposto degli artt. 8, 19 e 21 Cost., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 226), così anche G. D. SALCUNI, *Libertà di religione e limiti alla punibilità: dalla “paura del diverso” al dialogo*, in *Ind. pen.*, 2006, 2, 644, il quale evidenzia come valori compatibili con l’ordinamento possono talvolta essere realizzati attraverso la commissione di un reato.

¹⁶⁵ Si è fermamente convinti che l’Autore abbia inteso impiegare questo lemma nel senso di infelice e sventurato e non di malvagio, vile o abietto.

¹⁶⁶ F. BASILE, *Immigrazione e reati “culturalmente motivati”. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, 344.

¹⁶⁷ A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nella legislazione*, cit., 131.

¹⁶⁸ G. D. SALCUNI, *Libertà di religione*, cit., 645, il quale cita come esempio paradigmatico della motivazione religiosa a base non egoistica l’infibulazione eseguita “per evitare una sanzione sociale e sé ed alla propria famiglia” e non per “tacitare la propria coscienza religiosa”; a voler essere pignoli il riferimento a sé dovrebbe essere totalmente eliminato.

divisa da un numero rilevante di persone¹⁶⁹.

4.10. La commisurazione ex art. 133 c.p.

Alla fine di questo lungo percorso ci sembra che il luogo in cui il giudice possa con più serenità valutare in relazione alle concrete peculiarità della persona che si trova a giudicare le motivazioni culturali soggiacenti a determinate pratiche sia l'art. 133 c.p.; com'è noto infatti i criteri in esso elencati possono bene essere definiti omnicomprensivi ed il "controllo" da parte della società e di soggetti non competenti tecnicamente, ma che sono in grado di esasperare sentimenti di insofferenza e di vendetta nei confronti del culturalmente diverso, potrebbe essere meno pervasivo¹⁷⁰.

Si ritiene di aderire a quella linea dottrina che rifiuta una gerarchizzazione tra primo e secondo comma della norma¹⁷¹, come ben evidenziato gli indici di commisurazione contenuti nel primo e secondo comma sono di chiara connotazione fattuale, suscettibili di ricostruzioni financo opposte a seconda dell'adesione ad un determinato modello di funzione della pena¹⁷². Avendo come ben spiegato in apertura del capitolo aderito a quello costituzionalmente orientato che pone al vertice la colpevolezza dell'imputato, si dovrà calcolare il massimo edittale in relazione alla medesima¹⁷³ dovendosi poi procedere alla riduzione in vista delle esigenze risocializzative. Ciò si inserisce perfettamente nella caratterizzazione dei delitti culturalmente orientati in cui i motivi a delinquere e le condizioni di vita individuale, familiare e sociale non possono non rivestire un ruolo altamente significativo.

Particolarmente efficace è in questa sede ricordare la metafora fornita da Barbagli e ripresa da Basile del "bagaglio culturale, fatto di credenze e valori, che nessuno può se-

¹⁶⁹ C. GRANDI, *Diritto penale*, cit. 284-285.

¹⁷⁰ Diversamente A. BERNARDI alla luce dell'ampia casistica giurisprudenziale formatasi sui *délits culturels* colloca l'attenzione alle esigenze specialpreventive al di fuori della commisurazione intra e extraeditale, dovendo valutare come da parte della pubblica opinione un positivo apprezzamento delle ragioni culturali "possa essere inteso come espressione di un 'cedimento' dei giudici alle tradizioni di gruppi minoritari e, in definitiva, come una abdicazione dai principi e valori espressi dall'ordinamento nazionale", Il "fattore culturale" nella legislazione, cit., 138.

¹⁷¹ Sembra invece contrario M. ROMANO, *Commentario*, II 331.

¹⁷² S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 828.

¹⁷³ E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 360 ss.

questrare alla frontiera»¹⁷⁴.

Sono quindi del tutto deprecabili sentenze come quella del Tribunale di Bologna in cui si è arrivato a dire che “il criterio fissato dall’art. 133 comma 2 n. 4 c.p. avrebbe una valenza addirittura opposta a quella invocata dagli imputati, “poiché sta a significare che quanto più «le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo» rispecchiano un sistema di regole antitetico a quelle cui si ispira la tutela penale, tanto più deve essere severa la sanzione, apparendo evidente la maggior pregnanza della finalità di prevenzione cui la pena deve ispirarsi nel caso concreto. Chi proviene da uno Stato straniero in cui vigono regole ordinamentali e comportamentali inconciliabili con quelle del nostro paese è comunque tenuto ad osservare la nostra legge penale. La provenienza individuale da un sistema di vita del tutto alieno dai nostri principi di civile convivenza non può valere ad attenuare la pena, al contrario, proprio in applicazione della norma citata, la condotta che sia espressione diretta di tali principi deve essere sanzionata con congruo rigore...»¹⁷⁵. In realtà il suddetto giudice confonde, a parere di chi scrive, profili di prevenzione generale, cui sono del tutto estranei gli indici da cui dedurre la capacità a delinquere con esigenze risocializzative.

È palese che statuizioni del genere tradiscano non solo i vincoli dell’art. 27 Cost. ma anche non trascurabili esigenze di uguaglianza sostanziale.

Si ribadisce che in questa sede non possono essere prese in considerazione esigenze generalpreventive: “se proviamo ancora a ragionare secondo i principi, le modalità di individuazione in concreto del tipo e della quantità della pena, una volta accertata la commissione del reato, dovrebbero dipendere da una serena ed oculata analisi della proporzione con la gravità del fatto e dei bisogni di prevenzione speciale che il fatto stesso ha evidenziato. In relazione a questi indicatori (che non sono arbitrari, ma sono quelli imposti dalla Costituzione), appare ben discutibile che il conflitto di coscienza derivante dal condizionamento culturale possa legittimamente dare luogo ad un incremento del carico sanzionatorio»¹⁷⁶.

¹⁷⁴ M. BARBAGLI, *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, 2002, 172, citato in F. BASILE, *Immigrazione e reati “culturalmente motivati”*, cit., 339.

¹⁷⁵ GUP Bologna 16.11.2006 inedita, citata da D. BRUNO, *Diversità culturale e principio di uguaglianza nel processo penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2009, 1, 33.

¹⁷⁶ Così G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*

Trattasi di ragionamento aberrante che sottende un maldestro tentativo di nascondere una riconversione coatta, del resto del tutto simbolica.

4.11. Un nuovo spunto di riflessione: reati culturalmente orientati e tipicità

Giunti alla fine del nostro cammino a ritroso dalla colpevolezza all'illecito dobbiamo ora ragionare sul fatto tipico.

È merito di Micheletti aver introdotto nel dibattito tale profilo tacciando bonariamente Grandi per aver proposto una soluzione “timida” dei conflitti culturali, soluzione che del resto ci sembra *de iure condito* la più praticabile. Secondo il professore senese se ciò è logicamente prospettabile per gli ordinamenti statunitense e tedesco “un po’ meno consonante lo è invece per un sistema penale liberale, secolarizzato e a connotazione fortemente oggettiva qual è – o almeno dovrebbe essere – il nostro. Tanto più che un indefettabile giudizio di illiceità espresso nei confronti di qualunque ‘reato a matrice culturale’ finisce non di rado per alimentare contraddizioni ordinamentali così stridenti da superare ogni plausibile spiegazione utilitaristica”¹⁷⁷.

L'autore prosegue poi considerando l'illecito culturale quale “fatto completamente idoneo a minare la validità sociale della regola di condotta penalmente presidiata” attraverso una riscrittura dell'area della tipicità penale, introducendo dei reati propri o intervenendo sul principio di territorialità

Egli propone l'introduzione del seguente comma: “salvo istanza della persona offesa, la legge penale italiana non si applica quando il fatto, sebbene verificatosi nel territorio dello Stato, è commesso da uno straniero ai danni di uno straniero e risulta lecito secondo il diritto dello Stato di cittadinanza”.

Una prima critica “tecnica”: si sceglie l'impiego del termine diritto intendendo in realtà ordinamento penale, difatti Micheletti fa subito riferimento a condotte che sono combattute negli stessi Stati d'origine, ma posto l'intricato peso delle diverse formanti forse sarebbe stato meglio impiegare direttamente la locuzione “legge penale”. Come già notato da Fornasari inoltre la genesi ed il peso del condizionamento culturale non può essere

zum 65. Geburtstag, 2009, 189; recentemente C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, cit., 195, 202 e che parla, con assoluta ragione di “aperta ostilità” della giurisprudenza; A. BERNARDI, Il “fattore culturale” nella legislazione, cit., 124.

¹⁷⁷ D. MICHELETTI, Contraddittore a C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de jure condendo*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFA (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, 375.

ridotta alla mera presenza o assenza di una norma giuridica¹⁷⁸.

Proseguendo non ci convince nemmeno la clausola iniziale posta nel settore della tipicità e non sul versante delle condizioni di procedibilità¹⁷⁹.

A tacer del fatto che è lo stesso Micheletti ad escludere l'operatività della sua proposta laddove si verta in tema di beni fondamentali, il che francamente ci porterebbe invece ad insistere per una maggiore valorizzazione dei principi di offensività e del rispetto dell'autodeterminazione del singolo, ritenuti realmente risolutivi. Se l'esempio paradigmatico cui ci si riferisce riguarda infatti l'illecito di bigamia più corretto, a nostro avviso, sarebbe condurre una seria riflessione sulla necessaria tutela *penale* del bene giuridico in virtù del principio di *extrema ratio*¹⁸⁰.

Sulla presunta valorizzazione dello *status civitatis* così introdotta ci preme sottolineare ancora una volta che il tempo di permanenza nel territorio può essere indizio, ma non criterio univoco su cui valutare un effettivo inserimento nella società di accoglienza, con tutte le conseguenze anche in relazione alla coscienza dei propri diritti ed ai modo attraverso cui farli valere.

In conclusione le soluzioni di Grandi si ritengono tutt'altro che timide, ma assolutamente ragionevoli anche in virtù di altre due considerazioni: laddove il legislatore si è recentemente confrontato con condotte culturalmente connotate lo ha fatto in modo superficiale e razzista, dall'altro, come abbiamo visto, i beni giuridici coinvolti non sono culturalmente caratterizzati, ma ricoprono per lo più un valore costituzionale, conseguentemente il problema della multiculturalità nel diritto penale dovrebbe giocarsi esclusivamente sul profilo dell'opportunità della pena e dell'eventuale potenziamento di sanzioni sostitutive e di modalità alternative di risoluzione dei conflitti.

4.12. Pena, colpevolezza e tutela delle vittime: una scelta necessaria?

Accogliendo il suggerimento avanzato da Vinciguerra nell'apertura del capitolo, giunti

¹⁷⁸ G FORNASARI, *Le categorie dogmatiche*, cit., 181.

¹⁷⁹ Adesivamente a G. FORNASARI, "che la volontà di una parte concorra a identificare la tipicità astratta di un fatto non sembra davvero raccomandabile, non foss'altro perché introduce il rischio di una potenziale disuguaglianza di trattamento, già dal punto di vista della tipicità, dovuta all'arbitraria decisione della vittima di fare o non fare istanza contro l'autore del fatto, elemento del tutto estraneo alla scelta di valore o disvalore con la quale si definisce la tipicità penale", *ivi*, 180

¹⁸⁰ Diversamente ritiene non del tutto inaccoglibile tale proposta proprio in relazione a tale illecito, G. FORNASARI, il quale si dimostra comunque scettico sul mantenimento di tale fattispecie di reato *ivi*, 181.

a questo punto del lavoro non possiamo condurre l'analisi senza entrare nel merito del ristretto novero di reati culturalmente orientati presi in considerazione. Ci si chiede se la comminazione e l'applicazione di una pena detentiva nelle ipotesi di omicidi per causa d'onore, *female and male genital cutting*, maltrattamenti violenti e maltrattamenti non violenti sia imprescindibile e soprattutto sia la maniera più efficace per tutelare le vittime.

Come abbiamo visto all'inizio, trattando delle obiezioni che sono state avanzate nell'America del Nord nei confronti dell'introduzione di una *cultural defense* tipica, uno degli argomenti insormontabili si collega proprio a tutela dei soggetti deboli.

Ma, una volta analizzate le funzioni della pena e sancita la prevalenza dell'aspetto rieducativo anche nella prospettiva di un momento indispensabile per un'effettiva sicurezza collettiva, ci dobbiamo chiedere di che vittime stiamo parlando: la persona offesa in carne ed ossa che siede al processo accanto al suo abusante o le potenziali vittime, vale a dire la categoria di persone che condividono il suo *status* e parte delle sue caratteristiche? Il piano di lavoro dev'essere ben distinto.

Seguiamo l'ordine della trattazione. Nel caso degli omicidi per causa d'onore si dovranno evidentemente tutelare soggetti diversi da quello già privato del bene vita, potranno essere le altre figlie ancora conviventi (prevenzione speciale) o la comunità di donne che si riconoscono in quella particolare minoranza (prevenzione generale). L'ordinamento deve valutare quale debba essere la corretta collocazione del movente per soddisfare entrambe le esigenze e, per prima cosa dovrà compiere una seria indagine sulla capacità dell'agente di motivarsi secondo i dettami previsti dal medesimo. Dovranno essere analizzate, alla luce delle moderne acquisizioni delle scienze antropologiche e psichiatriche, le ragioni addotte dall'imputato e in particolar modo se siano state idonee a far venir meno il presupposto della colpevolezza, la capacità di intendere e di volere. Il terzo pilastro della teoria del reato riguarda indiscutibilmente un attore in carne ed ossa, ma lo è per un fatto che secondo i valori costituzionali è intollerabile. La vita costituisce il bene massimo, il valore fondamentale senza il quale l'elenco contenuto nella Parte prima non avrebbe ragione di esistere, essa è indisponibile ai terzi. Laddove si ipotizzassero, esclusivamente *de jure condendo*, forme alternative o sostitutive alla detenzione sul presupposto che il carcere è desocializzante per tale categoria di reati si sceglierebbe di porre in essere la sola rieducazione. Ma non è detto che tale importantis-

simo compito non possa essere svolto anche in carcere. Certo: si dovrebbe parallelamente agire con un disegno organico in base al quale ridurre la custodia preventiva e smettere di legiferare in modo criminogeno¹⁸¹, ma quantomeno per quello che attiene l'omicidio doloso per ragioni di disonore, spesso premeditato, la tutela delle vittime potenziali (siano esse le altre donne componenti il nucleo familiare o la comunità di riferimento) impone di eseguire un percorso rieducativo inframurario.

Per quanto riguarda tutti i tipi di mutilazione su tutti i minori il discorso si fa più complesso: l'evoluzione normativa, come abbiamo visto, ci fa trovare dinnanzi ad un delitto punito con la reclusione fino a 16 anni¹⁸² nel caso di FGC e ad una lesione personale grave, ritenuta tale solo in un precedente¹⁸³, ma la cui intrinseca valutazione è stata quasi immediatamente ribaltata¹⁸⁴ nel caso di MGC. Nel caso di esito non mortale dell'intervento in questi casi ci dobbiamo confrontare con vittima diretta (il minore che comunque ha subito l'intervento in quanto incapace di prestare un valido consenso all'atto), eventuali altri figli ed i minori della comunità di riferimento.

Secondo noi la reclusione del genitore potrebbe indubbiamente fungere da strumento di incapacitazione, ma comporterebbe un risvolto assolutamente negativo sia per la vittima diretta che per gli altri figli.

Ma sussiste anche una serie di elementi che rischiano di condurre ad una doppia vittimizzazione: pensiamo alla lunghezza del processo, alle devastanti dinamiche psicologiche che esso può scatenare, alle difficoltà che tale minore deve affrontare nel caso di condanna dei genitori, quale per prima l'allontanamento forzato dagli stessi¹⁸⁵. Sicuramente non vogliamo sostenere la non punibilità di questo tipo di condotte da parte dello stato italiano, ma criticare l'asprezza sanzionatoria della norma che, tra l'altro, blocca, in una tematica dove si richiederebbe l'esatto contrario, l'elasticità dell'approccio giuri-

¹⁸¹ Il riferimento va, ovviamente, al reato di ingresso illegale.

¹⁸² Interventi mutilatori del primo comma, aggravati dalla minore età.

¹⁸³ Trib. Milano, 25 novembre 1999, E.N.

¹⁸⁴ Trib. Bari G.U.P. 21/05/2009 inedita con la quale si è condannata ad un anno di reclusione la mamma di un bimbo nigeriano di due mesi e mezzo per omicidio colposo.

¹⁸⁵ A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, 2001, Roma-Bari, 104, che nel caso di *female genital cutting* può divenire definitivo visto che il Legislatore ha nel 2009 introdotto nel codice sostanziale l'art. 602bis prevedendo anche per le condotte ex art. 583bis la pena accessoria della sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale sia sostituita con la sanzione della decadenza.

sprudenziiale¹⁸⁶. In questo senso si può trarre spunto dal Decreto del Tribunale per i minorenni del Piemonte e Valle d'Aosta, che ha riaffidato ad una coppia di genitori nigeriani la figlia fatta sottoporre in una clinica locale ad un intervento di escissione, sicuramente il tribunale minorile non deve valutare il solo fatto di reato, ma l'adeguatezza genitoriale sulla base dei "vari aspetti della condizione familiare e delle competenze dei genitori [...] si deve tenere conto di tutti gli aspetti della relazione genitori-figlia e operare un bilanciamento tra esigenze di integrità fisica della bambina e mantenimento dei legami familiari"¹⁸⁷; nel caso di specie il Tribunale ha appurato l'idoneità dei genitori posto che "per il giudice dei minori l'attenzione va posta alla specificità di ogni famiglia e di ogni bambino. Il giudice è sempre giudice del caso singolo, mai dei fenomeni sociali"¹⁸⁸. Quest'ultima frase ci sembra particolarmente importante e suscettibile di "applicazione analogica" anche nel processo penale. Vogliamo riportare in questa sede una riflessione significativa: "la pura e semplice criminalizzazione ha il pregio di bloccare a priori, o almeno di ostacolare ogni possibilità di alterare gli equilibri culturali raggiunti dalla nostra società; [...] erigendo a reato l'escissione, la comunità avrà riaffermato i suoi valori nella pia illusione che il deterrente della comminazione penale valga anche ad educare i diversi"¹⁸⁹.

Ebbene in virtù delle funzioni della pena a nostro avviso meglio sarebbe stato distinguere la gravità dell'esito dell'intervento e, partendo da quella, valutare la colpevolezza dell'agente e il conseguente contenuto e modalità della risocializzazione. Sotto il profilo della prevenzione generale abbiamo già visto i fallimenti sia della coazione mediante intimidazione che di quella forma ibrida tra prevenzione e repressione che è la prevenzione generale integratrice, siamo convinti che la novella non abbia portato ad una maggiore tutela delle bimbe immigrate, ma, semmai, ad un aumento della cifra nera¹⁹⁰. Ci si

¹⁸⁶ A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei «conflitti culturali»*, in *Studium iuris*, 2002, 7-8, 876.

¹⁸⁷ C. CASTELLANI, *Infibulazione ed escissione: fra diritti umani e identità culturale*, in *Minori giustizia*, 1999, 141.

¹⁸⁸ *Ivi*, 142.

¹⁸⁹ A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, 2001, 236.

¹⁹⁰ M. FUSASCHI, *I segni sul corpo. Per un'antropologia delle modificazioni dei genitali femminili*, 2003, Torino, 152.

chiede se con tutta la popolazione a rischio residente¹⁹¹ nel giro di tre anni dall'entrata in vigore della norma solo una bambina residente a Verona possa essere stata sottoposta alla pratica. Inoltre, secondo studi recenti, il vero effetto deterrente non proviene dalla società di accoglienza, il soggiorno nella quale il più delle volte costituisce una fase transitoria nelle vite degli immigrati, ma da quanto viene detto e pensato come giusto nella terra natale. Si è visto come in Sudan ad esempio l'infibulazione sia stata negli ultimi tempi abbandonata a favore di mutilazioni minori e questo per la pressione che è stata fatta nel Paese dal movimento fondamentalista islamico, non per le campagne promosse dall'occidente.

Quindi, data la scarsità delle risorse destinate alla Giustizia, in questo caso prevedere delle cornici edittali assolutamente sganciate dal valore del bene giuridico tutelato compromette *ab origine* la possibilità di un effettivo adempimento del dettato costituzionale, non “compensato” nemmeno da un'efficacia general e special preventiva.

Sui maltrattamenti non violenti in tema di accattonaggio abbiamo già constatato come il Legislatore abbia inteso tutelare le vittime privandole per sempre del legame con la famiglia di origine nel caso di abuso sistematico. Nelle ipotesi di maltrattamenti la cornice sanzionatoria (reclusione da 1 a 5 anni) permetterebbe, secondo una chiave di lettura superficiale, di contemperare le esigenze di tutela del minore con un'effettiva rieducazione del genitore. Ai sensi del 2° co. dell'art. 34 c.p. quando il reato è stato commesso con abuso della potestà di genitore, potrà trovare applicazione la pena accessoria della sospensione dall'esercizio di questa, per un periodo pari al doppio della pena inflitta. Sanzione che importerà anche l'incapacità di esercitare, durante il periodo della sua applicazione, qualsiasi diritto che al genitore spetti sui beni del figlio ed al contempo la pena potrebbe essere sostituita ex art. 53 L. 24 novembre 1981 n. 689 con la semidetenzione o la libertà controllata. Dato tuttavia il triste marchio di “fuga dalla sanzione” di tali istituti la prospettiva ci sembra insoddisfacente, al pari della sospensione condizio-

¹⁹¹ Secondo le stime dell'ultima indagine diffusa dal Ministero per le Pari Opportunità effettuato dall'Istituto Piepoli s.p.a., la cifra si aggirerebbe 1100 minori infradiciassetenni, *Valutazione quantitativa e qualitativa del fenomeno delle mutilazioni genitali in Italia* http://www.pariopportunita.gov.it/images/stories/documenti_vari/UserFiles/Il_Dipartimento/report_mgf_piepoli.pdf (24 dicembre 2009).

nale delle pena com'è attualmente disciplinata dagli artt. 163-165 c.p.¹⁹². Si ritiene infatti che l'importante funzione di "contrappasso" rispetto al reato nella duplice prospettiva di ripristino del bene e/o interesse offeso dal fatto di reato, o di reintegrazione del "danno sociale" derivato dal reato, sia in realtà monca e frustra quelle esigenze di prevenzione speciale che si trovano poi alla base di un'efficace prevenzione generale.

Intendiamo in particolare essere critici sulla sola monetizzazione del danno cagionato, esito ultimo cui si arriva attraverso l'attuale formulazione normativa, assolutamente inadatto nei casi di reati culturalmente orientati sia al ristoro della vittima che all'essenziale funzione della reintegrazione sociale del condannato. Come per la prevenzione generale negativa la prevenzione speciale risulterà debole, soprattutto laddove dovrà confrontarsi con valori "forti", quali quelli religiosi o culturali e destinata a non essere compresa. Meglio allora sarebbe introdurre un istituto simile al *sursis avec mise à l'épreuve*¹⁹³

Per quanto attiene invece ai maltrattamenti violenti non riteniamo possibile ridurre *ad unum* un ragionamento complesso che dovrebbe essere fondato *in primis* sull'entità della lesione al bene giuridico tutelato dalla norma.

A chiosa vogliamo aggiungere delle considerazioni di ordine generale: innanzitutto condividiamo la posizione di chi ha invitato ad abbandonare "la visione 'manichea' che considera 'progressista' chi fa del reo il baricentro del diritto penale e 'conservatore' colui il quale privilegia la tutela delle vittime"¹⁹⁴; poiché "la tutela della vittima potrà avere cittadinanza nel nostro sistema penale se, e solo se, rispetti due limiti. Uno verso l'interno che impone di non ledere i diritti acquisiti dal reo, facendo giocare il ruolo della vittima come motivo di accentuazione della risposta repressiva. L'altro verso l'esterni, ai fini di distinguere il diritto penale dal diritto civile: evitando in tal modo la monetizzazione della giustizia penale"¹⁹⁵. Conformemente Di Giovine, citando Garapon e Salas, sostiene che la vittima talvolta sembri strumentalizzata per rafforzare una legit-

¹⁹² Sottolinea infatti come essa risponda ad una logica di "non desocializzazione" e sia parimenti priva di "positive attitudini specialpreventive" E. DOLCINI, *Ancora una riforma della sospensione condizionale della pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 1012.

¹⁹³ Disciplinata dall'art. 132-40 del Code pénal francese.

¹⁹⁴ E. VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in E. VENAFRO, C. PIEMONTESE (a cura di) *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, 23.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

timazione statale vacillante¹⁹⁶: spacciandosi per valorizzazione della vittima “la crisi e la trasmutazione del diritto penale incapace, oggi come oggi, di affermare ancora le sue pretese e quindi, sebbene in modo indiretto, di apprestare una tutela forte per la vittima”¹⁹⁷.

Giunti a questo punto abbiamo deciso di osservare più da vicino quelli che riteniamo i veri nodi dei delitti culturali, i quali ci fanno ritenere che oltre a non potersi impiegare tale locuzione in senso normativo, ma esclusivamente come sinonimo dei problemi che il pluralismo culturale pone in ambito penale, richiedono un’ormai improcrastinabile riflessione non solo dell’antropologia, della sociologia e della dottrina penale sostanziale, ma anche della giurisprudenza e della componente scientifica processualista.

¹⁹⁶ O. DI GIOVINE, *Posizione e ruolo della vittima nel diritto penale*, in E. VENAFRO, C. PIEMONTESE (a cura di) *Ruolo e tutela*, cit., 25.

¹⁹⁷ *Ivi*, 26.

CAPITOLO QUINTO

CONCLUSIONI: I VERI NODI DELL'ILLECITO CULTURALE

Nel corso della nostra indagine ci siamo a lungo soffermati sull'importanza della cultura sia sotto il profilo psicologico, di fattore al contempo interno ed esterno all'agente, sia a livello ordinamentale in una prospettiva prevalentemente *de jure condito*; tuttavia abbiamo sempre dato per presupposto un dato significativo: la conoscenza dei mezzi attraverso cui la medesima entra nel procedimento penale.

È ora il momento di spendere qualche parola in merito al punto, perché a nostro avviso l'illecito culturalmente motivato non può ridursi ad una mera palestra dogmatica, un'altra freccia all'arco dei giuristi che insistono per una riforma del codice penale sostanziale ormai obsoleto sotto molti aspetti.

Stabilisce l'art. 220 del c.p.p.: 1. la perizia¹ è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. 2. Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche.

La norma, precludendo tali tipi di perizie, esprime la precisa scelta di campo operata dal legislatore delegato all'esito del dibattito suscitato in proposito da quelle correnti dottrinali attivamente favorevoli all'introduzione nel processo penale di esami tecnici e persi-

¹ G. CANEPA, *Questioni medico-legali in tema di perizia sulla personalità*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Nuvolone*, III, Milano, 1991, 91; E. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 170 ss.; A. CARNEVALE, R. MENNA, A. COLAGRECO A., *La perizia criminologica nel processo penale: dal codice del '30 ai nostri giorni*, in *Riv. it. medicina legale*, 1995, 371; F. GIANFROTTA, *sub artt. 220-221*, M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, 571; B. PANNAIN, *La perizia sulla personalità del reo. Evoluzione, dottrina e normativa: prospettive nel c.p.p. '88*, in *Riv. it. medicina legale*, 1989, 3, 834; P. P. RIVELLO, *Perito e perizia*, in *Digesto pen., agg.*, Torino, 2000, 502; R. SALVINELLI, *La perizia medico legale nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 389.

no di indagini introspettive a carattere criminologico o psicologico. Secondo parte dei commentatori la *ratio* del divieto dell'art. 415 del c.p.p. 1930, poi ripreso nell'attuale art. 220 c.p.p. risiedeva nella preminenza della filosofia idealistica, la quale negava il carattere scientifico delle discipline umane e sociali nonché una predominanza della Scuola classica che, come è noto, rifiutava ogni sorta di determinismo causale²; secondo altri il legislatore avrebbe quindi riaffermato il divieto in base ad una ragione di tutela per l'indagato e cioè che se si permettesse il suo espletamento prima dell'accertamento della responsabilità l'accusa potrebbe raccogliere preziosi elementi per suffragare la propria tesi senza le garanzie del contraddittorio. Difatti il dettato normativo vale per tutto il procedimento penale. Gulotta da tempo critica quest'impostazione: “così ragionando, si sarebbe dovuta proibire anche la perizia psichiatrica. Anche attraverso quest'ultima, infatti, si cerca di determinare lo stato psichico dell'imputato al momento del fatto. Se l'imputato nega di averlo commesso e/o gli indizi non sono sufficientemente gravi, a quale titolo si cerca di stabilire l'imputabilità dell'imputato al momento del fatto?”³ Non si vuole in questa sede introdurre una *querelle* processuale, ma evidenziare come la procedura lungi dall'essere servente, in una società sempre più complessa e plurale debba trovare un necessario coordinamento alle norme sostanziali su cui precedentemente ci siamo soffermati.

Secondo altri giuristi tale disciplina del codice di rito ostacolerebbe categoricamente l'avvio del processo trifasico che secondo gli studiosi potrebbe essere efficacemente posto alla base del riconoscimento di una motivazione culturale⁴.

Pur in assenza di un reale approfondimento scientifico in tema di perizia⁵, riteniamo invece che lo scoglio potrebbe superarsi in due modi; innanzitutto focalizzando quale sia in realtà l'oggetto della perizia, non crediamo che il primo *step* debba necessariamente coincidere con “il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche

² F. ERAMO, *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma dalla cassazione* (Nota a Cass., sez. I, 28 giugno 2006, Volpon), in *Dir. pen. proc.*, 2007, 7, 933.

³ G. GULOTTA, *La perizia psicologica sull'imputato: verso la sua possibilità*, in <http://www.psicologiagiuridica.com/numero%20005/Editoriale%20ita.PDF> (8 gennaio 2010). A tal proposito l'Autore commenta un ddl che modificava la norma impedendo che i fatti emersi dalla perizia psichiatrica e da quella psicologica potessero essere utilizzati ai danni dell'imputato.

⁴ C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in M. PIFFERI, O. GIOLO, (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, Torino, 2009, 205; per quanto attiene al processo si rimanda a quanto detto a pag. 57.

⁵ Recentemente può segnalarsi solo F. ERAMO, *Il divieto di perizie psicologiche* cit.

indipendenti da cause patologiche”. Infatti non sarà necessario ricorrere a tale strumento per stabilire se la causa psichica che ha determinato il soggetto a commettere il reato sia afferente al bagaglio culturale del soggetto. Ciò potrà essere in prima battuta, indagato con distinte modalità, quali l’esame dello stesso imputato o attraverso altre testimonianze. Sembrerebbe avvalorare questa tesi Pastore, che pur rammentando il divieto di perizia criminologica, ritiene che sussista un “dovere di acquisire conoscenze approfondite sui riferimenti culturali invocati dall’imputato, sì da non giungere a risultati discutibili. L’interrogatorio incrociato rappresenta il mezzo attraverso il quale le conoscenze sui fatti si fanno prove, traducendosi in ‘realtà’ comune. Il vincolo della prova costituisce allora, un elemento fondamentale che consente di definire l’orizzonte della convinzione fondata e dell’impiego giustificato alla validità di un’affermazione”⁶.

E anche laddove il divieto nel senso di approfondire il movente culturale attraverso la perizia fosse sussistente si ritiene che tale indispensabile apporto conoscitivo potrebbe entrare nel processo attraverso la CTP⁷.

Nell’ordinamento italiano infatti la nomina del consulente tecnico di parte è un diritto di rango costituzionale (111 Cost.) concretizzantesi nell’art. 233 del codice di rito che prevede tale possibilità indipendentemente dal conferimento di perizia e con facoltà da parte del professionista di presentare direttamente memorie al giudice in ogni stato e grado del procedimento. Inoltre nel fascicolo del difensore confluiranno tutti gli atti che in qualsiasi momento, dopo l’apertura del procedimento l’avvocato deciderà di presentare al Giudice (salvo l’eccezione degli atti irripetibili e degli accertamenti irripetibili svolti che finiscono nel fascicolo del dibattimento). Ciò per fare in modo che anche il Giudice delle indagini preliminari nel prendere le proprie decisioni possa esaminare contemporaneamente i risultati delle indagini preliminari e gli elementi apportati dalla difesa e parimenti il G.U.P. avrà davanti a sé tale fascicolo, anche se delle conclusioni del consulente tecnico in ambito extraperitale il giudice potrà tenere conto ai soli fini del rinvio a

⁶ B. PASTORE, *Identità culturali, conflitti normativi e processo penale*, in B. PASTORE, L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008, 37.

⁷ Si esprime espressamente in tal senso G. CANEPA, *Questioni medico-legali in tema di perizia sulla personalità*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Nuvolone*, III, Milano, 1991, 103. Evidenziando l’irragionevole impossibilità di fare chiarezza su consulenze discordanti da parte di pubblica accusa e difesa da parte del giudice.

giudizio o del proscioglimento⁸. Inoltre si rammenta come in Italia sussista l'obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali, obbligo di motivazione che per quanto riguarda la decisione in fatto la migliore dottrina ritiene non possa essere soddisfatto da una motivazione parziale o implicita in quanto affetta da *confirmation bias*, teorica però non seguita dalla giurisprudenza.

Recentemente la Cassazione è intervenuta sul tema, sancendo come “il codice peraltro consente che, pur in assenza di perizia, si possa procedere a consulenza extraperitale: le parti possono liberamente, senza alcuna autorizzazione del giudice, provvedere alla nomina di consulenti tecnici, al fine di farsi assistere da esperti per fare chiarezza in materia che ha necessità o utilità di particolari conoscenze tecniche (art. 233 c.p.p.). L'esame dei consulenti tecnici soggiace alle regole previste per i testimoni (art. 501 c.p.p.), ma in ogni caso essi possono presentare memorie a norma dell'art. 121 c.p.p.. Indipendentemente dall'eventuale audizione dei consulenti, è questo lo strumento di cui le parti possono disporre ‘in ogni stato e grado del procedimento’ per introdurre nel processo le conoscenze tecniche da esse ritenute necessarie per la decisione”⁹.

Per quanto attiene alla seconda verifica, ovvero la coincidenza di reazione¹⁰, la perizia antropologica non sarà assolutamente vietata in quanto diretta a suffragare la dimensione oggettiva del motivo culturale, la sua diffusione, la sua stessa messa in discussione, tutti elementi per cui è indispensabile l'apporto conoscitivo di un esperto¹¹; certo non si nascondono le difficoltà laddove determinate tradizioni siano, per l'appunto, oggetto di contestazione, ma questo, dovrà a nostro avviso essere valutato sotto il profilo dell'effettiva *contrainte* esercitata sul singolo, anche alla luce di diversi altri elementi attinenti la sua socializzazione. La migliore dottrina ha sul punto messo da tempo in

⁸ Così E. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica*, cit., 173, il quale pur ritenendo che il legislatore non si sia spinto fino a parificare espressamente tale figura con quella dell'*expert witness* a causa della differenza tra il processo di *common law* che ha per destinatari i giurati e quindi tendenzialmente riconducibile a “rappresentazioni sceniche” e quello di *civil law* in cui i giudici togati fungono da freno a “trasformare l'udienza in un campo di battaglia”, ribadisce come ciò non sminuisca le potenzialità di tale figura poiché “solo una visuale illuministica può indurre a pensare che il legislatore debba comportarsi come una sorta di papà che porta per mano l'interprete lungo tutti gli itinerari della procedura”, *ivi*, 171-172.

⁹ Cass. pen., 25 novembre 2008, n. 48379 in Dejure, la Corte ribadisce che trattasi di potere non sindacabile dal giudice.

¹⁰ C. DE MAGLIE, *Premesse ad uno studio su società multiculturali e diritto penale*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 144.

¹¹ Dello stesso avviso C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati*, cit., 206.

guardia contro i pericoli derivanti da valutazioni superficiali, sia in termini di radicale trasformazione di “rilevanti pregiudizi sociali, della natura più diversa, condivisi da qualche avvocato e da qualche giudice”¹² in categorie giuridiche, sia di etichettamento e conseguente indebolimento della tutela nei confronti di alcune categorie di soggetti passivi¹³. Non possiamo non condividere tali perplessità, ma siamo convinti che il miglior modo per affrontare tali rischi sia un potenziamento degli strumenti conoscitivi offerti al giudice. È pur vero che a quest'ultimo, *peritus peritorum*, competerà comunque il compito di addivenire ad una sintesi del materiale offertogli, ma non possiamo nemmeno continuare ad assistere alla risoluzione di vicende così delicate sul mero intuizionismo del giudice¹⁴. Anche i difensori dovranno svolgere con coscienza il loro lavoro e non limitarsi ad addurre un generico ed indimostrato movente culturale e si ritiene che in tal senso sia le CTP che le investigazioni difensive possano svolgere un ruolo importantissimo, nessuno ovviamente ha la ricetta per risolvere in poco tempo problematiche che affondano le radici nell'essenza stessa degli individui e del loro modo di intendere i rapporti con le comunità, ma l'impegno di tutti potrebbe condurre a dei risultati quantomeno rispettosi dei valori costituzionali.

Non si vuole di certo dare l'impressione di “scaricare” ancora una volta tutte le responsabilità sul versante pratico, ma al contrario si vuole valorizzare quella connotazione di dialogo razionale¹⁵ proprio della giurisdizione, che fa da contraltare a tempi bui in cui la legislazione presenta forti coloriture emotive. In quanto esseri umani anche i giudici tuttavia sono portatori di quel meccanismo, indagato nell'ermeneutica giuridica della precomprensione, di per sé non negativo, ma che lo può diventare laddove diventa pregiudizio ed è per questo che secondo noi un giudice che prenda seriamente il proprio com-

¹² C. DE MAGLIE, *Premesse ad uno studio*, cit., 145.

¹³ C. GRANDI, *ibidem*.

¹⁴ Sembrerebbe critico nel valutare il pluralismo valoriale dei giudici in tale materia anche A. BERNARDI il quale sottolinea come “la pluralità/diversità dei valori in cui i giudici si riconoscono trasmoda quindi, inevitabilmente, nella pluralità/diversità degli esiti giurisprudenziali concernenti fatti analoghi segnati dal dato culturale; cosicché solo una maggiore coesione in seno alla magistratura potrebbe verosimilmente limitare la divaricazione degli esiti interpretativi. È troppo pessimistico, allora, concludere affermando che, nell'attuale realtà multireferenziale contraddistinta da valori perennemente “in discussione”, le riscontrate divergenze interpretative appaiono tanto naturali quanto preoccupanti?”, “*Fattore culturale e personalizzazione dell'illecito penale*”, in L. RISICATO (a cura di) *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali. Atti del Convegno (Università di Messina, 13-14 giugno 2008)*, in corso di pubblicazione, 52 del dattiloscritto.

¹⁵ B. PASTORE, *Identità culturali*, cit., 44.

pito e rispetti i principi del giusto processo, di uguaglianza ed il diritto di difesa ha l'obbligo di allargare il più possibile laddove si debba confrontare con i *cultural crimes* di allargare la propria base di conoscenze e di motivare in senso adeguato (e non attraverso clausole di stile).

Pastore, riprendendo Hassemer, ha ben evidenziato che in questo settore la partecipazione attiva dell'imputato –con tutte le conseguenze in ambito di traduzione ed interpretazione degli atti- costituisce elemento indispensabile per limitare un giudizio fondato sulle pre-comprensioni altrui¹⁶ e che la bussola che permette di orientare tutti gli attori sociali è la ragionevolezza, intesa quale “metodo consensuale di progressiva convergenza, conciliazione ed inclusione”¹⁷.

La dottrina più attenta da tempo evidenzia come tale divieto nel codice di rito sia, a livello comparato, motivo di stupore¹⁸: in Francia ad esempio l'art. 81, comma 7 recita: “il giudice istruttore, indipendente dalla perizia psichiatrica, può costituire un dossier de personnalité ogni volta che lo ritiene necessario per la manifestazione della verità. Può prescrivere, oltre ad un esame propriamente medico, anche un esame medico-psicologico che utilizzi tutti i test e gli altri mezzi della psicologia moderna per rilevare, tra l'altro, aspetti della personalità del delinquente e per la comprensione delle cause del delitto e del trattamento del delinquente (c. 174/7). Questo esame dovrà essere effettuato da un medico qualificato che potrà essere assistito da uno psicologo (c. 173/7). Il decreto D. 16 chiarisce che tutto ciò non può avere come fine la ricerca delle prove di colpevolezza.

Il quesito peritale si identificherebbe nella finalità di: “analizzare lo stato attuale della personalità dell'imputato; indicare quali sono, dal punto di vista psicologico, gli elementi individuali, ereditari o acquisiti, di temperamento, di carattere, di umore e i fattori

¹⁶ *Ivi*, 54.

¹⁷ *Ivi*, 61.

¹⁸ G. CANEPA, *La perizia* cit., 104-105 e comunque lo stesso autore rimarca la reazione del tutto attonita da parte degli addetti ai lavori alla conferma del divieto nel codice Vassalli dal momento che sia nel progetto di Riforma del 1978 presieduto da G.D. Pisapia, sia in quello successivo lo avevano abolito per poi ricomparire a sorpresa in sede di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, *ivi*, 96, sul punto vedasi altresì F. GIANFROTTA, *sub artt. 220-221*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, 576 e la dettagliata esposizione del percorso che ha portato all'emanazione di tale norma anche sotto il profilo dei lavori dei Convegni nazionali dal 1975 al 1988 B. PANNAIN, M. ALBINO, M. PANNAIN, *La perizia sulla personalità del reo. Evoluzione, dottrina e normativa: prospettive nel c.p.p.* '88, in *Riv. it. medicina legale*, 1989, 3, 834 ss.

ambientali, familiari e sociali, al cui azione può essere individuata nella struttura mentale, il grado di sviluppo e le forme di reattività dell'interessato; procedere ad ogni indagine medico-biologica che possa risultare utile”¹⁹.

Non si possono tuttavia nascondere le ragioni addotte dalla dottrina processualistica al fine di argomentare la ragionevolezza di tale divieto e che afferiscono all'eliminazione del rischio di violare la libertà morale dell'imputato²⁰, anche se non siamo d'accordo con il totale scetticismo di Cordero il quale afferma: “meglio così: questi passatemi introspettivi dissonano dallo stile accusatorio; né ispirano troppa fiducia i tecnocrati criminologi (già negli affari peritali psichiatrici era fiorito qualche filone sospetto”²¹.

Seppur nella diversità dei termini usati per la formulazione esse sono tutte da ricondurre al pericolo di un'involuzione di tipo inquisitorio, ad una strumentalizzazione in vista dell'accertamento della responsabilità da parte di una “massa di laureati in psicologia che si riversi senza alcuna preparazione *ad hoc* sulle perizie criminologiche”²²; altre motivazioni erano da ricercarsi ancora “-nella difficoltà dell'osservazione scientifica della personalità, oggetto complesso e solo parzialmente esplorabile; -nella particolare difficoltà di tale indagine allorché non si può essere certi della collaborazione del soggetto in esame; per il possibile interesse a fornire un'immagine di sé diversa dalla realtà; per l'esistenza, durante lo svolgimento del processo, di condizioni di particolare emotività, dovuta alla posizione e condizione di imputato, generalmente in stato di custodia cautelare, ed alla dominante preoccupazione per l'esito del processo anche quando il soggetto è colpevole, a maggior ragione se innocente; per il condizionamento dell'esame dalla fretteolosità, necessaria per il rispetto dei tempi tecnici e da esigenze giuridico - formali; - difficoltà di avere un quadro sufficientemente esatto dei fattori ambientali e situazionali; -rischio dell'effetto sfavorevole che può esercitare sull'accertamento della colpevolezza il risultato dell'indagine di personalità che, ove in qualche modo negativo, potrebbe assumere una valenza di movente del reato e quindi

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ G. VARRASO, *La prova tecnica*, in A. SCALFATI (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, 243.

²¹ F. CORDERO, *Procedura penale*⁸, Milano, 2006, 790.

²² F. INTRONA, *Atti del Congresso Nazionale della S.I.M.L.A.*, 448, citato da B. PANNAIN, M. ALBINO, M. PANNAIN, *La perizia* cit., 852.

costituire motivo del convincimento; - necessità, per un'indagine così complessa e delicata, di qualificazione specifica e valentia professionale, presenti nelle categorie in questione, ma non in misura tanto diffusa da garantire disponibilità adeguata alla numerosità delle esigenze²³.

Non essendo competenti per valutare le obiezioni basate sulla preparazione di altri studiosi, riteniamo che il *vulnus* maggiore si presenterebbe proprio per la difficoltà di arginare il pericolo coincidente con la trasformazione di un diritto penale del fatto in un diritto penale d'autore in un sistema che non vede una formale partizione tra *guilty* e *sentencing phase*, in un Paese che a differenza degli *States* è stato gravemente traumatizzato da sanguinose e troppo recenti totalitarismi.

Forse nemmeno il tempo attuale presenta quelle garanzie idonee per escludere strumentalizzazioni analoghe ed è quindi una *ratio* prudenziale, ma non di diffidenza teorica, che esclude tuttora la possibilità di introdurre una perizia criminologica.

Non è solamente la dimensione probatoria a rappresentare un terreno su cui la dottrina si dovrà impegnare a fondo nei prossimi tempi per affrontare il tema dei reati culturalmente orientati o della riflessione su una riforma del sistema sanzionatorio, "un lavoro di Sisifo che dura ininterrottamente da circa 60 anni"²⁴, ma si ritiene una questione di fondo che finora è stata data come sottintesa, ma che bisogna esplicitare.

Si tratta dei due grandi temi, mai definitivamente chiariti nonostante la mole e la profondità dei lavori di insigni studiosi ad essi dedicati, che attraversano la storia del diritto penale e cioè la questione del bene giuridico, con il corrispondente *harm principle* nel dibattito di *common law*, e della laicità dello Stato dell'ordinamento penale.

È ovvio che in questa sede non si potrà dar conto di tutti i suddetti contributi, ma si vuole evidenziare come per chi scrive anche le questioni poste dal pluralismo culturale da noi analizzate, senza per forza dover scomodare questioni attinenti ai diritti umani, e quindi l'incidenza di fonti diverse da quelle interne nel diritto penale, o del riconoscimento dei diritti culturali e dei diritti di gruppo possa già trovare una prima embrionale soluzione grazie a questi concetti.

Se noi infatti conducessimo l'analisi della condotta culturalmente connotata dapprima

²³ B. PANNAIN, M. ALBINO, M. PANNAIN, *La perizia* cit., 858-859.

²⁴ L. FERRAJOLI, *È ancora necessario oggi il carcere?* Testo dell'intervento al convegno Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione. Pisa, 29/2-1/3/2008, su <http://www.ristretti.it/>

sul piano della tipicità ed offensività, distinguendo tra quante mettono a repentaglio beni giuridici che debbono essere tutelati in vista del principio del danno e quante invece salvaguardano solo un qualsiasi sentimento dei consociati (nel nostro caso prevalentemente di disgusto per atti che non conosciamo), si sarebbe fatto già un enorme passo avanti. Un singolo cittadino non può spingersi ad esercitare la propria libertà fino a comprimere quella altrui; la libertà religiosa, la libertà educativa non può essere riconosciuta in modo così ampio da annullare il diritto all'autodeterminazione di altri consociati, indipendentemente dal rapporto di sangue intercorrente tra gli stessi. Quindi eliminata, secondo una prima e sommaria semplificazione, una gran parte delle condotte che dovranno vedere compresa la connotazione culturale sotto il profilo della colpevolezza e della rinuncia alla pena sopra esaminato, residueranno una serie di ipotesi di illeciti connotati dal principio della molestia²⁵ o del danno a se stessi in cui lo Stato si è mosso alla criminalizzazione spinto da un'ottica paternalistica.

Con quest'ultima si intende introdurre e rispondere alla questione “se e a quali condizioni lo Stato possa servirsi della coazione, o meglio di quel particolare strumento coattivo che è la sanzione penale –prima minacciata e poi se occorre concretamente applicata – al fine di ottenere dei soggetti un comportamento che assicuri loro un bene o scongiuri un male; male o bene che riguardi esclusivamente e personalmente loro, non altri”²⁶. Il paternalismo verrà distinto poi in *hard* o *soft* a seconda dell'atteggiamento con cui si pone l'ordinamento nei confronti del consenso: nel primo caso esso sarà comunque disatteso, nel secondo verrà la sua validità verrà “congelata” fintanto che non si saggerà la reale consistenza del medesimo. Sappiamo che l'esempio paradigmatico per smentire le riflessioni di Feinberg e di tutti gli antipaternalisti riguarda l'obbligatorietà del casco per i motociclisti; attraverso l'analisi di questa situazione specifica si deduce che “nessun uomo è un isola” e che quindi il disinteresse, seppur consapevole del singolo, alla tutela dei propri beni comporterebbe degli inaccettabili costi per i consociati. Ci

²⁵ Traduce con questa locuzione il concetto di *offense* di feinberghiana paternità la maggior parte della dottrina italiana onde evitare confusione con il concetto di offesa in senso dato dai giuristi di *civil law*, M. DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti (note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, 1566; G. FRANCOLINI, *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1, 280; A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, 293.

²⁶ M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, 985.

sembra che *mutatis mutandis* sia un po' la stessa logica soggiacente al divieto di sterilizzazione "edonistica" e dell'ottica supportante la *Stufenbau* del Codice Rocco, vale a dire che la società viene prima del singolo. A noi sembra che difendere la libertà di autodeterminazione e sposare quindi un paternalismo *soft* non possa essere ridotto ad "una pregiudiziale, postulata, sconfinata, ma poco sensata libertà individuale"²⁷: tornando all'esempio del casco possiamo ipotizzare che la ragione del rifiuto sia ad esempio l'adesione alla religione *sikh*. In tal caso sulla bilancia si trovano una libertà costituzionalmente garantita e l'interesse della società alla salute del singolo. Quest'ultimo a sua volta potrebbe essere analizzato in due prospettive: la mera presenza del consociato quale strumento utile allo Stato (in quanto lavoratore, contribuente, potenziale o effettivo mezzo per alzare il tasso di natalità) o come fonte di esborso economico laddove la collettività fosse costretta a sobbarcarsi i costi di un evento infausto nascente dalla condotta colposa di quest'ultimo²⁸. Nella prima ipotesi è ovvio che tale interesse debba essere soccombente e a noi sembra che nel secondo, davanti ad una motivazione particolarmente pregnante, che trova riconoscimento nel dettato costituzionale, ragioni di efficienza e semplificazione dei rimedi non possano prevalere. Feinberg stesso aveva intuito che tali danni pubblici potessero indennizzarsi mediante il sistema assicurativo privato. A nostro avviso questo sarebbe un'ulteriore spinta per incentivare un'informazione consapevole ed una riflessione sui rischi che l'adesione ad un determinato dogma religioso possa comportare. Infatti, come è stato efficacemente ricordato anche da Forti, gli studi in ambito psicologico dimostrano che i motociclisti non riescono a percepire "l'incremento vertiginoso di vulnerabilità" che deriva dall'omissione di indossare il casco²⁹. Né si potrebbe argomentare attraverso un dovere di solidarietà in capo agli organi pubblici, solidarietà³⁰ che a nostro avviso va concretamente dimostrata attraverso una

²⁷ Così M. ROMANO, *Danno a se stessi*, cit., 996.

²⁸ È il medesimo ragionamento che soggiace alla pronuncia della Corte Cost. 16 maggio 1994, n. 180, per una trattazione anche nella prospettiva comparata del *BverGe* si rinvia a S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 112 ss.

²⁹ G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 2, 627.

³⁰ Rifiuta tale "aggancio" anche G. FIANDACA: " voler fare riferimento anche a una norma costituzionale espressa, quale l'art. 3, comma 2 della Costituzione italiana, in chiave di possibile copertura di una tutela penale che pretenda di promuovere l'autonomia e il benessere 'critico' (non puramente 'volizionale') di individui singoli o gruppi, non è intendimento di per sé rassicurante: le Carte costituzionali novecentesche – inclusa quella italiana – non sono suscettibili di letture univoche circa il modo di concepire la natura e la

socializzazione ed un'informazione continua, stando ben attenti tuttavia a non ricadere nel paradosso milliano per cui lungi dal garantire un effettivo rispetto a tutti, l'uomo libero e consapevole era solo quello riflesso da una ristretta cerchia di soggetti che detenevano il potere. Citando Nussbaum compito dello Stato è formare "individui che hanno sia la preparazione, sia le risorse per realizzarsi in un certo modi, qualora lo vogliano. Ma la scelta finale è lasciata soltanto a loro"³¹. Quindi nel perseguire una corretta *actio finium regundorum* tra autodeterminazione e salute intesa quale interesse dello Stato, a nostro avviso un adeguato contemperamento potrebbe ravvisarsi ancora una volta nel motivo per cui un soggetto decide di non indossare tale protezione: il semplice fastidio risulterebbe soccombente rispetto ai costi che dovrebbe sostenere la collettività a differenza della libertà religiosa.

Questa lunga premessa vertente sul noto esempio del casco ci è funzionale ad esprimere la nostra posizione sulla questione delle modificazioni genitali su soggetto adulto che oggettivamente comportino un rischio per la salute (escludendosi quindi da tale novero la *sunna* lievissima). Per quanto scioccante ciò possa apparire, se portiamo alle inevitabili conseguenze l'adesione ad un solo paternalismo debole dovremmo dire che, laddove si sia in presenza di un consenso validamente espresso, esse non dovrebbero essere negate. Ed è con questi esempi più che con l'ormai luogo comune del casco che emerge l'importanza dell'introduzione di una completa teorizzazione, che purtroppo non siamo in grado di compiere, delle c.d. scriminanti procedurali: è nell'*iter* di accertamento che si può in un certo senso rimediare alle carenze di socializzazione e di informazione derivanti dal fatto che attualmente i migranti sono sempre più considerati esclusivamente

gerarchia degli interessi tutelabili e, di conseguenza, circa il modo di fare interagire e bilanciare le rispettive dimensioni del benessere volizionale e del benessere critico. Sicché, è verosimile che l'interprete utilizzi la Costituzione a copertura postuma di ideali perfezionistici della persona umana già prescelti sulla base di opzioni etiche o politiche preconcepite, se è vero che i modelli di benessere critico variano proprio in funzione delle diverse concezioni di fondo da cui si prendono le mosse: per cui si ripropone il problema, se un diritto penale costituzionalmente orientato possa legittimamente porre la sua forza coercitiva a servizio di concezioni determinate del 'bene' individuale e sociale, senza risultare con ciò illiberale o autoritario nei confronti di quanti sono portatori di concezioni concorrenti", *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in L. RISICATO (a cura di) *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali. Atti del Convegno (Università di Messina, 13-14 giugno 2008)*, in corso di pubblicazione, 5 del dattiloscritto.

³¹ M NUSSBAUM, *Una concezione aristotelica della socialdemocrazia*, in *Capacità personale e democrazia sociale*, Reggio Emilia, 2003, 122 ripresa sia da G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 336 e S. TORDINI CAGLI, *Principio*, cit., 278.

della forza lavoro, dei reietti da mantenere ai margini della società. Con una procedimentalizzazione seria, in cui si affianchino ai medici dei mediatori culturali di accertata competenza, si ritiene che gran parte delle persone che ritengano inevitabile sottoporsi a tali pratiche ad esito oggettivamente insanabile potranno modificare la loro posizione. Purtroppo in altre ipotesi di reati culturalmente orientati lo stesso discorso non può essere applicato: si pensa in particolare ai maltrattamenti in famiglia a danno di adulti. Il consenso, essendo argomentabile esclusivamente per *facta concludentia* non può verificarsi con certezza, posto che si dovrebbe forzatamente trasferire la persona in un contesto protetto, costringerla in un certo qualmodo a condurre una vita libera da vessazioni oggettive e vedere se, nonostante tutto, sceglierebbe di tornare alla situazione di partenza. Non è ipotizzabile una procedimentalizzazione in senso proprio, ma anche qui la vera tutela delle vittime e la reale deterrenza possono provenire esclusivamente nell'integrazione nella società di tali soggetti, che implica la conoscenza dei propri diritti, e nel potenziamento delle strutture di supporto. Il problema, che non si può adeguatamente approfondire in queste pagine, si ricollega ancora una volta al circolo vizioso che si è instaurato nella considerazione dello straniero e delle politiche che dalla L. Bossi-Fini alle attuali novelle si sono succedute. L'irregolarità sicuramente può contribuire alla delinquenza, ma non è sognando di frenare un'ondata inarrestabile, e che lo diverrà in misura sempre maggiore, che si tutelano i soggetti deboli. D'altronde la libertà, bene indisponibile ai terzi, può sussistere anche in un atteggiamento oggettivamente masochistico e per trovare persone che ogni giorno non si ribellano a sopraffazioni ed angosce non è necessario andare a scomodare le diverse concezioni del *pater* all'interno del diritto di famiglia nei diversi ordinamenti o tradizioni culturali.

Tornando alla riflessione di Feinberg ed al riconoscimento di uno spazio effettivo per il consenso esercitato dal singolo, in base a che cosa criminalizzeremmo condotte che non provocano danno ad altri, intesi anche in senso ampissimo come la comunità? Semplicemente a causa di un sentimento di disturbo, disgusto, allarme nei confronti di una condotta. L'idea che un soggetto si faccia mutilare in un determinato modo (perché è indubbio, come abbiamo precedentemente dimostrato, che le operazioni di labioplastica siano mutilazioni³²) può essere vietato solo se ciò urti la sensibilità di un certo modo di

³² In questa sede per allargare i termini di paragone si potrebbe anche profilare l'inquietante fenomeno di soggetti che si sono sottoposti a decine di operazioni chirurgiche per raggiungere le sembianze di animali,

concepire la femminilità da parte di una determinata fazione. Dobbiamo chiederci allora, posto che il diritto penale è l'arma più intollerante a disposizione dello Stato, se innanzitutto venga rispettato il criterio di necessaria lesività su cui si deve reggere l'ordinamento penale e in seconda battuta se il rimprovero personale che la sanzione, attraverso il principio di colpevolezza, esprime sia necessario alla tutela del bene. Un'idea di dignità, di femminilità non si ritiene abbia un disvalore facilmente afferrabile ed univoco e le condizioni in cui la scelta del culturalmente lontano è maturata non ci conducono ancora una volta a pensare che sia attraverso la reclusione che il reo percepirà il disvalore. Ella potrà ben opporre numerosissime condotte che avverte come altamente offensive per il proprio modo di intendere la dignità della donna, ma che costituiscono ipotesi di comportamenti leciti, se non addirittura promossi. Come evidenziato in dibattiti dalle coloriture meno drammatiche riguardanti l'abbigliamento delle giovani in Olanda sintetizzabile nella contrapposizione tra headscarves and porno-chic³³ si condivide il giudizio per cui "girl's bodies function as carriers for much wider discussions about decency, feminism, Islam or consumer culture. [...] Girl's bodies have become the metonymic location for many of the social and cultural strugglers in Western European migration societies. [...] A classic patriarchal ideology unites these discourses and construes girls as 'docile bodies' on which power –of Islam, capitalism or 'men'- is inscribed and from which thus no independent rational contribution to the debate can be expected. [...] This strange exclusion of the male body from public debate and regulation can only be understood as rooted in a fundamentally different cultural construction of men's and women's bodies that indentifies the ones as autonomous and enclosed, and the others as dependent and subject to intervention"³⁴. Nel nostro caso poi l'operazione, per ovvi motivi, viene eseguita in un contesto protetto e non si profilerebbero nemmeno quei rischi di esposizione non voluta a comportamenti recepiti come irrispettosi della propria sensibilità.

Si potrebbe profilare un'altra chiave di lettura basata sulla distinzione tra benessere o-

ma fortunatamente tali episodi non si sono verificati sul suolo italiano e soprattutto ci sia consentito dubitare della capacità di intendere e volere di chi li ha posti in essere.

³³ Con il secondo s'intende indicare l'abbigliamento molto succinto con cui le adolescenti si presentano a scuola, ai limiti talvolta per l'appunto della pornografia.

³⁴ L. DUTS, L. VAN ZOONEN, *Headscarves and porno-chic: disciplining girl's bodies in the European multicultural society*, in *European journal of women's studies*, 2006, 2, 114.

rientato verso il bisogno o verso l'ideale³⁵, su quanto venga effettivamente avvertito come interesse dall'agente e quanto invece, inserito in un contesto ottimale dovrebbe percepire come tale, depurato da qualsiasi preferenza adattiva. Applicando tale ragionamento alle mutilazioni implicitamente partiamo dal presupposto che la molla reale che fa propendere le donne per la scelta del rito sia una forte dipendenza comunitaria e familiare, una sorta di incapacità di ragionare nel lungo periodo e nelle possibilità derivanti per la loro vita da una piena integrazione nei valori e nei modelli occidentali. Ancora una volta non si può rifiutare *tout court* tale evenienza, ma nemmeno possiamo ritenere a livello generale ed astratto l'unica ragione. Con la conseguenza che su tale tema la sola scelta assennata sia astenersi dal legiferare. Detto in altri termini: si rifiuta il perfezionismo articolato sulla logica del successivo/migliore e dell'assoluta impareggiabilità dell'uomo occidentale e lo si fa non per un'altrettanto ideologica presa di posizione, ma perché il diritto penale è l'arma più intollerante, che deve essere usata come *ultima ratio* ed il contrasto a danni morali o opere di ingegneria sociale debbono essere esercitate con altri strumenti, se tali obiettivi vogliono essere concretamente realizzati e non rimanere dei roboanti proclami. Bisogna tornare al punto di partenza: già con il precetto si comunica che un fatto è carico di disvalore morale, meritevole di una formale pronuncia di condanna da parte della comunità³⁶, ci si chiede se in questo caso il disvalore è nel rifiuto di aderire ad un determinato modello di vita buona? Perché non riusciamo a scorgere altre motivazioni. Spesso chi affronta tali tematiche scivola inesorabilmente su un piano di discussione che si dimentica quale settore dell'ordinamento stiamo considerando e quali valori vada a toccare.

Noi non vogliamo dimenticarci che la pena è in termini maussiani un fatto sociale totale, anche se svincolata dallo storico modello detentivo ed è per questo che, anche cercando di allargare il nostro sguardo alla tipologia dei soggetti che potrebbero porre in essere queste condotte e alla loro considerazione da parte del legislatore attuale, riteniamo sia meglio sposare un modello assolutamente liberale (*à la Mill*), piuttosto che, seppur animati dalle miglior intenzioni, rischiare di comprimere le libertà altrui in base alla nostra mancanza di comprensione delle ragioni a diverse concezioni di vita buona

³⁵ O nella formulazione originale tra *want-regarding* e *ideal-regarding*, su cui vedasi nella dottrina italiana G. FORTI, *Per una discussione*, 316.

³⁶ In questo senso vedasi anche G. FORTI, *Per una discussione*, cit., 300 e 339

laddove gli stessi abbiano conseguenze solo ed esclusivamente su se stessi.

Ci si chiederà allora: se tutto è così semplice perché insigni giuristi prima di noi si sono occupati del delitto culturalmente orientato e perché anche chi scrive ha deciso di dedicare a questo tema le proprie riflessioni invece di soffermarsi su qualcosa di maggiormente innovativo? Riteniamo in realtà che un lungo percorso debba ancora intraprendersi e che se le prove empiriche (analisi della legislazione e della giurisprudenza) hanno dimostrato un atteggiamento quantomeno superficiale di fronte al problema questa non sia una ragione sufficiente per rinunciare alla nostra riflessione, che è stata condotta soprattutto in quest'ultima parte forse con un andamento rapsodico, ma che mirava ad evidenziare come il tema sia una lente sotto cui far esaminare tante problematiche del diritto e della giustizia penale. Si è detto alla fine del precedente capitolo come dovrebbe essere presa in seria considerazione la valenza attenuante, quantomeno ai fini commisuratori, di una mancata o incompleta socializzazione. A questo punto ci si potrebbe obiettare che il nostro lavoro abbia una coloritura vagamente gattopardiana (s'intende esclusivamente nell'ottica di "che tutto cambi affinché nulla cambi" e non dell'incommensurabile magnificenza del romanzo).

Ebbene non è così: crediamo che ai tre livelli più volte citati debba conseguire un obbligo per il giudice di applicare tale diminuzione e ciò potrebbe essere realizzato mediante l'introduzione di una presunzione *juris tantum* di diritto alla diminuzione di pena, superabile attraverso la concreta dimostrazione dell'avvenuta socializzazione.

Grazie a questo *escamotage* si tamponerebbero le gravi carenze che presenta attualmente il processo penale per alcune categorie di imputati e soprattutto si costringerebbero i giudici a motivare veramente e non attraverso formule di stile.

Nei "tempi tristi" che stiamo attraversando sarebbe pura utopia il pensare di introdurre delle precise ipotesi di cause di esclusione della punibilità, anche se siamo convinti che quella comunque sarebbe la via principale da seguire, non ritenendo che la "buona volontà" di pochi giudici sia sufficiente a titolare i diritti degli imputati ed è fuori discussione che un processo equo ed una pena commisurata alla colpevolezza siano ricompresi in tale novero.

Ciò ci porta alla fine del nostro al lavoro ad affrontare o a ritornare su un'altra spinosa questione: il consenso sociale. È altamente ipotizzabile infatti che una variazione del modello di rapportarsi al tema della multiculturalità possa provocare delle "reazioni di

rigetto da parte della pubblica opinione³⁷. Riprendendo le belle pagine di Romano “è impossibile negare che i bisogni di pena sono una realtà da assumere e da valutare con serietà estrema, perché rivelatori del processo individuale e sociale di colpevolizzazione e indicatori di soglie di intolleranza già in se stesse allarmanti per la convivenza democratica. Ma è difficile negare al tempo stesso che tali bisogni debbano essere analizzati nei loro contenuti, sorvegliati nelle loro rivendicazioni, depurati di aspetti di mera emozionalità e ricondotti nell’ambito del razionalmente e socialmente opportuno [...] al termine di una riflessione sui rapporti tra legislazione penale e consenso si ritrovano dunque due momenti essenziali: il ruolo dell’approvazione sociale quale fattore valutativo che pone un problema di tutela [...]; ma al tempo stesso un’esigenza di limiti che, pur in presenza del consenso più vasto, debbono comunque essere rispettati. Nei confronti di richieste di penalizzazione sembra consigliabile, al politico legislatore, una salutare diffidenza di fondo. Egli non ha altro modo di legiferare che rendersi conto delle reali necessità della convivenza democratica, ma dovrà ricordare che, soprattutto in campo penale, riflessività, distanza critica, *self-restraint*, sono gli ingredienti indispensabili per una proficua mediazione politica. Contro le possibili esasperazioni dei bisogni di pena della società, gioverà avere presente che il diritto penale è bene rimanga sempre anche, lisztianamente ‘la barriera invalicabile della politica criminale’”³⁸

A noi pare che oltre ad usare tale metodologia in ipotesi di nuove criminalizzazioni il legislatore dovrebbe procedere con riflessività e distanza critica anche nella valutazione di tutto quell’armamentario che conduce all’applicazione di una pena più giusta, nel senso di maggiormente adeguata alla colpevolezza dell’autore.

Ma si rammentano anche le parole di Paliero sugli imprenditori di moralità³⁹: l’obiettivo di tali soggetti è perseguire condotte non lesive di diritti altrui, ma che si ritengono im-

³⁷ Si esprime in questi termini F. BASILE, *Immigrazione e reati “culturalmente motivati”. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, 355.

³⁸ M. ROMANO, *Legislazione penale consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 426,429.

³⁹ L’autore riprende la locuzione *moral entrepreneurs* coniata da Howard Becker nel 1963 ma diffusa soprattutto da Gusfield in tema di legislazione simbolica; con essa s’intende indicare “quei gruppi organizzati, all’interno della società, che per affermare un loro credo religioso o morale, o una loro specifica identità sociale o culturale (in senso antropologico) [...] mobilitano e trasportano consenso verso scelte criminalizzatrici che li ‘rilancino’ socialmente o politicamente. L’oggetto di tali istanze è costituito da condotte individuali, per lo più a dimensione ‘private’ e di per sé non lesive di beni giuridici altrui, che hanno caratteristica di essere estranee allo stile di vita e contrastanti con la morale quotidiana degli appartenenti al gruppo di ‘imprenditori di moralità’, C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 3.

morali, si vuole arrivare alla stigmatizzazione attraverso la pena, in modo tale da assicurare ai crociati “l’elevazione del loro (particolare) *credo* etico-religioso e *stile di vita* al rango di *valore*”⁴⁰; l’aspetto più interessante, tuttavia, è la focalizzazione dell’obiettivo perseguito da tali soggetti. L’insigne giurista milanese lo individua “nel riconoscimento sociale, culturale, politico – la pena è ‘un mezzo di contrasto’ che deve far risaltare nella visione collettiva la validità ed il prestigio del loro sistema di valori e/o del loro stile di vita: con conseguente affermazione sociale del gruppo, del ceto o della confessione di cui sono l’esponente non sono interessati né alla garanzia, né all’effettività: non alla prima, non foss’altro perché delle condotte di cui esige l’incriminazione l’imprenditore di moralità non può essere per definizione [...] l’autore (se è vero che afferma la propria identità sociale proprio in quanto diverso da chi tiene tali comportamenti); ma neppure gli preme la seconda, nei limiti in cui non mira ad una tutela, ma ad un riconoscimento – il suo scopo non è l’effetto della norma, ma la norma stessa (la sua promulgazione come norma ‘sua’)”⁴¹. E si arriva alla conclusione che riteniamo particolarmente calzante per alcune tipologie di *cultural crimes*: “ciò che importa all’imprenditore di moralità è la punizione dell’autore, non mai la tutela della vittima: una vittima, nella quale certo non può identificarsi, anche perché – e non è un caso- le figure di reato ‘propagandate’ attraverso ‘crociate morali’ sono per lo più figure di reati senza vittima”⁴².

Si addivene anche nel caso di *female genital cutting* su donne adulte ad “un conflitto non rielaborabile in termini penalistici, non risolvibile attraverso la pena (un non-conflitto dunque dal punto di vista giuridico- penale). Il farlo apparire come tale –con l’auspicato corollario di una formazione penale ad hoc inevitabilmente simbolica, può avere il solo scopo di [...] stabilizzare con una minaccia di pena (ineffettiva) il crescente senso di insicurezza (e di vera e propria angoscia) collettiva che allo stato non si riesce a sedare con i più appropriati strumenti del progresso medico scientifico”⁴³.

Alla luce della profonda disamina, sempre attuale del citato autore si può quindi aderire

⁴⁰ C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 3, 880.

⁴¹ C. E. PALIERO, *Consenso sociale*, cit., 884.

⁴² *Ivi*, 884.

⁴³ *Ivi*, 897; si precisa che con queste ultime parole PALIERO commentava la criminalizzazione del portatore di Hiv, laddove il conflitto il supposto conflitto verterebbe tra attività sessuale libera e vita e incolumità personale, riteniamo tuttavia che *a fortiori* il ragionamento sottostante valga per un’attività che non mette in pericolo di contrarre una malattia insanabile altre persone.

in toto alle sue conclusioni ed affermare con sicurezza che di fronte a quei comportamenti che incidono esclusivamente sul clima valoriale e/o culturale un legislatore razionale debba omettere qualsiasi tipo di formazione simbolica espressiva”⁴⁴. Si potrebbe obiettare mediante l’adesione a quelle teorie che asseriscono come il consenso nell’iniziale imposizione della sanzione risulti inevitabilmente coartato, ma che con l’andare del tempo si passi ad un conformismo meramente esterno, sostituito poi ad un’interiorizzazione del precetto e quindi alla sua spontanea e convinta adesione, con l’effetto di ridurre sia il numero di comportamenti devianti che di quelli conformi in esclusiva ragione del timore della sanzione. Si passerebbe da *Befehl* a *ethos*. La versione più completa di questa corrente è forse di Lautmann: il ruolo del consenso quale vettore per la criminalizzazione renderebbe visibili i comportamenti desiderati dall’ordinamento, si creerebbe una socializzazione attorno a queste rappresentazioni che porterebbe automaticamente ad “un clima normativo di conformità”, il senso di legittimità poi comporterebbe il riconoscimento della medesima, all’interiorizzazione ed all’adozione di tale schema comportamentale per tutte le novelle penali. Su questo modello in particolare si è obiettato che il consenso può essere posto in qualsivoglia punto del ciclo, non sapendo individuare se esso si trovi in entrata (il consenso che viene dalla collettività) o in uscita (dallo Stato), ma soprattutto che alla base dello stesso consenso si trova un insieme “di fattori di condizionamento sociale – di cui le infrastrutture rappresentative etiche e culturali sono parte prominente- che possono essere miratamente influenzati e diretti, dopo averli sufficientemente conosciuti, dall’attore del consenso (in questo caso, fondamentalmente lo Stato, in quanto collettore principale e ‘finale’ dell’istanza di criminalizzazione)”⁴⁵:

Riepiloghiamo brevemente: abbiamo dimostrato come il grande contenitore dei reati culturalmente orientati non possa trovare una regolamentazione unitaria, come ci si debba per prima cosa soffermare sul bene giuridico tutelato dalla norma violata e sulla

⁴⁴ Più recentemente il pensiero è condiviso da FIANDACA: “rispetto al problema più specifico dei contenuti della tutela penale dovrebbe apparire coerente – in termini, quantomeno, di principio – la seguente direttrice teorica tendenziale: il legislatore penale dovrebbe preferire l’astensione, rispetto all’interventismo, in tutti quei casi in cui la ‘dannosità sociale’ di certi comportamenti, lungi dall’essere riconosciuta sulla base di un consenso diffuso, sia argomentabile soltanto alla stregua di concezioni della ‘vita buona’ che rimandano a sistemi etici o etico-religiosi particolari”, *Laicità*, cit. 12 del dattiloscritto.

⁴⁵ LAUTMANN, *Einige Thesen zum Zusammenhang von Kriminalisierung und Legitimation*, Bremen, 1975, ripreso da C. E. PALIERO, *Consenso sociale* cit., 905-906, 909-910

colpevolezza dell'agente, come non possano essere arbitrariamente trasposte argomentazioni riguardanti il primo (comprehensive delle esigenze di bilanciamento nel caso di conflitto di beni di rango costituzionale) nella valutazione della seconda. Si è altresì verificato che la mancata condanna non sempre conduce ad una minore tutela delle vittime e che si tratta spesso di normazione senza vittima in quanto ispirata da istanze moralizzatrici e paternalistiche.

Ma siamo anche fermamente convinti che non si possa, come accade nel nostro paese da purtroppo molto tempo demandare alla sola giurisprudenza la risoluzione di conflitti di cui il legislatore si è disinteressato, quando esso stesso non ha contribuito a esacerbare. Perciò a chiosa del lavoro riteniamo opportuno tornare quindi sull'istituto "tradito" dell'affidamento in prova ai servizi sociali.

In un recente indagine basata sull'analisi di 432 fascicoli del Tribunale di sorveglianza di Milano svolta da Della Bella viene evidenziato che "le categorie di soggetti che dovrebbero essere i destinatari naturali sono [...] quelle meno rappresentate all'interno del campione preso in considerazione, mentre altre categorie di condannati –in particolari gli autori della criminalità economica – la cui devianza difficilmente può ricollegarsi a situazioni di marginalità, risultano frequenti destinatari della misura"⁴⁶; l'autrice evidenzia inoltre come la lista delle prescrizioni comportamentali risulti la stessa per tutti i detenuti e per qualsiasi tipologia di reato commesso, risolvendosi in un "sostitutivo vuoto che rende paragonabile la misura ad una terza sospensione condizionale applicabile in fase esecutiva"⁴⁷. A fronte di tali dati la giurista, argomentando anche sulla carenza di risorse finanziarie destinate all'area esterna che nel 1997 ammontavano al solo 3% del bilancio dell'amministrazione penitenziaria, appalesa l'urgenza di indirizzare le medesime solo laddove siano veramente efficaci e individua tale settore nella fascia di criminalità "la cui genesi è riconducibile a situazioni di disadattamento ed emarginazione sociale e nei confronti del quale l'unica risposta razionale è rappresentata da sanzioni controllate ed assistite, caratterizzate cioè anche da interventi di sostegno e di aiuto finalizzati ad offrire agli autori del reato opportunità di scelte di vita diversa"⁴⁸.

⁴⁶ A. DELLA BELLA, *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza e di effettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 4, 1492-1539.

⁴⁷ *Ivi*, 1522, 1532.

⁴⁸ *Ivi*, 1534.

In una prospettiva più ampia ella prosegue sottolineando la dimostrata maggiore economicità delle sanzioni non detentive rispetto alla pena carceraria⁴⁹ chiedendo che l'istituto riprenda la sua originale connotazione lasciando alla pena pecuniaria resa nel mentre indefettibile, alla sospensione condizionale ed alla liberazione anticipata la "gestione" dei condannati che non sono stati motivati al crimine da carenze di socializzazione.

Si è perfettamente d'accordo: come da noi previamente sostenuto, in questo modo un'efficace rieducazione potrebbe essere realizzata a livello inframurario senza necessità di destinare risorse già scarse a nuove case circondariali, per gli autori di reati di rilevante gravità e socialmente pericolosi e raggiungere una vera prevenzione generale. Certo le prescrizioni dovrebbero essere adeguatamente ritagliate sul singolo affidato, ma affrancato da una cattiva prassi che ne ha distorto il volto, l'affidamento se opportunamente corroborato dalla presenza di mediatori culturali potrebbe risultare una strategia efficace anche per placare l'allarme che circonda talune forme di *cultural crimes*.

Si può aggiungere un dato interessante che nella corposa ricerca di Della Bella non era stato possibile includere: l'analisi del tasso di recidiva degli affidati, uno dei criteri per valutare l'efficacia della misura.

Secondo un rapporto basato su 8.817 casi di affidamento, conclusi nel 1998 in tutta Italia dalla Direzione generale della esecuzione penale esterna del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria la recidiva calcolata nell'arco di sette anni dopo la esecuzione in misura alternativa o dopo la esecuzione in carcere ammontava al valore medio del 19%, contro il 68,45%. È quindi "incontestabile la maggiore efficacia delle misure alternative, con riferimento a questo indicatore decisivo di recupero rappresentato dalla mancata ricaduta nel reato"⁵⁰.

Si potrebbe anche suggerire una diversa formulazione dell'art. 133 c.p. che vincoli il giudice a prendere in considerazione le motivazioni culturali dell'agente; riteniamo che l'analisi dei molteplici progetti di riforma al codice sostanziale che si sono succeduti negli anni potrebbero costituire un buon punto di partenza. Purtroppo l'unico tra essi

⁴⁹ C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 2, 547 ss.

⁵⁰ A. MARGARA, *Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione*. Testo dell'intervento al convegno Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione. Pisa, 29/2-1/3/2008, su <http://www.ristretti.it/>

che ha tentato di tipizzare i criteri cui doveva attenersi il giudice è quello più risalente: all'art. 3 del progetto Pagliaro veniva previsto *un obbligo di particolare motivazione* disponendosi che si prevedesse un'indicazione analitica dei motivi che giustificavano l'uso del potere discrezionale, con specificazione particolare dei fattori che fondassero l'applicazione di una pena prossima al minimo o al massimo edittale⁵¹.

Nei progetti successivi invece le formule erano sostanzialmente sovrapponibili all'attuale previsione codicistica, se non addirittura meno specifiche. Sul progetto Pisapia⁵² ad esempio Cavaliere ha rilevato come “risulta certamente apprezzabile l'introduzione, all'art. 35 dello Schema, di criteri finalistici; tuttavia, la formulazione del successivo art. 36 ripropone, sostanzialmente, una serie onnicomprensiva di indici, che, oltre a porre un grave problema di *bis in idem* in rapporto alle circostanze, non appare idonea a superare l'attuale, sostanziale arbitrarietà della commisurazione”⁵³. Grosso ha aggiunto: “si tratta di una formulazione enfatica e ridondante che non mancherà di sollevare problemi. Non è infatti chiaro alla stregua di quali elementi si potrà giudicare se una motivazione sia sufficientemente analitica; non si capisce per quale ragione se il giudice deve determinare la pena ‘entro il limite della proporzione con il fatto’ si è sentito in bisogno di specificare ulteriormente che occorre comunque escludere ogni forma di esemplarità punitiva dato che per definizione una pena ‘esemplare’ supera il limite

⁵¹ Analoga motivazione analitica era richiesta dall'art. 80 co. 5 del Progetto Nordio.

⁵² Articolo 35 (Indici di commisurazione della pena) 1. Prevedere che, ai fini della determinazione della pena, salvo che la legge espressamente li indichi quali elementi costitutivi o circostanze del reato, il giudice valuti: a) la gravità del fatto e le sue conseguenze dannose o pericolose; b) l'intensità del dolo o il grado della colpa; c) i motivi che hanno determinato la commissione del reato; d) i precedenti penali e i comportamenti del colpevole anteriori e successivi al reato; e) le condizioni di vita del condannato, anche al momento della sentenza. 2. Prevedere che: a) la capacità di commettere nuovi reati venga valutata solo a fini di attenuazione della pena; b) nel determinare in concreto il valore del tasso giornaliero o la somma complessiva dovuta per la pena pecuniaria, il giudice tenga conto delle condizioni economiche del condannato; c) l'ammontare dei tassi possa essere modificato in relazione a mutamenti delle condizioni economiche del condannato. Articolo 36 (Criteri per l'applicazione della pena) 1. Prevedere che il giudice determini la pena con provvedimento analiticamente motivato, entro il limite della proporzione con il fatto commesso, avendo riguardo alle finalità di prevenzione speciale, con particolare riferimento al reinserimento sociale del condannato, e con esclusione di ragioni di esemplarità punitiva; 2. Prevedere che la pena detentiva espiata all'estero e la custodia cautelare sofferta all'estero siano sempre computate in caso di rinnovamento del giudizio in Italia, http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47483

⁵³ A. CAVALIERE, *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega 2007*, in <http://www.isisc.org/public/Cavaliere.pdf>

della proporzione con il fatto commesso”⁵⁴.

Ed allora la nostra timida proposta:

Art. 133^{quater} c.p. “Qualora si sia accertato nel corso del procedimento che:

1. la causa psichica che ha determinato il soggetto a commettere il reato afferisce al bagaglio culturale di cui lo stesso è portatore;

2. tale ragione è suffragata da riscontri oggettivi;

3. l’azione presenta una significativa distanza tra la valutazione di tale condotta da parte della maggioranza autoctona dei consociati e quella del gruppo di riferimento

il giudice motiva distinguendo tra la gravità del reato, desunta dagli indici contenuti nell’art. 133 prima parte e concreta motivabilità mediante norme dell’agente, calibrata sulle circostanze reali della sua socializzazione. Nell’incapacità di fondare una concreta rimproverabilità per il fatto la pena verrà fissata nel minimo edittale”.

Si ritiene che tuttavia questo sia solo un piccolo passo: siamo assolutamente convinti infatti che sia al contempo necessario porre in tempi rapidi un forte argine alla despecializzazione sociale dei cittadini⁵⁵. Ciò si realizza attraverso le creatività, le competenze comunicative, la fruizione di opportunità culturali allargate, non ristrette al ceto di appartenenza e come evidenza Forti “È *anche* questo medesimo giacimento di specializzazione sociale, lasciato inaridire già dalle politiche di *welfare*, a poter contrastare la tendenza delle *élites* politico-economiche a mascherare lo scarto tra conoscenze e possibilità di azione con i vietati stilemi della postmodernità e a contenere le politiche di segregazione punitiva [...] Il ripensamento di un nuovo *welfare* culturale, probabilmente non particolarmente costoso e soprattutto bisognoso di idee e buone volontà, mi sembra anche l'unica condizione perché possa attuarsi quella flessibilizzazione del controllo sociale che Garland auspica nella parte conclusiva del suo bellissimo libro quando, pur raccomandando di mantenersi in sintonia con le corde emotive del pubblico per non ‘andare incontro a giudizi negativi e sconfitte politiche’, ritiene che si possa rispondere a questa esigenza senza ricorrere alla strada più semplice seguita dai politici, con la se-

⁵⁴ C. F. GROSSO, *Brevi considerazioni d'insieme e di dettaglio sul lavoro della commissione Pisapia*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 10, 1394.

⁵⁵ Z. BAUMAN intende con tale espressione indicare “il disinteresse a imparare a discutere e a negoziare con gli altri le vie d'uscita dai problemi, e la convinzione che farlo non sia davvero necessario poiché la soluzione può essere ottenuta con minor sforzo e a minor prezzo alla prossima avventura in un supermercato”. *Società, etica, politica*, (a cura di) K. TESTER, Cortina, Milano 2002 (trad. di L. BURGATTOLI), 120.

gregazione e punizione, ma provando a ‘radicare i controlli nel tessuto sociale, a regolamentare la vita economica e a implementare politiche di inclusione e integrazione’. ‘Se le società tardo-moderne vogliono mantenere i loro ideali di democrazia e uguaglianza, e un minimo di sicurezza economica per tutti, è necessario che estendano la regolamentazione morale e il controllo sociale ai principali processi che sono tradizionalmente alla base delle decisioni in campo economico e dell'allocazione delle risorse non limitandoli in maniera esclusiva a chi delinque e agli assistiti’⁵⁶.

⁵⁶ G. FORTI, *Il governo dell'ambivalenza tardo-moderna: riflessioni politico-criminali su La cultura del controllo di David Garland*, in A. CERETTI (a cura di), *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, Milano, 2005, 177-179.

BIBLIOGRAFIA

- A., *The cultural defense in the criminal law*, in *Harvard Law Review*, 1986, April, 1293-1311.
- ABU-ODEH, L., *Comparatively Speaking: The "honour" of the "east" and the "passion" of the "west"*, in *Utah law review*, 1997, 287-307.
- AKBAR WARRAICH S., *'Honour killings' and the law in Pakistan*, in L. WELCHMAN, S. HOSSAIN, (a cura di) *Honour: crimes, paradigms and violence against women*, London, 2005, 78-110.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH S., *Licit and illicit sexuality in Islamic law*, 2003, reperibile all'indirizzo <http://www.sami-aldeeb.com/articles/view.php?id=54>.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH S., *Sanctions pénales dans les pays musulmans passé, présent et futur* 2006, in <http://www.sami-aldeeb.com/files/fetch.php?id=135>
- AMATO G., *L'introduzione in Italia di un apposito reato è un'innovazione opportuna ma perfetibile*, in *Guida dir.*, 2006, 5, 21-26.
- AMATO G., *Un'aggravante la minore età della vittima*, in *Guida dir.*, 2006, 5, 27-29.
- AMBROSINI M., *Integrazione e multiculturalismo: una falsa alternativa?*, in *Mondi migranti*, 2007, 1, 213-237.
- AMODIO E., *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 170-173.
- ARNEIL B., DEVEAUX M., DHAMOON R., EISENBERG A. I., *Sexual Justice/Cultural Justice*, Routledge Innovations in Political Theory, 2006
- BARBAGLI M., *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, 2002.
- BARNES R. H. *Marriage by Capture*, in *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 1999, 1. 57-73.
- BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.
- BARTOLI R., contraddittore a F. MONCERI, *Multiculturalismo: disincanto o disorientamento del diritto?* in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *Reli-*

- gione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007.
- BASILE F., *Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*, in http://www.statoechiedese.it/index.php?option=com_content&task=view&id=278&Itemid=
- BASILE F., *Immigrazione e reati "culturalmente motivati". Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008.
- BASILE F., *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 6, 678-691.
- BASILE F., *Sub art. 583bis c.p.*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, 3876-3889.
- BAUMANN G., *L'enigma multiculturale*, Bologna, 2003.
- BEGER R. R., HEIN J., *Immigrants, Culture, and American Courts: A Typology of Legal Strategies and Issues in Cases Involving Vietnamese and among Litigants*, in *Criminal Justice Review* 2001, 1, 38-61.
- BELL K., *Genital cutting and western discourses on sexuality*, in *Medical anthropology quarterly*, 2005, 2, 125-148.
- BELVISI F. *Diritti e giustizia in una società multiculturale. Le sfide al diritto nell'Italia di oggi*, in *Dir. eccl.* 2002, 2, 435.
- BELVISI F., *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in *Ragion pratica*, 2004, 2, 503-522.
- BENHABIB S., *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005.
- BERNARDI A., *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, 2010.
- BERNARDI A., "Fattore culturale" e personalizzazione dell'illecito penale, in L. RISICATO (a cura di) *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali. Atti del Convegno (Università di Messina, 13-14 giugno 2008)*, Torino, 2010.
- BERNARDI A., *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 2/3, 485-534; nonché in F. MONSIGNORI, T. GRECO (a cura di) *Un solo mondo, un solo diritto*, Pisa, 2007, 101-144.
- BERNARDI A., *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Pol. dir.*, 2007, 1, 3-48.

- BERNARDI A., *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 10, 1193-1201.
- BERNARDI A., *Relativismo dei valori e diritto penale*, in AA.VV, *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, 239-258.
- BERNARDI A., *Società multiculturale e "reati culturali". Spunti per una riflessione*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, vol. I, 45-98.
- BERTOLINI F., MANETTI M., RIMOLI F., *Tavola rotonda. Stato laico e società multiculturale: la sfida dell'integrazione* in S. RODOTÀ F. RIMOLI (a cura di) *Bioetica e laicità. Nuove dimensioni della persona*, Roma, 2009, 237-254.
- BETTIGA- BOUKERBOUT M. G., 'Crimes of honour' in the Italian penal code: an analysis of history and reform, in L. WELCHMAN, S. HOSSAIN, (a cura di) *Honour: crimes, paradigms and violence against women*, London, 2005, 230-244.
- BRICOLA F., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997.
- BRUNELLI G., *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Quad. cost.*, 2007, 3, 567-588.
- BRUNO D., *Diversità culturale e principio di uguaglianza nel processo penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2009, 1, 31-43.
- BRYANT T. L., *Oya-ko Shinju: Death at the Center of the Heart*, *Pac. Basin L.J.*, 1990, 1-31.
- CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA.VV, *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, 284-326.
- CADOPPI A., VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale*, Padova, 2006.
- CANEPA G., *Questioni medico-legali in tema di perizia sulla personalità*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, III, Milano, 1991, 91-109.
- CANESTRARI S. (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007.
- CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.
- CANESTRARI S., STORTONI L. (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009.
- CAPUTO A., *La giurisdizione ed i conflitti culturali*, in *Quest. Gius.*, 2005, 4, 710-725.
- CARACCIOLI I., *Legge 5 agosto 1981, n. 442 - Abrogazione della rilevanza penale della*

- causa d'onore - Commento*, in *Legislazione pen.*, 1982, 21.
- CARCANO F., *L'accattonaggio dei minori: tra delitto e contravvenzione* (nota a Cass., sez. III, 26 ottobre 2006, Djordjevic e Cass., sez. VI, 9 novembre 2006, Bel Baida), in *Cass. pen.*, 2007, 12, 4596-4603.
- CARDIA C., *Carta dei valori e della multiculturalità alla prova della costituzione*, in *Iustitia*, 2009, 2, 147-163.
- CARNEVALE A., MENNA R., COLAGRECO A., *La perizia criminologica nel processo penale: dal codice del '30 ai nostri giorni*, in *Riv. it. medicina legale*, 1995, 371-383.
- CARSTENS P. A., *The cultural defence in criminal law: south african perspectives*, 5 in <http://www.isrcl.org/Papers/Carstens.pdf>.
- CARTABIA M., *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, in http://www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi--ric/Cartabia_-Lincei_-10_1_2008---def.pdf (21 ottobre 2009).
- CARUSI D., *Laicità del diritto e pari dignità delle persone*, in *Politica del diritto*, 2009, 1, 93-102.
- CASTELLANI C., *Infibulazione ed escissione: fra diritti umani e identità culturale*, (nota a decr. Trib. Min. Torino 21 giugno 1997 decr. Trib. Min. Torino 17 luglio 1997), in *Minorigiustizia*, 1999, 3, 140 – 147.
- CAVALIERE A., *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega 2007*, in <http://www.isisc.org/public/Cavaliere.pdf>
- CAVALLO A., *Sulla distinzione tra abuso di mezzi di correzione e maltrattamenti in famiglia* (nota a Cass., sez. VI, 7 febbraio 2005, Cagliano), in *Cass. pen.*, 2005, 11, 3342-3344.
- CEVA E., *Giustizia procedurale pluralismo dei valori*, in M. RICCIARDI, C. DEL BÒ (a cura di), *Pluralismo e libertà fondamentali*, Milano, 2004, 5-30.
- CEWLA, 'Crimes of honour' as violence against women in Egypt, in L. WELCHMAN, S. HOSSAIN (a cura di), *Honour. Crimes, paradigms and violence against women*, London, 2005.
- CHIU D. C., *The cultural defense: beyond exclusion, assimilation, and guilty liberalism*, in *California law review*, 1994, 4, 1053-1125.
- CHOI C. *Application of a Cultural Defense in Criminal Proceedings*, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 1990, 1-2, 80 ss.

- CHOW C. S., *The unheard narrative: Sir Walter Scott and the exclusion of cultural evidence from self-defense claims*, in *The University of Chicago law school roundtable*, 2000, 295-322.
- CIMBALO G., *Il fattore religioso come elemento di imputabilità* (nota a Tribunale di Arezzo 27 novembre 1997), in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1999, 3, 8450-857.
- CIOTOLA C., *La legge sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Torino, 2008, 333-351.
- CISTERNA A., *Pronuncia che tiene conto della cultura rom* (nota a Cass. pen., 17 settembre 2008, n. 44516), in *Guida agli enti locali*, 2009, 6, 72-74.
- CITTALIA, *Oltre le ordinanze. I Sindaci e la sicurezza urbana - Seconda edizione*, ottobre 2009, 19, in <http://www.cittalia.it/images/file/oltre-le-ordinanze09.pdf>
- COLOMBO E., *Molto più che stranieri, molto più che italiani. Modi diversi di guardare ai destini di figli di immigrati in un contesto di crescente globalizzazione*, in *Mondi Migranti*, 2007, 1, 63-85.
- CONSORTI P., *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Torino, 2008, 197-234.
- CONTE R., *Note sull'abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore e sul nuovo testo dell'art. 578 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1981, 673.
- COPP K. M., *Black rage: the illegitimacy of a criminal defense*, in *The John Marshall Law Review*, 1995, 3, 210-215.
- CORTE M., *Violenza sulle donne e pregiudizi religiosi*, in <http://www.cestim.it>
- COSTA LASCoux J., *Differenze culturali, territorio e cittadinanza in Francia*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 1997, 1, 57-71.
- CROCKETT H. Y., *Cultural defenses in Georgia: cultural pluralism and justice-can Georgia have both?* in *Georgia State University law review*, 2006, 1, 665-688.
- DAL LAGO A., *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999.
- DARBY R., SVOBODA S., *A rose by any other name? Rethinking the similarities and differences between male and female genital cutting*, in *Medical anthropology quarterly*, 2007, 3, 301-323.
- DAVIDSON J.S., *East Versus West: Human Rights and Cultural Difference*, in

- Canterbury Law Review*, 2001,
<http://www.austlii.edu.au/nz/journals/CanterLawRw/2001/3.html>
- DE ANGELIS R., *Che cos'è il multiculturalismo?*, in
<http://www.resetdoc.org/IT/Multiculturalismo-deangelis.php>
- DE FRANCESCO G., *Autonomia individuale, condizionamenti culturali, responsabilità penale: metamorfosi e crisi di un paradigma*, in *Politica del diritto*, 2003, 3, 393-403.
- DE FRANCESCO G., *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006, 137-163.
- DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico Inglese – Italiano*, Milano, 1984.
- DE MAGLIE C., *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in M. BERTOLINO, G. FORTI (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007.
- DE MAGLIE C., *Premesse ad uno studio su società multiculturali e diritto penale*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA (A CURA DI), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 129-147.
- DE MAGLIE C., *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, Milano, 2006, vol. I, 216.
- DE RUI L., *Accattonaggio: le nuove norme sulla decadenza della potestà. La violazione dei diritti dei bambini*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, 2008, 3, 117-118.
- DE VERO G., *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 2, 439-452.
- DEL MISSIER G. *Le mutilazioni genitali femminili*, in *Medicina e Morale*, 2000, 6, 1097-1141.
- DELLA BELLA A., *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza e di effettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1492-1539.
- DELLA BELLA A., *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, in *Il corriere del merito*, 2009, 7, 709-713.
- DIEZ RIPOLLES J. L., *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte. Atti del Convegno. Toledo, 13-15 aprile 2000*, Milano, 2004, 149-203.
- DOLCINI E., *Ancora una riforma della sospensione condizionale della pena?*, in *Riv. it.*

dir. proc. pen., 1985, 4, 1012-1025.

DOLCINI E., *Il castigo sia moderato, ma certo*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena: in ricordo di Adolfo Beria di Argentine. Atti del Convegno di studio (Casarano-Gallipoli, 2000)*, Milano, 2002, 31-44.

DOLCINI E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 469-521.

DOLCINI E., *L'articolo 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 398-429.

DOLCINI E., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del Costituente*, in *Rass. penit. e crimin.*, 2005, 2-3, 69-82.

DONATI P., *Oltre il multiculturalismo*, Bari, 2008.

DONGIOVANNI G., *I diritti tra principio di maggioranza multiculturalismo ed universalismo*, in *Contemporanea*, 2003, 4, 687-691.

DONINI M., *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti (note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, 1546 – 1593.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

DONINI M., *Omicidio e causa d'onore dal Codice Zanardelli al codice Rocco*, relazione presentata a Diyarbakir (Turchia), Atti del Simposio internazionale su "Issue of Custom and Honour Killing: Viewpoint of Sociology and Law", 26-27 settembre 2003, a cura di HAKERI, YILDRIM, ERPOLAT, ZEYTIN, 245-273.

DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta Costituzionale*, in *Foro it.*, 2001, 5, 30-45.

DONOVAN J. M., GARTH J. S., *Delimiting the Culture Defense*
http://works.bepress.com/james_donovan/1/

DOSI G., *Inferno negato, serve più prevenzione. C'è solo un mezzo: il curatore speciale*, (nota a Cass. pen. 7 febbraio 2005, n. 16491), in *D&G - Dir. e giust.* 2005, 20, 60 ss.

DRELL A., *Witchcraft Murder Defense Fails: Judge bars expert testimony on defendant's belief in victim's supernatural powers*, in *A.B.A. J.*, 1993, 79, 40.

DUIJS L., VAN ZOONEN L., *Headscarves and Porno-Chic. Disciplining girl's bodies in the European multicultural society*, in *European Journal of Women's Studies*, 2006, 13,

103-117.

DUMIN J., *Superstition-based injustice in Africa and the United States: the use of provocation as a defense for killing witches and homosexuals*, in *Wisconsin Women's Law Journal*, 2006, 2, 145-174.

DUNDES RENTELN A. *Raising Cultural Defenses* in J.C. CONNELL, R.L VALLADARES., *Cultural Issues in Criminal Defense*, New York, 2007, 423-467.

DUNDES RENTELN A., *A justification of the cultural defense as partial excuse*, in *The southern California review of law and women's studies*, 1993, 2, 437 ss.

DUNDES RENTELN A., *Cross-cultural dispute resolution: cross-cultural dispute resolution: the consequences of conflicting interpretations of norms*, in *Williamette journal of international law & dispute resolution*, 2002, 103-115.

DUNDES RENTELN A., *In defense of culture in the courtroom*, in R. SHWEDER, M. MINOW, H. R. MARKUS (a cura di), *Engaging cultural differences. The multicultural challenge in liberal democracies*, New York, 2002, 194-215.

DUNDES RENTELN A., *The Cultural Defense*, New York, 2004.

DUNDES RENTELN A., *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 1, 2005, 47-67.

DUNDES RENTELN A., voce *Cultural defense*, in R. ROBERTSON, J. A. SCHOLTE (a cura di) *Encyclopedia of globalization*, I, New York, 2007, 253-257.

DURANTE M., *La questione multiculturale nuove basi simboliche per la comprensione del dispositivo politico e giuridico contemporaneo*, in *Filosofia Politica*, 2007, 2, 269-282.

DUSTIN M., PHILLIPS A., *Whose agenda is it?: Abuses of women and abuses of 'culture' in Britain*, in *Ethnicities*, 2008, 3, 405-424.

EDER K., *La religione liberata*, in *Reset 95*, 2006 consultato nella traduzione italiana a cura di Daniele Castellani Perelli su http://www.eurozine.com/articles/article_2006-07-07-eder-it.html

ELGER R., *Piccolo dizionario dell'islam. Storia cultura società*, Torino, 2002.

ERAMO F., *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma dalla cassazione* (Nota a Cass., sez. I, 28 giugno 2006, Volpon), in *Dir. pen. proc.*, 2007, 7, 933-935.

EUSEBI L., (a cura di) *La funzione della pena : il commiato da Kant e da Hegel*; Milano,

1989.

EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione?* In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 2, 1157-1179.

EUSEBI L., *La pena in crisi*, Il recente dibattito sulle funzioni della pena, Brescia, 1989.

EVANS-PRITCHARD D., DUNDES RENTELN A., *The interpretation and distortion of culture: a Hmong "marriage by capture" case in Fresno, California*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 1994, 2, 1-37.

EXNER F., *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena* in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, 11-27.

FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2001.

FAQIR F., *Intrafamily femicide in defence of honour: the case of Jordan*, in *Third World Quarterly*, 2001, 1, 65-82.

FELD L., *Along the spectrum of women's rights advocacy: a cross-cultural comparison of sexual harassment law in the united states and India*, in *Fordham International law journal*, 2002, June, 1205-1281.

FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in R. ORRÙ, L. G. SCIANELLA (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione: atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Teramo, Università degli studi, 27-28 giugno 2003, Torino, 2004, 217-225.

FERRAJOLI L., *È ancora necessario oggi il carcere?* Testo dell'intervento al convegno Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione. Pisa, 29/2-1/3/2008, su <http://www.ristretti.it/>

FERRARI S., *Maltrattamenti in famiglia e provocazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 7, 1756 -1760.

FERRÉ OLIVÉ J. C., *Diversidad cultural y sistema penal*, in *Revista penal*, 2008, 22, 33-42.

FERRETTI M.P., *Tre modi di intendere le differenze culturali*, in M. RICCIARDI, C. DEL BÒ (a cura di), *Pluralismo e libertà fondamentali*, Milano, 2004, 5-30.

FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 2-3, 546-562.

FIANDACA G., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 4, 836-880.

- FIANDACA G., *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1, 42-81.
- FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002.
- FIANDACA G., *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Legislazione pen.*, 2006, 1, 257-263.
- FIANDACA G., *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in L. RISICATO (a cura di) *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali. Atti del Convegno (Università di Messina, 13-14 giugno 2008)*, in corso di pubblicazione,
- FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88 (Nota a Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, Marchegiani)*, in *Foro it.*, 1988, I, 5, 1385-1395.
- FIANDACA G., *Quale modello e quali scopi della pena, oggi?*, consultato all'indirizzo <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/10218.pdf>
- FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale. I*, Torino, 2004.
- FISCHER M. *The human rights implications of a "cultural defense"*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 1998, 6, 663.
- FLICK G. M., *Dei diritti e delle paure*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, 63-84.
- FOBLETS M.C., DUNDES RENTELN A. (a cura di) *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oñati International Series in Law & Society, Oxford, 2009.
- FOLLA N., *L'uso del burqa non integra reato, in assenza di una previsione normativa espressa*, nota a Trib. Cremona, 27 novembre 2008, M., in *Corriere del Merito* 2009, 3, 294-302.
- FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.
- FORNASARI G., *Intervento*, in M. Pavarini (a cura di) *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006,
- FORNASARI G., *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 177-191.
- FORNASARI G., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità*

- penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 179-202.
- FORNASARI G., voce *Colpevolezza*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 966-979.
- FORTI G., *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il «potenziale di verità» di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, 2-3, 297-334.
- FORTI G., *Il governo dell'ambivalenza tardo-moderna: riflessioni politico-criminali su la cultura del controllo di David Garland*, in A. CERETTI (a cura di), *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, Milano, 2005, 135-179.
- FORTI G., *L'immane concretezza*, Milano, 2000.
- FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, 283-341.
- FORTI G., *Principio del danno e legittimazione 'personalistica' della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 2, 597-631.
- FOURNIER P., *The ghettoisation of the difference in Canada: "rape by culture" and the gender of a "cultural defence" in criminal law trials*, in *The Manitoba law journal*, 2002, 29, 81 ss.
- FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1, 276 – 308.
- FUSASCHI M., *Verso un multiculturalismo all'italiana. La "legge speciale" e il dibattito sull'infibulazione*, in F. POMPEO (a cura di), *La società di tutti. Multiculturalismo e politiche dell'identità*, Roma, 2007, 95-115.
- FUSASCHI M., *I segni sul corpo. Per un'antropologia delle modificazioni dei genitali femminili*, Torino, 2003.
- GALEOTTI A. E., *Relativism, Universalism, and Applied Ethics: The Case of Female Circumcision*, in *Constellations*, 2007, 1, 91-111.
- GALLIN A. J., *The cultural defense: undermining the policies against domestic violence*, in *Boston college law review*, 1994, May, 723-745.
- GALLISSOT R., KILANI M., RIVERA A., *L'imbroglione etnico, in quattordici parole-chiave*, Bari, 2001.
- GANS H. J., *Toward a reconciliation of "assimilation" and "pluralism" the interplay of acculturation and ethnic retention*, in *International migration review*, 1997, 4, 875-892.

- GATTA G., *Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali*, in http://www.statoechiense.it/images/stories/2009.6/gatta_islamm.pdf
- GENTILE A., *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente appoggio della Cassazione ai c.d. "reati culturali"* (nota a Cass. pen., 26 giugno 2007, n. 34909 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1, 421-439.
- GENTILUOMO A., PIGA A., KUSTERMAN A., *Mutilazioni genitali femminili: la risposta giudiziaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1, 13-33.
- GIANFROTTA F., *sub artt. 220-221*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, 571-579.
- GILL A., *Honor killings and the quest for justice in black and minority ethnic communities in the United Kingdom*, in *Criminal Justice Policy Review*, 2009, 4, 475 - 494.
- GIUNCHI E., *Ritorno alla shari'a e prassi sociale: i reati sessuali in Pakistan* in *Sociologia del diritto*, 2005, 1, 107-136.
- GIUNTA F., *Il delitto di lesioni personali: la disgregazione di un'unità tipologica*, in "Studi senesi", 2004, 1, 7 - 29.
- GIUNTA F., *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1, 123-136.
- GIUNTA F., *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Politica del diritto*, 2000, 2, 265 - 282.
- GOEL R., *Theory meets praxis: the impact of critical legal theory on lawyering strategies and experiential learning: can I call Kimura crazy? Ethical tensions in the cultural defense*, in *Seattle journal for social justice*, 2004, 2, 443-459.
- GOLDSTEIN T. F., *Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A "Cultural Defense"?*, in *Dickinson Law Review*, 1994, 1, 141-167.
- GOMEZ G. P., *The dilemma of difference: race as a sentencing factor*, in *Golden Gate University Law Review*, 1994, Spring, 357-386.
- GORDON N. A., *The implications of memetics for the cultural defense*, in *Duke law journal*, 2001, 2, 1809-1834.
- GRANDE E., *Hegemonic Human Rights and African Resistance: Female Circumcision in*

- a Broader Comparative Perspective in Global Jurist Frontiers* 2004, 2 Article 3.
- GRANDI C., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, 1, 245-287.
- GRANDI C., *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in M. PIFFERI, O. GIOLO, (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del diverso*, Torino, 2009, 179-211.
- GRANDI C., *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale (nota a Corte d'Appello Bologna, 6 ottobre 2006, n. 2433 e Cass. pen., sez. V, 2 agosto 2007, n. 31510)*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 501-507.
- GROSSO C. F., *Brevi considerazioni d'insieme e di dettaglio sul lavoro della commissione Pisapia*; in *Dir. pen. proc.*, 2007, 10, 1389-1394.
- GROSSO E., *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006, 109-136.
- GUAZZAROTTI A., *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei «conflitti culturali»*, in *Studium iuris*, 2002, 7-8, 871-877.
- GUAZZAROTTI A., *Giudici e minoranze religiose*, Milano, 2001.
- GULOTTA G., *La perizia psicologica sull'imputato: verso la sua possibilità*, in <http://www.psicologiagiuridica.com/numero%20005/Editoriale%20ita.PDF>
- GUZMÁN DALBORA J. L., *Pena e misure di sicurezza: profili concettuali, storici e comparatistici* (edizione italiana a cura di G. FORNASARI, E. CORN), Trento, 2009.
- HALLEVY G., *The impact of defence arguments based on the cultural difference of the accused in the criminal law of immigrant countries and societies*, in *The journal of migration and refugee issues*, 2009, 1, 13-25.
- HELLGREN Z., HOBSON B., *Cultural dialogues in the good society: the case of honour killings in Sweden*, in *Ethnicities*, 2008, 3, 385-404.
- HOEFFEL J. C., *Deconstructing the Cultural Evidence Debate*, in *University of Florida journal of law & public policy*, 2006, 2, 303-345.
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Honoring the killers: justice denied for "honor" crimes in Jordan*, <http://www.hrw.org/en/node/12141/section/5>.
- ISTAT, *Rapporto annuale 2008*, Roma, 2009.
- KAWANISHI Y., *Japanese Mother-child Suicide: The Psychological and Sociological Implications of the Kimura Case*, in *Pacific Basin Law Journal*, 1990, 8, 2-46.

KIM N., *Blameworthiness, intent and cultural dissonance: the unequal treatment of the cultural defense defendants*, in *Florida journal of law and public policy*, 2006, 2, 200-229.

KIM S., *The cultural defense and the problem of cultural preemption: a framework for analysis*, in *New Mexico law review*, 1997, 3, 101-139.

KING N. A., *The role of culture in psychology: a look at mental illness and the "cultural defense"*, in *Tulsa journal of comparative & international law*, 1999, 199-224.

KOOL R., *Female genital mutilation: a matter for criminal justice?*, in http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2006-0801-211532/Kool_05Femalegenitalmutilationamatterforcriminaljustice.doc.

KUO S. S., *Culture clash: teaching cultural defenses in the criminal law classroom*, in *Saint Louis University law journal*, 2004, 2, 1297-1311.

KURKIALA M., *Interpreting honour killings: the story of Fadime Sahindal (1975-2002) in the Swedish press*, in *Anthropology today*, 2003, 1, 6-7.

KYMLICKA W., *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995.

LALATTA COSTERBOSA, M., *Individuo e comunità. Un confronto tra Wilhelm von Humboldt e John Stuart Mill*, in *Filosofia politica*, 2000, 2, 263-280.

LAM A.T., *Culture as a Defense: Preventing Judicial Bias Against Asians and Pacific Islanders*, 1 *Asian Am. Pac. Islands L.J.* 1993, 8, 49-68.

LAMBELET COLEMAN D., *Individualizing justice through multiculturalism: the liberal's dilemma*, in *Columbia Law Review*, 1996, June, 1093-1167.

LANZI A., *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali* Milano, 1983.

LANZILLO M. L., *Il multiculturalismo*, Bari, 2005.

LARIZZA S., *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione* (Nota a Cass., sez. VI, 18 marzo 1996, Cambria), in *Cass. pen.*, 1997, 1, 33-39.

LEE C., *Cultural convergence: interest convergence theory meets the cultural defense*, in *Arizona law review*, 2007, 4, 911-958.

LEVINE K. L., *Negotiating the boundaries of crime and culture: a sociolegal perspective on cultural defense strategies*, in *Law and social inquiry*, 2003, 4, 39-82.

LI J., *The Nature of the Offense: An Ignored Factor in Determining the Application of the Cultural Defense*, in *University of Hawai'i Law Review*, 1996, 2, 765-796.

MA V., *Cultural defense: limited admissibility for new immigrants*, in *San Diego justice*

- journal*, 1995, 2, 461-484.
- MADEK, C. A., *Killing dishonor: effective eradication of honor killing*, in *Suffolk transnational law review.*, 2005, 1, 53-77.
- MAESTRINI, C. *Chi ha diritto ai diritti umani?*, in *Democrazia e diritto*, 2000, 1, 214-230.
- MAGUIGAN H., *Cultural evidence and male violence*, in *New York University Law Review*, 1995, 1, 36-99.
- MANCINI L., *Simboli religiosi e conflitti nelle società multiculturali*, in E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, 2006, 1-20.
- MANNA A., *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Legislazione pen.*, 2006, 1, 220-247.
- MANTOVANI F., *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 2, 379 – 397.
- MANTOVANI F., *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, 1140-1166.
- MARCONI G., voce *Provocazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 811 ss.
- MARGALIT A., *La dignità umana tra kitsch e deificazione*, in *Ragion pratica*, 2005, 2, 507-522.
- MARINI G., voce *Imputabilità*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1992, v. VI, 243 ss.
- MARINUCCI G., *Finalismo , responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1-2, 363-379.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 2, 423-447.
- MARIS C., S. SAHARSO, *Honour killing: a reflection on gender, culture and violence*, in *The netherlands' journal of social sciences*, 2001, 1, 52-73.
- MATSUMOTO A., *A place for consideration of culture in the american criminal justice system: japanese law and the Kimura case*, in *DCL Journal of International Law and Practice*, 1995, 4, 507-538.
- MAZZA GALANTI F., *I bambini degli zingari e il reato di maltrattamenti in famiglia* (no-

- ta a T. Torino, 7 gennaio 2002, M. B. e T. Torino, 21 ottobre 2002, R. L.), in *Questione giustizia*, 2003, 3, 653-661.
- MAZZA M., *Maltrattamenti ed abuso dei mezzi di correzione*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XIX, 1-7.
- MAZZUCCATO C., MARCHETTI I., *La pena in castigo: un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006.
- MEETOO, V., MIRZA, H. S., *There is nothing 'honourable' about honour killings: gender, violence and the limits of multiculturalism*, in *Women's studies international forum*, 2007, 3, 187-200.
- MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000.
- MELLINO M., *Le banlieues francesi tra ghetti e postcolonie ovvero le passé qui ne passe pas*, in *Parolechiave*, 2006, 36, 61.
- MELOSSI D., *Stato, controllo sociale, devianza*, Milano, 2002.
- MELVIN EMBER, *Encyclopedia of sex and gender*, New York, 2004.
- MENDELSON N., *At the crossroads: the case for and against a cultural defense to female genital mutilation*, in *Rutgers law review*, 2004, 56, 1011.
- MENEGHELLO M., *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli* in S. RIONDATO, (a cura di), *Diritto penale della "famiglia"*, Milano, 2002, 517-538.
- MESSING T. J., HEEREN J. W., *Another Side of Multiple Murder: Women Killers in the Domestic Context*, in *Homicide Studies* 2004; 8; 123, consultato su <http://hsx.sagepub.com/cgi/content/refs/8/2/123>;
- MIAZZI L., *Immigrazione, regole familiari e criteri di giudizio*, in *Quest. Giust.* 2005, 4, 760-778.
- MIAZZI L., *Mendicare con il proprio figlio non significa renderlo schiavo*, in *Quest. Giust.*, 2009, 2, 203-207.
- MIAZZI L., *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, 4, 63-67.
- MICHELETTI D., Contraddittore a C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de jure condendo*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, 375 ss.

- MINOW M., *About women, about culture: about them, about us*, in R. A. SHWEDER, M. MINOW, H. R. MARKUS (a cura di), *Engaging Cultural Differences. The Multicultural Challenge in Liberal Democracies*, New York, 2002, 252-267.
- MOCCIA S., *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in *Critica del diritto*, 2000, 3/4, 266-300.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- MODOOD T., *Multiculturalism – A Civic Idea*, Cambridge, 2007.
- MONACO L., PALIERO C. E., *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 421-456.
- MONTICELLI L., *Le “Cultural defenses” (esimenti culturali) e i “reati culturalmente orientati”. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. Pen.*, 2003, 2, 540-585.
- MONTICELLI L., *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in A. CADOPPI, (a cura di), *I reati contro la famiglia*, Torino, 2006, 368-422.
- MORMANDO V., *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 2, 651-673.
- MORSELLI E., *Un breve bilancio fine-secolo sul finalismo e le sue prospettive di sviluppo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 4, 1319-1337.
- MUBI BRIGHENTI A., *Territori migranti: spazio e controllo della mobilità globale*, Verona, 2009.
- NATALINI A., *L’ “ultima stretta” sulle circostanze generiche: il nuovo capoverso dell’art. 62-bis c.p.*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il decreto sicurezza. D.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, Torino, 2008,
- NEFF K. M., *Removing the blinders in federal sentencing: cultural difference as a proper departure ground*, in *Chicago Kent law review*, 2003, 78, 445.
- NESHEIWAT F. K., *Honor crimes in Jordan: their treatment under islamic and jordanian criminal laws*, in *Pnn State International Law Review*, 2004, 2004, 2, 251-282.
- NOURSE V., *Passion’s progress: modern law reform and the provocation defense*, *Yale Law Journal*, 1997, 2, 1389-1444.
- NUSSBAUM M. C., *“Mi trovai bella come una mente libera”: libertà delle donne e giustizia*, in *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, di NUSSBAUM

- MARTHA C., Bologna, 2002, 51 ss.
- NUSSBAUM M. C., *Il futuro del liberalismo femminista*, in *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, di NUSSBAUM MARTHA C., Bologna, 2002, p. 105 ss.
- OBA, ABDULMUMINI A., "*Female Circumcision as Female Genital Mutilation: Human Rights or Cultural Imperialism?*", in *Global jurist: frontiers*, 2008, 3 Article 8.
- OBERMEYER C. M., *Female genital surgeries the known, the unknown, and the unknowable* in *Medical anthropology quarterly*, 1999, 1 79-106
- OLIVITO E., *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in *Pol. Dir.*, 2007, 1, 73.
- PADOVANI T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 4, 798-835.
- PALAZZO F. C., *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3, 920-962.
- PALAZZO F., BARTOLI R., *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino, 2007.
- PALAZZO F., *Considerazioni conclusive*, in A. BERNARDI (a cura di) *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006, 179 ss.
- PALIERO C. E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 2, 510-561.
- PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 3, 849-922.
- PANNAIN B., *La perizia sulla personalità del reo. Evoluzione, dottrina e normativa: prospettive nel c.p.p. '88*, in *Riv. it. medicina legale*, 1989, 834-862.
- PARISI F., *Colpevolezza attenuate in un caso dubbio di motivazione culturale (nota a Tribunale di Bückeburg 26 gennaio 2006)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 3, 1447-1456.
- PARMIGGIANI M. C., *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in A. CADOPPI (a cura di) *I reati contro la famiglia*, Torino, 2006, 299-368.
- PAROLARI P., *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica*, 2008, 3, 529-557.
- PASTORE B., LANZA L., *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008.
- PASTORE B., LANZA L., *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008.
- PASTORE B., *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, 2003.

- PAVARINI M., *Criminalità e pena nella società multiculturale*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006, 165-177.
- PELLISSERO M., *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2007, 4, 684-705.
- PEZZANO R., *Bambini "argati" e riduzione in schiavitù: primo intervento della Cassazione* (osservazione a Cass. sez. V Pen. 7 dicembre 1989) in *Foro it.*, 1990, 6, 369-374.
- PIEMONTESE C., *Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto della pratiche di mutilazione genitale femminile* (Commento all'art. 6 della l. 9 gennaio 2006 n. 7), in *Legislazione pen.*, 2006, fasc. 2 pag. 293 – 306.
- PIEMONTESE C., *Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto della pratiche di mutilazione genitale femminile* (Commento all'art. 8 della l. 9 gennaio 2006 n. 7), in *Legislazione pen.*, 2006, 2, 307 – 309.
- PISAPIA G. D., voce *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 518-528.
- PITTARO P., *Impiego di minore nell'accattonaggio part-time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?* (nota a Cass., sez. V, 17 settembre 2008, Vasile), in *Famiglia e dir.*, 2009, 3, 238-242.
- POWER E., *Provocation and culture*, in *The criminal law review*, October, 871-888.
- PULITANÒ D., *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, in *Legislazione pen.*, 2006, 1, 248-257.
- PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza* (nota a Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, Marchegiani), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 2, 686-731.
- PULITANÒ D., voce *Ignoranza*, in *ED*, XX, Milano, 1970
- RASHMI G., *Theory meets praxis: the impact of critical legal theory on lawyering strategies and experiential learning: can I call Kimura crazy? Ethical tensions in the Cultural Defense*, in *Seattle journal for social justice*, 2004, 2, 429-441.
- REDDY S., *Temporarily insane: pathologising cultural difference in American criminal courts*, in *Sociology of Health & Illness*, 2002, 5, 667-687.
- RICCA M., *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008.
- RIMONTE N., *A question of culture: cultural approval of violence against women in the Pacific-Asian community and the cultural defense*, in *Stanford law review*, 1991, July,

1311-1326.

RISICATO L., *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008.

RISICATO L., *La detenzione «rituale» di sostanze stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità* (osservazioni a Cass. pen., Sez. VI, 10 luglio 2008, n. 28720), in *Quaderni dir. pol. Eccles.*, 2009, 1, 1039-1050.

RIVELLO P.P., *Perito e perizia*, in *Digesto pen., agg.*, Torino, 2000, 502-506.

RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona: Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 2007, 3, 365-378.

ROMANO B., *La riforma del codice penale nel progetto della commissione Pisapia*, in *Ind. pen.* 2008, 2, 473-496.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale. I*, Milano, 2004.

ROMANO M., «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1, 39-53.

ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, 984 – 1003.

ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus* 1985, 413 ss.

ROMANO M., *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 2-3, 493 ss.

RONCHETTI L., *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione* su <http://www.costituzionalismo.it/stampa.asp?thisfile=art20060411-1.asp>.

ROTOLO A., *Razionalità ed universalità dei diritti umani*, in *Contemporanea*, 2003, 4, 692-697.

RUDRAPPA S., *Madness, Diasporic Difference, and State Violence: Explaining Filicide in American Courts*, in *Cultural Dynamics*, 2007, 2/3, 257-277.

RUGA RIVA C., *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 1, 133-148.

RUGGIERO V., *Stranieri e illegalità nell'Italia criminogena*, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online/stranieri-e-illegalita-nell%E2%80%99italia-criminogena>.

SACKS V. L., *An indefensible defense: on the misuse of culture in criminal law*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1996, 2, 523-550.

- SAHARSO S., *Culture tolerance and gender: a contribution from the Netherlands*, in *European journal of women's studies*, 2003, 10, 7-27.
- SALAS D., *Il populismo penale*, in *Quest. Giust.*, 2006, 2, 389-394.
- SALAZAR C., «*Tutto scorre*»: *riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito*, in *Politica del diritto*, 2001, 373-407.
- SALCUNI G., *Libertà di religione e limiti alla punibilità: dalla "paura del diverso" al dialogo*, in *Ind. pen.*, 2006, 2, 607-650.
- SALCUNI G., *Ondate "securitarie" e "argini" garantistici: il declino della riserva di legge nelle (il)logiche scelte del pacchetto sicurezza*, in *Cass. pen.* 2009, 6, 2671-2688.
- SALVINELLI R., *La perizia medico legale nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 389-399.
- SAMS J.P., *The Availability of a "Cultural Defense" as an Excuse for Criminal Behaviour*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1986, 2, 335-354.
- SANTORO M., *Mafia, cultura e subculture*, in *Polis*, 2000, 1, 91-112.
- SANTORO V., *Abitualità degli atti lesivi e dolo generico rappresentano il discrimine tra le fattispecie*, in *Guida dir.*, 2009, 8, 67-72.
- SARTORI G., *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Milano, 2000.
- SATTA G., *Il corpo delle altre* in S. RODOTÀ F. RIMOLI (a cura di) *Bioetica e laicità. Nuove dimensioni della persona*, Roma, 2009, 113-131.
- SCAFFARDI L., *Conflitti culturali e bioetica: il caso delle mutilazioni genitali femminili in alcuni orientamenti giurisprudenziali*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*. Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004, Torino, 2005, 519-551.
- SCIDÀ G., *Visioni disincantate della società multi-etnica e multiculturale*, in *Sociologia e politiche sociali*, 2000, 3, 9-43.
- SCOLETTA M., *Nuovo delitto di impiego di minori nell'accattonaggio*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e sicurezza pubblica. Le riforme del 2009*, Milanofiori, Assago, 2009, 123-134.
- SEMERARO P., *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009.
- SEV'ER A., YURDAKUL G., *Culture of honor, culture of change: a feminist analysis of honor killings in rural Turkey*, in *Violence against women*, 2001, 9, 964-998.

- SHARAFI M., *Justice in many rooms since Galanter: de-romanticizing legal pluralism through the cultural defense*, in *Law and contemporary problems*, Spring, 2008, 1, 139-146.
- SHEYBANI M.M., *Cultural Defense: One Person's Culture is Another's Crime*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 1987, 3, 751-783.
- SHULTZINER D., *Human Dignity - Functions and Meanings*, in *Global Jurist* 2003, 3, Article 3.
- SHWEDER R. A., *"What about Female Genital Mutilation" and Why Understanding Culture Matters in the First Place?*, in R. A. SHWEDER, M. MINOW, H. R. MARKUS (a cura di), *Engaging Cultural Differences. The Multicultural Challenge in Liberal Democracies*, New York, 2002., 216-251.
- SIESLING M., TEN VOORDE J., *The paradox of cultural differences in Dutch criminal law*, in FOGLETS M.C., DUNDES RENTELN A. (a cura di) *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oñati International Series in Law & Society, Oxford, 2009, 145-173.
- SIKORA D. W., *Differing cultures, differing culpabilities?: a sensible alternative: using cultural circumstances as a mitigating factor in sentencing*, in *Ohio State Law Journal*, 2001, 1, 1719-1728.
- SIMONI A., *La qualificazione giuridica della mendicizia dei minori rom tra diritto e politica*; in *Di. imm. citt.*, 2009 1, 99-104.
- SONG S., *Justice, gender, and the politics of multiculturalism*, Cambridge, 2007.
- SONG S., *La défense par la culture en droit américain*, in *Critique internationale*, 2005, 3, 61-85.
- SONG S., *Majority Norms, Multiculturalism, and Gender Equality in The American Political Science Review*, 2005, 4, 473-489.
- SORIO C., *I reati culturalmente motivati: la cultural defense in alcune sentenze statunitensi*, 14 in http://www.statoechiese.it/images/stories/2008.11/sorio_i_reati.pdf.
- SPATZ M., *A "lesser" crime: a comparative study of legal defenses for men who kill their wives*, in *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 1991, 4, 597-638.
- STOLCKE V., *Talking culture: new boundaries, new rhetorics of exclusion in Europe in Current Anthropology*, 1995, 1, 1-24.

- TAGUIEFF A., *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, Milano, 1999.
- TAYLOR C., *La politica del riconoscimento*, trad. it. in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998.
- TAYLOR T., *The Cultural Defense and its Irrelevancy in Child Protection Law*, in *Boston College Third World Law Journal*, 1997, 1, 331-364.
- TEBBE N., *Witchcraft and Statecraft: Liberal Democracy in Africa* *Georgetown Law Journal*, 2007, 6, 183-236.
- TEDESCO F., *Diritti umani e relativismo*, Bari, 2009.
- TELLENBACH S., *Il codice penale turco, seconda parte*, relazione presentata il 23 ottobre 2007 presso l'Università di Trento.
- TOMAO S., *The cultural defense: traditional or formal?*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 1996, 2, 241-256.
- TONINELLO A., *Reati culturali, le esimenti culturali e la circoncisione maschile neonatale: un recente caso nella giurisprudenza di merito italiana*, in *Dialoghi di diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, 2008, 3-4, 279-296.
- TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008.
- TORRY W. J., *Social change, crime, and culture: The defense of provocation*, in *Crime, Law & Social Change*, 2001, October, 309-325.
- TORRY W. I., *Culture and individual responsibility: touchstones of the culture defense*, in *Human Organization*, 2000, 1, 58-71.
- TORRY W. I., *Multicultural jurisprudence and the culture defense*, in *Journal of Legal Pluralism*, 1999, 44, 127-161.
- TRENTACAPILLI D., contraddittore a G. SALCUNI, *Libertà di religione e limiti alla punibilità: dalla "paura del diverso" al dialogo*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENA-FRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, 193-202.
- TUCCI A., *Ripensare l'identità nell'epoca della globalizzazione. Il contributo delle discipline sociali e antropologiche*, in *Sociologia del diritto*, 2004, 1, 101-115.
- TUNIK M., *Can culture excuse crime? Evaluating the inability thesis*, in *Punishment & Society*, 2004, 4, 395-409.
- TURCHETTI S., *Omicidio preterintenzionale, lesioni personali dolose e mutilazioni geni-*

tali femminili: aggravanti ex art. 585 c.p., in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e sicurezza pubblica. Le riforme del 2009*, Milanofiori, Assago, 2009, 103-110.

VALENTI A., *La "musa negletta": quando la Costituzione non ispira più il legislatore nelle scelte di incriminazione*, in *Ind. pen.*, 2003, 3, 951-1012.

VAN BROECK J., *Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, 1, 1-32.

VANORIO F., *Bambini che vendono fiori: povertà, maltrattamenti o schiavitù?*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, 1, 113-117.

VASSALLI G., *La colpevolezza*, in G. VASSALLI, *Scritti giuridici. II*, Milano, 1997, 1077-1138.

VENAFRO E., PIEMONTESE C., *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004.

VERCELLI A., CARRANO T., *Morte improvvisa in neonato di recente circonciso*, in *Jura medica*, 2007, 3, 597- 601.

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 148-357.

VINCIGUERRA S., *L'identità proteiforme della pena detentiva. Appunti per la comparazione fra ordinamenti europei*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena: in ricordo di Adolfo Beria di Argentine. Atti del Convegno di studio (Casarano-Gallipoli, 2000)*, Milano, 2002, 168-186.

VISCONTI C., *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 3, 1029-1068.

VOLPP L., *Talking "Culture": Gender, Race, Nation And Politics Of Multiculturalism*, in *Columbia law review*, 1996, 6, 1573-1617.

VOLPP L., *(Mis)identifying culture: asian women and the "cultural defense"*, in *Harvard Women's Law Journal*, 1994, 1, 57-101.

VOLTA R., *Applicabilità dell' attenuante di cui all' art. 62 n. 1 del codice penale ai cosiddetti "delitti d' onore" (Nota a Cass. sez. I pen. 29 dicembre 1988, n. 12863)* in *Riv. pen.*, 1989, 10, 958-959.

VON HIRSCH A., *L'esistenza della istituzione della pena: rimprovero e prevenzione come elementi di una giustificazione*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e*

giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. *L'analisi critica della scuola di Francoforte. Atti del Convegno. Toledo, 13-15 aprile 2000*, Milano, 2004, 121-147.

WANDERER N.A., CONNORS C. R., *Culture and crime: Kargar and the existing framework for a cultural defense*, in *Buffalo law review*, 1999, 1, 829-871.

WARRICK C., *The vanishing victim: criminal law and gender in Jordan*, in *Law & society review*, 2005, 2, 315-348.

WELCHMAN L., *Extracted provisions from the penal codes of Arab states relevant to 'crimes of honour'*, in http://www.soas.ac.uk/honourcrimes/Mat_ArabLaws.htm.

WERTHEIMER A. O., *The first amendment distinction between conduct and content: a conceptual framework for understanding fighting words jurisprudence*, in *Fordham L. Rev.* 1994, December, 793-851.

WIKAN U. (con traduzione di A. PATERSON), *In honor of Fadime: murder and shame*, Chicago-London, 2008.

WILLIAMS R. M., *Why the 'cultural defense' belongs to 'us'*, in *Maine bar journal*, 2007, 4, 36-41.

WOO D, *Cultural "anomalies" and cultural defenses: towards an integrated theory of homicide and suicide*, in *International journal of the sociology of law*, 2004, 4, 279-302.

WOO D., *The People v. Fumiko Kimura: But Which People?*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 1989, 4, 403-428.

WOODMAN G.R., *The culture defence in English common law: the potential for development*, in FOLETS M.C., DUNDES RENTELN A. (a cura di) *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oñati International Series in Law & Society, Oxford, 2009.

WU M. W. C., *Culture is no defense for infanticide*, in *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2003, 11, 975-1022.

YOUNG H., *Circumcision is a memplex*, in G.C. DENNISTON, P. GRASSIVARO GALLO, F.M. HODGES, M.F. MILOS, F. VIVIANI (a cura di), *Bodily Integrity and the Politics of Circumcision. Culture, Controversy, and Change*, New York, 2006.

ZAFFARONI E R., *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1/2, 339-356.

ZAMPI M., MONTANARI VERGALLO G., FRATI P., *La disciplina delle mutilazioni genitali femminili alla luce delle linee guida emanate dal ministero della salute in Jura medica*

BIBLIOGRAFIA

2008, 3, 475-484.

ZANUSO F., FUSELLI S. (a cura di) *Ripensare la pena*, Padova, 2004.